

Suggerimenti in tema di «praesumptio Muciana» (*)

1. Negli ultimi anni la presunzione muciana, singolarmente in una con la progressiva messa in discussione dell'istituto nel quadro delle legislazioni nazionali europee¹, ha goduto di ripetuta attenzione in seno agli studi di settore. Ad un consistente lavoro (tuttavia dalla prospettiva del diritto positivo) di Raffaele Caravaglios del 1991², hanno fatto seguito le ricerche di Umberto Vincenti³ e la densa indagine di Mariagrazia Scacchetti⁴. Tanto più interessante il rifiorire di studi in materia, in quanto appariva che un importante intervento di Kaser del 1956 avesse quasi messo fine a dubbi e riflessioni sul tema⁵.

Nonostante l'esiguità delle fonti a disposizione, in realtà la '*Mucii sententia*'⁶ presenta un ampio ventaglio di profili tuttora in ombra, che invitano a tentare un riesame della problematica.

Sia detto sin da ora che, al di là di una evidente riproposizione della massima riferita a Mucio in ambiti temporali diversi con differenti finalità ordinarie – che fa della massima un indicativo esempio di '*multiplex interpretatio*' nel quadro delle fonti giuridiche romane⁷ – è verosimile che essa abbia trovato menzione, nel *Corpus Iuris*, non solo quale significativo *pendant* al divieto di donazione fra co-

*) Il presente contributo è destinato agli *Studi in memoria di Gennaro Franciosi*. Ho fruito, nella realizzazione, di un contributo «MIUR.» («PRIN.» 2003, progetto di ricerca su «*Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto romano, intermedio e attuale*», coordinato dal prof. Vincenzo Giuffrè) e del sostegno della Alexander von Humboldt-Stiftung (che ha finanziato un breve soggiorno a Colonia, presso l'*Institut für Römisches Recht* diretto dall'amico Martin Avenarius).

¹) Si consentano qui talune esemplificazioni. Nell'ordinamento italiano ad una sentenza della Corte Costituzionale (n. 286 del 1995) in cui si rilevava la incompatibilità dell'art. 70 l.fall. (che, nella revocatoria fallimentare, contemplava appunto una sorta di «presunzione muciana») con la legge di riforma del diritto di famiglia (pur facendone salva la legittimità), hanno fatto seguito due sentenze della Cassazione (n. 13149 del 1995 e n. 2272 del 1996) schieratesi per l'abrogazione tacita dello stesso art. 70. Il problema appare attualmente superato *ex lege*, data la «miriforma» della legge fallimentare (L. 80 del 14.5.2005), che sostituisce l'art. 70 del R.D. 267 del 1942 con una norma relativa alla revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione multilaterale o società ex art. 1 l. 1966 del 1939. In Francia l'abrogazione definitiva, per quanto attiene alle imprese, risulta dalla legge 85 del 1998 (*Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*), che ridistribuisce gli oneri della prova fra coniuge (art. 111) e creditori (art. 112) del fallito. In Germania la presunzione è invece ancora vigente, ma con notevoli limitazioni: il § 1362 «BGB» (in collegamento con il § 739 «ZPO») la riferisce (quale presunzione *iuris tantum*) ai soli beni mobili (inclusi titoli di credito) che non siano destinati all'uso esclusivo del coniuge non debitore, e con riferimento ai coniugi che non siano in regime di separazione: contro un pignoramento, il coniuge non debitore ha a disposizione l'opposizione di terzo (ex § 771 «ZPO»), con la quale fornire la prova contraria. Nonostante contrarie opinioni dottrinali, non si è giunti ad una dichiarazione di incostituzionalità: cfr. *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch [Kommentar]*⁶⁴, München, 2005, *ad h.l.* (p. 1672 s.).

²) R. CARAVAGLIOS, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e presunzione Muciana*, Napoli, 1991.

³) U. VINCENTI, *Presunzione muciana e divieto di donazione fra coniugi* (*Opuscula XV*, a cura del «Centro di Studi romanistici Vincenzo Arangio-Ruiz» – edizione fuori commercio –, Napoli, 1997) p. 1 ss.; ID., *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in «*Index*», XXVII, 1999, p. 456 ss.

⁴) M.G. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002, *passim*, su cui cfr. ora la *rec.* di U. VINCENTI, in «*Jura*», LIII, 2002 (2005), p. 375 ss.

⁵) M. KASER, *Praesumptio Muciana*, in «*Studi P. De Francisci*», I, Milano, 1956, p. 215 ss. (= ID., *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli, 1976, p. 313 ss.).

⁶) Per tale definizione si rinvia a SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), in particolare p. 85 ss.

⁷) Sul punto, in senso analogo, per tutti VINCENTI, *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 461.

niugi⁸, ma anche in riferimento alla migliore attuazione di una disposizione introdotta da Teodosio I nel 382 d.C. Con la costituzione *de qua* (C.Th. 3.8.2 = C.I. 5.9.3) si destinavano ai figli nati dal primo matrimonio di una vedova i beni che il primo marito le avesse donato (o ad altro titolo trasferito) nel corso della relazione coniugale⁹. La presunzione che tutto quel che la donna, in costanza di matrimonio (nel caso specifico il primo), avesse acquisito, e di cui non potesse dimostrare la provenienza *alimunde*, le derivasse dal marito (defunto) giocava ovviamente a favore dei figli di primo letto della donna che ne rivendicassero le sostanze dopo la morte di lei. A mio modo di vedere, la conservazione di un principio come quello enunciato da Mucio (del quale ai *iuris periti* classici sembrava ovvia la relatività) nella compilazione giustiniana ben si giustifica proprio alla luce della esigenza enunciata.

Entriamo *in medias res*.

2. Come noto, sono unicamente due le testimonianze che nel *Corpus Iuris* menzionano la presunzione in esame, delle quali in una soltanto è riferimento a Quinto Mucio.

D. 24.1.51 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): Quintus Mucius ait: cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

C.I. 5.16.6.pr.-1 (Imp. Alexander A. Nepotiano, a. 229): Etiam si uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem excepit irrita sit. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent¹⁰.

Il frammento tratto dal quinto dei *libri ad Quintum Mucium* di Pomponio offre una serie di spunti interessanti, sinora solo in parte osservati dalla dottrina che si è occupata dell'argomento. Stando agli studi di settore, la redazione dei *libri muciani* risalirebbe al periodo compreso fra il consolato (rivestito nel 95 a.C.) e l'86, anno in cui Mucio rimase gravemente ferito in un attentato¹¹. Il commentario pomponiano è invece comunemente datato agli inizi del principato di Antonino Pio¹². Il divario

⁸) Sui rapporti fra presunzione muciana e divieto di 'donatio inter virum et uxorem', cfr. in particolare *infra*, § 10.

⁹) Su C.I. 5.9.3 si veda *infra*, § 9.

¹⁰) Sui due frammenti si vedano in particolare G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris nel diritto romano*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», XLII, 1931, p. 15 ss. (= ID., *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 428 ss.), KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 215 ss. (= p. 313 ss.), M. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, *La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p. 93 ss., K.-H. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien, 1974, p. 216, VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 1 ss., ID., *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 456 ss., ID., *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 375 ss., e SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), in particolare p. 85 ss.

¹¹) Cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, Leipzig 1896-1901, I, p. 48 ss., W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln, 1967, p. 18 ss., A. WATSON, *Law Making in the Roman Republic*, Oxford, 1974, p. 143 ss., O. BEHRENDTS, *Die Wissenschaftslehre im System des Quintus Mucius Scaevola pontifex*, Göttingen, 1976, in particolare p. 281 ss., R.A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics. A Study of the Roman Jurists in their Political Setting, 312-82 B.C.*, München, 1983, p. 340 ss., A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, rist. 1992, in particolare p. 49 ss., F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, *Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München, 1988, p. 595 ss., e C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 289 ss. Datano ad un momento successivo al 91 a.C. (sulla base di indizi rilevabili dal *de oratore* ciceroniano) F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scaevola*, in «Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario. Firenze, 27-28 maggio 1983», Milano, 1985, p. 205 ss., in particolare p. 238 ss. (= ID., *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, p. 833 ss., in particolare p. 867 ss.), e SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 89 ss.

¹²) Cfr. T. HONORÉ, *Gaius*, Oxford, 1962, p. 56 s. (sostanzialmente sulla base del 'dixit Hadrianus' contenuto in D. 7.8.22, *Pomp. 5 ad Q. Muc.*), D. LIEBS, 'Variae lectiones'. *Zwei Juristenschriften*, in «Studi E. Volterra», V, Milano, 1971, p. 51 ss., D. NÖRR, *Pomponius, oder zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in «ANRW», II.15, Berlin-New York, 1976, p. 497 ss., trad. it. - *Pomponio o «della intelligenza storica dei giuristi romani»* -, in «RDR.» II, 2002 (estr. p. 1 ss.), ed E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 254 e p. 537 e nt. 28.

temporale fra i due giuristi non rappresentava, è noto, un ostacolo, nella discussione giurisprudenziale, in quanto «consonanze di metodi o di generi letterari praticati colmavano la distanza con un Quinto Mucio o un Labeone»¹³.

La massima attribuita a Mucio, formulata nel modo scarno ed essenziale consueto al pontefice, asseriva che, in caso di controversia sull'appartenenza di dati beni ad una donna, di cui non fosse possibile dimostrare la provenienza, era *'verius et honestius'* reputare che questi le provenissero dal marito (o da persone in potestà di quest'ultimo)¹⁴. La chiusa (dai più attribuita – ma, a mio modo di vedere, affrettatamente – a Pomponio)¹⁵ esplicitava la motivazione dell'enunciato precedente: *'evitandi turpis quaestus causa'*¹⁶.

Come già notato da diversi autori, il frammento non è esente da mende. L'espressione *'a viro aut qui in potestate eius esset'* viene da taluni intesa come relativa alla presunzione che quanto in disponibilità della donna le derivasse dal marito o dall'avente potestà su di lui¹⁷; diversi autori interpretano invece la frase come riferita al *vir* e alle persone nella di lui potestà¹⁸. A sostegno della seconda ipotesi di lettura si è osservato che, laddove Mucio avesse voluto estendere la regola anche all'avente potestà sul marito, la perifrasi avrebbe dovuto suonare *'a viro aut (ab eo) cuius is in potestate esset'*¹⁹. La lezione *'a viro aut (ab eo) qui in potestate eius esset'*, che comporta in ogni caso una emendazione del testo²⁰, parrebbe del resto avvalorata dalla lezione dei *Basilica* (in commenti, per vero, alquanto tardi)²¹, il cui dettato (in traduzione latina) è appunto *'a marito vel iis, qui in potestate eius sunt'*.

Non escluderei, ad ogni modo, una possibile, voluta ambiguità della enunciazione originaria. Oltre a disporre del *'dictum'* solo nella verosimile (ri)formulazione di esso ad opera di Pomponio, è infatti vero che la tradizione testuale, come si è visto, è in qualche modo guasta. Sia pur con tutte le cautele del caso potrebbe immaginarsi infatti che Mucio avesse adottato una perifrasi in qualche modo «bifronte», applicabile cioè tanto al marito *'sui iuris'* (includendo, si è visto, anche i sottoposti di lui nella enunciazione della massima), quanto a quello *'alieni iuris'* (con conseguente estensione

¹³ STOLFI, *Studi*, I, cit. (nt. 12), p. 538.

¹⁴ Per tale lettura della locuzione *'ut qui in potestate eius esset'*, si veda *infra*, nel testo.

¹⁵ Cfr. *infra*, § 3.

¹⁶ Sull'esatta interpretazione della locuzione, cfr. *infra*, § 3.

¹⁷ Si vedano G. SEGRÈ, *Miscellanea esegetica* (Fr. 38 § 1 D. 22; Fr. 18 D. 21,2; Fr. 50 § 1 D. 5,3; § 2 l. 4,6 [unus casus]), in «Studi B. Brugi», Palermo, 1910, p. 416 ss., in particolare p. 554, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, rist. Roma, 2002, p. 349 s., G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Torino, 1995, p. 171, VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 13, e ID., *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 452.

¹⁸ Si vedano DONATUTI, *Le praesumptiones*, cit. (nt. 10), p. 504, GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), p. 94, J. GARDNER, *Women in Roman Law and Society*³, London, 1995, p. 73, SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 163 ss., e ora anche VINCENTI, *rev.* a SCACCHETTI, cit. (nt. 4), p. 378 (con ritrattazione della precedente visuale); cfr. ora la traduzione tedesca (a cura di R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H.H. SEILER, O. BEHREND) dei *Digesta*, 2005, p. 261 *ad h.l.* («von ihrem Mann oder von einer seiner Hausgewalt unterworfenen Person»).

¹⁹ SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 164.

²⁰ La *Littera Florentina* presenta la lezione *'a viro aut qui, ...'*. Non rilevano la sbavatura né Th. MOMMSEN (*Edictio Maior*), né Th. MOMMSEN, P. KRUEGER *ad h.l.* Un indizio a sostegno della lettura in esame potrebbe derivarsi dall'analoga formulazione contenuta in D. 24.1.67 (Lab. 2 *piib. a Paul. epit.*): *'Si uxor nummis a viro aut ab eo qui in eius potestate esset sibi donatis servum emerit, ...'*.

²¹ L'integrazione di Heimbach alle lacune presentate in questo luogo dei *Basilica* è valutata negativamente da H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, *ad h.l.* l. 4 («capitis 51 restitutionum ... neutra genuina Basilicorum verba exhibere videtur»). Heimbach riproduceva a documentazione escerti di opere di maestri bizantini: *Bas.* 30.1.48.1 (Attal., *Poëma nomikón* 22.4, ca. 1073 d.C.): Ἐὐὐν μὴ ἔνδεδεικνυται, πόθεν ἔσχεν ἡ γυνή, ἔκ τοῦ ἀνδρὸς ἢ τῶν ὑπεξουσίῳν αὐτοῦ δοκεῖ αὐτὰ ἔσχηκένα, ... (*'Si non probatur, unde uxor acquisiverit, a marito vel iis, qui in potestate eius sunt, videtur ea acquisivisse'*); *Bas.* 30.1.48.2 (Tijnc., XI sec.): Καὶ περὶ τοῦ εἰ μὴ δεῖνυκται ἡ γυνή πόθεν εὐπόρησεν, ἔκ τοῦ ἀνδρὸς ἢ τῶν ὑπεξουσίῳν αὐτοῦ, δοκεῖ αὐτὰ ἔσχηκένα. (*'Si non probetur, unde uxor acquisiverit, a marito vel iis, qui in eius potestate sunt, videtur ea acquisivisse'*); *Bas.* 30.1.48.3 (Armen., *Hexabibl.* 4.11[9].10, a. 1345 d.C.): Ἐὐὐν ἔχη τινὰ ἡ γυνή, καὶ οὐ δῶνυται δεῖξαι, πόθεν ἔσχεν αὐτὰ, ταῦτα καὶ χωρὶς ἑτέρῳς τινὸς ἀποδείξεῳς ἔκ τοῦ ἀνδρὸς δοκεῖ ἔχειν καὶ τῶν ὑπεξουσίῳν αὐτοῦ, καὶ τοῦ ἀνδρὸς λογιζοῦνται πρόχηματα (*'Si mulier quaedam habeat, nec probare possit, unde ea acquisiverit, ea etiam citra ullam aliam probationem a marito et iis, qui in eius potestate sunt, habere videtur, et mariti res esse censentur'*). Altri dati e riferimenti in SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 166 s.

della regola anche all'avente potestà sul marito)²². Ovviamente resta altresì possibile immaginare che la precisazione relativa alla sottoposizione del *vir* alla potestà paterna fosse reputata superflua: era infatti sottinteso, all'epoca di Mucio, che le attività di un marito '*in potestate patris*' sarebbero ricadute '*illico et immediate*' nella sfera dell'avente potestà su di lui²³.

3. Qualche parola occorre spendere sull'espressione '*cum in controversiam venit*'. Sarebbe infatti possibile problematizzare, e immaginare una valenza non processuale della '*sententia*' muciana, interpretando il sintagma in senso «atecnico»: «laddove si sia in dubbio ...»²⁴. Una rapida ricerca terminologica mostra tuttavia che l'espressione '*in controversiam venire*', in fonti a cavallo fra repubblica e principato, risulta impiegata in modo nettamente prevalente con riferimento a controversie giudiziali²⁵. L'opinione di quanti reputano perciò la '*Mucii sententia*' un indirizzo di carattere processuale²⁶ risulta avvalorata anche dalla verifica terminologica.

E' opportuno fermarsi poi sulla formulazione della chiusa di D. 24.1.51, '*evitandi ... turpis quaestus gratia circa uxorem*'. Anche sul punto sono state formulate diverse ipotesi²⁷. Poiché comunemente l'espressione '*turpis quaestus*' è interpretata come «guadagno illecito», chi si è occupato del frammento ha percepito la frase come in qualche modo lacunosa. Quanto meno si è supposto esser sottinteso un '*suspicionis*', dovendosi dunque sciogliere la locuzione nel senso di «allo scopo di evitare (il sospetto) di un guadagno illecito in relazione alla donna»²⁸. Mommsen aveva proposto – a titolo di integrazione – di sciogliere: '*evitandi ... turpis quaestus (quaestionis) gratia*', con ciò rendendo evidenti i dubbi esegetici relativi alla formulazione²⁹.

