

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO

4

a cura di Isabella Piro



Libellula

2016

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO 4
a cura di Isabella Piro

Opera Completa | 978-88-67353-32-3
4° Volume | 978-88-67353-84-2

© Tutti i diritti riservati all'Autore.
Nessuna parte di questo libro può essere riprodotta senza il
preventivo assenso dell'Autore.

Libellula Edizioni
Via Roma, 73 - 73039 Tricase (LE) - Italy
Tel. /Fax +39/0833.772652
www.libellulaedizioni.com
info@libellulaedizioni.com

Renzo Lambertini
Università di Modena e Reggio Emilia

In tema di volontaria restituzione della dote in costanza di matrimonio

1. Poiché la dote è destinata a sostenere gli oneri del matrimonio¹, è evidente – e dato istituzionale altrettanto notorio – che la sua restituzione avviene allo scioglimento del vincolo, o per morte o per divorzio. Una restituzione cronologicamente anteriore contrasterebbe, appunto, con tale finalità e, al contempo, realizzerebbe una donazione tra coniugi che il diritto romano non ammette.

Ciò è spiegato in modo perspicuo da Giulio Paolo, in un passo tratto dalle *quaestiones* e restituito dai *Digesta* giustinianeî:

D. 23.4.28 (Paul. 5 *quaest.*): *Quaeris, si pacta sit mulier vel ante nuptias vel post nuptias, ut ex fundi fructibus quem dedit in dotem creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum eoque modo minorem dotem constitutam: post nuptias vero cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, iam de suo maritus paciscitur ut dimittat creditorem, et erit mera donatio.*

¹ D. 10.2.20.2 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.46 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 17.1.47 pr. (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 17.2.65.16 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 20.6.8.13 (Marcian. *l.s. ad form. hyp.*); D. 23.3.7 pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*); D. 23.3.56.1-2 (Paul. 6 *ad Plaut.*); D. 23.3.75 (Tryph. 6 *disp.*); D. 23.3.76 (Tryph. 9 *disp.*); D. 23.4.11 (Ulp. 34 *ad ed.*); D. 23.4.28 (Paul. 5 *quaest.*); D. 24.1.21.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 49.17.16 pr. (Pap. 19 *resp.*); C. 5.12.20 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Tiberio) del 294. Per una sintesi ragionata delle principali opinioni espresse in dottrina circa la connessione tra *dos* e *onera matrimonii* – talora in varia misura contestata, nonostante un apparato testuale pressoché granitico – cfr. C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote* II, Roma-«L'Erma» di Bretschneider 2005, 680 ss. Peraltro l'attribuzione esclusiva al diritto giustiniano di tale nesso finalistico, sostenuta in particolare da E. ALBERTARIO, *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio in diritto romano* (1925), in *Studi di diritto romano* I, *Persone e famiglia*, Milano-Giuffrè 1933, 295 ss., non incontra da tempo alcun seguito.

Se la moglie o prima delle nozze o dopo le nozze abbia pattuito che un creditore della donna sia soddisfatto con i frutti del fondo che diede in dote, domandi se il patto valga. Dico che, se abbia convenuto ciò prima delle nozze, il patto vale e in tal modo la dote costituita risulta minore; se invece dopo le nozze, dal momento che i frutti sono destinati ad alleviare gli oneri del matrimonio, il marito pattuisce che liquidi il creditore ormai con il suo, e sarà una mera donazione.

Il giurista, trattando della possibilità di restituire i frutti del fondo dotale durante il matrimonio al fine di soddisfare un creditore della moglie, e negandola in forma recisa se il patto non è antenuziale², adombra, *a maiori*, l'impossibilità di restituzione del capitale.

D'altronde, anche in assenza di un patto, qualora il marito consenta alla moglie di giovarsi dei frutti dotali, il risultato non cambia: si tratta sempre di una *donatio* vietata, con possibilità per il *vir* di agire per ottenere la rifusione:

192

C. 5.12.20 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Tiberio):
Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus dotis totius esse, quos ipse capit, vel, si uxori capere donationis causa permisit, eum in quantum lucupletior facta est posse agere manifestissimi iuris est (a. 294).

Per gli oneri del matrimonio il marito lucra i frutti di tutta la dote che egli stesso prende, diversamente, se ha permesso alla moglie di prenderli a titolo di donazione, è regola giuridica del tutto palese che egli può agire contro di lei per quanto è stato il suo arricchimento.

Il problema sembrerebbe dunque risolto ancor prima di insorgere³.

² Il collegamento tra i frutti dotali, spettanti al marito, e gli oneri del matrimonio compare anche in D. 23.3.7 pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*); e in D. 23.4.11 (Ulp. 34 *ad ed.*), sul quale cfr. M. LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli-L'arte tipografica 1952, 167.

³ Del resto, che la dote possa essere restituita soltanto alla fine del matrimonio è quel che si trova scritto in genere nella manualistica: cfr., ad

Sennonché, in età medio-classica, Ulpio Marcello, citato da Ulpiano, trattando di un altro argomento, allude alla possibilità che, almeno in taluni casi, tale prematura *restitutio* possa avere luogo⁴:

D. 11.7.27.1 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Maritus funeraria non convenietur, si mulieri in matrimonio dotem solverit, ut Marcellus scribit: quae sententia vera est: in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est.*

Come scrive Marcello, il marito non sarà convenuto con l'azione funeraria se abbia pagato la dote alla moglie durante il matrimonio, e tale parere è vero: peraltro in quei casi in cui dalle leggi gli è permesso di farlo.

Si è talora sospettato della genuinità della frase conclusiva (*in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est*)⁵: in effetti, l'accento alle *leges* può destare qualche perplessità⁶, e il discorso di Ulpiano meglio si chiuderebbe con la sua concisa adesione alla *sententia* di Marcello. Quel che

esempio, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano-Giuffrè 1990, 144.

