

# OPVSCVLA

XV

UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II



CENTRO DI STUDI ROMANISTICI VINCENZO ARANGIO-RUIZ

# OPVSCVLA

XV

a cura del Dott. Alessandro Adamo

Con l'incontro di oggi riprende la serie "il diritto romano nelle proiezioni moderne", che conta relazioni di Alessandro Corbino, Juan Miquel, Andreas Wacke, Mario Breton e Raffaele Caravaglios, ed ora si arricchisce di quella di Umberto Vincenti.

La relazione è dedicata a "presunzione muciana e divieto di donazioni fra coniugi": un tema che richiama direttamente l'oggetto dell'ultimo incontro della serie, del 28 novembre 1995, affidato a Caravaglios, "Praesumptio Muciana' e rapporti patrimoniali tra coniugi: dal diritto romano alla Corte costituzionale".

L' Opusculum, l'VIII, che ne pubblicava il testo, riproduceva in appendice la decisione della Corte di cassazione che aveva fatto seguito alla pronuncia dei Giudici delle leggi cui s'era arrestata la relazione Caravaglios (I sezione civile, 29 dicembre 1995 n. 13149). La nota del curatore degli Opuscula, Alessandro Adamo, finiva con la seguente osservazione: "L'iniziativa può anche essere intesa (perché no?) come un invito (un po' provocatorio forse) a confrontarsi nuovamente sul tema. Perché soltanto alla Cassazione, infatti, dovrebbe essere accordato il privilegio di cambiare idea?".

L'invito è stato raccolto subito dall'amico Professore Umberto Vincenti, che ha manifestato, anche nella prestigiosa sede de Il Foro italiano, convinzioni diverse da quella della dottrina una volta minoritaria, facente capo al Caravaglios, ma poi recepita dalla Corte costituzionale e dai Giudici di legittimità in materia di donazioni tra coniugi, da quella della stessa Corte costituzionale espressa in un notissima sentenza del 1973 e - "si parva licet ..." eccetera eccetera - dalla convinzione mia proposta in una (pressoché ignorata) memoria presentata nel 1972 all'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere ed arti in Napoli (pubblicata nel volume LXXXIII degli Atti).

La 'vicenda' degli istituti è notissima, ma mi permetto di rievocarla in estrema (e semplificante) sintesi per i giovani laureandi intervenuti: 1. il divieto di donatio inter virum et uxorem - che permetteva al marito

di recuperare i beni che provava di aver donato alla moglie -, e la così detta praesumptio Muciana - secondo cui gli incrementi patrimoniali della moglie si presumevano, sino a prova contraria, derivare dal marito o fatti per conto ed a favore dello stesso -, ambientabili nel medesimo lasso di tempo, sono stati ritenuti tra loro collegati e tesi entrambi a tenere distinti i patrimoni dei consorti e soprattutto a salvaguardare il patrimonio (familiare) del pater. 2. Presso di noi il divieto fu ribadito dall'art. 781 del Codice civile del '42; la presunzione, in funzione della tutela dei creditori, fu fissata nell'art. 70 della coeva Legge fallimentare. 3. Il divieto, funzionale ad un regime patri-matrimoniale peculiare, è stato cancellato, a dir così, per irragionevolezza. 4. La presunzione ha avuto una sorte più tormentata: a) altri ordinamenti di tradizione romanistica l'hanno abolita, nel '68 quello francese per via legislativa, e nel '70 quello tedesco per incostituzionalità; b) da noi i nodi sono venuti al pettine soprattutto a seguito della riforma del diritto di famiglia del '75, specie in relazione al regime della comunione patrimoniale tra i coniugi; c) la giurisprudenza di legittimità, adeguandosi alla dottrina prevalente, solo nel 1989 e soltanto per metà ha decretato la fine della regola di Mucio ritenendola inapplicabile nel caso di comunione legale che si basa per l'appunto sulla presunzione contraria del pari apporto di uomo e donna al patrimonio del nucleo familiare, di tal che, in caso di fallimento del coniuge, l'altro salva almeno la metà degli acquisti; d) ma tra l'altro tale soluzione comportava la discrasia consistente in ciò, che proprio quando i coniugi sceglievano la separazione dei beni (o addirittura vi pervenivano in via giudiziale ai sensi dell'art. 193 C.c. per il disordine negli affari di uno di essi) scattava la presunzione che i beni acquisiti (nell'ultimo quinquennio) fossero stati acquistati con danaro del fallito e si consideravano quindi proprietà di lui, sicché il curatore era autorizzato ad apprendere il possesso: per ciò la questione della residua vigenza dell'art. 70 L.f. è stata portata dinanzi alla Corte costituzionale, la quale un po' pilatescamente (sentenza n. 286/'95) pur aderendo alle ragioni esposte nell'ordinanza di rimessione ha ritenuto, in buona sostanza, che la scelta andasse rimessa al legislatore, a meno che non si ritenga che il legislatore non l'abbia già fatta nel 1975 con il nuovo regime del diritto di famiglia, nel senso che questo avrebbe implicitamente abrogato la norma dell'art. 70 L. f.; la Corte di cassazione, che aveva sollevato la questione ed a cui la questione è tornata per la definizione del giudizio sospeso, ha colto a volo il suggerimento.

Contento, contentissimo, il Caravaglios. Dissente invece il Vincenti.

Il Centro si è procurato il privilegio di farne articolare il dibattito. Perché il Centro? Non solo per le matrici romanistiche dei due istituti.

Ciò, però, apparirà chiaro dal breve curriculum di Umberto Vincenti (non è una presentazione, che sarebbe inadeguata e prima ancora inutile per la notorietà del nostro relatore).

Allievo di un Maestro prestigioso, quale il Professore Alberto Burdese, laureatosi in Giurisprudenza a Padova con una tesi giusromanistica sulla giurisdizione in materia criminale del senato, subito incaricato di corsi di Istituzioni di diritto romano per studenti lavoratori, dottore di ricerca, ricercatore, è divenuto professore associato (1992) e ben presto (1994) professore di prima fascia. Divide il suo insegnamento (di Istituzioni e di Storia) tra Padova e Trento. Dal 1996 ha in affidamento anche l'insegnamento di Metodologia della scienza giuridica. È avvocato cassazionista. Redattore di riviste privatistiche. Autore di monografie e saggi anche di diritto positivo. È responsabile dell'area civilistica della Scuola di applicazione forense dell'Università di Trento; nonché coordinatore del Corso di studi avanzati di diritto transnazionale presso lo stesso Ateneo.

Ebbene, tra i suoi scritti egli è molto legato a Il valore dei precedenti giudiziali nella Compilazione giustiniana, stampato dalla Cedam. in seconda edizione nel 1995, che ha dedicato ad uno studioso, immaturamente scomparso, negli ultimi tempi vicino a lui sul piano umano e scientifico, Giovambattista Impallomeni. La ricerca avviata con tale contributo attiene, com'è ovvio, precipuamente al Corpus iuris e si sviluppa anche esegeticamente. Roba da giusromanisti e basta - sembrerebbe. Ma in realtà essa è intimamente promossa - lo si avverte, anche là dove non è esplicito - dall'ansia di comprendere a fondo il rapporto teorico, e perciò anche storico, tra ius, res iudicatae ed interpretatio, ed in ultima analisi - come annota l'amico Carlo Beduschi nella Presentazione - "l'impianto del diritto (o in altre parole, la coerenza del sistema)". E perviene alla constatazione (solo apparentemente paradossale) che (sono ancora parole di Beduschi) "mentre la iuris prudentia è in grado di garantire l'effettivo primato della legge, questa, da sola, non riesce nemmeno a difenderlo".