Pur essendo chiaro il tenore della chiusa (o anzi appunto per tale motivo), mi pare non necessario, in questo caso, intervenire in senso modificativo. Il termine '*quaestus*' si rinviene infatti nelle fonti oltre che nel senso di «guadagno», «ricavo», anche in quello di «ricerca»³⁰. La frase può leggersi

²² Potrebbe immaginarsi, ad esempio, una formulazione del tipo '*a viro aut ab eo cuius in potestate esset*': il pronome relativo '*cuius*' poteva in tal caso aver riguardo all'avente potestà sul *vir* (essendo sottinteso un '*is*' dopo il '*cuius*'), oppure allo stesso *vir* (dovendosi leggere allora la frase come '*ab eo in cuius potestate esset*'); una fraseologia più dettagliata (ma anche più tarda) è in D. 24.2.2.3 (Gai. 11 *ad ed. prov.*): '*Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absentem per eum, qui in potestate eius sit cuiusve is eave in potestate sit, nihil interest*'.

²³ Speciose appaiono pertanto le argomentazioni in materia di SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 165, per cui, se i beni avessero potuto provenire alla donna anche dal suocero, «l'attribuibilità al marito delle cose in mano della moglie e di controversa provenienza sarebbe stata preclusa *ab origine* dalla condizione di sottoposto del '*vir*': il che confliggerebbe con la configurazione stessa della '*praesumptio Muciana*' ... e farebbe venire meno la sua indiscussa funzione di strumento atto a regolare le controversie inerenti i rapporti patrimoniali tra coniugi». Appare infatti che, per l'età di Mucio almeno, fosse ben plausibile immaginare una provenienza, anche se «per conto» del marito, *de iure* dal *pater familias* avente potestà su quest'ultimo: escludere simile ipotesi avrebbe implicato la possibilità di spossessare la donna di beni che le provenissero (data la struttura potestativa dei rapporti familiari) dal suocero. E questa ci sembra soluzione decisamente poco pratica e soprattutto irrazionale.

²⁴ Senso pure attestato nelle fonti: cfr. Cic., *fin.* 4.10.24, Cels., *de medic.* 3.21, e Verg. *gramm., epit.* («LLA» 8.7).

²⁵ Si vedano ad esempio: Cic., *Verr.* II, 2.37, *Quinct.* 38, *de or.* 1.139, 2.331, *partit. or.* 33, Liv., *urb. cond.* 39.25.3, ps. Quint., *decl. min.* 252.1, e Quint., *inst. or.* 3.6.44, 3.11.23-24, 7.2.8, 7.4.41-43.

²⁶ Cfr. KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 215 ss. (= p. 313 ss.), P. CSILLAG, *I rapporti patrimoniali fra coniugi all'epoca di Augusto*, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1971, p. 303 ss. e p. 306 s. e nt. 9, VINCENZI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 5 ss., e ID., *rec.* a SCACCHETTI, cit. (nt. 4), p. 376 ss.

²⁷ Non ci si sofferma, qui, sugli (infondati) sospetti di interpolazione. Ampia rassegna delle opinioni sul punto in SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 171 ss.

²⁸ Si veda per tutti, da ultimo, SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), in particolare p. 179 ss. (con letteratura precedente).

²⁹ *Digesta (ed. maior)* I, p. 1870, nt. 1 *ad h.l.* Reputa «inidonea» («unangebracht») l'integrazione mommseniana KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 223 (= p. 321) nt. 2.

³⁰ Cfr. Gell., *noct. Att.* 16.19.6: '*Ubi eo venit (scil.: Arione) auresque omnium mentesque in utriusque terrae urbibus demulsit, in quaestibus istic et voluptatibus amoribusque hominum fuit*'. Per attestazioni giuridiche, cfr. «VIR.», IV.2, Berlin, 1987, c. 1411 (con indicazione, ad esempio, di D. 38.1.19 [Gai. 14 *ad ed. prov.*], dove l'espressione '*tempus ad quaestum faciendum, unde ali possit*' può intendersi anche nel senso di «tempo per la ricerca di *alimenta*»). In senso ampio («negozio ... interesse») il significato è segnalato anche da Æ. FORCELLINI (F. CORRADINI, G. PERIN), *Lexicon totius Latinitatis*, III, Padova, 1867, rist. 1940, sv. *quaestus*, p. 996.

quindi, in modo icastico, come segue: «allo scopo di evitare una indagine scandalosa nei riguardi della donna»³¹.

Deve inoltre ricordarsi che il termine *'quaestus'*, successivamente a Mucio, aveva subito una forte connotazione giuridica in senso penalistico, principalmente ad opera delle leggi augustee in tema di adulterio (e dei senatoconsulti emanati ad integrazione delle stesse) ove l'espressione corrente era *'corpore quaestum* (o *vulgo quaestum*) *facere*'³². Ciò comporta che, se nell'ultimo secolo della repubblica *'quaestus'* poteva ancora avere, sul piano giuridico, una «duplice coloritura» («indagine» da un lato, «guadagno» dall'altro), in età pomponiana esso ormai indicava prevalentemente il «commercio fatto del proprio corpo», attività particolarmente riprovevole se imputabile a *'matronae'*³³. Se la chiusa deve salvarsi in modo integrale, essa dà maggior senso, a mio modo di vedere, se integralmente attribuita a Mucio.

Se fondate, le considerazioni terminologiche appena formulate dovrebbero indurci, mi sembra, a riferire appunto a Mucio anche la chiusa di D. 24.1.51. Tipica di Mucio, da quanto noto sia dalle testimonianze sul suo eloquio³⁴, sia da una verifica sui lemmi tratti dal *corpus* del giurista repubblicano³⁵, una peculiare *concinnitas* nell'esprimersi («un che di oracolare»³⁶). Il Pontefice (anche da quanto si rileva dai pochi escerti rimasti direttamente a lui riferibili) curava di raggiungere la maggiore efficacia espressiva col minor numero possibile di parole³⁷, come risulta evidente in particolare da alcune asserzioni dai compilatori attribuite al *liber singularis ὄρων*³⁸, nel quale generalmente

³¹ Non è da escludere affatto che l'autore dell'enunciato abbia inteso giocare sull'ambiguità terminologica del vocabolo *'quaestus'*, in tal modo esprimendo assai concisamente sia la necessità dell'indagine che quella del sospetto circa il guadagno illecito. Una «duplicità» significativa di *'quaestus'* sembra trapelare anche dalle fugaci osservazioni di PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit. (nt. 17), p. 350 nt. 1, per cui «il motivo indicato nel testo è dichiarato nelle fonti solo nel caso che le parole contenute nella l. 51, cit., *'evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse'* vadano corrette, come propone il Mommsen, in *'evitandi autem turpis quaestus quaestionis gratia'*, ecc. o significhino quello stesso che significa la correzione».

³² Si vedano ad esempio D. 4.4.37.1 (Tryph. 3 *disp.*: *'... nec si quid eorum commiserit, quae pro adulterio eadem lex puniit, veluti si ... quaestum ... de adulterio uxoris fecerit'*), D. 22.5.3.5 (Callistr. 4 *de cogn.*: *'Lege Iulia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret ... quae ... palam quaestum faciet fecerit'*), D. 23.2.41.pr. (Marcell. 26 *dig.*: *'Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam'*), D. 23.2.43.6 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*: *'Lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere'*), D. 23.2.47 (Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*: *'Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit'*) e Paul. *Sent.* 2.26.4 (*de adult.*): *'Maritus in adulterio deprehensus non alios quam infames et eos qui corpore quaestum faciunt, servos etiam, excepta uxore quam prohibetur, occidere potest'*.

³³ V. per tutti V. GIUFFRÈ, *Un senatoconsulto ritrovato. Il SC. de matronarum lenocinio coercendo*, in «Atti Accad. Napoletana di Scienze, Lettere ed Arti. Classe di scienze morali», XCI, 1980, p. 7 ss.; ID., *Altre notazioni esegetiche sul Senatoconsulto cd. di Larino*, in «SDHI.», LXI, 1995, p. 795 ss.; E. BALTRUSCH, *Regimen morum. Die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, München, 1989, p. 162 ss.; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di 'adulterium', 'lenocinium', 'stuprum'*, Lecce, 1997, in particolare p. 158 nt. 30; Y. RIVIÈRE, *Les délateurs sous l'Empire romain*, Rome, 2002; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*², Napoli, 2002, p. 39 ss., part. p. 41 s., p. 137 ss.

³⁴ Cic., *de or.* 1.53.229: *'dixit ... causam illam quadam ex parte Q. Mucius, more suo, nullo apparatu pure et dilucide'*; Cic., *Brut.* 30.115: *'dixit ... Q. Mucius, enucleate ille quidem et polite, ut solebat, nequaquam autem ea vi atque copia, quam genus illud iudicii et magnitudo causae postulabat'*; Brut. 39.145: *'qui quidem cum peracutus esset ad excogilandum, quid in iure aut in aequo verum aut esset aut non esset, tum verbis erat ad rem cum summa brevitate mirabiliter aptus'*.

³⁵ Cfr. BREMER, *Iurisprudentiae*, I, cit. (nt. 11), p. 56 ss., part. p. 69 ss.

³⁶ V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su "ius civile" / "ius honorarium"*, Napoli, 1993, p. 63.

³⁷ Cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, p. 126 s.; M. BRE-TONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 111 (che lo definisce «inventore di formule», ovviamente con riferimento all'attività cautelare); A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 64 (che parla di «conquista di un pensiero astratto»); F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, p. 127.

³⁸ D. 41.1.64 (*'Quae quisque aliena in censum deducit, nihilo magis eius fiunt'*), D. 43.20.8 (*'Cui per fundum iter aquae debetur, quacumque vult in eo rivum licet faciat, dum ne aquae ductum interverteret'*), D. 50.16.241 (*'In ruitis caesis' ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non continentur'*), e D. 50.17.73.pr.-3: (*'Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt. Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit, habiturus esset, si vixisset. Vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit: clam, quod quisque, cum controversiam haberet habiturus se putaret, fecit. Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. 4. Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest'*).

(pur tenendo ovviamente conto della scarsità di testimonianze ad esso riferibili) non si ravvisano divergenze di stile rispetto ai *libri iuris civilis* muciani³⁹. Non è possibile dunque seguire, sul punto, quanti reputano la chiusa parte del commentario pomponiano, anziché del discorso muciano⁴⁰. Il lemma *'evitandi - probasse'* risale verosimilmente a Mucio quanto la prima parte del frammento: l'attuale redazione deriva, a mio modo di vedere, da un riassunto compilatorio di un più ampio discorso – cui si riconnetteva (verosimilmente) la nota di Pomponio, purtroppo perduta⁴¹ –, sintesi operata al fine di raccordare le affermazioni contenute in D. 24.1.51 al tema della *'sedes materiae'*, le donazioni fra coniugi⁴².

In sintesi, le affermazioni contenute in D. 24.1.51 devono dirsi integralmente muciane. La lettura che qui se ne propone è la seguente: laddove sia dibattuto (in sede processuale) da dove determinati beni provengano ad una donna, non essendo possibile dimostrarne la derivazione, è opportuno e più conforme alla morale comportarsi «come se» i *bona* controversi le siano stati attribuiti dal marito (o dal suocero, o da persone *'in potestate viri'*); il tutto allo scopo di evitare una ricerca «di tenore scandaloso» intorno al comportamento della donna.

4. Prima di approfondire il contesto e le possibilità di applicazione della massima in esame al tempo di Mucio e nelle epoche successive, occorre sgombrare il campo da un'affermazione ormai diffusa in dottrina, che rinviene una connessione fra il frammento muciano contenuto in D. 24.1.51 e un luogo della *Casina* plautina⁴³. Il nesso – alla lettura – emerge, ma è più tenue, mi pare, di quanto comunemente si sostenga.

Nella commedia di Plauto, l'anziano Lisidamo si è incapricciato di una schiava trovatella allevata dalla moglie Cleostrata quasi come una figlia⁴⁴. In ciò rivaleggiando col proprio figlio (analoga mente innamorato della schiava Casina), e incontrando – come ovvio – l'ostilità della moglie (la quale s'è avveduta degli intrighi messi in gioco dal *vir* per ottenere i favori della fanciulla)⁴⁵. In que-

³⁹) Giungendo alcuni a reputare tratto dai *'libri iuris civilis'* quanto potrebbe invece risalire al *liber singularis opus*: cfr. ad esempio B. SCHMIDLIN, *Horoi, pithana und regulae - Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, in «ANRW.», II.15, Berlin-New York, 1976, p. 101 ss., p. 109 nt. 31.

⁴⁰) Cfr. S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio «ad Quintum Mucium»*, Palermo, 1899, p. 43 (= «Labeo», VII, 1961, p. 218 ss., p. 354), LIEBS, *Variae*, cit. (nt. 12), p. 74 nt. 93, NÖRR, *Pomponio*, cit. (nt. 12), p. 69 (p. 589), SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 178 ss. (con un qualche meccanicismo in riferimento alla struttura del commentario lemmatico), e ora anche VINCENTI, *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 378, «anche se è facile rilevare che Pomponio si limita qui a riferire il pensiero di Mucio e di suo non sembra metterci nulla». Interpolata la chiusa per F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968 (cur. G. NOCERA, dall'originale inglese *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953), p. 254 nt. 1 (p. 364 s. e nt. 6), secondo cui Pomponio avrebbe semplicemente annotato che Mucio sembrava approvare una certa prassi giudiziale.

⁴¹) Sul punto ancora *infra*, § 6.

⁴²) Pomponiana e non triboniana reputa BREMER, *Iurisprudentiae*, I, cit. (nt. 11), p. 66, la nota *'evitandi - probasse'*. A me sembra piuttosto possa accogliersi sul punto l'osservazione formulata dallo stesso BREMER (*ibidem*) a proposito di altri frammenti del commentario pomponiano a Mucio: «Tribonianum, qui solidae doctrinae gloriam appetebat, a Pomponio relata Mucii verba ita mutasse puto, quasi ipsius Mucii libris usus sit». Sull'attribuzione a Mucio, almeno nella sostanza, della motivazione finale concorda anche l'amico Emanuele Stolfi (in un colloquio informale).

⁴³) Cfr. DI MARZO, *Saggi*, cit. (nt. 40), p. 42 nt. 42 (p. 353 nt. 42), SEGRÈ, *Miscellanea*, cit. (nt. 17), p. 416 nt. 1, F. MESSINA VITRANO, *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano*, in «AUPE.», XXXII, 1920, p. 205 nt. 2, M. VASELLI, *La presunzione muciana*, Padova, 1953, VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 17 ss., ID., *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 456 ss., ID., *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 376 s., e SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 1 ss.

⁴⁴) Sulla figura dell'*alumnus* si vedano da ultimo B. RAWSON, *Children in the roman «familia»*, in «The Family in Ancient Rome» (cur. B. RAWSON), London-Sidney, 1986, p. 170 ss., M. MEMMER, *Ad servitum aut ad lupanar ... Ein Beitrag zur Rechtsstellung der Findelkinder nach römischem Recht - unter besonderer Berücksichtigung von §§ 77, 98 Sententiae Syriacae*, in «ZSS.», CVIII, 1991, p. 21 ss., e A. TIREY, *Das Pflegekind in der Rechtsgeschichte*, Köln-Weimar-Wien, 1996, p. 9 ss.

⁴⁵) Attenta discussione di trama, attendibilità dei riferimenti plautini e influsso del modello greco, da ultimo, in SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), part. p. 44 ss. (con ampia valutazione del dibattito storiografico, e romanistico, antecedente); si vedano altresì in particolare E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, rist. Roma, 1968, p. 161, p. 174 s., E. FRAENKEL, *Plautinisches im Plautus*, Berlin, 1922, trad. it. – *Elementi plautini in Plauto* –, Firenze, 1960, p. 280 ss., U.E. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, in «Studi Senesi», LXXIII, 1961, p. 357

sto quadro si colloca il dialogo fra una Cleostrata irritata e l'amica di lei, Mirrina, che tenta di indurla a più miti consigli:

Plaut., *Cas.* 198 ss.:
 MY: Unde ea tibi est?
 Nam peculi probam nihil habere addecet
 clam virum et, quae habet, partum ei haud commode est,
 quin viro aut subtrahat aut stupro invenerit.
 Hoc viri censeo esse omne quicquid tuum est.

Cleostrata, nel narrare alla vicina dei tentativi del marito di ottenere per sé la Casina, afferma stizzita la propria giurisdizione sull' *'ancillula'*, in quanto è lei – *'suo sumptu'* – ad aver provveduto a tirar su ed educare la fanciulla (*Cas.* 195: *'Quae mea est, quae meo educta sumptu siet'*)⁴⁶. Mirrina fa osservare all'amica come una donna onesta (*proba*) non possa avere un *'peculium clam virum'*. Vale a dire, nel quadro del regime matrimoniale connotato dall'esser la donna *'in manu mariti'*, si reputava normale che costei godesse di un *'peculium'*, ossia di un appannaggio nella sua disponibilità fattuale (benché giuridicamente in titolarità del marito)⁴⁷. Ciò che il costume sociale non consentiva era tuttavia che la donna disponesse di beni *'clam virum'*, la cui esistenza o gestione fosse completamente sottratta alla sorveglianza del *vir*: ché una simile ipotesi prestava agevolmente il fianco al sospetto di ruberie o adulterio da parte della *uxor*⁴⁸. E in una temperie nella quale andavano diffondendosi divorzi e ripudi anche per motivi pretestuosi⁴⁹, le donne dovevano verosimilmente usare prudenza nel non fornire il fianco al sospetto di adulterio⁵⁰: un ripudio motivato in questo senso legittimava infatti il marito a trattenere parte della dote *propter mores*⁵¹.

ss. (= *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, 31 ss.), e R. MARTINI, *'Tresviri' e 'manus iniectio' in Plauto*, in *«Iuris vincula. Studi M. Talamanca»*, V, Napoli, 2001, p. 291 ss.