⁴ J.F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien Köln Weimar-Böhlau 2009, 219 ss., inserendoli nell'ambito dei limiti materiali al *favor dotis*, parla in proposito di casi in cui rileva un interesse prioritario della famiglia. Sulla citata monografia cfr. la puntuale recensione di L. SOLIDORO, in *TSDP*. 5, 2012, (*Segnalazioni bibliografiche*), 29 ss.

⁵ P. KRUEGER, *ad h. l.* (189 nt. 2); P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I, Diritto di famiglia* (rist. cur. G. Bonfante - G. Crifò), Milano-Giuffrè 1963, 458 e nt. 2.

⁶ Sovente superata, in particolare nella dottrina tedesca, ritenendo quel vocabolo al plurale un riferimento alla *lex Iulia de maritandis ordinibus* e alla *lex Papia Poppaea nuptialis (lex Iulia et Papia)*, individuate pertanto come fonti del divieto di restituzione della dote *constante matrimonio*: A.W.S. FRANCKE, *Über Rückzahlung der Dos während der Ehe, nebst Bemerkungen über Schenkungen unter Ehegatten*, in *ACP* 18, 1835, 14 («Diese werden bekanntlich oft von den Römern durch den Collectivausdruck “leges” bezeichnet»); STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 296 e ntt. 8-12; 299. Si tratta tuttavia di una mera ipotesi, come del resto quella che ricollega al medesimo statuto augusteo il divieto di donazioni tra marito e moglie: cfr. in proposito R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova-Cedam 1996, 160.

viene dopo (*in his tamen - permissum est*), non legato da alcuna congiunzione avversativa, fa pensare d'acchito a una precisazione aggiunta da chi, tempo dopo, ha sotto gli occhi il testo del giureconsulto severiano. Inoltre, come vedremo, in un'altra fonte il richiamo alla necessità di una *causa legitima* per la *restitutio manente matrimonio* è di indiscutibile marca compilatoria⁷. Tuttavia tale rilievo e la sostanziale ovvietà della chiosa finale non sono elementi bastevoli a dimostrarne la natura emblematica.

Ciò che comunque ai nostri fini rileva, è, come si è detto, l'ammissione di casi di *restitutio* che costituiscono eccezione alla regola generale. E che di tali casi già si parlasse nel II secolo non appare revocabile in dubbio.

2. Sul piano cronologico, stando all'apparato testuale di cui disponiamo, il primo giurista a occuparsi di un caso specifico di restituzione della dote in costanza di matrimonio è Cervidio Scevola:

D. 23.3.85 (Scaev. 8 dig.): *Fundus filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex asse creditoribus urgentibus patris utilius videtur potius fundum qui dotalis est distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore redditu retinere: maritus consentit, si nulla in ea re captio sit futura. Quaero, an ea pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur. Respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum.*

Un padre aveva dato in dote un fondo per conto della figlia: alla figlia, sua erede universale, sotto l'incalzare dei creditori del padre, appare più vantaggioso alienare un fondo che fa parte della dote poiché è meno fruttuoso e conservare gli altri <fondi> ereditari di più alta redditività. Il marito consente se in quella vicenda non vi sarà alcun danno. Chiedo se quella parte della dote che consiste in tale fondo sia alla donna legittimamente

⁷ C. 5.19.1 ([= CTh. 3.13.3.1] Imppp. Honorius et Theodosius AA. Mariniano pp.), del 422, su cui *infra* § 3.

pagata in costanza di matrimonio. Ha risposto che se il prezzo è dato in pagamento al creditore, è pagato bene.

Il testo appare sostanzialmente genuino: non può rivestire particolare importanza in senso contrario il fatto che prima si parli di *creditoribus* al plurale, poi, alla fine, di *creditori* al singolare, e ancor meno convincente sembra il sospetto che ha talora investito il periodo *si nulla in ea re captio sit futura*⁸, perché lo stesso appare invece qualificante.

Come si è osservato, *captio* può qui rendersi con ‘danno’⁹: il marito consente a patto che la dote, di cui il fondo fa parte, non ne esca alla fine depauperata. Il che va inteso nel senso che la dote sarà reintegrata con un immobile di valore perlomeno non inferiore rispetto a quello che il *vir* ha accettato che venisse venduto¹⁰.

Lo strappo alla regola, che pure non sembra del tutto indolore, è giustificato dal fatto che il marito, senza pregiudizio del compendio dotale destinato a sostenere gli oneri del matrimonio, rende più vantaggiosa la posizione della moglie rispetto ai creditori ereditari. Il che, tra l’altro, torna anche a suo indiretto beneficio. È tuttavia fondamentale che il prezzo ricavato sia destinato a estinguere quelle precise obbligazioni: diversamente, la vendita ne risulterebbe inficiata, in quanto invalida la *restitutio* del fondo¹¹.

Nella prosa ellittica di Scevola¹² il *recte solutum* finale, per quanto vicino a *pretium*, va piuttosto inteso *ad sensum* con riferimento alla restituzione della dote: ‘si è pagato bene al

⁸ BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 5), 458 nt. 6.

⁹ Tale accezione è abbastanza usuale nel linguaggio dei giuristi: cfr. D. 45.1.59 (Iul. 88 *dig.*); F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette XXIII* (trad. R. D’Ancona), Milano-Società Editrice Libreria 1898, 964 e nt. 5.

¹⁰ Mette appena conto ricordare che il fondo italico dotale come non può essere venduto contro il volere del marito, così, in forza della *lex Iulia de fundo dotali* (capo della *lex Iulia de adulteriis*) del 18 a. C., non può neppure essere alienato dal *vir* contro la volontà dell’*uxor*: Gai. 2.63; PS. 2.21b.2; D. 23.5.4 (Gai. 11 *ad ed. prov.*); e da ultimo STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 79 s.