Ecco, la fiducia nella iuris prudentia porta Umberto Vincenti a contrastare ancora, mentre la vicenda sembrerebbe finita, l'epilogo (provvisorio) della presunzione muciana.

Lo ringrazio anticipatamente.

Napoli, 30 settembre 1996

Vincenzo Giuffrè

UMBERTO VINCENTI

**PRESUNZIONE MUCIANA E DIVIETO DI  
DONAZIONE TRA CONIUGI**

1. Desidero ringraziare di cuore il Prof. Vincenzo Giuffrè dell'invito, che mi onora molto e mi fa umanamente molto piacere.

Mi onora molto, dato il prestigio dell'istituzione in cui ci troviamo, quasi un tempio della romanistica: debbo però subito confessare la mia inadeguatezza rispetto ad un contesto, anche di pubblico, così qualificato.

Ma l'invito mi fa molto piacere perchè mi ha dato occasione di far ritorno ad una terra a me particolarmente cara, data la mia ascendenza napoletana e mi spiace che mio padre, napoletano, non abbia potuto - come avrebbe voluto - essere qui questa sera.

Preferisco - dopo la *captatio benevolentiae* - enunciare subito i punti fondamentali della mia esposizione, come segue: - la presunzione muciana sarebbe insorta, e ci è attestata almeno un secolo prima di Quinto Mucio, nel contesto del matrimonio *cum manu*, in (1) funzione protettiva dell'onorabilità della donna; - con la progressiva caduta della *manus*, tra il III e il II secolo a.C., essa avrebbe assunto la (2) funzione di tutela dell'integrità del patrimonio del marito, il che avrebbe poi inciso sulle conseguenze processuali della presunzione, postulandosi ora che la donna, titolare di un'autonoma capacità patrimoniale, dovesse provare la derivazione da estranei dei beni di cui ella avesse la disponibilità; - implicito in questa nuova configurazione sarebbe stato il divieto di donazione tra coniugi (e, forse, in un primo tempo, limitatamente alle liberalità in favore della donna), *receptum moribus* coevamente all'affermarsi del matrimonio libero, per il più pieno conseguimento della (seconda) funzione espletata dalla muciana, come, d'altronde, dichiarano reiteratamente notissimi testi giurisprudenziali ove il divieto medesimo è giustificato dalla necessità di evitare la *depauperatio* soprattutto del marito; - ma la presunzione e il divieto, nell'assicurare praticamente la *separatio* dei patrimoni, avrebbero garantito anche i creditori avverso la *fraus* domestica, positivamente attestata nelle nostre fonti, così evidenziando un'ulteriore (3) funzione, ancora comune ad entram-

be le regole, la tutela degli interessi dei terzi creditori.

L'esposizione, oltre ai profili più strettamente storici, intende evidenziare questioni comunque di grande attualità, seppur le due regole non abbiano più vigore positivo nel nostro come in vari altri ordinamenti contemporanei. In Italia il precipitato della muciana contenuto nell'art. 70 della Legge fallimentare del 1942 è venuto meno or sono pochi mesi in virtù di una sentenza di Cassazione (la n. 2272 del 18 marzo 1996), che non condivido (e l'ho già sostenuto in altra sede) né nei suoi presupposti, per così dire, costituzionali, né nei suoi specifici contenuti: da un lato, pare a me che la Suprema corte sia venuta ad esercitare funzioni ad essa non spettanti, dall'altro che non sussistano le ragioni della ritenuta abrogazione per contrasto con lo *ius superveniens*, che è poi la legge di riforma del diritto di famiglia. Il divieto di donazione tra coniugi era invece da tempo venuto meno nell'ordinamento italiano in conseguenza di una notissima sentenza della Corte costituzionale (la n. 91 del 27 giugno 1973), redatta da un illustre romanista (il Prof. Edoardo Volterra), la quale suscita però in me, ogni volta che ho occasione di scorgerla, non poche perplessità. Carlo Fadda aveva a suo tempo affermato che criticare come rivoluzionaria l'espunzione delle nostre regole è il frutto di censure non serene di conservatori, per cui ogni innovazione è pessima: per chiarezza dico subito, a costo di essere bollato come reazionario, che io guardo con nostalgia non solo alla muciana, ma anche al divieto di donare; e che il loro venir meno ha creato, a mio parere, una lacuna a fronte della necessità di tutelare i diritti dei terzi creditori contro la *fraus* domestica, diritti ai quali, mi pare, un ordinamento debba pur provvedere, nonostante la parità e l'eguaglianza fra i coniugi costituzionalmente sancite.

Con ciò si è messa in risalto l'ultima funzione perseguita dalle nostre regole: è tempo di tornare indietro e individuare le origini di queste norme nell'esperienza romana.

2. Comincio con il riprodurre le due testimonianze giuridiche che, della nostra presunzione, ci sono pervenute. D. 24,1,51 (Pomp. l. 5 ad Q. Mucium): *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. 5,16,6 (Imp. Alexander): *Etiamsi 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. 1. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent. (a. 229)*

Nota è il contenuto della presunzione, quale consta dal primo dei due brani ora riprodotti e dal 1 del secondo: se non si riesca a dimostrare la provenienza delle cose in mano della moglie, si ritiene che queste le provengano dal marito o da chi abbia la potestà su di lui. La connessione tra presunzione e divieto di donare è confermata dalla sistematica del codice, ove il rescritto alessandrino è coerentemente collocato sotto il titolo *De donationibus inter virum et uxorem (et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione)*. Nel contempo, questa connessione - i cui termini sono, d'altronde, facilmente intuibili - è esemplificata attraverso il caso esposto nel *principium* del rescritto stesso, e vertente su di un deposito di cose del marito presso un terzo, a nome della moglie.

La cancelleria imperiale nega che il deposito *uxoris nomine* avesse importato un mutamento nella *causa proprietatis*: rettamente si evidenzia che, se pur da siffatto deposito si volesse implicitamente evincere l'intento liberale del marito, ciò nonostante si tratterebbe di donazione nulla, in quanto, essendo la donataria morta prima del donante, non si sarebbe nemmeno potuta dare l'eventualità della cosiddetta convalescenza per effetto della nota *oratio Severi* del 206 d.C. (secondo cui, ricordo, la donazione tra coniugi si sarebbe dovuta eccezionalmente considerare valida se il donante fosse morto senza averla revocata: *confirmatio donationis*). Si è supposto che gli eredi della defunta avessero reclamato dal marito (che è il destinatario del rescritto) la consegna degli oggetti da questi depositati presso il terzo. Ma l'ipotesi non appare credibile: infatti, sarebbe stato allora inutile evocare il vigore della presunzione, giacché gli eredi rivendicanti avrebbero comunque dovuto sopportare l'onere della prova. È invece da ritenere che attore in rivendica fosse il marito, per il cui vantaggio viene addotta infine la muciana. Questa avrebbe agevolato alquanto il coniuge superstite rivendicante dagli eredi della moglie i beni che ella avesse avuto in restituzione dal terzo depositario dei medesimi: il marito non avrebbe infatti dovuto provare la continuità della proprietà dei beni depositati e, dunque, la nullità della donazione che pur avesse inteso realizzare per il tramite del deposi-

to *alieno nomine*; e pertanto avrebbe avuto senz'altro diritto alla restituzione.