⁴⁶ Il motivo dell' «appartenenza» a Cleostrata della giovane schiava torna a più riprese nella *Casina*: 189 s. (CLE.: *'Vir me habet pessumis despiciatam modis / nec mihi ius meum optinendi optio est'*), 260 s. (LYS.: *'Quid iam?' - CLE.: 'Quia, si facias recte aut commode / me sinas curare ancillas, quae mea est curatio'*) e 288 s. (LYS.: *'Casinam ego uxorem promisi vilico nostro dare' / CHA.: 'At tua uxor filiusque promiserunt mihi'*).

⁴⁷ Sul matrimonio con instaurazione della *'manus'* si vedano per tutti le recenti panoramiche di S. TREGGIARI, *Roman Marriage. «Austi coniuges» from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1991, p. 16 s., e R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2000, p. 295 ss. Sull'abitudine alla divisione del lavoro, quanto al patrimonio familiare, fra coniugi fra cui sussistesse la *manus*, L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, p. 35 ss., ed ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., p. 97. Sulla differenza fra modello teorico-giuridico (potere assorbente del *pater familias*) e realtà fattuali nelle commedie plautine, si veda in particolare J.C. DUMONT, *L'imperium du pater familias*, in «Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine. Actes table ronde Paris 2-4.10.1986» (cur. J. ANDREAU, H. BRUHNS), Rome, 1990, p. 475 ss. (sulla *Casina* in particolare p. 493).

⁴⁸ Sul punto cfr anche VINCENTI, *rec.* a SCACCHETTI, cit. (nt. 4), p. 376 s.

⁴⁹ Notissimo (per cui non mette conto di tornarvi approfonditamente) l'episodio del divorzio di Spurio Carvilio Ruga (Val. Max., *mem.* 2.1.4, Gell., *noct. Att.* 4.3.1-2, 17.21.44, e Dion. Hal., *ant. rom.* 2.25.7), risalente al 230 a.C. Su questo ed altri divorzi senza *culpa* della donna, si vedano per tutti ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. (nt. 47), p. 140 s., e P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, in particolare p. 107 ss.

⁵⁰ Non mi spingerei tuttavia oltre sul punto sino a supporre, come invece VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 20, una «generalizzazione del sospetto da cui ... pare siano stati contornati, a partire da un certo momento, gli acquisti muliebri». Direi piuttosto si trattasse di un *topos* argomentativo risalente, ma tipico anche del principato, come risulta ad es. da Sen., *contr.* 2.7 (*'Quidam, cum haberet formosam uxorem, peregre profectus est. In viciniam mulieris peregrinus mercator migravit. ter illam appellavit de stupro adiectis pretiis; negavit illa. Decessit mercator, testamento heredem omnibus bonis reliquit formosam et adiecit elogium: 'pudicam repperi'. Adit hereditatem. redit maritus, accusat adulteri ex suspitione'*) e da Quint., *inst. or.* 7.2.51-52 (*'Habent aliquid proprii adulterii causae, quod plerumque duorum discrimen est et de utriusque vita dicendum, quamquam et id quaeritur, an utrumque pariter defendi oporteat. cuius rei consilium nascetur ex causa: nam si adiuvabit pars altera, coniungam, si nocebit, separabo. Ne quis autem mihi putet temere excidisse quod plerumque duorum crimen esse adulterium, non semper dixerim, potest accusari sola mulier incerti adulterii: 'munera domi inventa sunt, pecunia cuius auctor non extat, codicilli dubium ad quem scripti'*). Argomentazione retorica che poteva certo utilizzarsi a sostegno di un eventuale ripudio, ma anche (al contrario) al fine di evitarlo, o di dimostrare sino a che punto questo potesse essere immotivato.

⁵¹ La *'retentio propter mores'* è testimoniata esplicitamente solo da fonti più tarde (*ep. Ulp.* 6.12, D. 24.3.47 [Scaev. 19 *quaest.*]: *'Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur: cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut*

La chiave del discorso di Mirrina sta in ogni caso nell'assunto finale: *'Hoc viri censeo esse omne quicquid tuum est'*. Se letta isolatamente essa in realtà appare esprimere un'ovvietà: è risaputo che – in una fase nella quale la regola è quella del matrimonio con instaurazione della *'manus'* sulla *'uxor'* – nulla «appartiene» alla donna in senso tecnico-giuridico (essa possiede cioè dati *'bona'* esclusivamente in disponibilità fattuale). Se invece correlata a quanto affermato subito prima, la frase (per l'epoca – mi pare – poco più di una regola di senso comune)⁵² si intende nel senso che ciò che è in disponibilità della donna non può che esserlo grazie al consenso (espresso o tacito) del marito⁵³.

Le asserzioni contenute nella *Casina* hanno allora portata diversa dalla *regula* riferita in D. 24.1.51. Mirrina non afferma infatti che – in caso di dubbio – quanto risulti in possesso della donna debba reputarsi provenirle dal marito. Si limita bensì a dichiarare che, se l'amica ha la disponibilità di dati beni (quelli rientranti nel *'peculium'* di lei), ciò è dovuto all'assenso del marito: la «provenienza illegittima» è supposta solo per eventuali beni posseduti *'clam virum'* e (come risulta dal seguito della commedia) potrebbe fornire pretesto per un *repudium*. Il fulcro delle parole di Mirrina sta nel divieto (morale, sociale soprattutto) imposto alla donna di compiere attività *'clam virum'*⁵⁴.

Già per l'epoca di Plauto (e – direi – sin da un momento non molto posteriore alle XII Tavole)⁵⁵ era possibile anche alle donne *'in manu mariti'* ricevere da terzi attribuzioni patrimoniali: era chiaro a tutti, tuttavia, che l'acquisizione (analogamente a quanto si verificava per i *servi* e le altre persone *in potestate*) sarebbe avvenuta *'iussu mariti'* (o quantomeno con il suo tacito consenso)⁵⁶. E

ante corruptit aut postea probavit? ...). Da più di una fonte risalente, nella tradizione, forse addirittura agli inizi del II secolo a.C. (se la testimonianza di Plinio il Vecchio, *nat. hist.* 14.13.90 riguarda, come sembra, Gneo Domizio Enobarbo, pretore nel 192), risulta possibile tuttavia, per la *mulier* impudica, la perdita della dote (forse in connessione con un *'iudicium de moribus'*, ormai «privatizzato» e passato dai censori nelle mani del pretore): Val. Max., *mem.* 8.2.3, Plut., *Mar.* 38, Plin., *nat. hist.* 14.13.90, e Gell., *noct. Att.* 10.23.3-5 (con citazione di Catone il Vecchio). In un caso riferito da Valerio Massimo, Caio Mario avrebbe condannato un marito a restituire la dote alla moglie ripudiata *propter mores*: «Mario constatò che il marito lo sapeva già prima del matrimonio e l'aveva sposata per poter poi divorziare da lei e lucrarne la dote. Si limitò a irrogare alla donna una multa simbolica» (ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. [nt. 47], p. 145). La paura (per il marito) di perdere tutta o parte della dote era – in ogni caso un deterrente non da poco a divorzi «impulsivo»: si veda ad es. Cic., *Scaur.* 8: *'Is enim cum hanc suam uxorem anum et locupletem et molestam timeret, neque eam habere in matrimonio propter foedatatem neque dimittere propter dotem volebat'* (sul punto cfr. in particolare J.-U. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, *Wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung von Witwen*, Stuttgart, 1994, p. 60 nt. 81, e GARDNER, *Women*, cit. [nt. 18], p. 37 ss.).

⁵² Non mi sembra – in tutta franchezza – sia possibile attribuire all'enunciato, così come lo si rinviene nella *Casina*, quella rilevanza di carattere giuridico che vi ravvisa invece VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 20, per cui la *regula* (già al tempo di Plauto?) avrebbe costretto il marito che intendesse ripudiare la *uxor* «a dimostrare la provenienza disonesta delle cose in mano alla moglie» (e ora anche VINCENTI, *rec.* a SCACCHETTI, cit. [nt. 4], p. 376 s.).

⁵³ Per vero, già all'epoca di Plauto non può dirsi che la posizione di Cleostrata – con la sua insistenza circa il *'mea esse'* della schiava Casina – fosse aliena dal dato reale: è noto come – *de facto* – la gestione dei beni domestici fosse, sin *ab antiquo*, rimessa alla donna (si veda per tutti PEPPE, *Posizione*, cit. [nt. 47], in particolare p. 35 ss.; elenco di fonti in G. LOBRANO, *Uxor quodammodo domina*, Sassari, 1989, in particolare p. 87 ss., e ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. [nt. 47], p. 95 ss.), e dunque (sotto un profilo fattuale) Cleostrata potesse ribadire l'*'appartenenza'* a lei di dati beni; nella stessa *Casina*, poi, a qualche scena di distanza, a Lisidamo che lo esorta all'obbedienza, lo schiavo Olimpione fa rilevare che, in caso di morte del padrone, sarebbero la padrona e il figlio a giudicare delle sue sorti. Plaut. *Cas.* 329 ss.: (OL.) *'inimica est tua uxor mihi, inimicus filius / inimici familiares'* (LY.) *'Quid id refert tua? / Unus tibi hic dum propitius sit Iuppiter, / tu istos minutos cave deos flocci feceris'* / (OL.) *'Nugae sunt istae magnae; quasi tu nescias / repente ut emoriantur humani Ioves. / Sed tandem si tu Iuppiter sis mortuus, / cum ad deos minoris redierit regnum tuum, / quis mihi subveniet tergo aut capiti aut cruribus?'*

⁵⁴ Lo stesso *Leitmotiv* si rinviene ancora in Plaut., *Merc.* 821 s. (*'Uxor virum si clam domo egressa est foras / viro fit causa, exigitur matrumonio'*); e – forse databile, nella fonte originaria, alla stessa epoca – in Plin., *nat. hist.* 14.13.90: *'Cn. Domitius iudex pronuntiarit mulierem videri plus vini bibisse quam validitudo causa, viro insciente, et dote multavit'* (dove il *iudex* è tradizionalmente identificato con Cn. Domizio Aenobarbo, console nel 192 a.C.). Cenni (ma da prospettiva diversa) alle circostanze in esame in TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit. (nt. 47), in particolare p. 461 ss., e GIUNTI, *Consors*, cit. (nt. 49), p. 19 e note relative.

⁵⁵ Sulla capacità successoria delle donne cfr. in particolare PEPPE, *Posizione*, cit. (nt. 47), p. 37, J. A. CROOK, *Women in Roman Succession*, in «The Family», cit. (nt. 44), p. 58 ss., GARDNER, *Women*, cit. (nt. 18), p. 163 ss., e indrettamente anche C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, p. 389 ss.

⁵⁶ Sull'acquisto dei sottoposti P. VOGLI, *La 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in «Lura» XXXI, 1980, p. 37 ss. (= ID., *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, p. 397 ss.), W.K. LACEY, *Patria potestas*, in «The Family», cit. (nt.

in tal senso, dunque, quel che poteva destare sospetto erano acquisizioni che fossero avvenute ‘*clam virum*’. Nelle parole di Mirrina non vi è alcun riferimento ad una «presunzione di attribuzione», solo l’attenzione ad attività compiute all’insaputa del marito, ovvero alla *probitas* degli acquisti effettuati dalla *mulier*. E’ un’allusione alle consuetudini sociali correnti all’epoca, dunque, quella che troviamo espressa nei citati versi della *Casina*, e non certo un riferimento ad un principio frutto di elaborazione giurisprudenziale (né un antecedente di esso).

Il testo plautino, insomma, può ben addursi a sostegno dell’esistenza, nella consapevolezza sociale del II sec. a.C., di una «convenzione» che voleva la amministrazione di beni, da parte di una onesta *matrona*, all’interno di un regime familiare conservatore e imperniato sull’osservanza dei *boni mores*, e in un’ottica diffusa di «divisione del lavoro»⁵⁷, come realtà generalmente tollerata e sorvegliata dal marito (o dall’avente la *manus* su di lei). Non può, invece, esser reputato una «presunzione» *ante litteram*, che avrebbe trovato precisa enunciazione giuridica (o consacrazione e diffusione) nei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio.

Occorre tener fermo, quindi, sulla testimonianza di D. 24.1.51 e ammettere onestamente che, nella formulazione *de qua*, la regola non può farsi risalire, all’indietro, ad un momento precedente a Quinto Mucio⁵⁸. Qualsiasi tentativo di «retrodatazione» deve giudicarsi anacronistico e viziato da un pregiudizio modernizzante.

5. Torniamo ora ai risvolti applicativi della massima attribuita a Mucio. Sia detto anzi tutto che, dato il dichiarato riferimento a un contesto processuale⁵⁹, il parere di Mucio deve reputarsi un’esplicita indicazione (evidentemente al giudice, ma di conseguenza anche alle parti) relativa alla prova dell’appartenenza o meno di dati beni a una *mulier*. Attesa l’impostazione eminentemente casistica dell’attività dei *iuris periti* repubblicani (a più riprese richiamata anche con riguardo all’opera di Quinto Mucio)⁶⁰, nell’ambito della quale le regole sono valutate per lo più quali linee di orientamento di carattere «casistico»⁶¹ (e in quanto tali, dunque, passibili di essere disattese laddove la *ratio decidendi*

44), p. 121 ss., in particolare p. 133 ss., C. FAYER, *La famiglia*, I, cit. (nt. 55), p. 385 ss., e A. WACKE, *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft*, in «ZSS», CXII, 1995, p. 239 ss., in particolare p. 260 ss.; l’ampia bibliografia precedente (e i risultati delle sue stesse ricerche in materia) sono ora riassunti in G. NICOSIA, *Il possesso nella plurisecolare esperienza romana. Profilo storico-dogmatico*, in «Digesto»⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», XIV, 1996, p. 79 ss. (= *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, p. 761 ss.); si veda, sotto un profilo più strettamente dogmatico, altresì S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei ‘filii familias’*, Milano, 2003, *passim* e in particolare p. 47 ss.

⁵⁷) Si veda in particolare *supra*, nt. 47.

⁵⁸) Non posso, sul punto, aderire dunque alle conclusioni di SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 185, secondo cui già nell’opera del Sarsinate sarebbero presenti presunzioni *ante litteram*, «regolamentate» dalla coscienza sociale, «il perfetto antecedente logico-giuridico della loro trasformazione e recezione, ad opera di Quinto Mucio». Né tanto meno alle affermazioni di VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 20 (che in qualche modo appaiono ora ribadite anche in ID., *rec.* a SCACCHETTI, cit. [nt. 4], p. 376 s.): ved. *supra*, nt. 52.

⁵⁹) Cfr. *supra*, § 3.

⁶⁰) Emblematiche, in tal senso, le riflessioni di M. TALAMANCA, *Lo schema ‘genus-species’ nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «La filosofia greca e il diritto romano. Atti del colloquio italo-francese. Roma 14-17 aprile 1973», II, Roma, 1977, p. 3 ss., p. 258 ss. e *passim*, e di BONA, *Cicerone*, cit. (nt. 11), in particolare p. 263 ss. (p. 892 ss.). Si vedano anche le incisive affermazioni di BRETONNE, *Tecniche*, cit. (nt. 37), p. 97: «La formula, in cui una disciplina giuridica si è riassunta o conglutinata, è come inserita in un movimento circolare, che dopo averla ricavata dalla prassi ve la riporta e ne sperimenta la validità».

⁶¹) Nate dalla discussione relativa ad un caso concreto, la cui soluzione, successivamente scarnificata, avrebbe acquisito validità anche per casi affini. Sul problema della normatività degli enunciati in esame, cfr. fra altri SCHMIDLIN, *Rechtsregeln*, cit. (nt. 37), *passim* e p. 46 ss. (che convincentemente distingue fra l’età repubblicana, ove i *dicta* dei giuristi avrebbero avuto valore eminentemente casistico e quella classica, in cui si farebbe strada un concetto di *regula* vicino a quello moderno), L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino, 1989, p. 68 s., CANNATA, *Per una storia*, cit. (nt. 11), in particolare p. 291, e da ultimo (dalla prospettiva della *regula iuris*) R. BÖHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, Leipzig, 2002, in particolare p. 35 ss., p. 49 ss., e M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische ‘liber singularis regularum’*. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift, Göttingen, 2005, in particolare p. 106 ss. (che distingue, sulla scia di Dworkin, fra «regole» e «principii»).

comporti la necessità di accogliere una soluzione diversa), è stato da tempo rilevato che anche i criteri concernenti la distribuzione dell'onere della prova non rappresentano, nelle nostre fonti, un'eccezione⁶². Per quanto attiene alla massima 'existimari a viro ... ad eam pervenisse', non pare possa dubitarsi che Mucio (e – a mio modo di vedere – anche i giuristi delle età successive) concepisse l'enunciato – stante ovviamente la regola per cui 'ei incumbit probatio qui dicit, ...' (in particolare per le azioni reali)⁶³ – come un criterio di indirizzo, che il giudice era legittimato a disattendere qualora le circostanze del caso lo rendessero necessario⁶⁴.

Occorre interrogarsi anche sull'*occasio* in riferimento alla quale Mucio potrebbe aver espresso l'opinione in esame. Ché, data la struttura peculiare dei *libri iuris civilis*, il «primo tentativo di un ordinamento sistematico»⁶⁵ di una esperienza che derivava dall'intensa attività casistica e rispondente di Mucio e dei suoi *antecessores*, non è infondato chiedersi se l'affermazione di Mucio non scaturisse da un *responsum* reso per una concreta ipotesi pratica⁶⁶.