¹¹ GLÜCK, *Commentario* cit. (nt. 9), 965 e nt. 7.

¹² Cfr. in tal senso, BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 5), 458 nt. 6, il quale rileva in proposito «la quasi ironica breviloquenza» del giureconsulto.

creditore', nel senso che la dote è stata, in tal caso, pagata bene alla donna.

D'altronde il creditore ereditario, ancorché in ipotesi non soddisfatto con il cespite del *pretium*, riceverebbe comunque dalla sua debitrice una prestazione dovutagli, ossia denaro a cui egli ha diritto e che dal canto suo non estorce. Per quale regione potrebbe essere pagato male? Il problema investe semmai i due coniugi e il compratore del fondo: se la diversa destinazione del *pretium* incidesse negativamente sulla vendita, il marito sarebbe legittimato ad agire contro il compratore per l'evizione del fondo e il compratore si rivolgerebbe allora, com'è ovvio, contro la donna. Ma da questa vicenda di meri rapporti obbligatori il creditore ereditario - pagato, per dirla sulla falsariga di Scevola, 'bene o male' - rimane fuori in ogni caso.

Ipotesi specifiche di legittima restituzione della dote durante il rapporto coniugale si trovano in un testo di Paolo:

D. 24.3.20 (Paul. 7 *ad Sab.*): *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur.*

Sebbene la moglie in costanza di matrimonio non riceva [*scil.* dal marito] la dote per pagare un debito o per acquistare fondi idonei, bensì al fine di provvedere ai figli bisognosi avuti da un altro marito, o ai fratelli o ai genitori, o per riscattarli dai nemici, poiché trattasi di causa giusta e onesta non si ritiene che la riceva male, e pertanto le viene pagata correttamente; il che si osserva anche nel caso di una figlia in potestà.

Dopo aver indicato all'inizio due casi, evidentemente già acquisiti, che giustificano una prematura *restitutio dotis*, ossia per pagare un debito e per comperare *praedia idonea*, di cui ci occuperemo in seguito, Paolo la ammette anche per il sostegno economico a figli generati dalla donna in un precedente matrimonio, o a suoi fratelli o ascendenti in condizioni di

indigenza, o, ancora, al fine di riscattare le predette persone dalla prigionia presso il nemico.

Da notare che la causa moralmente giusta e da approvarsi relativa ai benefici per i congiunti fa sì che, stando alle parole del giureconsulto, la donna ‘non riceva male’ la dote, il che dimostra di nuovo il carattere eccezionale di tale concessione. Peraltro, con riferimento al precedente passo di Cervidio Scevola, il *recte solutum* che là si trova, e di cui si è discusso il senso effettivo, corrisponde in modo esatto al *recte solvitur* del presente testo di Paolo, il quale si riferisce, appunto, alla dote¹³.

Talora in dottrina la fonte non è stata intesa correttamente: c’è, ad esempio chi ha visto nell’*aes alienum solvere* e nel *praedia idonea emere* due casi di esclusione della *restitutio dotis*, che sarebbe invece ammessa per portare aiuto ai parenti della donna¹⁴; ma, andamento sintattico a parte, sono in tal senso probanti sia il corrispondente passo dei Basilici (28.8.20)¹⁵, sia –

¹³ Sull’uso del verbo *solvere* in D. 24.3.20 (Paul. 7 *ad Sab.*) con riferimento al problema se *manente matrimonio* sussista già un’*obligatio* del marito nei confronti della moglie circa la dote, cfr. S. RICCOBONO, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello-Tipografia dello Stabilimento S. Lapi 1899, 109 s. Peraltro la giovanile monografia del Maestro palermitano non si occupa specificamente del nostro tema, che si dichiara volutamente preterito (110).

¹⁴ Questa la traduzione, di C. VENTURINI, che figura in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano, Testo e traduzione IV* (a cura di S. Schipani - L. Lantella), Milano-Giuffrè 2011, 280: «Quantunque, in costanza di matrimonio, la moglie non possa ricevere <dal marito> la dote per pagare un debito oppure per comperare terreni idonei, tuttavia non si considera che la riceva male <se la riceve> per provvedere ai figli bisognosi, ecc.». Cfr. però, in linea con la traduzione proposta nel testo, STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 219 s. e le versioni ivi citate a nt. 3; alle quali *adde* quella inglese curata da A. WATSON, *The Digest of Justinian. Latin text edited by Th. Mommsen with the aid of P. Krueger. English translation II*, Philadelphia, Pennsylvania-University Press 1985, *ad h. l.* (720): «Although a woman has not received a dowry during the marriage in order to pay her debts or buy desirable land but so that she can support the children by a former husband who are in need, ecc.».

¹⁵ H.J. SCHELTEMA - N. VAN DER WAL, A.IV, 1378: Ἡ προίξ τῇ γυναικὶ καὶ συνεστῶτος τοῦ γάμου καλῶς καταβάλλεται ἐπὶ τῷ καταβαλεῖν δανεισταῖς αὐτῆς ἢ ἀγροὺς εὐπορωτέροισι ἀγοράσαι ἢ ἐπὶ τῷ προνοήσασθαι παίδων ἐξ ἑτέρου γάμου ἢ ἀδελφῶν ἢ γονέων πενομένων ἢ ἐπὶ τῷ ἀναρρῶσθαι τούτους ἀπὸ αἰχμαλωσίας. Τὸ αὐτὸ καὶ περὶ ὑπεξουσίας (Anche in costanza di matrimonio alla donna la dote è pagata bene al fine di pagare i suoi creditori, o perché comperi fondi più

circa l'acquisto del *fundus idoneus* – D. 23.3.73.1 (PS. 2.21b.1b), tratto dal secondo libro delle *Pauli Sententiae*:

Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem 'filium ex alio viro' [Mommsen, che così emenda 'virum'] fratrem sororemve sustineat.