3. Tuttavia né in D. 24,1,51 né in C. 5,16,6,1 (laddove è formulata la presunzione) si fa alcun riferimento al divieto di donare: in entrambi questi passi la muciana è enunciata in maniera, per così dire, neutra, tale cioè che non ne è possibile il riferimento ad uno specifico ambito di applicazione. Anche in C. 5,16,6,1 la presunzione è introdotta soprattutto ai fini della fissazione dell'onere probatorio (mentre la controversia, dal punto di vista sostanziale, è invero già stata risolta dalla cancelleria rescrivente sulla base della regolamentazione propria del divieto di donazione tra coniugi).

In particolare in D. 24,1,51 si espone una ragione della muciana che appare del tutto estranea, almeno a prima vista, al divieto di donare. Ci si attenderebbe che la presunzione venisse giustificata evocando il normale assetto socio-economico familiare: le cose in mano della moglie si sarebbero presunte, in difetto di prova contraria, provenienti dal marito, perchè gli acquisti della famiglia, ancora in età giustiniana (e praticamente fino ai giorni nostri) e a fortiori all'epoca di Mucio, venivano normalmente eseguiti facendo ricorso ai redditi dell'uomo, l'unico, del resto, riconosciuto in grado - ma anche, si direbbe, degno - di farlo, come consta, tra l'altro, proprio da D. 24,1,33,1 (Ulp. l. 33 ad Sab.): *Si uxor marito annum versa vice praestiterit, restituetur ei hoc et poterit vindicare id quod extat: credo poterit et condicere, in quantum locupletior factus est, quia non tam sollemne est annum, quod maritus uxori pendit et quod uxor marito praestat, immo incongruens est et contra sexus naturam.*

È incongruo e contro la natura del sesso, contro cioè le attribuzioni naturalmente spettanti a ciascuno dei coniugi, che la moglie fornisca il marito di una rendita annua onde garantirne il sostentamento. Ciò nonostante altra è la ragione che Quinto Mucio stesso avrebbe ritenuto di indicare a fondamento dell'esistenza della presunzione: essa sarebbe servita al fine di evitare il turpe guadagno da parte della donna; o il sospetto del turpe guadagno, se si ritiene di accettare l'integrazione mommseniana al testo sopra riprodotto (*evitandae autem turpis quaestus quaestionis gratia*).

Ma quando l'acquisto, o il guadagno, della donna si sarebbe dovuto considerare *turpis*? Indicazioni significative in relazione al contesto femminile nel quale si inquadra la muciana si colgono dalle stesse fonti giuridiche, ove *turpis quaestus* è il provento ritenuto da

stupro o da adulterio o dal commercio del corpo, anche della propria moglie. Ora, la muciana, negando comunque (cioè anche se non si accolga l'integrazione, peraltro plausibile, proposta da Mommsen) la possibilità di indagare sulla condotta intima della donna, avrebbe tutelato l'onore di lei e, più in generale, del matrimonio: questo è con ogni verosimiglianza il senso che, dal contesto di D. 24,1,51, emerge a proposito di quel *probare* la regola da parte di Quinto Mucio.

È però da sottolineare una divergenza tra D. 24,1,51 e C. 5,16,6,1. Infatti, la costituzione imperiale sembra inibire alla donna il superamento della presunzione se non adducendo un titolo per cui *matrimonii tempore honeste quaesierit*. Ciò significa che la moglie, per quanto sfrontata, non avrebbe potuto dimostrare di avere acquistato la proprietà in conseguenza di un *turpis quaestus*. Una tale inibizione non risulta invece da D. 24,1,51, ove, pur ricorrendo egualmente l'esigenza dell'*honestus*, non consta che alla donna non fosse consentito di addurre un titolo 'disonesto'. Ma è innegabile che, se così fosse stato, la superiore esigenza di tutela dell'*honor* dell'istituto matrimoniale si sarebbe realizzata solo se la donna lo avesse voluto, solo se ella fosse stata pentita e avesse preferito pertanto rinunciare alla pretesa, giovandosi dell'usbergo della muciana. Parrebbe per questo preferibile pensare che alla moglie fosse interdetto di fondare la proprietà su un titolo che non fosse 'onesto'. Per converso, siffatta limitazione probatoria potrebbe avere indotto a simulare titoli 'onesti', come da Val. Max. 8,2,2: *C. Visellius Varro graui morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando.*

L'episodio riferitoci da Valerio Massimo si colloca nella prima metà del I secolo a.C. È possibile che, come ha scritto Jane F. Gardner, "the whole point of the manoeuvre must have been that Otacilia expected to have to be able to account for her personal wealth in the event of the termination of her marriage". Ma è testuale che l'*expensilatio* autorizzata da Varrone in favore della propria amante Otacilia, moglie di Laterense, fosse indirizzata alla costituzione di un titolo onesto (*debiti nomine colorando*) sotto cui celare appunto *libidinosam liberalitatem*, cioè il *turpis quaestus*.

Si potrebbe così concludere che la funzione enunciata da Quinto Mucio esigesse la limitazione della prova contraria nei termini

attestati dal rescritto alessandrino: a questa condizione il *turpis quaestus* della donna sarebbe in effetti stato evitato. Per conseguenza il marito, volente o nolente, avrebbe acquisito il frutto della relazione immorale della moglie, il che sarebbe poi stato congruo rispetto all'obiettivo di impedire l'arricchimento della moglie a prezzo di stupro e simili.

4. Resta comunque non chiaro il nesso tra la presunzione e la funzione che sembra emergere dalle parole di Quinto Mucio: infatti la presunzione pare realizzare soprattutto l'interesse del marito ed è vero che, come ha sostenuto ancora Gardner, "if the *praesumptio* applied in the event of divorce as well as of widowhood, it would provide an unscrupulous husband with a strong motive for dishonesty". Nel caso di scioglimento del matrimonio per divorzio o per morte poteva insorgere una controversia tra i coniugi o, rispettivamente, tra il superstite e gli eredi dell'altro: come il divieto di donazione avrebbe impedito alla donna di addurre un comodo titolo di proprietà, così la muciana avvantaggiava il marito, o i suoi eredi, che potevano esigere, senza sottostare al corrispondente onere probatorio, la resa di tutti quei beni che, estinto il rapporto, si trovavano nella disponibilità della moglie perchè a lei donati o concessi in uso esclusivo o comunque di uso comune. Ma della presunzione essi avrebbero in effetti potuto avvantaggiarsi anche in ordine a cose di proprietà della moglie e delle quali ella, per quanto non adultera, non avesse però la possibilità di addurre un titolo 'onesto' di acquisto.