⁶² Si veda per tutti G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano «per formulas»*, in «RIDA», III, 1956, p. 349 ss. (= ID., *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 177 ss.) p. 399 s.: «La verità è che la puntuale applicazione delle norme dipende per lo più dagli organi giudiziari, i quali, liberi, da un lato, di interpretarle nel modo più conveniente per la corretta soluzione del caso concreto, sono, d'altro lato, difficilmente perseguibili con efficaci sanzioni, quando tali norme disapplicano o travisino arbitrariamente, ma senza l'intenzione di favorire una parte o danneggiare l'altra»; cfr. V. GIUFFRÈ, *Necessitas probandi. Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli, 1984, in particolare p. 18: «... gli indirizzi in materia furono vari, e talvolta dipesero da accidenti d'ordine tecnico-processuale, talaltra dalla considerazione degli interessi sostanziali (individuali o collettivi) in gioco, altra volta ancora dalla mutata funzione del processo nell'organizzazione sociale e specificamente statutale ...»; eccessivamente rigido, a mio modo di vedere, da ultimo A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess*, in «ZSS» CIX, 1992, p. 411 ss.; spunti nel senso da me accolto nel testo (per quel che concerne le presunzioni) anche in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 364.

⁶³ Su cui si veda *infra*, nel testo.

⁶⁴ Cfr. sul punto già M. KASER, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess*, in «ZSS» LXXI, 1954, p. 221 ss., in particolare p. 229 («Die Regeln, die insoweit für die Beweiswürdigung entwickelt worden sind, bedeuten mithin in erster Linie Erfahrungssätze, die zwar, je mehr sich ihre Zweckmäßigkeit im Lauf der praktischen Handhabung bewährt, desto stärker festen Rechtsregeln angenähert werden, aber gleichwohl noch nicht ganz zu solchen erstarrt sind. Letztlich bleibt es immer noch dem Ermessen des Richters anheimgestellt, ob er der Regel folgen oder, weil er sich durch die konkreten Umstände des Falles für dazu verpflichtet hält, davon abgehen will»), e ID., *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 217 (p. 315): «Diese Zurückhaltung der Juristen erklärt sich vornehmlich damit, daß diese Beweislastregeln nur vorläufigen und relativen Charakter haben: der Geschworene ist nicht streng daran gebunden, die Beweise nur von der Partei entgegenzunehmen, die nach diesen Regeln die Beweislast trägt, sondern kann jederzeit, wenn ihm diese Beweise nicht ausreichend erscheinen, auch solche, die ihm die Gegenpartei anbietet, prüfen und danach entscheiden». Forte indizio in tal senso rappresenta – mi pare –, ad esempio, D.34.2.3 (Cels. 19 dig.): 'Uxori legavit quae eius causa parata sunt et ante mortem divortii. non deberi, quia adempta videantur, Proculus ait. nimirum facti quaestio est: nam potest nec repudiatæ adimere voluisse'. Dopo aver disposto un legato in favore della donna di 'quae eius causa parata sunt', il marito divorzia. Proculo sosteneva la necessità di considerare invalido il lascito (ipotizzando una revoca tacita in connessione con il divorzio), Celso affermava invece la necessità della 'quaestio voluntatis' (dato che una revoca tacita poteva immaginarsi anche 'constante matrimonio'). L'indicazione (che mi sembra possa rappresentare anche una forma di indirizzo giudiziale) comporta che occorresse verificare di volta in volta se i beni in mano alla donna le spettassero realmente e a che titolo. In connessione con le obiezioni mosse in giudizio dagli eredi al giudice, sarebbe toccato verificare le diverse questioni (*iuris* e *facti*) inerenti alla titolarità in capo alla *mulier*. Non confligge con l'ipotesi in esame l'adesione ulpianea all'opinione di Proculo, riprodotta dai giustiniani in D. 32.49.6. Sulla questione, per tutti, R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, II, Padova, 1969, p. 269 s. e nt. 86.

⁶⁵ La definizione è in G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», IV, Napoli, 1953, p. 445 ss., p. 461 (= ID., *Scritti giuridici*, I, *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, p. 15 ss., p. 23). Diversa la valutazione in SCHIAVONE, *Giuristi*, cit. (nt. 11), p. 37 ss. Ma si vedano altresì TALAMANCA, *Lo schema*, cit. (nt. 60), in particolare p. 258 ss., BONA, *Cicerone*, cit. (nt. 11), in particolare p. 263 ss. (p. 892 ss.), e, da ultimo, CANNATA, *Per una storia*, cit. (nt. 11), in particolare p. 270 s.

⁶⁶ Sull'attività rispondente di Mucio e dei giuristi della precedente generazione, si veda in particolare SCHIAVONE, *Giuristi*, cit. (nt. 11), p. 13: «In tutte queste opere ... il materiale utilizzato per la stesura era rappresentato da *responsa* pronunciati dagli autori ... il rapporto con la memoria lasciava il posto al nuovo spazio della testualità»; cfr. WIEACKER, *Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 11), in particolare p. 600, CANNATA, *Per una storia*, cit. (nt. 11), p. 290 ss. Non sempre visibile, alla luce del commento di Pomponio, la struttura tipica del responso, articolata in *casus*, *quaestio* e *responsio* (su cui part. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln*, cit. [nt. 37], p. 155 ss.), pure in diversi casi essa sarebbe abbastanza evidente (cfr. VACCA, *Giurisprudenza*, cit. [nt. 61], p. 69). Si veda anche *supra*, nt. 61.

Il ‘*cum in controversiam venit*’ avrebbe potuto originariamente ben aver riguardo ad una controversia concreta, della quale poi sarebbero stati eliminati gli elementi legati alla fattispecie singola, per generalizzarne la portata. Allo stato non pare possibile determinare se tale operazione, l’enucleazione di una formula generale dalla soluzione relativa a un caso pratico, sia riferibile già a Mucio ovvero si debba alla riflessione di Pomponio. Per vero, l’analisi lessicale innanzi condotta indurrebbe con un certo fondamento ad attribuire al Pontefice anche l’enunciato «astratto», così come lo leggiamo nel commentario pomponiano⁶⁷. Non disponiamo, ad ogni buon conto, di indizi sufficienti per determinare quale possa essere stato il tenore effettivo della fattispecie concreta sottoposta a Mucio (neppure è chiaro, ad esempio, se la *mulier*, nella *controversia* in esame, fosse attrice o convenuta⁶⁸): siamo invece dinanzi ad un *dictum* esemplare, scarnificato di tutti quegli elementi particolari che avrebbero potuto fornire indizi sul contesto concreto dell’intervento muciano.

Per quel che riguarda invece la collocazione della *sententia* all’interno dei *libri iuris civilis*, come già rilevato da Lenel⁶⁹ e ribadito da Kaser⁷⁰, il commentario di Pomponio, nel punto in esame, era verosimilmente relativo ai passaggi dell’opera dedicati da Mucio al legato ‘*de his, quae uxoris causa parata sunt*’⁷¹. Pare si trattasse di legato frequentissimo nella prassi⁷²: la formulazione generalmente usata per disporlo, data l’ampiezza e genericità della stessa, prestava il fianco a più di un dubbio interpretativo, circostanza abbondantemente documentata dalle fonti⁷³. Tale legato era volto a «beneficiare la vedova, lasciandole quanto essa già godeva in vita»⁷⁴, secondo un’usanza particolarmente diffusa nella prassi già medio-repubblicana. Stante il divieto di donazione *inter virum et uxorem* (solo parzialmente attenuato grazie a una *oratio Severi* del 206 d.C.)⁷⁵, il legato, già a cavallo fra repubblica e principato, era inteso a restituire validità a un’attività diffusa nella prassi (ma priva di effetti giuridici), quale la messa a disposizione alla *uxor* da parte del marito di oggetti e denaro⁷⁶. La funzione originaria del *legatum* (e quella presumibile ancora al tempo di Mucio) era tuttavia svincolata dal divieto di *donatio* (noto a Trebazio e Alfeno ma non risultante discusso presso i giuristi precedenti), e vicina bensì a quella del legato di usufrutto o di *penus* a favore della vedova, «provvedere ... costei, oltre che del sostentamento, degli oggetti cui era abituata durante la vita del marito»⁷⁷.

Stando a Kaser, la presunzione avrebbe avuto particolarmente senso in una temperie in cui la *conventio in manum* rappresentava ancora la forma prevalente di costituzione di unioni matrimoniali⁷⁸. Il *pater familias*, il quale in vita avesse consentito alla moglie *in manu* la disponibilità fattuale di dati

⁶⁷ V. già *supra*, § 3.

⁶⁸ Sul punto più approfonditamente *infra*, § 7.

⁶⁹ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889, I, c. 759 (nt. 4: «Mucius haec iniecit suspicor, cum de rebus uxoris causa paratis agere»), Muc. 18-19 (= Pomp. 244-245, LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 63). BREMER, *Iurisprudentiae*, I, cit. (nt. 11), p. 71 ss., provvedeva invece ad una generica attribuzione del frammento *de quo* al II dei *libri iuris civilis* muciani (che analogamente reputava dedicato alla materia dei *legata*).

⁷⁰ KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 217 (p. 315).

⁷¹ Il rilievo è stato assunto, senza discussione, da tutta la dottrina successiva: si vedano, per tutti, SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 186 ss., E. HÖBENREICH, G. RIZZELLI, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien-Köln-Weimar, 2003, p. 141 nt. 359, e VINCENTI, *rev.* a SCACCHETTI, cit. (nt. 4), p. 378 s. Al passo in esame si collegherebbe la *sententia* muciana contenuta in D. 34.2.10 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*: ‘*Quintus Mucius ait: si pater familias uxori vas aut vestimentum aut quippiam aliud ita legavit quod eius causa emptum paratumve esset, id videtur legasse, quod magis illius quam communis usus causa paratum esset, ...*’), su cui si veda anche *infra*, § 6 e nt. 95.

⁷² Si veda in particolare D. 32.45 (Ulp. 22 *ad Sab.*): ‘... *Sabinus libris ad Vitellium ita scripsit: quod in usu frequentissime versatur, ut in legatis uxoris adiciatur quod eius causa parata sint, ...*’ Su tale tipologia, cfr. per tutti ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 232 ss.

⁷³ Si veda ancora ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 235 ss.

⁷⁴ ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 234.

⁷⁵ Si veda, sul punto, *infra*, § 8.

⁷⁶ Si veda sul punto in particolare ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 270 ss.

⁷⁷ ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 271 s., che aggiunge: «successivamente l’introduzione del divieto delle donazioni fra coniugi avrebbe suggerito alla giurisprudenza cautelare di avvalersi di questo legato per limitare gli effetti del divieto».

⁷⁸ KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 223 s. (p. 321 s.).

cespiti, pur diseredandola nel testamento (allo scopo di concentrare il patrimonio ereditario nelle mani del o dei figli), avrebbe potuto legarle i beni che ella aveva avuto a disposizione ‘*constante matrimonio*’ (per garantirle appunto, analogamente al legato di *ususfructus*, di mantenere lo stesso tenore di vita goduto nel corso dell’esistenza in comune⁷⁹). La donna in talune ipotesi avrebbe potuto vedersi processualmente costretta a provare che i beni in esame le derivassero dal marito. Una simile prova, per il sentire di età repubblicana, poteva esser sintomatica di sospetto di «guadagno illecito» (*‘turpis quaestus’*, appunto)⁸⁰.

Non sembra vi sia da obiettare sulla collocazione palinogenetica della *sententia* muciana, anche se – come indicato – la massima *de qua* parrebbe avere, alla luce dei *verba* usati dal giurista, un tenore alquanto generale⁸¹. Più di una perplessità suscita invece la convinzione espressa da Kaser secondo cui Quinto Mucio avrebbe formulato la *regula* relativamente al matrimonio con instaurazione della *manus*⁸².

Deve infatti partirsi dalla constatazione che nulla, nella formulazione del *dictum* muciano, lascia inferire che esso potesse avere riguardo unicamente alla situazione di una ‘*nupta in manu*’⁸³.

Si aggiunga poi che il regime matrimoniale derivante dalla pratica della ‘*trinoctii usurpatio*’, senza instaurazione della *manus*, doveva essere realtà già abbondantemente diffusa all’epoca di Mucio⁸⁴.

Inoltre, nell’ultimo secolo della repubblica, i due regimi matrimoniali non dovevano essere, sotto il profilo patrimoniale, eccessivamente distanti l’uno dall’altro: negli ultimi decenni la storiografia, di contro agli orientamenti diffusi nella prima metà del ’900, ha infatti posto in risalto come, nel quadro di un passaggio che deve supporre graduale dall’una forma di matrimonio all’altra, le divergenze (nei fatti, se non *de iure*) non dovessero essere rilevantisime⁸⁵. Numerose fonti di età tardorepubblicana e classica riprendono il *topos* arcaico della moglie custode delle chiavi, a simboleggiare il già accennato canone (di antica risalenza) di «divisione del lavoro» fra i coniugi⁸⁶, là dove i giuristi classici ricorrono alla metafora (finzione?) della ‘*uxor quodammodo domina*’⁸⁷. Si spiega dunque perché – anche in un contesto dominato ormai da rapporti coniugali senza instaurazione della *manus* – potesse trovare terreno ed attecchire una *sententia* come la *Muciana*.

Insomma, l’obbiezione degli avversari della donna relativamente alla provenienza di dati beni dal marito (e la «controdeduzione» rappresentata dalla nostra «presunzione») avrebbero potuto tro-

⁷⁹ Su tale *ratio* si vedano O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II,1, Leipzig, 1901, p. 533 ss., M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in «AUPA», XXVIII, 1961, p. 5 ss., p. 19, p. 21 s., M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 20, V. GIUFFRÈ, *L’emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, in particolare p. 150 ss., e F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, in «La-beo», XLII, 1996, p. 37 ss., p. 62.

⁸⁰ Sarebbe per la donna, cioè, «unbillig und ... ehrenrührig, wenn sie – zum Beweis des Klagfundaments – nachweisen müßte, dass sie alle diese Gegenstände wirklich von ihm oder doch mit seinem Willen erworben hat ... es liegt ... dieser Beweislast immer auch der unausgesprochene, aber gleichwohl fühlbare Verdacht zugrunde, die Frau könnte Sachen, bei denen ihr der Nachweis des vom Mann gebilligten Erwerbs nicht möglich ist, heimlich und auf unehrenhafte Weise erworben haben» (KASER, *Praesumptio*, cit. [nt. 5], p. 224 [p. 322]).

⁸¹ Cfr. VINCENTI, *Presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 23, e *supra*, in questo paragrafo.

⁸² Seguito, in questo, anche da GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), p. 81 ss., p. 93 ss., secondo cui la presunzione enunciata da Mucio aveva senso solo riguardo al legato del *peculium* muliebre realizzato dal marito nei riguardi della *uxor in manu*; rispetto a una donna non *in manu* essa sarebbe stata inutile in quanto o le *res* in questione avrebbero fatto parte del *peculium* da ella posseduto con riguardo all’avente potestà su di lei o di beni in esclusivo appannaggio della donna (*‘res extradotales’*): così ancora VINCENTI, *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 379.

⁸³ Scettici sul punto anche ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 269 nt. 85, VINCENTI, *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 456, e SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 210 ss.

⁸⁴ Dimostrazione, da ultimo, in SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 124 ss. e in particolare p. 137 ss.

⁸⁵ Cfr. in specie GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), p. 131 s., e LOBRANO, *Uxor*, cit. (nt. 53), in particolare p. 87 ss.; sulla stessa scia ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. (nt. 47), p. 94 ss. Si veda altresì (con inclusione di altre fonti letterarie, collegate a tratti in modo più tenue al dibattito) TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit. (nt. 47), p. 365 ss.

⁸⁶ *Supra*, § 4 e nt. 47. Fra i testi si vedano in particolare Cic., *Att.* 2.4.5, Cic., *fam.* 16.26.2, Colum., *re r.* 12 *praef.*, 2-4, Macr., *sat.* 1.15.22, e Aug., *conf.* 9.8.17.

⁸⁷ D. 25.2.1 (Paul. 7 *ad Sab.*) e D. 42.1.52 (Tryph. 12 *disp.*). Sul punto LOBRANO, *Uxor*, cit. (nt. 53), p. 67 ss., TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit. (nt. 47), p. 374 ss., e ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. (nt. 47), p. 96 s.

vare cittadinanza sia in riferimento ad una *nupta in manu* che ad una donna non *in manu*.

Se *in manu mariti*, la donna, sino alla morte del *vir*, avrebbe avuto in disponibilità i beni facenti parte del proprio *peculium*: laddove taluno di essi avesse cessato di essere in sua disponibilità, ella, nel richiederlo in giudizio, sarebbe stata tenuta a provarne (se non la titolarità) appunto la provenienza; in ciò poteva esser soccorsa appunto dal *dictum* di Mucio, che la esimeva dal provare l' *'unde habeat'*; anche nel caso in cui fosse stata convenuta, ella poteva rafforzare proprie obiezioni fatte valere in via di *exceptio* appunto facendo leva sulla *Muciana*⁸⁸. Deve riflettersi in particolare su una circostanza: in caso di rivendica di beni legati alla donna *in manu*, la titolarità dei beni in esame, in costanza di matrimonio, risultava in tutto e per tutto del marito; non particolarmente facile doveva rivelarsi per la *mulier* la prova, nel quadro di un'azione di rivendica o *ex testamento*, che i beni *de quibus* le fossero stati effettivamente attribuiti da lui (o ella li avesse ricevuti da terzi con l'assenso del marito) per un godimento in esclusiva, soprattutto laddove (per un motivo o per l'altro) ne avesse perso il possesso prima dell'apertura della successione. Onde – e per i casi dubbi – l'escogitazione di un criterio (motivato sulla base della necessità di evitarle un *'turpis quaestus'*) che favorisse la donna, alleggerendone l'onere probatorio.