Durante il matrimonio la dote può essere restituita alla moglie che non la dissiperà per queste cause: perché alimenti sé e i suoi, perché comperi un fondo idoneo, perché presti gli alimenti a un ascendente relegato in esilio o in un'isola, o perché sostenti un figlio avuto da altro marito, un fratello o una sorella, che versano in povertà.

La fonte in oggetto – che intenderebbe porsi come una sorta di 'catalogo'¹⁶ – vale a confermare in buona sostanza i casi di

produttivi, oppure provveda a figli da altro matrimonio, o a fratelli, o a genitori indigenti, o per riscattare costoro dalla prigionia. Lo stesso anche quanto alla figlia in potestà).

¹⁶ Un testo di Ulpiano tratto dal XIX libro *ad Sabinum* (D. 33.4.1.5) in tema di *legatum dotis* allude incidentalmente a un nucleo di casi in cui la restituzione operata in vita dal marito è lecita. Non si tratta necessariamente di *restitutio constante matrimonio* – ma anche, per esempio, in seguito a divorzio –, tuttavia è da ritenersi che anche le nostre ipotesi vi rientrino: *Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, ut, si vivus eam uxori (scilicet quibus licet casibus) solverit, cesset legatum* (tanto poi il legato di dote comprende in sé l'azione per la dote, che, se <il marito> in vita l'abbia pagata alla moglie (ovviamente nei casi in cui è lecito), il legato viene meno). Cfr. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano* II², Milano-Giuffrè 1963, 325 e nt. 395. N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano 1968, 146 s., ritiene che il testo sia interpolato in due punti: nel «brutto richiamo all'azione dotale» all'inizio, e nell'inciso *scilicet-casibus*, pure inserito dai compilatori per richiamare la regola che, in via eccezionale, la dote può essere restituita anche durante il matrimonio. Aggiunge (147 nt. 25) che le giuste cause di restituzione anticipata furono riconosciute in numero sempre maggiore in età tardoantica. Tuttavia, anche ammettendo che la parentetica sia frutto di interpolazione (o di "glossa", come scrive l'Autore nell'ultimo luogo citato), Ulpiano parla pur sempre di dote restituita dal marito in vita, ed è improbabile che si riferisca al solo caso del divorzio. Che poi le ipotesi di legittima restituzione della dote *constante matrimonio* siano

restituzione della dote durante il matrimonio di cui al precedente testo di Paolo a una moglie non incline a prodigalità e sperpero (*non perditurae uxori*): non è qui ricordato il pagamento di un debito personale della donna ma è da ritenersi che vada ammesso; così come, del resto, si aggiunge il sostegno alimentare della *mulier* nei propri stessi confronti, nonché in quelli di un ascendente condannato all'esilio.

Si è accolto, con la dottrina maggioritaria, l'emendamento proposto dal Mommsen, che al posto di *virum* pone *filium ex alio viro*, in analogia a D. 24.3.20¹⁷. Tra l'altro, il caso del marito che improvvisamente precipiti in una situazione di forte fabbisogno tanto da indurre fondato timore per la sorte della dote integra un caso di natura diversa e ha una sua specifica regolamentazione¹⁸.

Oltre a questo breve elenco, ottenuto collazionando poche fonti, pare non sia andati; anche se, quanto ai congiunti della donna in difficoltà, è da ritenersi che la lista non sia propriamente tassativa¹⁹. Comunque nell'apparato testuale in nostro possesso non figurano altre ipotesi, se si eccettua la pur blanda estensione a beneficio del *necessarius* sequestrato dai ladroni di cui al testo ulpiano riportato sotto, rispetto alla cattività presso il nemico del frammento di Paolo in D. 24.3.20; nonché, ancora in Ulpiano, del congiunto rinchiuso in prigione.

D. 24.3.21 (Ulp. 3 *disp.*): *Sed si ideo maritus ex dote expendit,*

tanto aumentate in età postclassica e giustiniana non risulta, sulla base dei testi, dimostrabile.

¹⁷ BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 5), 457 nt.1 e 458 («scorrettezza insostenibile»); STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 219 s. e nt.1; *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* IV (trad. C. Venturini) cit. (nt. 14), 209 e nt. 35. Qualche propensione a mantenere *virum*, conformemente alla lezione dei Basilici, si trova in R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*², S. Giuliano Milanese-Wolters Kluwer Cedam 2014, 334 e nt. 38.

¹⁸ Si tratta infatti di un'evenienza che legittima una restituzione coattiva della dote: cfr. in particolare, per l'età classica, D. 24.2.24 pr. (Ulp. 33 *ad ed.*), che risulta nella sostanza genuino - *contra* BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 5), 456; STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 262.

¹⁹ Lo scolio 1 a *Bas.* 28.8.20 (= D. 24.3.20), di Doroteo (H.J. SCHELTEMA - D. HOLWERDA, B.V., 1904), con chiaro intento estensivo rispetto al passo dei *Digesta*, parla in generale di *cognati* (συνγενεῖς) della donna.

ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei quod expensum est, sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedit: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.

Ma se il marito fa erogazioni dalla dote per riscattare dai ladroni persone congiunte alla moglie o perché la moglie riscatti dalla prigione qualcuno dei suoi congiunti, gli si accredita quel che è stato speso, sia che si tratti di una parte della dote, in ragione di quella parte, sia che si tratti di tutta la dote, <nel qual caso> l'azione dotale svanisce. E a maggior ragione va detto ciò se agisca per la dote il suocero: occorre che si tenga calcolo di ciò che a quello stesso fine è stato speso, abbia fatto ciò lo stesso marito o abbia dato alla figlia perché lo facesse. Ma anche se non il padre esperisse l'azione, ma dopo la morte di lui agisse per la dote la sola figlia, va detto lo stesso, poiché infatti l'eccezione di dolo inerisce all'azione per la dote come negli altri giudizi di buona fede, si può dire, come appare anche a Celso, che tale spesa inerisce all'azione sulla dote, specialmente se sia stata fatta per volere della figlia.