In questo contesto la tutela dell'onorabilità della donna finisce indubbiamente con l'apparire, secondo l'efficace espressione di Thayer, nulla più che "a poor reason"; e la conferma può cogliersi dai Basilici.

Bas. 30,1,48 (Heimbach, III, 509): *Si non probatur, unde uxor acquisiverit, a marito vel iis, qui in potestate eius sunt, videtur ea acquisivisse. Et nota, ex praesumptione omnia mariti esse, nisi uxor probaverit, unde acquisiverit. Si non probetur, unde uxor acquisiverit, a marito vel iis, qui in eius potestate sunt, videtur ea acquisivisse.*

*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 censetur.*

Bas. 30,1,69 (Heimbach, III, 511): *Et de eo, qui nomine uxoris res deposuit, suas tamen. Et quod ea, quae unde acquisiverit uxor probare*

*non potest, ex bonis mariti habere creditur.*

I testi riprodotti sono relativi, rispettivamente, a D. 24,1,51 e a C. 5,16,6, dianzi esaminati. In Bas. 30,1,48 traspare il desiderio di chiarire che la muciana non costituisce tanto o solo una presunzione circa la provenienza dei beni che sono nella disponibilità della moglie, quanto una presunzione della proprietà del marito in ordine a quelle stesse cose: la presunzione di provenienza è propriamente presunzione di appartenenza (*ex praesumptione omnia mariti esse; et mariti res esse censetur*). Analogamente si pone Bas. 30,1,69 (*suas tamen*). Ma è da sottolineare che nelle fonti bizantine non è più traccia della funzione di prevenzione del sospetto di un *turpis quaestus* da parte della donna: resta solo la garanzia per il marito, o per i suoi eredi, di conservare la titolarità del patrimonio familiare nel caso di estinzione del rapporto matrimoniale.

Si ha a questo punto l'impressione che il *turpis quaestus* di cui in D. 24,1,51 sia quasi estraneo alla configurazione normativa della presunzione quale ci è stata trasmessa dai giustinianeî e quale, d'altronde, siamo abituati a pensare anche per diritto classico: a meno che non si voglia (inverosimilmente) ritenere insitico, o comunque non di Mucio, il richiamo al *turpis quaestus*, è da vedere se esso non corrisponda (alla stregua di uno quei rottami di cui parlava Vico) a una più antica funzione della presunzione, della cui risalenza però le fonti giuridiche non dicono.

È merito di Max Kaser di avere ricercato, per primo, l'ambito originario della nostra regola. Egli, facendo propria un'indicazione rintracciata nella Palingenesia di Lenel, ha sostenuto, in uno noto studio apparso nel 1956, che la presunzione fosse sorta per agevolare, dal punto di vista probatorio, la moglie *in manu* a favore della quale il marito avesse disposto, con legato *de his, quae uxoris causa parata sunt*: la presunzione sarebbe servita alla donna, che avesse agito in rivendica contro l'erede del marito per riavere gli oggetti a lei legati, al fine di sottrarsi all'onere di provare di avere avuto in uso i beni dal defunto o comunque con la sua approvazione.

Si deve peraltro rilevare che l'intuizione di Kaser non ha mancato di suscitare perplessità. Pare a me che essa limiti alquanto l'ambito applicativo di una regola che si direbbe invece di valore generale; e, soprattutto, resti priva di ogni base testuale. È strano che né Kaser né gli altri Autori che si sono occupati della muciana si siano accorti di una fonte plautina che, anche a una prima lettura, parrebbe pertinente ai fini della storia della nostra presunzione.

Plaut., Cas. 198 ss.: MY. *Vnde ea tibi est?*

*Nam peculi probam nihil habere addecet Clam uirum et, quae habet, partum ei haud commode est, Quin uiro aut subtrahat aut stupro inuenerit. Hoc uiri censeo esse omne quicquid tuum est.*

Ricordo che la vicenda - su cui si snoda la commedia - è intessuta sulla contesa tra Lisidamo e Cleostrata, cioè tra marito e moglie, in ordine alla sorte da riservare alla schiava Casina. Lisidamo vuole che questa sposi il proprio fattore Olimpione al fine di poterne anch'egli aver parte. Cleostrata, che ha raccolto e allevato come una figlia la serva, intende invece che ella si mariti con Calino, lo scudiero del figlio, il quale si è pure lui invaghito della Casina.

Il brano surriprodotto è stato espunto dall'atto secondo, nel corso del quale ha luogo (vv. 160 ss.) una scena (la seconda) tra Cleostrata e la sua amica preferita, Mirrina. Stranamente, attesa l'intimità con Cleostrata, Mirrina ci è presentata da Plauto come ignara dell'esistenza della Casina. Ma è assai verosimile che qui (come altrove) il Sarsinate abbia alterato l'originale (I clerumeni) di Difilo: sui contenuti del colloquio tra le due amiche, in rapporto al filo conduttore della commedia, abbiamo la fortuna di disporre della finissima analisi di Eduard Fraenkel, il quale mostra di non nutrire dubbi sull'alterazione dell'originale greco e individua convincentemente, nel dialogo tra Cleostrata e Mirrina, la mano di Plauto che, a più riprese, interviene in perfetta conformità alla "sensibilità romana". In effetti, per come ci è riferito da Plauto, il colloquio tra le due, è perfettamente inutile, e anche incongruo, rispetto all'economia della vicenda: l'ignoranza di Mirrina appare piuttosto un pretesto per consentirle proprio di profferire le sue 'massime' che, se fini a sé stesse e pertanto non ricavate da Difilo, dovevano però corrispondere perfettamente al sentire comune del pubblico romano del tempo e così essere funzionali a carpirne l'interesse, secondo un ben noto *topos*. Saputo dunque dell'esistenza della Casina, Mirrina pone la questione della provenienza della schiava: donde è derivata a Cleostrata questa serva? Infatti, continua Mirrina, una donna dabbene non può tenere un peculio di nascosto dal marito e, se ce l'ha, se l'è procurato indegnamente, perchè al marito o l'ha sottratto o l'ha acquistato a mezzo di stupro: pertanto ella ritiene - eccola qua la nostra presunzione - che tutto quanto l'amica asserisce essere suo appartenga invece al marito.

Nemmeno gli studiosi che si sono occupati ex professo di questo passo hanno ipotizzato una sua connessione con la presunzione

di cui in D. 24,1,51: ma la massima di Mirrina è sovrapponibile all'evidenza alla muciana, secondo la ratio di essa enunciata da Quinto Mucio. La conclusione enunciata da Mirrina al v. 202, dell'appartenenza a Lisidamo di tutto quanto sia in mano di Cleostrata, è tratta per via di antitesi dalla precedente massima, a ben guardare un'altra presunzione, per la quale comunque il *peculium clam uirum* si doveva ritenere acquistato dalla donna indegnamente: non c'è dubbio che si trattasse di una presunzione, quest'ultima, assai dura e soprattutto ingiusta per le donne *probae*, a contrastare la quale sembrerebbe collocarsi e, dunque, essersi successivamente affermata la massima di cui appunto al v. 202. A questo punto si rivela, ai nostri fini, estremamente significativo il prosieguo del discorso tra Mirrina e Cleostrata (vv. 203 ss.).

