

N. S. - ANNO XIV - FASC. II

APRILE-GIUGNO 1939-XVII

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
**SCIENZE GIURIDICHE**

FONDATA

da FRANCESCO SCHUPFER e GUIDO FUSINATO

PUBBLICATA SOTTO GLI AUSPICI DELL'ISTITUTO DI ESERCITAZIONI GIURIDICHE  
DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

**PIETRO DE FRANCISCI**

Comitato Direttivo:

EMILIO ALBERTARIO — EVARISTO CARUSI — ALFREDO DE GREGORIO  
FILIPPO VASSALLI — GUIDO ZANOBINI



1939-XVII  
SOC. ED. DEL «FORO ITALIANO»  
ROMA

Prezzo del fascicolo Lire QUINDICI

INDICE DEL FASCICOLO II - ANNO XIV - N. S.  
DELLA RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

MEMORIE

ANTONIO GUARINO, <i>Il beneficium competentiae del « Promissor dotis ». Contributo storico-domatico alla teoria del così detto « beneficium competentiae »</i> . . . . .	Pag. 153
ADRIANO DE CUPIS, <i>Il recesso unilaterale dal contratto</i> . . . . .	» 208
MARIANO SCARLATA FAZIO, <i>Appunti esegetici in tema di vendita di cosa altrui</i> . . . . .	» 216
GIUSEPPE NAVARRA, <i>Del mandato e dell'incarico « post mortem »</i> . . . . .	» 232
GUGLIELMO NOCERA, <i>In memoria di Paul Collinet</i> . . . . .	» 251

Abbonamento annuo:  
Italia, lire CINQUANTA (Esteri, lire SESSANTACINQUE)  
Prezzo di un fascicolo separato L. 15 per l'Italia; L. 20 per l'estero,  
se doppio L. 20 per l'Italia e L. 40 per l'estero.  
I signori Autori ed Editori sono pregati di inviare le loro pubblicazioni,  
possibilmente in doppio esemplare, alla Direzione della Rivista italiana  
per le Scienze Giuridiche, presso l'Istituto di esercitazioni giuridiche della  
R. Università di Roma.  
L'Amministrazione ha sede in ROMA, presso « Il Foro Italiano ».  
Piazza Borghese 3.

Il Beneficium Competentiae del "Promissor Dotis,"

Contributo storico-domatico  
alla teoria del così detto "beneficium competentiae."

SOMMARIO. — I. Oggetto e programma della presente indagine.

1. — Sin dal periodo arcaico del diritto romano fu possibile di costituire la dote (1) mediante un qualsiasi negozio giuridico fra il costituente ed il marito, e principalmente con *dotis dictio*, *dotis promissio*, *dotis datio*, ricordate dalle fonti (2). In particolare, dunque, poteva la dote venir promessa al marito, nello schema usuale della *stipulatio*, dal *pater* della sposa, dalla sposa stessa o da chiunque altro — parente o meno di costei — per la sposa (3-4). La questione che qui si pone è la seguente: se e quando, nel corso del diritto romano, spettò al costituente la dote — *socer*, *mulier*, *extraneus* (5) — il beneficio della *condemnatio in id quod debitor facere potest* avverso il marito agente *ex promissione dotis*.

(1) Per una sintesi storica del complesso istituto della *dos* nel diritto romano classico, cfr. da ultimo LAURIA, *La dote romana*, in *Atti Accad. Soc. Reale Napoli*, 58 (1936) estr.  
(2) Cfr. Ulp. Reg. 6. 1. Ma l'elenco, come è noto, non è completo: in particolare va aggiunto il *legatum dotis* (LAURIA cit., 22<sup>64</sup>).  
(3) *Dotis promissio*, già conosciuta da Plauto (Trin., 5. 2. 33) e da Terenzio (Phorm., 5. 8. 36).  
(4) La dote poteva essere promessa tanto prima, che dopo le nozze. Ma è da ritenere che nel primo caso il marito non potesse esigerne il versamento se il matrimonio non si fosse avverato: quanto alla ragione di ciò, v. *infra* Appendice. Il marito poteva invece chiedere l'adempimento della *promissio dotis* anche *soluto matrimonio*, essendo il suo eventuale obbligo di restituzione della dote assolutamente indipendente dalla costituzione, anche se operata dalla persona stessa cui la dote andava restituita.  
(5) V. più ampiamente, sul significato preciso e sul valore di questi termini, *infra*, n. 4 A sub a).

23954



La dottrina moderna non ha incontrato su questo punto un successo che la ripagasse dei suoi sforzi frequenti. Conservatorismo eccessivo di alcuni ed esagerato spirito critico di altri hanno portato o a conciliazioni ed ipotesi « pacifiste », le quali, specialmente in ordine alla ricostruzione del diritto classico, implicano in definitiva l'ammissione della insolubilità del problema, oppure, al contrario, a soluzioni tanto radicali ed audaci, quanto infondate e poco convincenti (6).

Nel ricercare a mia volta, attraverso il groviglio dei testi giustiniani, la via di una soluzione soddisfacente dal punto di vista storico come da quello dommatico, mi è parso che il metodo migliore da seguire nell'indagine si fosse quello di mirare, in linea preliminare, ad un inquadramento logico della questione nell'ambito della teoria romana del *beneficium competentiae* e di tentare, nei limiti del possibile, di astrarre per un momento dai casi pratici di cui ci fan fede le fonti, onde fissare gli elementi teorici generali dell'argomento.