Casistica a parte, si è talora creduto di individuare una presunta divergenza tra l'impostazione di D. 24.3.20 e quella dei due testi paolini esaminati in precedenza, poiché Ulpiano non parlerebbe in proposito di restituzione della dote, ma di spese sostenute dal marito per liberare la moglie o i suoi congiunti, destinate quindi a incidere sull'entità della *restitutio* a matrimonio sciolto²⁰; ma leggendo il testo con attenzione si può verificare che nel prosiegua viene specificato che dette erogazioni possono essere state disposte tanto dal marito quanto

²⁰ Cfr. BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 5), 458-459.

dalla donna, alla quale pertanto a tal fine erano stati resi in precedenza cespiti dotali. Non si tratta dunque di argomento in grado di indurre un fondato sospetto sulla classicità della restituzione dotale nei casi contemplati dalle fonti.

Il finale del passo (*maxime - factus sit*) adombra anche l'eventualità che l'iniziativa di restituzione della dote a beneficio dei congiunti della moglie possa non essere avvenuta per impulso di quest'ultima, ma, evidentemente, del marito. E' peraltro da ritenersi che sia comunque presupposto il conforme volere della donna. Sempre, poi, che tale sottolineatura, nel pensiero di Celso ripreso da Ulpiano, non tenda soprattutto a corroborare sul piano argomentativo la possibilità per il marito di opporre all'azione dotale intentata dalla moglie l'*exceptio doli generalis*: l'*uxor* ha voluto erogare tali somme e ora la stessa, scorrettamente, si comporta come se ciò non fosse avvenuto²¹.

3. C. 5.19.1²² [= CTh. 3.13.3.1] Impp. Honorius et Theodosius AA. Mariniano pp.: <Et> *Si <fortasse> constante matrimonio a marito uxori dos [sine causa legitima] refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore defuncta marito ab eius heredibus cum fructibus ex die refusae dotis marito restituatur, ita ut proprietates eiusdem liberis ex eadem susceptis alienari [contra leges] a marito non possit.* (Ravenna, 3 nov. 422).

Se in costanza di matrimonio la dote è stata dal marito restituita alla moglie senza una causa legittima, il che non può fondarsi sulle leggi, poiché si riconosce che produca gli effetti di una donazione, morta la stessa moglie, dai suoi eredi la dote sia resa al marito con i frutti dal giorno della restituzione, sì che la

²¹ In tema, sia pure brevemente, cfr. P. CERAMI, *L'eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Padova 2006, 163-164.

²² La norma fa parte di un più ampio complesso normativo, formato anche da C. 5.1.4 (= CTh. 3.5.12); C. 5.9.4; C. 5.18.11 (= CTh. 3.13.3 pr.); CTh. 3.5.12.

proprietà della stessa non possa essere alienata dal marito rispetto ai figli avuti dalla medesima.

Interpretatio - (...) nam si maritus dum adviveret, hoc ipsum, quod a muliere in dote perceperat, fortasse refuderit, quia similitudo donationis est refusio, nullam obtinet firmitatem. Si mortua fuerit mulier, non poterunt hoc eius heredes sibimet vindicare, sed marito etiam cum fructibus hoc iubetur debere restitui: sic tamen, ut, si erunt filii, non sibi hoc, dum advixerit pater eorum, quasi ex bonis maternis vindicent, nec pater aliquid aliud nisi usumfructum exinde habere debebit, nec transferendi in aliam personam habebit liberam potestatem, sed omnia post eius obitum ad communes filios revertantur.

Interpretazione - Giacché se il marito mentre era in vita abbia in ipotesi restituito proprio ciò che dalla donna aveva percepito in dote, poiché la restituzione è assimilata a una donazione, non ottiene stabilità alcuna. Se la moglie sia morta, ciò i suoi eredi non potranno rivendicarlo a sé, ma si dispone che debbano restituirlo al marito anche con i frutti. Peraltro in modo che, se vi saranno figli, mentre il loro padre è in vita non lo rivendichino a sé come si trattasse di beni materni, né il padre di lì dovrà avere altro che l'usufrutto, né avrà libera facoltà di trasferirlo ad altra persona, ma dopo la sua morte tutto ritorni ai figli comuni.

Nov. 22.39 (18 marzo 535):

Τὰς δὲ δὴ προῖκας, ἃς ἂν λάβοιεν οἱ συνοικοῦντες, οὐ δώσουσι προχείρως ταῖς γυναῖξιν συνεστώτων ἔτι τῶν συνοικεσίων, πλὴν ἐξ αἰτιῶν ἃς ὁ νόμος ἡρίθμησεν. ἐπεὶ τῷ γε εἴ τι τοιοῦτο πράξειεν, μίμησις δωρεᾶς τὸ γεγόμενον αὐτόθεν εἶναι δοκεῖ· καὶ εἰ τελευτήσειεν ἡ γυνή, καὶ ἀναλήψονται τὰς προῖκας οἱ δεδοκότες αὐτὰς ἁπλῶς ταῖς γυναῖξιν ἄνδρες παρὰ τῶν κληρονόμων τῶν γυναικῶν μετὰ τῶν ἐν μέσῳ καρπῶν, αὐτοὶ τε καὶ κληρονόμοι αὐτῶν, καὶ ἔξουσιν εἰς κέρδος κατὰ τὸ συμπεφωνημένον. Καὶ εἰ πρὸς δευτέρους ἀφίκοντο γάμους οἱ ἄνδρες, φυλάξουσιν ἀνεκποίητα ταῦτα τοῖς παισὶ, τοῦτο δὲ καθ' ὅλου διατεταγμένον.