Se non *in manu*, la donna avrebbe potuto disporre – almeno qualora fosse stata *sui iuris* – di un patrimonio proprio. Neanche in questo caso, tuttavia, poteva esser semplice distinguere fra i *bona* che appartenessero a lei in qualità di *domina* e quelli che, pur essendo del marito, fossero da lei utilizzati in costanza di matrimonio⁸⁹: soprattutto nelle unioni di lunga durata non necessariamente si sarà tenuta una contabilità precisa di beni che, il più delle volte, dovevano essere di uso comune⁹⁰. Deve ricordarsi, del resto, che il problema riguardava la provenienza – in capo alla donna – dei beni controversi (*'unde ad mulierem quid pervenerit'*): laddove la *mulier* non si fosse cautelata precostituendosi un titolo (o meglio: la prova dello stesso), nell'acquistare un bene da un terzo, poteva obiettivamente aver difficoltà a dimostrare, in una eventuale azione ereditaria, la propria titolarità sul bene (pur avendolo ottenuto in modo del tutto lecito)⁹¹. Anche in tali ipotesi, insomma, la presunzione soveniva in favore della donna⁹².

⁸⁸) Sulla possibile situazione processuale della donna, cfr. *infra*, § 7.

⁸⁹) Nell'età del principato (e comunque in un regime in cui la forma matrimoniale prevalente non prevedeva più la instaurazione della *manus*) pare fosse usuale (a titolo cautelativo) redigere un inventario dei beni destinati all'uso muliebre e non rientranti nella massa dotale, come risulta da D. 23.3.9.3 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *'... Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre, ut is subscribat) non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne si quandoque separatio fiat, negetur'*. Cfr. sul punto GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), p. 30 ss., LOBRANO, *Uxor*, cit. (nt. 53), p. 94, ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. (nt. 47), p. 96 s., e VINCENTI, *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 381. SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 221 pensa piuttosto a «beni che erano stati per lei acquistati o destinati *'matrimonii tempore'* dal marito, il quale però ne aveva mantenuto il *'dominium'* durante la propria vita e li aveva a lei destinati in proprietà soltanto *'mortis causa'*». Senza escludere anche questa possibilità, mi pare tuttavia che l'ipotesi da me avanzata nel testo potesse essere statisticamente più frequente, e anche di una diversa consistenza economica. Presa in considerazione da KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 226, era stata scartata (ma – incomprendibilmente – con riferimento ad una *vindictio* effettuata dal marito stesso, e non dagli eredi di lui).

⁹⁰) Sotto questo riguardo (mi si consenta la congettura) potrebbe leggersi allora anche la disputa relativa alla necessità di differenziare i *'vestimenta virilia'* da quelli *'muliebra'* (su cui ebbe ad esprimersi lo stesso Mucio, D. 34.2.33 [Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): sull'intera problematica, per tutti ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 251 ss.

⁹¹) Non mi sembrano dunque irresistibili le obiezioni mosse da SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 224, e da VINCENTI, *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 379.

⁹²) Mi sembra che qui – con tutte le cautele del caso, data la lacunosità e le molte incertezze interpretative presentate dal testo – possa chiamarsi in causa, a riprova della abitudine alla gestione in comune, da parte di moglie e marito, delle reciproche fortune, la *laudatio Turiae*. Nell'elenco delle virtù della moglie (su cui non sussisteva la *manus maritalis*), l'ignoto *laudans*, negli ultimi decenni del I secolo a.C., descriveva la gestione economica dei rispettivi patrimoni in modo da lasciar presupporre il rispetto per le scelte amministrative realizzate dall'altro coniuge: *laud. Tur.* 37 ss.: *'Omne tuom patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia cons[ervavimus]; / neque enim erat adquirendi tibi cura quod totum mihi tradidisti. Officia [ita par] / tibi sumus, ut ego tu[elam] tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sus[ineres.] ...'*. Sembrano in comunione (ereditaria) i beni ricevuti dai due coniugi, quali coeredi, dal padre di Turia. Ciascuno dei due mantiene un proprio patrimonio personale, il marito, in quanto tutore di Turia, conserva anche una forma di controllo sull'amministrazione sia dei beni della donna sia della comunione ereditaria (per tale lettura, ASTOLFI, *Il*

6. E' – si è visto – assai verosimile che l'enunciazione muciana della regola di indirizzo, relativa o meno che fosse a una *in manu nupta*, dovesse avvenire in connessione con la discussione di problemi inerenti al legato di '*uxoris causa parata*' o affine (può pensarsi, mi sembra, anche a quello di *penus* o di *mundus muliebris*).

Il fatto che Pomponio vi si richiamasse non implica, tuttavia, né che la *Muciana* avesse identica funzione all'epoca sua, né che egli discutesse esattamente delle stesse problematiche prese in considerazione da Mucio.

Come si è detto innanzi, infatti, è possibile che le affermazioni contenute nel commentario di Pomponio siano state soggette ad un riassunto di mano compilatoria⁹³.

Siamo certo, come rilevato, in un ambito problematico che prende le mosse dal legato di '*uxoris causa parata*'⁹⁴. Nel discutere di tale tipo di legato, Pomponio avrà affrontato questioni interpretative (che non improbabilmente rinviavano a problematiche già oggetto di discussione nei tribunali e negli *auditoria* dei giuristi). Risulta infatti da altro frammento pomponiano (D. 34.2.10) che Mucio si fosse pronunciato sulla tipologia di oggetti da reputare '*uxoris causa parata*', soprattutto nel caso in cui in realtà i beni controversi fossero stati di utilizzo comune dei coniugi. Il Pontefice sosteneva dovessero ritenersi destinati alla donna quegli oggetti utilizzati piuttosto da lei che non in comune⁹⁵. Il discorso di commento di Pomponio (benché dall'andamento non del tutto lineare⁹⁶) sembra rivolto ad ampliare interpretativamente l'opinione di Mucio, affermando fra l'altro che, qualora la terminologia usata dal *de cuius* fosse inesatta, se fosse comunque chiaro a quali beni aveva riferimento, '*legatum omnimodo valet*' (in pratica, la regola '*falsa demonstratio non nocet*')⁹⁷.

E' ipotizzabile che lo stesso avvenisse nel frammento ove è testimoniata la *regula* muciana: in

matrimonio, cit. [nt. 47], p. 97 s.). La complessa impalcatura giuridica data al rapporto coniugale e patrimoniale è in ogni caso spia, mi sembra, dell'abitudine a una forma di cogestione (diversamente SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. [nt. 4], p. 153 s. e nt. 178). Ancor più interessante, ai nostri fini, il seguito della testimonianza: *laud. Tur. 42 ss.*: '[*Liberali*]tatem tuam c[um] plurimis necessariis tum praecipue pietati praestitisti. / ... licet qu[is] alias nominaverit, unam dumtaxat simillimam [tui ... / ... h]abuisti sororem tuam; nam propinquas vestras d[ignas] eiusmodi / ... beneficiis domibus vestris apud nos educavistis. Eaedem u[t] condicio[n]es aptas famili[ae] vestrae consequi possent, dotes parastis, quas quid[em] a vobis / constitutas commu[n]i consilio ego et C. Cluvius excepimus, et probantes [sensus vestros, / ne vestro patrimo[n]io vos multaretis, nostram rem familiar[em] sub[didimus] vestrae / nostrarque bona] in dotes dedimus' (per la ricostruzione del testo si sono accolte le scelte di D. FLACH, *Die sogenannte Laudatio Turiae. Einleitung, Text, Übersetzung und Kommentar*, Darmstadt, 1991, p. 54 s.). L'autore della '*laudatio*' ricorda come la moglie e la sorella di lei accogliessero nelle proprie *domus* delle parenti meno fortunate, e volessero anche costituire loro doti adeguate, traendo le somme dai propri beni personali. Il marito di Turia, assieme al cognato Cluvio, si sarebbe opposto, pretendendo (e ottenendo) che le doti in questione venissero a gravare sulla *res familiaris* dei mariti, lasciando inalterate le sostanze delle mogli. Oltre a far sopporre l'esistenza di una qualche forma di «contabilità separata» già per la fine della repubblica (non si comprende altrimenti come il *laudator* avrebbe potuto sostenere di aver messo a disposizione la o le doti *suo sumptu*), il testo documenta una volta di più l'uso (almeno – ma la prassi deve supporre diffusa – nella famiglia di Turia) da parte dei coniugi di prendere in comune le decisioni patrimoniali di rilievo e di ricorrere, a seconda dei casi, alle fortune dell'uno o dell'altro dei coniugi. Ma laddove in casa di Turia si era usata una notevole prudenza nella «contabilità familiare», non è detto che questo dovesse sempre essere il caso: onde la possibilità di controversie, anche *post mortem*.

⁹³ Cfr. *supra*, § 3 (e nt. 27 ss.).

⁹⁴ Cfr. *supra*, in particolare § 5.

⁹⁵ D. 34.2.10 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): '*Quintus Mucius ait: si pater familias uxori vas aut vestimentum aut quippiam aliud ita legavit 'quod eius causa emptum paratumve esset', id videtur legasse, quod magis illius quam communis usus causa paratum esset. POMPONIUS: sed hoc verum est non solum, si ipsius viri et uxoris communis usus, sed etiam si liberorum eius aut alterius alicuius communis usus fuerit: id enim videtur demonstrasse, quod proprio usui uxoris comparatum sit. sed quod Quintus Mucius demonstrat 'vas aut vestimentum aut quid aliud', efficit, ut falsa sint quae subiecitimus: multum enim interest, generaliter an specialiter legentur haec. nam si generaliter, veluti ita 'quae uxoris causa comparata sunt', vera est illius definitio: si vero ita scriptum fuerit 'vestem illam purpuram', ut certa demonstraret, licet adiectum sit 'quae eius causa emptae paratae essent', licet neque emptae neque paratae neque in usum ei datae sint, legatum omnimodo valet, quia certo corpore legato demonstratio falsa posita non peremit legatum. veluti si ita sit scriptum: 'Stichum, quem ex venditione Titii emi': nam si neque emit aut ex alia venditione emit, legatum nibilo minus valet. plane si ita legatum fuerit 'vas aut vestimenta, aut quae uxoris causa paratae sunt', tunc aequae erit vera Quinti Muci sententia: quo casu sciendum est, etiam si alienae res hae fuerint, quas putavit testator suas esse, heredem teneri, ut eas det'.*

⁹⁶ Attenta discussione del passo da ultimo in SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), in particolare p. 195 ss.

⁹⁷ Sul punto si veda anche ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), p. 259 ss.

caso di incertezza probatoria, soccorreva la massima, enunciata dallo stesso Mucio, per cui qualsiasi oggetto si trovasse in disponibilità della donna, e del quale fosse incerta la provenienza, doveva reputarsi messo a disposizione di lei dal marito.

Per la verità mi sembra possibile – in via meramente congetturale – almeno un'altra opzione. Già dalla tarda repubblica o dagli inizi del principato⁹⁸ era diffusa la possibilità, per il *vir*, di agire, una volta sciolto il matrimonio, nei riguardi della (*ex*) *uxor* per recuperare beni da lei sottratti al marito in costanza di matrimonio, con l'*actio rei uxoriae* (non essendo concessa, per le conseguenze infamanti che comportava, l'*actio furti*)⁹⁹. Se, dopo il divorzio, il marito fosse defunto senza aver potuto esperire l'azione, questa si trasmetteva agli eredi¹⁰⁰. Se invece il matrimonio si fosse sciolto per morte del marito, e gli eredi intendessero recuperare presso la donna *res* che sostenevano *amotae*, agli inizi del II sec. d.C. si concedeva loro regolarmente l'*hereditatis petitio* o – forse in concorso alternativo¹⁰¹ – l'*actio ad exhibendum* nei riguardi della donna¹⁰². Aristone e Giuliano si erano esplicitamente pronunciati in materia¹⁰³.

Non è da escludere, insomma, che, nel corso di una eventuale digressione all'interno della materia dei legati (digressioni per le quali era d'altro canto noto)¹⁰⁴, Pomponio si fermasse anche su altri aspetti del rapporto fra gli eredi del *vir* e la donna, come appunto la possibilità di convenirla in giudizio facendo valere una eventuale *amotio rerum*¹⁰⁵. E, a tal proposito, finisse per richiamare l'opinione di Mucio per cui, essendo dubbio, in sede processuale, da chi o come le fossero pervenuti i beni controversi, doveva reputarsi che le provenissero (in modo lecito, evidentemente) dal marito. Anche in questo caso si sarebbe infatti evitato alla moglie il sospetto di un '*turpis quaestus*'. La massima di Mucio potrebbe esser stata utilizzata, insomma, anche per giustificare la non esperibilità, *post mortem mariti*, di un'*actio rerum amotarum* o di una *condictio ex causa furtiva*: nell'intento di evitare il sospetto di *furtum* nei riguardi della donna, tornava utile il *dictum* muciano, per cui doveva procedersi «come se» i beni alla donna richiesti in giudizio le provenissero dal marito. Altra cosa sarebbe poi stata la valutazione circa il diritto della donna a trattenere i beni controversi¹⁰⁶. Non è improbabile che giocassero, anche nella valutazione pomponiana delle fattispecie discusse, considerazioni relati-

⁹⁸ A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln-Graz, 1963, p. 4 s. Di diverso avviso (ma senza appigli testuali) A. GUARINO, «*Res amotae*», in «ANA», LXXV, 1964, p. 253 ss. e 270 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, p. 105 ss. e 119 ss.).

⁹⁹ Cfr. il titolo 2 del XXV libro dei '*Digesta*', '*de actione rerum amotarum*'. Il dibattito giurisprudenziale riportato nei frammenti inerenti appare risalire agli esordi del principato.

¹⁰⁰ D. 25.2.6.2 (Paul. 7 *ad Sab.*): '*Si post divortium maritus decesserit, heres eius rerum amotarum iudicio uti potest*'.

¹⁰¹ Cfr. sul punto M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA», XXVI, 1957, p. 177 ss. e 490 s.

¹⁰² D. 25.2.22.1 (Iul. 19 *dig.*): '*Si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus esset maritus, hereditatis petitione vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est*'. *Hereditatis petitio* e/o *actio ad exhibendum* sono concesse nel caso in cui l'appropriazione indebita abbia avuto luogo *constante matrimonio*. Se la donna si è appropriata delle *res* dopo l'apertura della successione, analogamente è esclusa nei suoi riguardi l'*actio furti* (né ella commette il *crimen expilatae hereditatis*), potendo l'erede ricorrere alla *rei vindicatio* o alla *hereditatis petitio*. D. 25.2.6.4-6 (Paul. 7 *ad Sab.*): '*Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent. Quod si mortuo viro amoverit, non facit furtum, quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum: ideoque aut vindicari poterunt aut in hereditatis petitionem venient*'.

¹⁰³ Cfr. la nota precedente.

¹⁰⁴ Cfr. A. GUARINO, *Divagazioni Masuriane*, in «Labeo», XX, 1974, p. 370 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 304 ss.).

¹⁰⁵ L'argomento palinogenetico non vale a dissuadere da tale ipotesi. I frammenti pomponiani presenti nel titolo 25.2 dei '*Digesta*' sono tratti tutti dal XVI libro *ad Sabinum*. In esso si versava '*de iure dotium*' (LENEL, *Palinogenesia*, II, cit. [nt. 69], c. 122 s., Pomp. 622-637). La dote, in alcune «sistematiche» civilistiche – ricavabili dai *libri ex Cassio, ex Plantio, ad Urseium Ferozem* – era tema trattato subito dopo la materia testamentaria: G. SCHERILLO, *Gaio e il sistema civilistico*, in «Gaio nel suo tempo», Napoli, 1966, p. 145 ss., in particolare p. 148 ss. (= ID., *Scritti giuridici*, I, cit. [nt. 65], p. 37 ss., in particolare p. 40 ss.). Non è da escludere dunque che Pomponio, che aveva sotto gli occhi l'evoluzione sistematica successiva a Mucio, reputasse possibile trattare di un argomento collegato da Sabino con le tematiche della dote (collocata, nei '*libri tres*' sabiniani, in posizione alquanto distante dalla materia successoria) in un punto ove alcune sistematiche civilistiche (dipendenti da Mucio) tradizionalmente collocavano la materia in oggetto.

¹⁰⁶ L'ipotesi da me avanzata nel testo sembra confortata anche da talune considerazioni formulate da ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. (nt. 47), p. 96.

ve alla «gestione comune» di beni dell'uno o dell'altro, in costanza di matrimonio, che rendessero difficile dunque parlare di «appropriazione indebita» da parte della moglie, vista – in vita del marito – come una sorta di «condomina» o *socia* nella gestione dell'«azienda familiare»¹⁰⁷.

Non può dirsi, allo stato, se Pomponio richiamasse il *dictum* muciano – sia se nel quadro di una discussione sulle vertenze processuali in tema di «*uxoris causa parata*», sia se in riferimento ad eventuali responsabilità della donna per *res amotae* – per accoglierlo o per verificarne la «tenuta» al tempo suo. Deve infatti considerarsi che, in una temperie nella quale era abbondantemente invalso il divieto di donazione fra coniugi, l'insistere eccessivamente sul fatto che dati beni dovessero esser stati posti a disposizione della *uxor* dal proprio *vir* poteva facilmente dare adito a sospetti di donazione, e quindi puntellare tentativi di invalidare l'acquisto per altra via (sostenendone appunto la natura di acquisto *inter vivos* illecito perché realizzatosi in violazione del divieto di donazione)¹⁰⁸.

7. Ancora una breve digressione è forse opportuna per illustrare il presumibile svolgimento processuale di una controversia nella quale, al tempo di Mucio e a quello di Pomponio, poteva venire in rilievo il *dictum* muciano.