CLE. *Tu quidem aduorsum tuam amicam omnia loqueris.*

MY. *Tace sis, stulta, et mi auscultas.*

*Noli sis tu illi aduorsari; Sine amet, sine quod lubet id faciat, quando tibi nil domi delicum est.*

CLE. *Satin sana's? nam tuquidem aduorsus*

*Tuam ista «ec» rem loquere.* MY. *Insipiens,*

*Semper tu huic verbo uitato abs tuo viro.* CLE. *Cui verbo?*

MY. *Ei foras, mulier.*

Udite le massime di Mirrina, Cleostrata se ne ha a male perchè non si sarebbe attesa una simile reazione da parte dell'amica: probabilmente Cleostrata ha la sensazione che Mirrina, mettendo in dubbio la provenienza della serva (la Casina), le abbia dato della poco di buono. Ma il sillogismo di Mirrina solo in apparenza va contro l'interesse di Cleostrata e in genere delle mogli *probae*. Per questo Mirrina insiste e cerca di far capire a Cleostrata che le sue massime mirano a farla ragionare e a farle vedere il suo vero interesse: lasci dunque Cleostrata pur fare a Lisidamo quel che vuole e badi solo che in casa nulla le abbia a mancare. Cleostrata si adira ulteriormente e dichiara che un tale avviso è contrario anche all'interesse dell'amica. Mirrina replica avvertendo Cleostrata di *semper uitare* che il marito abbia a pronunciarle contro la formula del ripudio (*Ei foras, mulier*: v. 212), certamente consentito nel caso di stupro.

Dal contesto plautino così analizzato mi sembra non azzardato ricavare queste conclusioni. 1) Il *peculium clam uirum* era socialmente avvertito quale indizio (quando non di furto perpetrato in danno del marito) dello stupro commesso dalla moglie. 2) In questa evenienza (forse anche nel caso di furto) il marito avrebbe potu-

to fondatamente ripudiare la moglie. 3) Ma la muciana o, comunque, la massima di cui al v. 202, proteggendo l'onore muliebre, avrebbe costretto il marito a dimostrare la provenienza disonesta delle cose in mano della moglie. Se si considera il contesto storico-sociale a cavaliere tra la fine del III e gli inizi del II secolo a.C., i dati ora ricavati sulla base della fonte plautina risultano rafforzati nella loro credibilità. Livio narra (34,5,17) che Marco Porcio Catone, parlando, nell'anno 195 a.C., contro la richiesta di abrogazione della legge Oppia, avrebbe deprecato la scostumatezza delle donne che, se non più frenate nella loro propensione naturale verso il lusso, non si sarebbero fatte scrupolo di ottenere da altri (*ab alio*) quanto non avessero voluto o potuto dare loro i mariti.

D'altra parte, è noto che, successivamente al ripudio di Spurio Carvilio Ruga (a. 230 a.C.), le fonti (Val. Max. 6,3,10-12; Plut. q. R. 22) attestano, per la stessa epoca di Plauto, svariati casi di ripudio voluti dai mariti per motivi che possono apparire pretestuosi: andare per strada a capo scoperto, parlare con un liberto, assistere ad uno spettacolo all'insaputa del marito, etc. Ecco allora che è ragionevole che la muciana possa essere insorta a difesa della moglie proba, danneggiata sul piano morale e materiale, dalla generalizzazione del sospetto da cui, giusta la testimonianza liviana, pare siano stati contornati, a partire da un certo momento, gli acquisti muliebri. Né sembra incongruo che questa presunzione possa avere in concreto tutelato, secondo l'implicita attestazione di Mirrina, la moglie ripudiata, forse già nell'ambito del *iudicium domesticum*, in occasione dell'accertamento delle cause del ripudio ed eventualmente ai fini della restituzione della dote.

6. Ha pertanto ragione Kaser nel ritenere che, nel regime originario della presunzione, la prova contraria circa l'esistenza del *turpis quaestus* - o, secondo Plauto, del *peculio partum haud commode* - non avrebbe dovuto darla certo la donna, atteso che la regola mirava a prevenire sospetti infamanti sul suo conto, ma altri (il marito, l'erede di lui). Nell'ipotesi del legato *de his, quae uxoris causa parata sunt*, la donna infatti, agendo in rivendica contro l'erede, sarebbe esonerata dalla prova in virtù della presunzione di provenienza delle cose dal marito, ma l'erede, per dimostrare l'estraneità di un certo bene all'ambito del legato, avrebbe dovuto provare che il marito non l'avesse destinato all'uso della moglie: cioè avrebbe dovuto provare una contraria volontà del defunto o, appunto, la ignoranza di lui circa

l'esistenza del bene in questione. Analogamente nell'ipotesi del *repudium* affacciata in Plauto il marito avrebbe dovuto provare l'esistenza di un acquisto della donna *haud commode* o, comunque, senza l'approvazione di lui, anzi, a sua insaputa: come avrebbe infatti egli potuto intimarle *l'ei foras*, se ne fosse stato a conoscenza e dunque nel caso di sua connivenza? Ma il generalizzato venir meno della *manus maritalis* e la conseguente acquisizione, da parte della moglie, di una propria autonomia patrimoniale nell'ambito del matrimonio libero devono aver stravolto la portata originaria della muciana. La presunzione può ora compromettere in fatto la raggiunta indipendenza patrimoniale della donna: in questo contesto sarebbe insorto l'interesse della moglie a superare la presunzione stessa che, da vantaggiosa per lei, si pone piuttosto a favore del marito. Tale capovolgimento dell'onere probatorio, che finisce con il gravare essenzialmente sulla moglie, a ciò costretta dall'esigenza di evitare il proprio depauperamento, costituisce una significativa evoluzione di regime.

In questa prospettiva si inserisce la prassi per cui, in età classica, la donna aveva cura, al momento dell'ingresso nella *domus* maritale, di preconstituersi un titolo, sottoscritto dal marito, a dimostrazione della sua proprietà delle cose *illatae*, come da D. 23,3,9,3 (Ulp. l. 31 ad Sab.): *Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci parapherna dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus an statim efficiuntur mariti. et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. 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 eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia 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: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint.*