Le doti che i mariti abbiano ricevuto non le restituiranno facilmente alle donne ancora in costanza di matrimonio, se non per le cause che ha elencato la legge. Diversamente, se abbiano fatto qualcosa del genere, per ciò stesso quel che è stato fatto appare come una donazione. E se la moglie sia morta, i mariti, o gli eredi degli stessi, riceveranno le doti che restituirono intempestivamente alle mogli insieme con i frutti del periodo intermedio da parte dagli eredi delle mogli e ne lucreranno conformemente al patto. E se i mariti addiverranno a seconde nozze, conserveranno ciò per i figli senza alienarlo, come in generale è stato disposto.

Queste le fonti del tardo antico relative al nostro tema.

Come è agevole osservare, lo statuto è fissato in buona sostanza dalla legge di Onorio emanata a Ravenna nell'autunno del 422. La restituzione della dote *manente matrimonio* al di fuori dei casi ammessi è da ritenersi una donazione del marito alla moglie, come tale vietata e quindi priva di stabilità giuridica.

A dire il vero la precisazione *sine causa legitima* è dovuta ai compilatori giustinianei, ma ciò non autorizza a escludere che, pure al tempo di Onorio sussistessero eccezioni alla regola che associa la *restituito dotis* allo scioglimento del vincolo coniugale, e si deve ritenere che si tratti precisamente di quelle esplicitate dai testi restituiti dalle Pandette²³. Piuttosto, il fatto che tali ipotesi siano menzionate soltanto dai giustinianei, sia attraverso l'interpolazione della *constitutio* in CTh. 5.19.1 sia nel testo della Novella 22 del 535, indica da un lato la rarità di tali ipotesi, tanto che Onorio non ritiene neppure di farne menzione, d'altro canto la sottolineatura per successiva volontà compilatoria del loro carattere tassativo (fatta salva, come già prospettato, qualche eventuale estensione ermeneutica nel

²³ Non sembra accettabile la tesi di C. ARNÒ, *Il nuovo regime dotale serviano*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento I*, Milano-Fratelli Treves Editori 1930, 96 s., secondo il quale vi sarebbe stato in proposito un giro di vite da parte di Onorio e Teodosio, poi respinto da Giustiniano, con ritorno all'impostazione classica: cfr. STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 298 nt. 17.

campo dei familiari bisognosi)²⁴. Poiché non entra nello specifico della menzionata casistica, la Novella non può che fare implicito riferimento al quadro palesato dai Digesti.

Riassumendo, quali allora, in una visione complessiva e con riferimento al quadro offerto dal diritto giustiniano, i casi di legittima *restitutio dotis constante matrimonio* che emergono dai testi? Sostanzialmente i seguenti:

- 1) Pagamento di debiti della donna (D. 24.3.20)
- 2) Acquisto di fondi idonei (D. 24.3.20; D. 23.3.73.1 [PS. 2.21b.1b])

3) Prestazione di soccorso sul piano alimentare alla donna stessa, a figli da lei generati in un precedente matrimonio, a suoi fratelli, ascendenti, in condizione di povertà²⁵ o esiliati; loro riscatto dal carcere, dalla prigionia dei nemici o dei predoni (D. 24.3.20; D. 23.3.73.1 [PS. 2.21b.1b]; D. 24.3.21). Ovviamente, se non si accetta l'emendamento del Mommsen a D. 23.3.73.1 (*filium ex alio viro* in luogo di *virum*), al novero delle predette persone va aggiunto il marito della donna. Ma, come già detto, non si tratta di scelta convincente.

4. Osservando i casi in cui la *restitutio* è ammessa, si può notare che, nell'ambito di quelli che possiamo considerare tre nuclei – pagamento di debito, acquisto di fondo idoneo, soccorso a congiunti in situazioni di difficoltà – uno si stacca concettualmente dagli altri due.

Si tratta della compera di fondo idoneo.

In che senso lo si possa isolare è facilmente intuibile: con riguardo alla dote, negli altri due casi sul piano patrimoniale si produce una perdita: il pagamento di un debito accollato alla dote è causa di depauperamento, e lo stesso può dirsi per gli alimenti corrisposti ai parenti o per i riscatti pagati ai fini della loro liberazione. L'entità della diminuzione potrà essere della più varia misura, ma si tratta pur sempre di un denominatore comune indiscutibile.

²⁴ *Supra* nt. 19.

²⁵ Probabilmente sono da ricomprendere anche i servi della donna (*ut sese 'suosque' alat*): STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 220 e nt.6.

Discorso differente riguarda invece il *fundus idoneus*, poiché qui non si riscontra un cespite che viene meno, ma la commutazione di una somma di denaro in un bene di diversa natura. La donna alla quale viene restituito il denaro dotale lo impiega infatti per l'acquisto di un immobile.

Orbene, qual è la sorte dell'immobile?

È difficile pensare che rimanga presso la compratrice, ché mentre negli altri casi vi sono soggetti – donna compresa, nel caso dell'*aes alienum* – che versano in condizioni di difficoltà o addirittura di emergenza, e ciò giustifica l'eccezione alla regola, in questo non ricorre alcuno dei citati presupposti: si usa, in ultima analisi, denaro prelevato dalla dote per acquistare un fondo, che le fonti definiscono 'idoneo'.

Che cosa significa 'idoneo'?

Anche se non si vuole intenderlo, come fanno i Basilici – il che appare tuttavia significativo –, come 'più redditizio'²⁶, l'aggettivo allude a una finalizzazione mirata alla quale l'immobile per i suoi caratteri si presta. Idoneo a sostituire il denaro come cespite dotale? Idoneo in quanto più produttivo di quello costituito in dote?