Sia detto subito che – si trattasse o meno di *legatum* di «*uxoris causa emptae vel paratae*» – la controversia sarà stata di carattere ereditario: le parti in causa dovranno essere state regolarmente la *mulier*, ormai vedova, e gli eredi del marito.

A) Esaminiamo anzitutto l'ipotesi di una controversia circa un legato di «*uxoris causa paratae*».

a) La *mulier* agisce nei riguardi del o degli eredi del marito. Ella potrebbe avere a propria disposizione o una *rei vindicatio* (eventualmente discendente dal *legatum per vindicationem*) – esperibile anche nei riguardi di terzi possessori – o un' *actio (in personam) ex testamento* (collegata con un *legatum per damnationem*). Nella prima ipotesi (*rei vindicatio*) è un dato di fatto che già all'epoca di Mucio, con la diffusione della *legis actio per sponsionem* prima e della *formula petitoria* poi, azioni nelle quali veniva appunto in considerazione il diritto di proprietà dell'attore, era a carico di costui l'onere della prova del proprio titolo (con il convenuto in prima battuta tutelato dal «*commodum possessionis*»)¹⁰⁹. La *mulier* attrice, che rivendicasse presso l'erede o presso terzi oggetti che sosteneva «*sui causa emptae vel paratae*» dal coniuge, sarebbe stata tipicamente tenuta alla prova di avere ricevuto da lui tali beni (per destinarli al proprio uso personale)¹¹⁰: il giudice che decidesse di rifarsi alla *regula* enunciata da Mucio poteva però esimerla da tale prova. La «partita» si giocava verosimilmente intorno al fondamento dell'*exceptio* opposta dal convenuto (che ben poteva essere una *exceptio doli praesentis* nell'ambito della quale poi si sarebbe provveduto a «riempire di contenuto» il preteso dolo della *mulier* nell'esperire la *vindicatio*)¹¹¹.

Ovviamente è improbabile che il o i convenuti (che vedessero accogliere una simile presunzione) si difendessero ribattendo che i *bona* in questione non derivavano alla donna dal marito (questo infatti avrebbe – mi sembra – aperto la questione circa un eventuale diritto degli stessi eredi ad ottenerli, cosa alla quale costoro non dovevano avere il benché minimo interesse)¹¹². Eventualmente avrebbero reagito eccependo che i beni

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, § 4.

¹⁰⁸ Risulta, e contrario, che la messa a disposizione della donna di dati beni per necessità femminili, o comuni a lei e al marito, valesse a sottrarre (almeno per Pomponio) l'atto dall'ambito di vigenza del divieto di donazione fra coniugi. Si veda D.24.1.31.9-10 (Pomp. 14 *ad Sab.*: «*Non videtur locupletior facta esse mulier, si aut in opsonio aut in unguentis aut in cibariis familiae donatam sibi pecuniam impenderit. Quae vir cibaria uxoris familiae iumentisque praestiterit, quae in usu communi erant, non condicentur, rell.*»), su cui in particolare MISERA, *Bereicherungsgedanke*, cit. (nt. 10), p. 133 ss.

¹⁰⁹ Per approfondimenti e circostanziata analisi dei requisiti processuali, cfr. per tutti M. MARRONE, «Rivendicazione (diritto romano)», in «ED.», XLI, Milano, 1989, p. 1 ss., 10 s. e 14 s. (= ID., *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 2003, p. 385 ss., 394 s. e 398 s.).

¹¹⁰ Sull'onere della prova nella *rei vindicatio*, si vedano PUGLIESE, *L'onere*, cit. (nt. 62), p. 349 ss., D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, München, 1969, p. 136 ss., MARRONE, *Rivendicazione*, cit. (nt. 109), p. 10 s. (p. 394 s.), e M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar-Wien, 1995, p. 18 ss.

¹¹¹ Sull'*exceptio doli* nella rivendica (ma con riferimento al ristoro delle spese incontrate riguardo la cosa controversa), cfr. MARRONE, *Rivendicazione*, cit. (nt. 109), p. 15 ss. (p. 399 ss.).

¹¹² Nello stesso senso SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 223 s.

controversi erano stati sì acquistati dal marito, ma non *uxoris causa* (per casi del genere generalmente i giuristi, sia pur con risultati di volta in volta diversi, affermano infatti l'opportunità di una *quaestio voluntatis*)¹¹³. La presunzione, per l'ipotesi in esame, se accolta dal *index*, avrebbe esonerato la donna dalla necessità di provare l'attribuzione ad opera del marito, non invece da quella (eventualmente) di provare che i *bona* fossero stati acquisiti dal marito *uxoris causa*. Non diversamente mi pare dovessero atteggiarsi le cose nell'ipotesi in cui la donna avesse dovuto (o potuto) usare l'*actio ex testamento*: il '*damnas esto*' nei riguardi dell'erede riguardava l'obbligo di costui di trasmettere alla donna '*quae eius causa empti paratae sunt*'; alla donna sarebbe stato chiesto verosimilmente di provare il proprio diritto a pretendere dall'erede (a titolo obbligatorio) la disponibilità dei *bona*, in modo non dissimile dall'eventualità di *rei vindicatio* (e analogamente si sarebbe strutturato il gioco di *exceptiones* e *replicationes* fra attore e convenuto)¹¹⁴.

b) La *mulier* è convenuta in giudizio dal o dagli eredi del marito con la *rei vindicatio* (o altra azione reale assimilata) per la restituzione delle *res litigiosae*¹¹⁵. Sull'erede attore incombe l'onere di provare il proprio diritto sui beni controversi¹¹⁶. La donna convenuta potrà essersi avvalsa di un'eccezione (da contrapporre al '*si paret rem q.d.a. ex i. Q. Anli Agerii esse*') che vertesse sull'esserle stati i beni legati in quanto '*uxoris causa empti paratae*': per questa seconda ipotesi il giudice poteva consentire alla donna – decidendo di rifarsi alla *sententia* di Mucio – di evitare di dimostrare la provenienza dei beni dal marito (stante che la disponibilità dei beni oggetto di *petitum* era data appunto dalla sua posizione di convenuta), sarebbe cioè stata, in sostanza, esonerata dal provare il fondamento della propria *exceptio*¹¹⁷.

B) V'è poi da considerare l'ipotesi che la controversia vertesse non su un legato di '*uxoris causa parata*' ma sull'eventuale fondamento del diritto della donna a trattenere *mortis causa* beni che erano stati di uso comune (nel quadro, cioè, di una *hereditatis petitio*, di una generica *rei vindicatio* o di un'*actio ad exhibendum*).

a) La *mulier* agisce nei riguardi del possessore di beni ereditari chiedendone la restituzione. Come già rilevato per il punto A, sull'attore della *rei vindicatio* (così come su quello della *hereditatis petitio* e così via elencando) incombe, già in epoca di vigenza delle *legis actiones*, la prova del '*meum esse*'¹¹⁸. La donna sarebbe stata tenuta a provare da chi avesse acquistato (oltre all'eventuale titolo di proprietà sul bene in capo al suo dante causa)¹¹⁹, circostanza appunto oggetto del quesito (come formulato in D. 24.1.51) '*unde ad eam quid pervenerit*'. La *Muciana* poteva soccorrerla se ella non avesse altri strumenti per provare che il proprio diritto sul o sui *bona* controversi le derivava dal marito.

¹¹³ ASTOLFI, *Oggetto dei legati*, II, cit. (nt. 64), in particolare p. 259 ss.

¹¹⁴ Non dissimile l'impostazione di SCACCHETTI, *La presunzione* (nt. 4), p. 215 s.

¹¹⁵ La *rei vindicatio* era – è noto – usata in caso di controversie ereditarie per il recupero all'erede di singoli beni del coacervo ereditario, laddove l'*hereditatis petitio* è *actio generalis*, intesa al recupero di tutta o parte dell'eredità da chi si reputi a sua volta erede (*actio specialis* è definita la rivendica, al confronto con l'*hereditatis petitio*, ad esempio in D. 6.1.1.pr. [Ulp. 16 ad ed.]). Cfr. per tutti, da ultimo M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien, 1998, p. 29 ss.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nt. 110.

¹¹⁷ La *mulier* avrebbe, in questa seconda ipotesi, stando a SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 216, addotto di possedere il bene (nell'esempio dell'autrice un anello d'oro) «in caso di legato ad effetti obbligatori, *pro legato de auro quod eius causa paratum est*, o, in caso di legato ad effetti reali, di esserne divenuta proprietaria per lo stesso titolo». Non sembra possibile accogliere, però, le ulteriori conclusioni dell'autrice (*ibid.*, p. 219), nel momento in cui afferma che «sia la '*uxor*' legataria che l' '*heres*' avrebbero conservato l'onere di dimostrare i fatti a sé favorevoli e ... soltanto nel caso in cui nessuno dei due fosse riuscito a convincere il '*index*' della veridicità dei propri '*alligata*', sarebbe scattata la presunzione di provenienza dal marito, in considerazione della quale il giudice non avrebbe potuto pronunciare un '*non liquet*', ma avrebbe dovuto giudicare come se fosse stata raggiunta la prova che il bene litigioso era stato dato alla moglie dal '*vir*'».

¹¹⁸ MARRONE, *Rivendicazione*, cit. (nt. 109), p. 10 (p. 394): «... pur in assenza, dapprima, di regole tassative in materia ..., fu prassi affermata, e quindi generalmente seguita, che nell' '*agere in rem per sponsionem*', e poi nell' '*agere per formulam petitoriam*', i giudici facessero gravare sull'attore, il solo per cui veniva in considerazione una questione di proprietà, l'onere di provare il '*meum esse*'».

¹¹⁹ MARRONE, *Rivendicazione*, cit. (nt. 109), p. 10 (p. 394).

b) La *mulier* è convenuta dagli eredi con l'«*hereditatis petitio*» ovvero un'azione di rivendica (o similari). Laddove l'attore fosse stato in grado di dimostrare il proprio titolo, la donna avrebbe potuto eccepire a proprio favore il fatto che i *bona* le provenivano dal marito, avendole questi posto a disposizione le *res* nel contesto del rapporto di convivenza e di quella «*societas vitae*» che ne scaturiva. Il giudice che avesse deciso, in questo caso, di rifarsi alla *Muciana*, non avrebbe tenuto in conto eventuali sospetti di «*amotio*» nei riguardi della donna.

Al di là delle ipotesi prese in considerazione, che vedono la *mulier* come direttamente coinvolta nella vicenda processuale, mi sembra altresì possa pensarsi (anche in questo caso già per l'epoca di Quinto Mucio) al caso in cui la donna fosse dante causa di un terzo poi coinvolto in un'azione di rivendica. Sia se attore che convenuto, l'avente causa dalla donna, nel ricostruire la «catena» degli acquisti, sarebbe giunto appunto sino a lei: la presunzione sarebbe stata forse, nell'ipotesi considerata, efficace a non risalire oltre, nella ricerca del titolo di acquisto (per evitare – vera o fittizia che fosse l'argomentazione – un «*turpis quaestus*» circa le attività «lucrative» cui si fosse dedicata la donna)¹²⁰. Ma sul punto occorre ammettere che siamo già nel campo del meramente congetturale.

8. Dell'attitudine dei *iuris periti* ad utilizzare in modo tipico i principii enunciati dai loro predecessori è poi luminosa testimonianza il rescritto di Severo Alessandro che, nel 229, si appellava alla *Muciana* (senza, peraltro, riferirsi esplicitamente a Mucio) nel giustificare la decisione della cancelleria imperiale riguardo ad un'ipotesi ben diversa da quella che doveva aver fornito l'*occasio* al giurista repubblicano. Rivediamolo:

C.I. 5.16.6.pr.-1 (Imp. Alexander A. Nepotiano, a. 229): «Etiam si uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem exceptit irrita sit. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent?».

Come già ricordato, un senatoconsulto del 206 d.C. (nelle fonti ricordato come *oratio Severi*) aveva disposto – in deroga al tuttora vigente divieto di *donatio inter virum ex uxorem* – la validità delle donazioni al coniuge non revocate dal donante sino al momento della propria morte¹²¹ (per entrambe le ipotesi, di donazione del *vir* alla *uxor* come di donazione della donna al marito). Il rescritto della cancelleria di Alessandro si inquadra appunto in una logica conseguente all'applicazione della nuova normativa. Beni (di proprietà di un *vir*) sono stati depositati «*uxoris nomine*» presso un terzo¹²². La donna è tuttavia premorta al marito, per cui non può reputarsi applicabile la disposizione dell'*oratio Severi*. Che qualcuno (evidentemente gli eredi della donna) avesse tentato di affermare la vigenza della *oratio Severi* risulta sia dalla *sedes materiae* del rescritto (C.I. 5.16, «*de donationibus inter virum et uxorem*»

¹²⁰) Cfr. MARRONE, *Rivendicazione*, cit. (nt. 109), p. 10 (p. 394): «... quando ... l'interessato invocava un titolo d'acquisto derivativo, questi doveva provare di avere acquistato da chi fosse proprietario, ed eventualmente che il dante causa fosse egli stesso proprietario, e così via fino a risalire ad un titolo di acquisto originario ...». Si veda anche WIMMER, *Besitz*, cit. (nt. 110), p. 18 ss.

¹²¹) D. 24.1.32.pr.-2 (Ulp. 33 *ad Sab.*): «*Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. Ait oratio: 'fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse'». Si vedano, fra altri, V. GIUFFRÉ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 240 ss., MISERA, *Bereicherungsgedanke*, cit. (nt. 10), p. 150 ss., e GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), p. 67 ss.*

¹²²) Non è chiaro se ciò fosse avvenuto in funzione di una donazione (la cui validità sarebbe stata confermata, *ex oratione Severi*, dopo la morte del *vir*), ovvero se le motivazioni di Nepotiano, nel realizzare il deposito, fossero differenti (ad una eventuale frustrazione delle pretese dei creditori pensa SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. [nt. 4], p. 321 ss.; non si pronuncia VINCENTI, *rec.* a SCACCHETTI, cit. [nt. 4], p. 381).

... *et de ratihabitione*», contenente costituzioni tutte successive al 206 d. C.), sia dalla argomentazione proposta, *'etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat'*: chi avesse fatto valere la *donatio* dal *vir* alla *uxor* (stante la perdurante vigenza del divieto per le donazioni non ricomprese nella sfera applicativa della *oratio Severi*) evidentemente affermava la possibilità di sussumere la stessa nel disposto normativo del senatoconsulto del 206¹²³.

Nel caso di Nepotiano, il richiedente, essendo in grado di dimostrare di aver effettuato il deposito di *'res sui iuris'*, benché «intestate» alla moglie, poteva tranquillamente far valere l'invalidità di un'eventuale *donatio*, e dunque il fatto che *'causa proprietatis ea ratione mutari non potuit'*¹²⁴. L'estensore del rescritto, per vero, non avrebbe avuto necessità di aggiungere altro, il dispositivo era già completo con quanto affermato nel *principium*. Invece egli reputava opportuno richiamarsi alla *regula* enunciata da Mucio, pur con un generico riferimento ai *'veteres iuris auctores'*, per puntellare ulteriormente la soluzione attraverso il richiamo alla tradizione: è noto che, laddove non sia possibile provare in qual modo una donna abbia potuto acquisire, in modo onesto, la proprietà su dati beni, *matrimonii tempore*, deve reputarsi che essi le provengano *de mariti bonis*.

Evidente come nel rescritto di Alessandro siano presenti una serie di elementi di novità rispetto all'epoca di emersione della *regula* muciana. La «presunzione» è vista, nel caso di Nepotiano, dalla prospettiva del *vir* e non da quella della *uxor*: è il *vir* ad esser destinatario della contestazione circa la titolarità delle *res (depositae)*, ed è lui che è tenuto a dimostrare di esserne tuttora il *dominus*. È possibile che i *bona* si trovassero ancora presso il depositario, come pure che Nepotiano agisse, nei riguardi degli eredi della donna che avessero già recuperato i beni dal depositario, per la restituzione¹²⁵. Come che sia, è stavolta per puntellare la situazione del *vir* (e non della donna) che viene invocata la massima di Quinto Mucio.

Stando a Kaser¹²⁶, sarebbe pensabile che la cancelleria imperiale intendesse, col ricorso alla presunzione muciana, considerare la fattispecie concreta *tout court* come un caso di donazione (invalida in quanto persistentemente in violazione del divieto di *donatio* fra coniugi): solo così infatti avrebbe potuto risparmiarsi al marito la prova della effettiva appartenenza a lui delle *res depositae*. A me sembra piuttosto che il marito (nel caso sottoposto all'imperatore) disponesse di un titolo efficace a dimostrare in capo a lui la proprietà dei beni, ma che potesse venirgli obbiettato (dai suoi avversari) che quella proprietà egli l'aveva persa a seguito di donazione (da presumersi valida in base all'*oratio Severi*). Nel pronunciarsi sul punto, la cancelleria non faceva che ribadire la vigenza del *ius* attuale. Un'eleganza colta (e poco più di questo), un *topos* argomentativo, pare il riferimento alla regola antica: se Ulpiano non fosse morto l'anno precedente l'emanazione del rescritto sarebbe possibile immaginarlo come il possibile estensore dello stesso; non inverosimile un influsso (diretto o mediato) del giurista Paolo, che risulta fra l'altro aver usato più di una volta l'aggettivo *'ignotus'* nei propri scritti¹²⁷.

¹²³ Non mi sembra per vero necessario immaginare che fosse il marito il rivendicante presso gli eredi della moglie (già entrati in possesso delle *'res depositae'*), come invece già KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 217, successivamente SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 326 ss. e VINCENTI, *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 452, nonché VINCENTI, *rec. a SCACCHETTI*, cit. (nt. 4), p. 380. Il *vir* in realtà ben poteva aver ottenuto dal depositario la restituzione delle *res* ed essere attualmente (o correre il rischio di essere) convenuto dagli eredi della moglie che affermasero il mutamento della *causa proprietatis*: onde la richiesta di un parere alla cancelleria imperiale.