È attestato l'*usus*, non necessariamente di marca ellenistica, che le mogli avevano di registrare, su di un apposito *libellus*, le proprie *res* non costituite in dote, ma *illatae* nella *domus maritalis*: già si in-

tuisce, e in ogni caso è detto esplicitamente, che lo scopo di questa annotazione - e della *subscriptio* da parte del marito - è di garantire la donna di contro all'eventualità che il marito stesso, o i suoi eredi, avessero a negare la proprietà muliebre sugli *illata* nel caso di *separatio*. È evidente la connessione con la muciana della cautela realizzata attraverso il *libellus*: infatti, ove fossero il marito, o i suoi eredi, ad agire per la restituzione delle cose che, detenute dalla donna, ella assumesse di sua proprietà, riservate al suo uso personale, solo la cennata *subscriptio* avrebbe potuto efficacemente contrastare il vantaggio che, sul piano probatorio, sarebbe derivato all'attore dall'applicazione della muciana in funzione di garanzia degli interessi patrimoniali del marito e della sua famiglia. Così la nostra presunzione si sarebbe mantenuta, nel regime del matrimonio libero, non tanto per la tutela dell'*honor* della donna, quanto per la preservazione dell'integrità del patrimonio del marito o del suo avente potestà, minacciata dal venir meno della *manus* sulla moglie, la quale poteva acquisire a lei o al proprio avente potestà le *res* provenienti dal marito. Laddove la donna non fosse riuscita a dimostrare l'esistenza di un titolo a fondamento della proprietà dei beni ad ella pervenuti, evidentemente dopo il matrimonio, doveva ritenersi 'più vero' (et *verius*: D. 24,1,51) presumerne la provenienza dal marito, attesa la normale inattitudine, almeno dal punto di vista della morale sociale corrente, della moglie a procurarsi un reddito *manente matrimonio*.

7. Di recente il Prof. Guarino ha sostenuto che la muciana "era rilevante altresì (ed è difficile che Mucio non vi abbia pensato) in ordine all'istituto processuale pretorio della *bonorum venditio* del *pater familias*, cioè ai fini dell'accertamento del patrimonio di quest'ultimo e della sua liquidazione fallimentare". Emergerebbe in tal modo un'ulteriore funzione perseguita attraverso questa presunzione nel contesto del matrimonio libero: secondo un'ipotesi già affacciata da Zannini, essa sarebbe servita "forse anche allo scopo di prevenire facili frodi in danno di eventuali creditori del marito". I *bona* di quest'ultimo avrebbero infatti potuto essere compromessi da donazioni dirette o indirette o dissimulate in favore della moglie, con pregiudizio delle aspettative non solo della famiglia del marito, ma anche dei creditori di lui. È evidente che la tutela dei terzi creditori sarebbe dipesa, in questo ambito, (pure) dal vigore del divieto di donazione tra coniugi: anche da questo ulteriore punto di vista, dunque, le due

regole parrebbero essere reciprocamente complementari. Si suppone così che la presunzione muciana consentisse, innanzi tutto nella procedura esecutiva pretoria, al creditore di immettersi nel possesso dei beni della moglie del debitore: questa, onde evitare la *bonorum venditio*, avrebbe dovuto dimostrare di avere acquistato da un terzo o, anche, dal marito con atto oneroso non in frode, mentre la donazione non vietata a lei fatta da quest'ultimo sarebbe stata pur sempre suscettibile di revoca, in presenza dei noti requisiti. Ora, se la funzione di garantire gli interessi dei terzi creditori connota la muciana, e talvolta il divieto di donazione tra coniugi, nel diritto dell'età di mezzo e ancora nel diritto contemporaneo, ad essa le fonti non accennano per l'esperienza romana. Si deve però sottolineare che la nostra presunzione appare formulata in termini alquanto generali, per cui è ragionevole pensare che la medesima fosse applicabile in ambiti diversi, come suggerisce l'assenza di riferimenti specifici non solo in D. 24,1,51, ma altresì in C. 5,16,6,1, nonché in Bas. 30,1,48.

D'altra parte, il fenomeno cosiddetto della *fraus domestica* è attestato in D. 42,8,10,14 (Ulp. l. 73 ad ed.): *Si, cum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa, locum habet «haec actio» et per «hanc» omnis pecunia, quam maritus debuerat, exigitur nec mulier «de dote» habet actionem: neque enim dos in fraudem creditorum constituenda est: et hoc certo certius est et saepissime constitutum*. La moglie, debitrice verso terzi, era però creditrice del marito: per evitare che quanto il coniuge avrebbe dovuto pagare servisse al soddisfacimento dei terzi creditori, la donna dispone che il marito costituisca in dote il denaro dovutole. Più prossima all'argomento qui trattato è l'ipotesi desumibile da D. 24,1,64 (Iavol. l. 6 post Lab.): *Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit, si verum divortium fuisset, ratam esset donationem, si simulatum, contra. sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram*.

Il testo è stato reiteramente analizzato dalla dottrina anche recente, che se ne è occupata da più punti di vista. In questa sede non interessa il caso concreto ricordato da Giavoleno (il divorzio tra

Mecenate e Terenzia). Piuttosto è da vedere se si possa scorgere - come pur è stato affacciato da Franciosi - una connessione con la muciana.

In effetti sono ricavabili distinte sequenze di atti attraverso cui era possibile la realizzazione di una *fraus* al divieto di donazione tra coniugi: divorzio, donazione dall'ex marito all'ex moglie, nuovo matrimonio tra i due, nuovo divorzio; oppure donazione *divortii causa* (eccezionalmente consentita: D. 24,1,60,1), divorzio, nuovo matrimonio (sempre tra i due). Il *responsum* di Trebazio è parso a taluno fin semplicistico; ma *sub specie iuris* tale era l'unica soluzione, e altra cosa è la questione della prova dell'esistenza di un *verum divortium*, che si sarebbe in effetti potuto indurre da fatti del tipo di quelli additati da Proculo e dal non meglio identificato Cecilio (nozze tra la divorziata e altra persona oppure durata del divorzio per un lungo periodo di tempo). Il fatto che si richieda, per riconoscere la validità della donazione, una "prova certa del divorzio" (Fascione), lascia intendere che esisteva, in casi del genere, una sorta di presunzione circa la persistenza del primo matrimonio fino al secondo divorzio. Ergo, si sarebbe applicata la muciana e l'ex marito avrebbe senz'altro potuto reclamare presso la donna la restituzione del *donatum*: sarebbe stata quest'ultima a dover dimostrare la validità del primo divorzio e dunque la ricorrenza di una donazione non vietata (perchè non sussisteva matrimonio o si trattava di donazione *divortii causa*). Ne sarebbe derivata, almeno indirettamente, una più estesa applicazione della presunzione muciana, la quale sarebbe stata altrimenti eludibile con facilità da mogli avidi, ma anche da mariti previdenti, i quali avrebbero potuto per questa via, fidando nella complicità delle proprie consorti, spogliarsi fittiziamente dei propri beni, sì da evitare ogni rischio di espropriazione nel caso di futura decozione. Ancor più netta è, per il processo straordinario, la testimonianza di cui in F.V. 273. *Dominus Constantinus et Caesares. Prisca legum aequitate praeclusa uariis ambagum uersutiis exquisita donatio, licet titulum emptionis uel debiti tenorem comprehendere uideatur, tamen claris testationibus probata debet in irritum deuocari, si quidem consultissima ratione uideatur esse prouisum matrimonio constante donationes inter uirum et uxorem altrinsecus agitatas nullam firmitatem habere. Nec sibi debent mulieres blandiri, si tamquam uenditores uel debitores ad eluendas legum sanciones mariti earum se falso uideantur esse professi. Quare Vettium Rufinum clarissimum uirum praefectum urbi amicum nostrum, cuius notio est, adire non prohiberis, qui partium allegationibus examinatis petitioni tuae secundum iuris prouidebit iustitiam.* (a. 315)