Comunque sia, si stenta ad ammettere che la donna, acquistato il fondo, lo tenga come bene personale, diminuendo così la dote a proprio esclusivo vantaggio. È invece più plausibile ritenere che l'eccezione si giustifichi proprio in quanto il fondo va poi a confluire nella dote, rendendo quest'ultima più solida sul piano patrimoniale.

Occorre precisare che tale soluzione interpretativa non è affatto nuova, posto che si legge già nella Glossa²⁷, ma è stata anche più volte contestata.

La critica più puntuale è, mio avviso, dovuta al Bonfante, il quale, giudicando '*fundus idoneus*' «una di quelle espressioni troppo ellittiche ed oscure, che rivelano la fretta del compilatore», si domanda: idoneo a che cosa? Più produttivo? Più produttivo rispetto al fondo dotale a cui si sostituisce? «Ma

²⁶ Bas. 28.8.20 (= D. 24.3.20) H.J. SCHELTEMA-N. VAN DER WAL, A.IV, 1378: ἀγροὺς εὐπορωτέρους ἀγοράσαι..

²⁷ Casus a D. 24.3.20 (Paul. 7 ad Sab.): *si mulier ipsa vult emere ex pecunia dotali praedia idonea, et in dotem constituere*; glossa '*emat*' a D. 23.3.73.1 (Paul. 2 sent.): [*fundus*] *qui in dotem fit*.

allora – scrive l'insigne Maestro – non si ha che una mera permuta, che è pienamente lecita»²⁸. Anche il Francke, prima di lui, ha ritenuto che, se le cose stessero così – ossia se il *fundus idoneus* che si acquista fosse destinato a diventare dotale –, nessun giurista romano avrebbe parlato di *restitutio dotis*, bensì, appunto, di *commutatio dotis*²⁹.

Credo tuttavia che questa obiezione, la quale – a quanto mi risulta – non è stata finora adeguatamente confutata, non possa ritenersi convincente.

È vero infatti che la *commutatio dotis* è ammessa, e in tal caso la donna dà, ad esempio, denaro al posto di beni di altra natura, o viceversa, ma, ecco il punto, si tratta di cose che già si trovano nella sua disponibilità: la *mulier* attua insomma uno scambio tra un'entità del proprio patrimonio personale, ivi allo stato presente, e un'entità del compendio dotale³⁰.

D. 23.3.26 (Mod. 1 *reg.*): *Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem aut ex re in pecuniam: idque probatum est.*

D. 23.3.27 (Ulp. 36 *ad Sab.*): *Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.*

Così diciamo che in costanza di matrimonio si può permutare la dote, se ciò torni utile alla donna: da denaro in cosa o da cosa in denaro, e ciò è stato approvato.

E se lo si sia fatto, il fondo o la cosa diventa dotale.

Il nostro caso è diverso: la moglie per comperare il fondo

²⁸ BONFANTE, *Corso cit.* (nt. 5), 458 e nt. 5.

²⁹ FRANCKE, *Über Rückzahlung der Dos cit.* (nt. 6), 21. SCIPIONE GENTILI, *De donationibus inter virum et uxorem*, in *Opera omnia* IV, Neapoli-Sumptibus Joannis Gravili 1765, 552, pensa ad una sostituzione del cespite dotale con il fondo acquistato, identificando però tale operazione con una *commutatio dotis*.

³⁰ Oltre ai due testi riportati sotto e posti in collegamento dai compilatori giustinianeî, cfr. D. 23.3.25 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 23.3.32 (Pomp. 16 *ad Sab.*); D. 23.4.21 (Iul. 17 *dig.*). La *permutatio dotis* convenzionale è sempre ammessa se torni a vantaggio della donna: cfr. BONFANTE, *Corso cit.* (nt. 5), 455.

idoneo attinge alla dote, che proprio a tal fine le viene restituita. Che sul piano sostanziale in ultima analisi i termini della questione cambino poco è vero, tuttavia, sul piano tecnico è corretto focalizzare la prima tappa dell'intera operazione, che rende possibile quella successiva e che consiste, appunto, in una *restitutio dotis*.

E precisamente in tale contesto ha senso esigere come presupposto che si tratti di un'*uxor non perditura*, stante il connesso rischio di vedere vanificata l'intera operazione se quanto reso della dote viene dissipato: requisito, questo, che non potrebbe per ovvi motivi essere inserito in un contestuale scambio tra cespiti patrimoniali già disponibili.

Quanto al pagamento di uno più debiti della donna – altro caso di liceità della *restitutio* – le fonti offrono pochi appigli: in genere si pensa a un forte passivo che grava sul patrimonio a tal fine incapiente della moglie e che la esporrebbe all'esecuzione patrimoniale e alla conseguente infamia³¹, giustificando inoltre l'eccezione con il celebre argomento che *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*³².

Tutto più che ragionevole. Peraltro, giunto alla fine di queste poche pagine che dedico ad Alessandro Corbino con affetto pari all'ammirazione, mi sentirei, con l'ovvia prudenza del caso, di dare conto di una suggestione che mi è sovvenuta nell'esame complessivo dei testi.

Paolo, in D. 23.4.28, specifica chiaramente che per tacitare i propri creditori la donna non può, con un patto stretto durante il matrimonio, convenire che le siano restituiti i frutti della dote, e esaminando il testo si conclude che, *a maiori*, ciò implicava l'impossibilità di restituzione del capitale.

Orbene, lo stesso Paolo, in D. 24.3.20, attesta che tra i casi di legittima restituzione della dote *manente matrimonio*, figura proprio il pagamento di un debito della moglie. Questa possibilità, insieme con quella dell'*emptio* del fondo idoneo, sembra, nella prosa del giurista severiano, ormai acquisita, mentre per i casi di soccorso ai familiari, il *non male accipere* –

³¹ STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 220.