¹²⁴ Sulla regola *'nemo sibi ipse causam possessionis mutari potest'* (cui in questo punto il rescritto pare rimandare) si veda da ultimo BÖHR, *Das Verbot*, cit. (nt. 61), part. p. 67 ss.

¹²⁵ Cfr. già *supra*, nt. 123.

¹²⁶ KASER, *Praesumptio*, cit. (nt. 5), p. 219 s. (p. 317 s.).

¹²⁷ Una ricerca lessicale sull'uso dell'aggettivo *'ignotus'* (piuttosto raro nelle fonti classiche) rivela una maggiore frequenza statistica del termine nella cancelleria dei Severi (C.I. 2.51.1 [Alex. a. 226]), C.I. 5.37.6 e C.I. 6.2.5 [Alex. a. 223], C.I. 6.7.1 [Anton. a. 214]). Per il lemma in Paolo si vedano D.17.2.65.10 (Paul. 32 *ad ed.*), D.23.2.10 (Paul. 35 *ad ed.*) e D.47.10.18.3 (Paul. 55 *ad ed.*); due volte esso ricorre anche in Ulpiano (D. D.40.1.4.2, [6 *disp.*], D.40.5.24.10, [5 *fidei.*]), tuttavia sicuramente già morto nel 229 d.C. (le opinioni oscillano fra il 223 e il 228 quali anni possibili per la morte del giurista di Tiro: le si vedano raccolte, per tutti, da ultimo in D. LIEBS, *Domitius Ulpianus*, in «Handbuch der lateinischen Literatur der Antike», IV, «Die Literatur des Umbruchs. Vom der römischen zur christlichen Lite-

E' enunciata nel rescritto altresì in modo più netto (rispetto a D. 24.1.51) la possibilità, per la donna sposata, di effettuare acquisti nell'ambito di attività (economiche) lecite anche da terzi estranei alla famiglia ('unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit'). Ciò non fa ovviamente meraviglia, essendo la donna ormai da tempo autonoma al punto da mandare avanti proprie imprese commerciali, o comunque da gestire in proprio – se *sui iuris*, ossia non *in manu mariti* – i suoi affari ('ipsae sibi negotia tractant', Gai., *inst.* 1.190)¹²⁸. Il richiamo contenuto nella costituzione rappresentava, in ogni caso, una significativa sottolineatura di tale dato di fatto.

Colpisce comunque, più di ogni altra cosa, il ricorso alla *regula* di Mucio in qualità di artificio argomentativo. Nella costituzione in analisi è stavolta il marito (e non la *uxor* defunta) a contendere dati beni agli eredi della donna. Ed è a puntello della sua posizione giuridica, e di una soluzione (in sostanza) già raggiunta, che si ricorre al *dictum* di Mucio. Compare, qui, quasi una sorta di motivazione della decisione, che trae forza maggiore proprio dal ricorso all'opinione dei *veteres*. L'uso strumentale della *sententia* muciana appena osservata era sintomatico della sua possibilità di applicazione a casi diversi, ben al di là della fattispecie decisa dalla cancelleria di Alessandro Severo. La «decontestualizzazione» della stessa tornava, evidentemente, comoda anche ai compilatori, i quali – recuperandola a proposito di una tematica senza dubbio diversa da quella per la quale la massima era stata enunciata – ne rendevano possibile (entro certi limiti già all'interno della compilazione, ma soprattutto nei successivi sviluppi del diritto intermedio) la generalizzazione.

9. Restano, allo stato, due quesiti da affrontare. Da un lato, occorre chiedersi per quale motivo Giustiniano abbia inserito il richiamo alla *Mucii sententia* nella Compilazione: ché le esigenze relative ai *legata* che avevano verosimilmente fornito l'occasione a Mucio per l'enunciazione della stessa erano ormai state superate da una legislazione di dettaglio relativa alle tipologie di legati e alla loro esecuzione; e, per quanto attiene alla costituzione di Alessandro Severo, la menzione – si è visto – rappresentava poco più di un orpello argomentativo, con quel richiamo (così caro alle cancellerie imperiali) alla *auctoritas* dei *veteres*. Dall'altro occorre verificare se la nostra presunzione abbia mai avuto, nell'esperienza romana classica, applicazione in modo analogo a quanto poi avvenuto dal *ius commune* in poi, ovvero a tutela delle pretese dei creditori dell'uno o dell'altro coniuge.

Per quanto attiene al primo ordine di problemi, deve anzitutto osservarsi come il divieto di donazione '*inter virum et uxorem*', nella tarda antichità, sia stato via via avvertito come una restrizione sempre meno tollerabile, come attestano sia i tentativi di aggiramento dello stesso ad opera della prassi¹²⁹, sia gli interventi normativi volti a mitigarne la portata¹³⁰. Giustiniano estenderà, per quanto possibile, anche l'ambito applicativo della *oratio Severi*¹³¹.

In connessione con il diffondersi della visuale del matrimonio come «comunità familiare», pur nella persistenza del regime di separazione dei beni dei coniugi che già aveva caratterizzato tarda repubblica e principato, è verosimile che, anche allo scopo di aggirare le limitazioni collegate col divieto di donazione, si sia dato vieppiù risalto al dato della condivisione, da parte di moglie e marito, di beni conferiti dall'uno o dall'altro nella gestione coniugale. Si è visto come già in età repubblicana e classica i giuristi avessero posto l'accento sul dato dell'uso in comune dei beni pur appartenenti all'uno o all'altro coniuge¹³², in alcuni casi appunto allo scopo di sottrarre gli stessi dall'ambito di

ratur [117 bis 284 n.Chr.]» – *cur.* R. HERZOG, P. LEBRECHT SCHMIDT, K. SALLMANN –, München, 1997, p. 177).

¹²⁸) Cfr. per tutti GARDNER, *Women*, cit. (nt. 18), p. 225 ss.

¹²⁹) Cfr. *Paul. sent.* 2.23.4 e *Val. fr.* 273 (Const. et Licin., a. 315). Per quanto riguarda le donazioni obnuziali nel tardoantico si vedano fra altri GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), p. 150 ss., R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1989, p. 137 ss., H. WIELING, *Kuß, Verlobung und Geschenk*, in «Status familiae. Festschrift A. Wacke» (*cur.* H.-G. KNOTHE, J. KOHLER), München, 2001, p. 541 ss.

¹³⁰) Cfr. *cod. Eur.* 307 e 319 (secondo quest'ultima la donna può trattenerne quanto il marito le abbia donato, laddove si comporti onestamente).

¹³¹) Cfr. in particolare C.I. 5.16.25 (Iust. a. 539) e C.I. 5.16.26 (a. 528).

¹³²) *Supra*, §§ 6 e 7.

applicazione del divieto di *donatio*¹³³. Il motivo in questione appare ricorrente anche nel tardo antico, prevalentemente come una «tensione» proveniente dalla prassi, cui le costituzioni imperiali tendono, per lo più, ad opporsi¹³⁴.

In taluni casi (oserei dire ancora una volta in modo «topico») anche nel tardo antico le cancellerie imperiali recuperano il *Leitmotiv* della *societas / communio* rappresentata dall'istituzione matrimoniale, per giustificare talune scelte di politica legislativa. E' il caso ad esempio di una costituzione di Valentiniano III (*Nov. Val.* 14) in cui, nel disporre che i frutti di beni posti a disposizione di un coniuge dall'altro, una volta consumati non potessero esser richiesti in giudizio dagli eredi del disponente della *res* fruttifera, era riferimento appunto a beni '*stante matrimonio in illa aequalitate vivendi in commune consumptos*'¹³⁵.

Un'ammissione alquanto scoperta della prassi di «condivisione» di beni fra coniugi è osservabile poi in una costituzione di Teodosio I, successivamente accolta nel *Codex Iustinianus* e collocata in un luogo-chiave del V libro, all'interno del titolo IX, '*de secundis nuptiis*'. In C.Th. 3.8.2 (Gratian. Valentin. et Theod., a. 382 = C.I. 5.9.3)¹³⁶ si dispone che, laddove una vedova passi a seconde nozze, i

¹³³ Si è già detto (*supra*, § 5) dell'impiego, in funzione di aggiramento del divieto di donazione, del legato degli *uxoris causa parata*. Si vedano, nella stessa chiave, le numerose riflessioni contenute proprio nell'opera di Pomponio, nel XIV dei libri *ad Sabinum*: D. 24.1.29.pr. ('*Si mulier ex pecunia donata emptum servum vendidisset et alium emisset, posterio-rem periculo mulieris esse Fulcinius scripsit: quod non est verum, licet non ex re mariti emptus sit*') e 1 ('*Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait*'), D. 24.2.31.1 ('*Si uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta sui nomine confecit muliebria, et vestimenta mulieris esse et pro operis ancillarum viro praestare nihil debere: sed viri nomine vestimenta confecta virilia viri esse, ut is lanae uxori praestet pretium: sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit, non valere donationem, cum illa valeat, cum viri nomine confecit: nec umquam operas viri ancillarum aestimari convenit*') e 3 ('*Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum: sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi*'), e in particolare D. 24.1.31.9-10 ('*Non videtur locupletior facta esse mulier, si aut in opsonio aut in unguentis aut in cibariis familiae donatam sibi pecuniam impenderit. Quae vir cibaria uxoris familiae iumentisque praestiterit, quae in usu communi erant, non condicentur: quod si familiam domesticam uxoris aut venalicam pavit, contra puto observari debere*').

¹³⁴ Cfr. in proposito la documentata panoramica di S. SOLAZZI, *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in «Dura», V, 1954, p. 151 ss. (= ID., *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 571 ss.) e i perspicui rilievi in GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio*, cit. (nt. 10), in particolare p. 150 ss.; sull'idea della '*communio domestica*' anche in fonti letterarie tarde, si veda ancora ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. (nt. 47), in particolare p. 95 s.

¹³⁵ *Nov. Valent.* 14.1-2 (Impp. Theodos. et Valentin. Albino p. p., a. 444): '*Comperimus enim, quasdam post maritorum obitum filios suos proposita indecora actione nudasse, quum ab his patrimonii sui fructus quaererent, quos utique stante matrimonio in illa aequalitate vivendi in commune consumptos convenit aestimari, quorumque ratiocinium perplexum atque confusum ad veritatis fidem discuti posse non credimus. quumque illud frequentius noverimus accidere, ut maiores expensas flagitet matronalis ornatus, et quum nunquam viri post uxorum obitum huius modi aliquid credant communibus filiis opponendum, durum est, muliebri tantum licentiae ista permitti. Deoque Albine, parens carissime atque amantissime, illustris ac praecelsa magnitudo tua hac edictali sciat nos lege sanxisse, ne de coniugii copula eorum alter superstes defuncti heredes super hac repetitione reddituum aestimet lite pulsandos. hac enim condicione et uxores teneri volumus et maritos. sive enim intercesserit dos, seu oblata non fuerit, omne iurgium huiusce repetitionis et ratiocinii conticescat*'. Sulla novella cfr. per tutti P. VOCI, *Il diritto ereditario romano del tardo Impero*, II, *Le costituzioni del V secolo*, in «SDHI.», XLVIII, 1982, p. 1 ss. e 123 (= ID., *Studi*, II, cit. [nt. 56], p. 177 ss. e 244 s.).

¹³⁶ C.I. 5.9.3.pr.-2 (Grat. Valentin. et Theod., a. 382): '*Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint, integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus), in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesument atque habeant potestatem: possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. nam si quid ex isdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum, ex maternis reintegrabitur facultatibus, quo illibata ad eos quos statuimus liberos bona et incorrupta perveniant. Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, matre iam secundis nuptiis funestata, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus, id, quod per eandem successionem ab intestato vel ex testamento suae posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quicquam alienandi habeat potestatem. Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserit, omne, quod quoquo modo perceperit, pleni proprietate iuris obtineat atque ex his nanciscendi domini et testandi circa quem voluerit liberam habeat potestatem*'.

beni ricevuti nel corso del primo matrimonio dal marito defunto passino nella proprietà dei figli di primo letto, restando alla madre solo l'usufrutto sugli stessi. A ciò viene collegato un divieto di alienazione a terzi dei beni spettanti ai figli di primo letto. La costituzione (come risulta in modo più esplicito da un'altra, di poco successiva, accolta nel titolo 5.10 del *Codex Iustinianus*¹³⁷) era volta a reprimere la prassi delle seconde nozze da parte delle vedove, «punendole» con consistenti restrizioni patrimoniali¹³⁸.

Significativa, in tale quadro, la formulazione estremamente ampia con la quale si designano in essa i beni oggetto del «vincolo di destinazione»: la costituzione ha ad oggetto infatti *'quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum sollempnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis'*. A meno di voler intendere il *'praemium cuiuslibet munificae liberalitatis'* come un'espressione omnicomprensiva per intendere qualsiasi tipo di lascito *mortis causa*, la locuzione in esame dovrebbe esser diretta ad indicare l'insieme dei beni posti a disposizione della *uxor* da parte del marito, in costanza di matrimonio¹³⁹.

Giustiniano, oltre a riprendere la costituzione *de qua* nel *Corpus Iuris* e ad intervenire in prima persona sulla disciplina patrimoniale delle seconde nozze (nel 535 e negli anni successivi)¹⁴⁰, intese, a mio modo di vedere, attribuirle una collocazione significativa ovviamente in connessione con le seconde nozze, ma altresì con riferimento alle donazioni fra coniugi (disciplinate infatti a qualche titolo di distanza: C.I. 5.16, dove si trova anche la costituzione di Severo Alessandro già esaminata). Il richiamo, contenuto in C.I. 5.16.6, alla «presunzione» di provenienza dal marito di *bona* la cui appartenenza venisse contestata alla donna, poteva eventualmente essere utilizzato anche in controversie fra i figli di primo letto della vedova passata a seconde nozze e il nuovo marito di lei (o gli eredi di quest'ultimo). In una simile ipotesi (defunta ormai la vedova), qualora il patrigno non riuscisse a dimostrare la provenienza *aliunde* di beni avuti a disposizione dalla vedova (ad esempio perché fosse stato egli stesso a porli a disposizione della *uxor*), doveva presumersi che *'de (primi) mariti bonis eam habuisse'*. L'applicabilità della *praesumptio* all'ipotesi considerata (che – mi sembra – può agevolmente inferirsi dalla collocazione palinogenetica di C.I. 5.9.3 e C.I. 5.16.6) avrebbe comportato un significativo alleggerimento dell'onere probatorio per i figli di primo letto della *vidua* che contendessero in giudizio beni che asserivano derivarle dal primo matrimonio.

Onde l'opportunità di richiamare la regola, enunciata dai *veteres iuris auctores*, a sostegno di esigenze nuove, di peso decisamente significativo in epoca giustiniana.

10. Quanto al secondo quesito, se la presunzione sviluppata da Mucio nell'ambito del diritto di famiglia abbia avuto rilievo anche al fine di aprire ai creditori dell'uno o dell'altro coniuge la possibilità di soddisfarsi su beni «comuni» al ménage coniugale, la risposta, per l'esperienza romana, dev'essere, mi sembra, negativa.

¹³⁷ C.I. 5.10.1.pr.-1 (Valent. Theod. et Arcad. Tatiano pp., a. 392): *'Si usum fructum maritus rerum suarum decedens uxori reliquerit eaque in secundas nuptias consortiumque convenerit, usum fructum, quem ex priore marito consecuta fuerit, amittat atque eum filius ex die quo nupserit mature restituat. Quod si liberos ex priore matrimonio adhuc imbecillitas habebit infantiae nec munit tutoris auxilium ac per huiusmodi occasionem mater quae relicta fuerat usurpaverit, omnia, cum legitime repetantur, cum competentibus fructibus ad liquidum deducta ratione restituet, ...'*

¹³⁸ Sul complesso delle costituzioni di Teodosio I in argomento si vedano in particolare M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Paris, 1972, p. 417 ss., P. VOCI, *Il diritto ereditario romano del tardo Impero*, I, *Le costituzioni del IV secolo*, in «Iura», XXIX, 1978, p. 17 ss., p. 103 ss. (= ID., *Studi*, II, cit. [nt. 56], p. 169 ss.), e KRAUSE, *Witwen und Waisen*, II, cit. (nt. 51), p. 69 s.

¹³⁹ Così interpreta il dettato della *lex* ad esempio M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², München, 1975, p. 181: «die Eheschenkung aber auch die sonstigen unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden und von Todes wegen». La disposizione della legge del 382 avrebbe giuridicizzato quello che era un istituto assai diffuso nella prassi classica, il fedecommesso di restituzione (testimoniato fra l'altro, ad esempio, dalla *'laudatio Murdiae'*, del I sec. d.C.): sul punto, per tutti HUMBERT, *Le remariage*, cit. (nt. 138), p. 423 s.

¹⁴⁰ Cfr. la discussione relativa alle innovazioni delle *Novellae* giustiniane in materia in HUMBERT, *Le remariage*, cit. (nt. 138), p. 450 ss., e KRAUSE, *Witwen und Waisen*, II, cit. (nt. 51), p. 70 ss.

V'è chi – appunto partendo dal rescritto di Severo Alessandro e dalla supposizione che Nepotiano potesse aver depositato i beni *'uxoris nomine'* per frodare i propri creditori¹⁴¹ – reputa che la *regula* di Mucio potesse venir utilizzata anche nel contesto di una *bonorum venditio*, ai fini dell'accertamento del patrimonio del debitore (per includervi anche beni che provenissero dal coniuge)¹⁴². E' però vero che «a tale funzione le fonti non accennano per l'esperienza romana»¹⁴³.