Un tale era incerto se fosse opportuno adire il prefetto dell'urbe nel caso in cui *titulus emptionis uel debiti tenor* simulassero una donazione dal marito alla moglie (cfr. il testo del relativo scolio: *De donationibus sub emptionis titulo factis*). Verosimilmente si trattava di un creditore insoddisfatto di questo marito, che non doveva esser riuscito a rivalersi sui beni donati, a causa della produzione, da parte della moglie, di un titolo idoneo a superare la muciana, secondo la prassi attestata da Ulpiano in D. 29,3,9,3, esaminato più in alto. La cancelleria imperiale statuisce che il creditore avrebbe potuto dimostrare *claris testationibus* l'esistenza di una donazione matrimonio costante, celata con malizioso sotterfugio e vietata in quanto tale. Infatti, si ammonisce, le mogli non debbono irretire i propri mariti, il che, per esempio, accade quando essi falsamente dichiarano, *ad eluendas legum sanciones*, di essere venditori o debitori delle loro consorti.

8. Non sarebbe dunque più possibile sostenere che Quinto Mucio sia stato l'inventore della *praesumptio* che da lui prenderà il nome: Plaut., Cas. 198 ss. dimostra l'alta risalenza di una regola che, per vero, ci è stata trasmessa in D. 24,1,51 in termini sostanzialmente eguali e per il contenuto e per la stessa *ratio* indicata. A ben guardare, nemmeno nel frammento pomponiano la presunzione è tuttavia ricondotta, quanto a paternità, a Mucio, la cui autorevolezza sembra piuttosto che abbia avallato (*hoc uidetur Quintus Mucius probasse*) il persistente vigore della stessa. D'altronde, C. 5,16,6,1 la riporta in genere ai giuristi repubblicani (*veteres iuris auctores merito credidissent*). Il contributo di Quinto Mucio dovette presumibilmente consistere nell'aver enunciato la *praesumptio* in un'opera destinata a segnare i percorsi della giurisprudenza successiva.

L'arcaicità delle fonti analizzate nei diciotto libri *iuris civilis* conferma che la nostra regola doveva affondare le sue radici nei *mores*: non è pertanto accettabile l'ipotesi immotivatamente avanzata (da Csillag) che essa sia sorta nella prassi dei tribunali. D'altra parte, gli scopi perseguiti da Quinto Mucio (difesa dell'ordine gerarchico ed economico delle *familiae*), evidenti, del resto, nel sistema di disposizione delle materie da lui adottato, risultano perfettamente congrui rispetto alla funzione, di conservazione della ricchezza familiare, assunta dalla presunzione nel nuovo contesto dei rapporti coniugali caratterizzato dalla conseguita autonomia patrimoniale della donna.

Con il progressivo venir meno della *manus* la società romana deve avere avvertito fortemente la necessità di evitare il trapasso di ricchezze familiari da un gruppo agnazio all'altro per il tramite dell'autonomia patrimoniale acquisita ex novo dalla moglie: di qui l'importanza assunta dalla presunzione muciana; di qui il conseguenziale divieto di donazione tra coniugi; di qui anche il precetto della *lex Voconia* del 169 a.C., per cui la donna, cioè la moglie, non poteva essere istituita *erede ab eo, qui centum milia aeris census est* (Gai 2,274). Quest'ultimo precetto è all'evidenza complementare della muciana e del divieto di donare, sanzionando l'impossibilità di trapassi patrimoniali in favore della moglie anche *mortis causa*. Tali norme devono avere rappresentato, almeno agli occhi delle classi dirigenti degli ultimi secoli della Repubblica, veramente l'espressione di un superiore principio morale. Significativa a tal fine è la testimonianza di un giurista, in un testo peraltro non giuridico (Cic., *fam.* 4,5) nel quale l'esigenza di non dilapidare la *res familiaris* e di mantenerla per se, nell'ambito cioè della propria famiglia, viene traspunta sul piano delle più alte idealità morali. Mi riferisco alla famosa lettera indirizzata nel marzo del 45 a.C. a Cicerone da Servio Sulpicio Rufo: il giurista - che scrive all'amico per consolarlo della recente scomparsa della figlia Tullia - prospetta quale somma aspirazione, forse un poco nostalgica, del genitore romano, quella di avere dei figli che sappiano conservare intatta la situazione patrimoniale ereditata dal padre: *qui rem a parente traditam per se tenere possent*. Si tratta, peraltro, di un motivo diffuso nella letteratura dell'epoca, segno che la mentalità corrente vi si doveva riconoscere.

9. Questa intima connessione, dal punto di vista funzionale, tra presunzione e divieto, e la probabilissima risalenza della prima rispetto al secondo, inducono quasi spontaneamente ad introdurre l'ipotesi di una connessione ulteriore, che ha riguardo alla genesi del divieto di donazione tra coniugi nell'ordinamento romano. Vincenzo Giuffrè ha esattamente rilevato che, nel contesto del matrimonio libero, la moglie, restando di norma soggetta alla potestà paterna, non avrebbe concretamente potuto donare al marito, per cui "il pericolo del depauperamento ... si profilava a senso unico". Il dato sembra confermato dall'analisi dei casi considerati nel Digesto sotto il titolo *De donationibus inter virum et uxorem*: secondo le rilevazioni di Misera, di questi casi, circa 123 si riferiscono a dona-

zioni fatte dal marito alla moglie, solo 30 invece a donazioni fatte dalla moglie al marito.

Ne consegue che la direzione degli spostamenti patrimoniali all'interno della coppia era, con tutta prevalenza, in favore della donna; ma questa è precisamente la realtà che giustifica (*verius*: D. 24,1,51) il mantenimento della muciana pur decaduta la *manus maritalis*. È noto che le fonti riconducono ai *mores* e ai *maiores o antiqui* il divieto di cui si discute. D. 24,1,1 (Ulp. l. 32 ad Sab.): *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*.

D. 24,1,28,2 (Paul. 7 ad Sab.): ... *et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes*.

D. 24,1,31,7 (Pomp. l.14 ad Sab.): ... *in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret*.

CTh. 5,1,9 (Imp. Theod.): ... *ut antiqui nec quo extraneis ac saepe ignotis in donationibus successionibusque tribuitur coniugibus concesserint, reprimendum inter hos potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum favorem mutuum arbitrati*. (a. 428)

Nov. 74,4 pr.: *denique in tantum etiam ante nos legislatores tales scierunt animorum affectus, ut etiam donationes constante matrimonio prohiberent, ut non concupiscentiae magnitudine victi laterent paulatim coniuges semet ipsos sua privare substantia*. (a. 538)

La prevalente dottrina, attestata anche nella manualistica, respinge l'idea, di recente rinverdata da Annamaria Manzo, che il divieto abbia avuto origini legislative; e ritiene (Marrone) "probabile che avessero ragione i classici quando lo attribuivano ai *mores* (*mores*, ad ogni modo, assai meno remoti di altri)", in ogni caso successivi al plebiscito cincio del 204 a.C..