³² D. 23.3.75 (Tryph. 6 *disp.*); BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 5), 440 ss.; FAYER, *La familia* cit. (nt. 1), 714 ss.; STAGL, *Favor dotis* cit. (nt. 4), 267 ss.

che, si badi, non è un *bene accipere* – è spiegato in ragione di una *iusta et honesta causa*. Lo stesso rilievo non compare, infatti, per le prime due ipotesi.

Se, come si è qui ritenuto, il fondo idoneo confluisce poi nella dote, ciò in effetti si spiega, perché si tratta, per intenderci rapidamente, di una sorta di partita di giro. Ma il pagamento di un debito non può dirsi tale: eppure nel testo in oggetto viene accomunato alla compera dell'immobile.

Abbiamo esaminato il passo di Scevola (D. 23.3.85), il primo, sul piano cronologico, che ci mostra un caso, da ammettersi, di *restitutio dotis* prima dello scioglimento del vincolo matrimoniale. Sì, ma con grande cautela e, soprattutto, sul presupposto che non ne scaturisca un danno per la dote (*si nulla in ea re captio sit futura*).

Ecco allora la suggestione – una mera suggestione, lo ribadisco – che quando Paolo parla dei primi due casi che conosciamo, e sui quali non si sofferma, abbia in mente proprio il citato testo di Scevola, che sembra avere fatto da apripista, e in cui parimenti si paga un debito e si reintegra la dote, sì che la stessa alla fine non subisce diminuzioni. E anche là compare un fondo 'idoneo': anzi, un fondo 'più idoneo' di quello ereditario di cui la donna dispone.

Poi, nelle vicende della successiva interpretazione (e magari anche redazione) del testo, il pagamento del debito diventa una figura del tutto autonoma e perde tale connotazione, fino a far parte del 'catalogo' del quale abbiamo parlato.

Non nego – mette appena conto ribadirlo – le difficoltà insite in una simile ipotesi; che tuttavia, fanno da contraltare a un'altra difficoltà: quella legata alla posizione di un giurista, Giulio Paolo, che da una parte nega che si possano restituire i frutti dotali per pagare un debito; dall'altra considera già acquisito, tanto da non dover spendere nemmeno due parole, che, sempre per pagare un debito, possa essere restituito a fondo perduto il capitale.

Abstract

It is well known that in Roman law the dowry should be returned at the time of the dissolution of marriage (by death or divorce).

Nevertheless some texts of the Digest report few isolated exceptions to the rule, which can not be attributed to the Justinianic compilers, as it was believed in the past. The essay aims to identify precisely such cases, as far as possible solving the connected problems of interpretation.

Keywords

Diritto – romano – dote – restituzione anticipata.

INDICE DEL VOLUME

Michel Humbert

Les dégâts des eaux pluviales dans l'interprétation des *Veteres*.
Autour de l'action *aquae pluviae arcendae* 5

Aldona Rita Jurewicz

Kannte Alfenus Varus die *actio quod iussu* wirklich nicht?
Glossa ad Alfeni lib. 2 *digestorum* D. 15.3.16 31

Georg Klingenberg

Zur Haltung Marcians in D. 8.5.19 49

Rolf Knütel

Zwei Paulus-Fragmente zum Freilassererbrecht
nach einem *libertus communis* 67

Leonid Kofanov

La proprietà pubblica e l'interesse privato
nel diritto romano antico 85

Christoph Krampe

'*Si in Capitolium (non) ascenderit*' 113

David Kremer

Quand l'artifice devient droit.
Le rôle de la fiction dans la classification romaine
des obligations quasi-délictuelles et quasi-contractuelles 123

Franca La Rosa

Iudex suspectus 157

Luigi Labruna

L'età delle pietre 161

Francesca Lamberti

Ancora sull'inciso "*quod dolo malo factum esse dicatur*"
nel cap. 84 della *lex Irnitana* 173

Renzo Lambertini

In tema di volontaria restituzione della dote
in costanza di matrimonio 191

Paola Lambrini

Le cause del negozio fiduciario 211

Orazio Licandro

La *pax deorum* e l'imperatore Augusto
(che "iniziò a porre ordine nell'ecumene") 223

Maria Antonietta Ligios

Le schiave *ornatrices* in D. 32.65.3 (Marcian. 7 *inst.*):
considerazioni su lavoro artigianale e valori etici
nella riflessione giurisprudenziale classica 301

José María Llanos Pitarch

El método científico en el derecho romano clásico 323

Giovanni Lobrano

I 'modi di formazione della volontà collettiva', omologhi
ma non uguali, dei Popoli greci e del Popolo romano.
Elementi attuali di storia e sistema della "Repubblica":
democratica e imperiale 341

Sara Longo

I *credita servorum* alla luce di D. 44.7.14 (Ulp. 7 *disput.*) 373

Andrea Lovato

Ius receptum 443

Geoffrey MacCormack

Theft and the Obtaining of Property by Cheating
in Traditional Chinese Law 465

Alberto Maffi

Per una nuova interpretazione di due testi cretesi:
IC IV 72 col. VII 10-15 e NM (IC IV 41) col. VII 493

Arrigo D. Manfredini

Due fratelli, un fondo comune e le *tabulae novae*.
Quint., *declam.* 336 519

Vincenzo Mannino

L'*exceptio* e la riduzione della condanna nel processo formulare .. 531

Dario Mantovani

Giacinto Gandini e la *Parafrasi* di Teofilo.

Presagi di storia giuridica a Pavia nel '700 551

Paolo Marra

Coemptiones fiduciae causa 571

Carla Masi Doria

Tracce del *Senatusconsultum Claudianum*

nella legislazione di Giustiniano 597

Thomas A. J. McGinn

Celsus and the *Pauper*: Roman Private Law

and the Socio-Economic Status of its Consumers 619