Al di là di alcuni accenni (peraltro non chiarissimi) in fonti giuridiche, che sembrano escludere l'applicazione della presunzione per l'ambito del «recupero crediti» nel diritto romano¹⁴⁴, occorre in primo luogo formulare un rilievo relativo alla peculiare condizione dei rapporti patrimoniali fra coniugi a Roma. Si ricordi infatti che, stante la vigenza del divieto di donazione *inter virum et uxorem*, il creditore di uno dei coniugi avrebbe potuto ottenere la revoca di un atto di liberalità sulla base del divieto di *donatio*. La regola, escogitata per far fronte a finalità diverse¹⁴⁵, venne senz'altro utilizzata anche dai creditori dell'uno o dell'altro dei coniugi a tutela delle proprie pretese¹⁴⁶. Era questa dunque la regola utilizzabile in caso di procedure fallimentari che coinvolgessero uno dei due coniugi. Difficilmente vi sarebbe stato spazio per una presunzione che avrebbe anche potuto utilizzarsi (data la cennata possibilità di richiamarla in modo «topico») a frustrazione delle pretese creditorie.

L'ipotesi che una simile presunzione non giocasse alcun ruolo è altresì suffragata da una testimonianza letteraria sinora non presa in considerazione nel contesto del dibattito sulla presunzione

¹⁴¹ VINCENTI, *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 460 s.

¹⁴² P. ZANNINI, *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi*, in «ED.», XXXVIII, 1987, p. 373 s., A. GUARINO, *Mucio e Servio* (edizione fuori commercio), Napoli, 1994, p. 12, e VINCENTI, *La presunzione*, cit. (nt. 3), p. 460 s.

¹⁴³ SCACCHETTI, *La presunzione*, cit. (nt. 4), p. 322.

¹⁴⁴ Cfr., ad esempio (relativo tuttavia all'applicazione del *senatusconsultum Velleianum*) D.16.1.28.pr. (Scaev. 1 resp.): *'Seia mancipia emit et mutuum pecuniam accepit sub fideiussoe marito eamque solvit venditori: postea maritus decedens non solvendo in fraudem creditoris cavet testamento se eam pecuniam universam debere: quaeritur, an intercessisse mulier videretur. respondi secundum ea quae proponerentur non intercessisse'*. Seia ha acquistato degli schiavi, e per pagarne il prezzo di vendita prende a mutuo una somma di denaro, facendo affiancare la promessa di restituzione dalla fideiussione del marito. Paga il prezzo di vendita. Il marito, in frode al creditore del mutuo, afferma, nel proprio testamento, che sussista ancora l'obbligazione al pagamento del prezzo. Il giurista si pronuncia solo sull'assenza di *intercessio* da parte della donna (è infatti il marito ad apparire come garante dell'obbligazione principale assunta dalla donna, e non viceversa), non invece su un'eventuale possibilità del creditore di aggredire le sostanze del marito.

¹⁴⁵ Seguo ovviamente l'ipotesi di V. GIUFFRÈ, *Vicende del divieto di 'donatio inter virum et uxorem'*, in «ANA.», LXXXIII, 1972, p. 3 ss., per cui esso si sarebbe originato in una temperie in cui andava languendo la *manus* maritale, per evitare che quanto donato in particolare dal marito alla moglie, non *in manu*, andasse ad arricchire la famiglia di lei, creando in tal modo scompensi riguardo al censo posseduto dal *vir* e rischiando di diminuirne, oltre che il patrimonio, anche la posizione in seno ai *comitia centuriata*. Altre considerazioni in P. CSILLAG, *Rapporti patrimoniali*, cit. (nt. 26), p. 319 ss., A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazione fra coniugi*, in «Labeo» XXXVII, 1991, p. 342 ss., ed A. GUARINO, *Trebazio ed il caso di Terenzia*, in «Labeo», XXXVIII, 1992, cit. 137 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 98 ss.).

¹⁴⁶ Cfr. le generali affermazioni, contenute nelle fonti, riguardo al depauperamento doloso del debitore, e sull'editto *'quae fraudationis causa gesta erunt'*: D. 17.2.68.1 (Gai. 10 ad ed. prov.: *'Illud quaeritur, utrum is demum facere videatur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraude futurae actionis, an et qui occasione acquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, ...'*), D. 50.17.123.pr. (Ulp. 21 ad ed.: *'Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur'*), D. 42.8.6.pr. (Ulp. 66 ad ed.: *'Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur'*). Assai significativo, sul punto, D. 42.8.18 (Papin. 26 quaest.): *'Etsi pignus vir uxori vel uxor viro remisit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium. quod sine dubio, si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur. itemque est et si quis debitor in fraudem creditorum pignus omiserit'*. Qualora uno dei coniugi rimetta un'obbligazione (nella fattispecie un *'pignus'*) all'altro, l'atto è nullo perché viola il divieto di donazione fra coniugi (e inoltre a causa dell'intento fraudatorio). La revoca è facilitata, ai creditori, appunto in virtù del divieto di *donatio*. Cfr. sul punto MISERA, *Bereicherungsgedanke*, cit. (nt. 10), p. 53 ss., p. 63 s. Analoghe riflessioni (anche se vi vorrebbe un'applicazione della presunzione muciana, piuttosto che del divieto di donazione) già in VINCENTI, *La presunzione*, cit. (nt. 3), in particolare p. 461 ss., con riferimento anche all'episodio di Mecenate e Terenzia (D. 24.1.64 [Iavol. 6 post. Lab.]) e con particolare menzione di *Vat. fr. 273* [Dominus Constantinus et Caesares, a. 315]: *'Prisca legum aequitate praclusa variis ambagum versutis exquisita donatio, licet titulum emptionis vel debiti tenorem comprehendere videatur, tamen claris testationibus probata debet in irritum devocari, si quidem consultissima ratione videatur esse provisum matrimonio constante donationes inter virum et uxorem altriuscuius agitatae nullam firmitatem habere. Nec sibi debent mulieres blandiri, si tamquam venditores vel debitores ad eluendas legum sanctiones mariti earum se falso videantur esse professi, ...'*.

muciana. Si tratta di un luogo del *de magia* di Apuleio, retore-filosofo attivo (principalmente in Africa proconsolare) durante il principato di Antonino Pio¹⁴⁷. Apuleio, avendo sposato, da perfetto sconosciuto appena arrivato nella piccola comunità di Oea, Pudentilla, la vedova più ricca e ambita della zona, si era attirato l'odio dei familiari di lei, che l'avevano accusato in giudizio di uso di arti magiche. Nel quadro dell'arringa di difesa il retore si fermava sui vizi dei propri avversari, così descrivendo la vita e le attività di uno fra i più accaniti di essi, Erennio Rufino:

Apul. De magia 75. 1: In hac etiam aetate qua nunc est ... domus eius tota lenonia, tota familia contaminata: ipse propudiosus, uxor lupa, filii similes ... 4. Iam illa inter virum et uxorem no[n]ta[m] conclusio: qui amplam stipem mulieri detulerunt, nemo eos observat, suo arbitratu discedunt; qui inaniore venere, signo dato pro adulteris deprehenduntur, et quasi ad discendum venerint, non prius abeunt quam aliquid scripserint. 5. Quid enim faciat homo miser ampliuscula fortuna devolutus, quam tamen fraude patris ex inopinato invenerat? pater eius plurimis creditoribus defaeneratus maluit pecuniam quam pudorem; 6. nam cum undique versum tabulis flagitaretur et quasi insanus ab omnibus obviis teneretur, 7. 'pax' inquit, negat posse dissolvere, anulos aureos et omnia insignia dignitatis abicit, cum creditoribus depaciscitur. 8. pleraque tamen rei familiaris in nomen uxoris callidissima fraude confert: ipse egens, nudus et ignominia sua tutus reliquit Rufino huic, non mentior, sestertium *X*X*X devorandum; tantum enim ad eum ex bonis matris liberum venit praeter quod ei uxor sua cotidianis dotibus quaesivit.

Il retore tratteggia con estrema abilità la pessima condotta di vita di Rufino, che Apuleio accusa di essersi egli stesso prostituito in gioventù e di far tuttora prostituire, dietro congruo compenso, la moglie. Degno figlio, costui, di un padre che – pressato dai debiti – si era fatto dichiarare insolvente¹⁴⁸ ed aveva altresì provveduto a frodare i creditori. La frode era consistita nell'intestare alla moglie la maggior parte del patrimonio familiare: *'pleraque ... rei familiaris in nomen uxoris callidissima fraude confert'*. Rufino aveva poi ereditato dalla madre i beni in questione, ammontanti, stando alla stima (verosimilmente esagerata) di Apuleio a ben tre milioni di sesterzi (che aveva rapidamente provveduto a dilapidare): *'tantum ... ad eum ex bonis matris liberum venit'*. Sia detto subito che la *fraus* cui fa riferimento Apuleio, laddove lo si reputi attendibile circa le vicende di Rufino¹⁴⁹, appare piuttosto una *fraus* perpetrata nei riguardi dei creditori che non l'aggiramento di una norma giuridica (quella relativa al divieto di donazione fra coniugi, che la «finta alienazione» dei beni da Rufino alla moglie potrebbe aver confortato)¹⁵⁰. L'obbiettivo non risiedeva infatti tanto nell'arricchire la donna illeciti-

¹⁴⁷ Su Apuleio cfr. per tutti, da ultimo, i contributi contenuti nel volume collettaneo *Apuleius. Über die Magie* (cur. J. HAMMERSTAEDT), Darmstadt, 2002, e in particolare J. HAMMERSTAEDT, *Apuleius: Leben und Werk*, p. 9 ss. e P. SCHENK, *Die Schrift. Einleitung*, p. 23 ss., nonché F. LAMBERTI, *De magia als rechtsgeschichtliches Dokument*, p. 331 ss.

¹⁴⁸ Direi che risulti dall'espressione *'omnia insignia dignitatis abicit'*, che parrebbe rinviare alle conseguenze di una *'bonorum venditio'*, comportanti la perdita di onorabilità (*'infamia'*) del fallito. Qualche dubbio suscita tuttavia la locuzione *'cum creditoribus depaciscitur'* che indurrebbe piuttosto a pensare ad un accordo con i creditori al di fuori della procedura della *'venditio bonorum'*: la *'cessio bonorum'*, introdotta da una *'lex Iulia de bonis cedendis'*, comportava però l'esenzione del debitore dalla nota di *'infamia'*. L'unica possibilità per conciliare quanto testimoniato da Apuleio a proposito del padre di Rufino (che è più innanzi detto *'nudus et ignominia sua tutus'*) consisterebbe nell'immaginare che l'esenzione dall'*'infamia'* non promanasse già dalla *'lex Iulia'*, ma fosse stata introdotta in un momento successivo: essa è in realtà documentata, nelle fonti giuridiche, solo a partire da un rescritto di Severo Alessandro del 223 (C.I. 2.11[12].11). Sul punto si veda da ultimo I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 240 ss. Una rinnovata indagine in tema di *'cessio bonorum'* potrebbe utilizzare la testimonianza di Apuleio come significativa nel senso di una tarda esenzione da conseguenze infamanti anche di chi si fosse accordato con i creditori evitando di giungere alla *bonorum venditio*.

¹⁴⁹ Si potrebbe infatti obiettare che – in modo strumentale ai fini dell'arringa – Apuleio non faccia menzione di un eventuale rimedio esperito dai creditori dell'avversario nei riguardi della moglie di lui: al fine di ritrarlo come dilapidatore di patrimoni sarebbe infatti stato necessario presupporre che gli fossero derivate le fortune paterne. Al di là del fatto che di un rimedio di revoca, in ogni caso, nell'*Apologia* non è menzione, deve tenersi fermo sul fatto che il «combinato disposto» della testimonianza in esame con il silenzio delle fonti giuridiche sull'esistenza di eventuali rimedi di revoca nei riguardi del coniuge non debitore appare innegabilmente significativo.

¹⁵⁰ Per vero, nulla esclude che la *fraus* fosse doppia, e un aggiramento del diritto e una frustrazione delle pretese dei creditori. Per aver, da un lato, Rufino infranto il divieto di donazione fra coniugi (attività che, avendo la *lex*

tamente, quanto piuttosto (e questo pare piuttosto verosimile, dalla narrazione di Apuleio) nel sottrarre ai creditori beni sui quali costoro legittimamente avrebbero potuto accampare pretese.

Ora, al di là delle considerazioni sulla natura retorica (e dunque parzialmente finzionale) dell'arringa di Apuleio, è stato già constatato che i riferimenti ad istituti giuridici nel *de magia* sono estremamente accurati e «realisti»¹⁵¹. Ciò in parte derivava dagli studi condotti dal retore¹⁵², in parte anche dalla necessità di attenersi ai fatti, poiché dalla circostanza di non venir platealmente smentito dipendeva anche la sua assoluzione.

Se si concorda sulla veridicità delle attestazioni riportate nel *de magia*, deve concludersi che – nel caso di Rufino e in un ambiente ampiamente romanizzato come l'Africa proconsolare – era stato possibile intestare al coniuge gran parte dei propri beni, senza (parrebbe) che i creditori fossero in grado di revocare l'atto (dato che, evidentemente per parte materna, il figlio aveva ricevuto le fortune in questione).

La *'in integrum restitutio ob fraudem'*, il rimedio edittale previsto per la rescissione degli atti in frode ai creditori, come ad esempio alienazioni fittizie o dolose distrazioni di beni, era esperibile dal *'curator bonorum'* entro il termine di un anno *'ex die venditionis'*; analoghi i termini per la proponibilità del c.d. *'interdictum fraudatorium'*¹⁵³. Se il *vir* avesse trasferito alla *uxor* (o viceversa) beni a titolo oneroso, e fosse stato così accorto da compiere per tempo l'alienazione, pare che ai creditori non fosse consentita la revoca¹⁵⁴. Come dire che, nell'ambito considerato, la *Muciana* non giocava alcun ruolo.

La testimonianza in esame, in una con la rilevata assenza di fonti giuridiche che documentino la possibilità di aggredire beni in disponibilità di un coniuge per debiti contratti dall'altro, fa fede, mi sembra, del fatto che la massima, enunciata da Mucio per contribuire alla soluzione di controversie ereditarie che vertessero su beni in comune disponibilità dei coniugi, non venne estesa invece all'ambito dei rapporti economici esterni alla famiglia.

I creditori del *vir* o della *uxor* disponevano, a tutela delle loro pretese, di un meccanismo importante come la revoca delle donazioni intervenute fra coniugi. Per quanto atteneva alle restanti pretese, dovevano accontentarsi dei rimedi esperibili *'intra annum'*. In una prospettiva di bilanciamento di interessi, è verosimile che ai giuristi classici le potenzialità aperte ai creditori dal divieto di *donatio* e dai rimedi indicati apparissero sufficienti a tutelarne le pretese.

È pertanto probabile che sia stato il recupero giustiniano del *dictum* di Mucio (con la formulazione di tenore estremamente generale ricollegata allo stesso, e il mutamento di collocazione contestuale) a fornire spunto ai giuristi del *ius commune* per un proficuo fraintendimento della massima, e l'estensione di essa ad un ambito verosimilmente sconosciuto all'esperienza romana¹⁵⁵.

Julia et Papia ribadito il divieto, di origine consuetudinaria, integrava appunto una *'fraus legi'*: per tutti GUARINO, *Tenzia*, cit. [nt. 145], p. 103 ss.), dall'altro ingannato (attraverso l'alienazione alla *uxor*) i propri creditori. Non può escludersi che la frode avvenisse (come ipotizzato da GUARINO, *op. ult. cit.*, p. 105, per le attività in frode alla *lex Julia et Papia*) nel modo seguente: divorzio, intestazione dei *bona* alla donna, e – dopo un qualche tempo – nuovo matrimonio.

¹⁵¹ Cfr. per tutti SCHENK, *Die Schrift*, cit. (nt. 147), in particolare p. 43 ss.; F. LAMBERTI, *Ricchezza e patrimoni femminili in Apuleio*, in «Moneta mercanti banchieri. I precedenti greci e romani dell'Euro. Atti del Convegno Internazionale. Cividale del Friuli, 26-28 settembre 2002» (cur. G. URSO), Pisa, 2003, p. 301 ss., specie p. 306 e nt. 25 s.

¹⁵² Si veda in particolare HAMMERSTAEDT, *Apuleius*, cit. (nt. 147), p. 11 s., sulla base delle testimonianze di Apul., *flor.* 18 e 20.2-4.

¹⁵³ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, rist. Aalen, 1985, (§ 225) p. 435 ss.; sull'*'interdictum fraudatorium'* analogamente *ivi*, (§ 268) p. 495 ss. Cfr. in particolare S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, I³, Napoli, 1945, p. 57 ss., G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, p. 12 ss. e 63 ss., e ID., *'Actio Pauliana'*, in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», *Suppl.* XII, Stuttgart, 1970, c. 1008 ss. (che suppone ora l'esistenza di una vera e propria *actio* in luogo della *'in integrum restitutio'*).

¹⁵⁴ È vero che Apuleio utilizza il presente, *'conferi'*, lasciando presumere una contestualità fra la *fraus* e la dichiarazione di «fallimento» da parte di Rufino: sarei tuttavia incline a credere che l'uso dei tempi, in questo punto dell'orazione, sia strumentale, e finalizzato a conferire semplicemente maggiore tensione narrativa all'arringa contro Rufino.

¹⁵⁵ Sugli sviluppi della *'Muciana'* nel quadro del *ius commune*, cfr. per tutti CARAVAGLIOS, *Rapporti patrimoniali*, cit. (nt. 2), p. 66 ss., e VINCENTI, *La presunzione muciana*, cit. (nt. 3), p. 466 e nt. relativa.