Così il divieto di donazione tra coniugi avrebbe avuto origine nell'interpretazione giurisprudenziale, grosso modo dell'ultimo secolo della Repubblica: si sarebbe trattato di una tarda *receptio moribus* in effetti attestata (ma non cronologicamente collocata) in scol. I) *inter virum et uxorem donatio non valet a Bas.* 30,1,1 (Heimbach III, 499): *Ex consensu prudentum non scripto (hoc enim est, quod dicitur moribus) apud nos Romanos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valeant*. Ha giustamente osservato Filippo Gallo che l'interpretatio-recezione "procedeva peraltro, almeno di regola, tra-

mite adattamenti successivi e utilizzava in ogni caso, se pure con grande libertà e fantasia anche combinatoria, elementi che già esistevano". Ora, lo scolio riprodotto - e quasi ignorato nelle ricerche sull'argomento - conferma che il divieto di donazione tra coniugi è stato introdotto nell'ordinamento romano in conseguenza dell'idem sentire dei giuristi; ma nello specifico è stato osservato (da Zannini) che sembra "in verità ben poco credibile che una recezione *moribus* abbia potuto operarsi sulla sola base dell'attività creativa della giurisprudenza tardo-repubblicana".

Si può a questo punto ipotizzare che i giuristi repubblicani abbiano individuato nella muciana quell'elemento preesistente da cui ricavare, in via interpretativa, il divieto di donazione tra coniugi.

Può essere che, nel nuovo contesto del matrimonio libero, e nell'intento di evitare i cennati trapassi di ricchezza, la giurisprudenza abbia in un primo momento negato alla donna la possibilità di provare, a superamento della muciana, la proprietà delle cose in mano sua adducendo la donazione dal marito: d'altronde, caduta la *manus*, solo alla condizione della sussistenza del divieto di donare dal marito alla moglie, avrebbe avuto ragione il mantenere la risalente presunzione dell'appartenenza al primo delle cose concesse in uso alla seconda.

Il divieto di donazione tra coniugi si sarebbe venuto così progressivamente affermando (forse in via di prassi giudiziaria) nell'ordinamento romano: prima limitatamente alle donazioni del marito alla moglie (cfr. D. 24,1,25, Ter. Clem. l. 5 ad l. Iul. et Pap.: *nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit*), e in relazione alle cose rientranti nel cosiddetto *mundus muliebris*, vesti, ornamenti, lana, lino, etc. concessi in uso alla donna *manente matrimonio*; successivamente - in considerazione dell'intento, sottolineato da Marrone, "di mantenere gli equilibri patrimoniali - e con essi, indirettamente, gli equilibri di potere - tra le grandi famiglie" -, il divieto sarebbe stato conformemente esteso a ricomprendere, da un lato, anche le cose *mancipi*, dall'altro, le donazioni dalla moglie al marito.

10. Ha giustamente osservato Karlheinz Misera come le "Wandlungen von Rechtsinstituten" possano avere diverse cause e molteplici possano essere le situazioni conseguenti. In particolare, se una disposizione o un istituto giuridico siano diventati obsoleti, non necessariamente essi debbono caducarsi o, comunque, conside-

rarsi caducati: la 'forma' ben potrebbe restare immutata e mutare, invece, il 'contenuto'; oppure potrebbe trattarsi di un elemento appartenente quasi per natura ad un ordinamento, per cui la critica che se ne facesse non avrebbe una reale effettività. Misera scriveva queste considerazioni relativamente al divieto di donazione tra coniugi; esse però valgono alla stessa maniera per la presunzione muciana che, anzi, sembrerebbe esser stata connotata, nell'evoluzione offertacene dall'ordinamento romano, di funzioni ulteriori rispetto a quelle proprie del divieto di donare. Nell'età di mezzo presunzione e divieto furono generalmente previsti e regolati anche dalla normativa statutaria: per la prima, accanto al motivo del *turpis quaestus*, appare - ed è attestata dai doctores più autorevoli - la funzione di tutela contro la *fraus domestica*; per il secondo sembra che l'obiettivo sia stato precipuamente la garanzia dell'integrità del patrimonio del marito, ma talora è affacciata pure l'esigenza della protezione degli interessi dei terzi creditori. Nell'ultima evoluzione, quella delle codificazioni ottocentesche, questa tendenza trova conferma anche a livello sistematico: almeno nel modello francese il divieto di donare resta nella legislazione civile, la muciana entra nella legislazione fallimentare. Per quanto concerne l'ordinamento italiano basti rilevare che il codice civile del 1865 recepiva il divieto di donazione tra coniugi, il codice commerciale dello stesso anno, la presunzione muciana.

A seguito delle successive riforme, e fino alle caducazioni delle singole regole via via attuate a partire dalla fine degli anni sessanta, il quadro normativo era il seguente: art. 781 c.c. (divieto di donazione tra coniugi), art. 70 L. fall. (presunzione muciana), art. 622 c.p.c. (applicazione ulteriore, e più fedele, della tradizionale *praesumptio muciana*), ai quali si veniva ad aggiungere, in tema di esecuzione esattoriale, l'art. 63, ult. cpv. t.u. 17 ottobre 1922, n. 1401, modificato con d.l. 6 novembre 1939, n. 1465-1784, e corrispondente al vigente art. 52, 2° co., lett. b, d.p.r. n. 602/73 (ove è prevista una sorta di muciana, che si riferisce non solo al coniuge, ma ai familiari in genere). Di queste disposizioni residua ora solo quella in tema di esecuzione esattoriale, fatta salva, nella sostanza, in omaggio ai superiori interessi del fisco. Stupisce che gli argomenti portati a sostegno delle caducazioni afferiscano soprattutto alla sfera della morale o della ideologia, seppur inquadrata, più o meno precisamente, nella costituzione del 1948; e che solo fuggacemente si sia considerato, in queste valutazioni, un argomento tecnico come quello

della tutela degli interessi dei terzi creditori, ai quali sopra tutti mostrava di rivolgersi la tradizione romanistica: si direbbe quasi che le corti e in ispecie gli studiosi contemporanei, anche romanisti, si siano voluti porre in contrapposizione con la giurisprudenza romana e, per superarne le argomentazioni, abbiano ommesso di considerare la pluralità delle funzioni che quelle regole appaiono idonee a realizzare, come additavano (anche) le esperienze giuridiche successive a Giustiniano.

\* Nella discussione di questa relazione sono intervenuti, nell'ordine, i Professori Francesco Lucrezi, Settimio Di Salvo e Raffaele Caravaglios, che desidero ringraziare. Mi piace altresì ricordare la testimonianza del Collega Di Salvo, il quale ha detto che, nell'incontrare il Prof. Volterra poco dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 91/73 citata all'inizio, percepì, nello stesso estensore della decisione, l'ombra del dubbio circa l'opportunità della caducazione nel nostro ordinamento del divieto di donazione tra coniugi.

*In duecentocinquanta  
esemplari fuori commercio*

*Stampato nella Lit. Editrice A. De Frede, Via Mezzocannone 69  
Napoli, 7 agosto 1997.*