È perciò che questo studio si intitola genericamente al « *beneficium competentiae del promissor dotis* », mentre, forse, anche questa ampia intestazione non abbraccia tutto il complesso della materia trattata. Chè una sistemazione dommatica, sia pur sommaria, della materia del beneficio, in diritto classico ed in diritto postclassico, mi è parsa anzitutto necessaria, per dare un fondamento più solido ai risultati della susseguente ricerca. Di poi — accettata in via di discussione dommatica la assoluta ingiustificabilità di una *condemnatio* limitata, almeno in epoca classica, di quel *promissor dotis* che fosse del tutto estraneo alla moglie (*extraneus*) — mi sono dedicato alla analisi della questione se per tutti gli altri eventuali *promissores dotis*, per i non *extranei* rispetto alla *mulier*, oltre che per la *mulier* istessa, un fondamento di concedibilità del beneficio potesse esservi e quale questo fondamento fosse. Qui si è imposto alla mia attenzione — come unica possibile giustificazione, comune a tutti i casi, noti o supposti, della concessione della condanna limitata — il vincolo della *adfnitas* intercorrente fra i *promissores dotis* (*mulier* e suoi parenti) ed il marito. Ed allora — premessa una trattazione storico-dommatica breve, ma

(6) Un breve riassunto delle opinioni della dottrina romanistica a riguardo della nostra questione sarà fatto, *infra*, n. 5.

agli effetti della presente ricerca, completa, dell'istituto familiare della *adfnitas* — sono giunto a stabilire due fortissime presunzioni: 1) che tutti gli *adfnes* godessero — o meglio, potessero godere, come principio generale — del *beneficium competentiae* avverso il marito, il quale agisse per l'adempimento della *dotis promissio*; 2) che la concessione del beneficio fosse strettamente corrispondente ai limiti di durata della *adfnitas* fra *promissores dotis* e *maritus*.

L'esegesi dei testi — assolutamente indipendente dalla parte teorica del lavoro — darà una conferma luminosa ed in parte decisiva delle presunzioni che ho poste. Vedremo infatti scaturire da essa con chiara limpidezza il principio che il beneficio spettava al *socer* e alla *mulier* (casi cui si limita la testimonianza dei testi) soltanto *manente matrimonio*, cioè in costanza del vincolo di affinità: ma questa piena conferma della seconda presunzione — unita alla dimostrazione, altrove tracciata (7), di ciò, che per *extraneus* costituente la dote si intese, nel diritto classico, sempre ed unicamente il terzo, non legato da vincoli di parentela alla moglie — non potrà non influire sull'accoglimento della prima presunzione, già in parte testualmente provata.

Il fine primo del presente lavoro vuole essere dunque la ricostruzione del *beneficium condemnationis* spettante, in diritto classico, contro il marito attore *ex promissione dotis*, agli *adfnes*. Di questo istituto seguiremo poi lo smembramento e la corruzione postclassica sino a Giustiniano, cercando di indagare, nei limiti del possibile, sino a qual punto le mutazioni da esso subite sono da ricondurre veramente al « *multa et maxima* » introdotti dai compilatori.

(7) Cfr. il mio scritto *Sul beneficium competentiae dell'extraneus promissor dotis*, in *Festschrift Koschaker* (Weimar, 1939) 2. 49 s. Ivi, prendendo lo spunto dalle considerazioni generali qui svolte, ma portando l'indagine su un campo più vasto, dimostro progressivamente: a) che « *extraneus* », nel senso di costituente la dote, è qualsiasi terzo non legato alla moglie da vincoli di parentela; b) che il diritto romano classico non conobbe il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*; c) che la concessione della *condemnatio* limitata all'*extraneus* « *donaturus mulieri* » (D. 23. 3. 33: cfr. *infra*, n. 3, frammento Ac) è una sporadica innovazione postclassica, mentre i compilatori non si occuparono *ex professo* del *beneficium competentiae* dell'*extraneus*; d) che solo il diritto postgiustiniano dette rilievo e valore alla distinzione (contenuta in Ac = D. 23. 3. 33) fra *extraneus debitor* ed *extraneus donaturus*.

## I.

SOMMARIO. — 2. Lineamenti storico-domatici del cosiddetto *beneficium competentiae*. — 3. Classificazione delle fonti relative al *beneficium competentiae* del *promissor dotis*. — 4. Inquadramento delle fonti nella teoria generale del *beneficium competentiae*. — 5. Opinioni della dottrina romanistica. — 6. Ricerca del fondamento dommatico di una concessione della *condemnatio* limitata al *promissor dotis*. — 7. L'*ad finitas*, nel diritto classico e nel diritto postclassico.

2. — Le fonti giustiniane manifestano, rispetto alla questione di cui ci occupiamo, incertezze e contraddizioni innegabili. La cosa si spiega agevolmente. Una concessione, e quindi una regolamentazione unitaria della materia del cosiddetto *beneficium competentiae* (8) mancò al diritto giustiniano più ancora che al diritto classico.

A) Nel diritto classico il *beneficium competentiae* (9) era

(8) Reputo inutile dar qui un completo ragguaglio bibliografico sul *beneficium competentiae*: le opere comparse sull'argomento sino a tutto il secolo scorso possono dirsi ormai inutilizzabili al fine di una ricostruzione storico-domatica dell'istituto. Mi limiterò quindi a citare, in via generale, l'ampio studio del LEVET, *Le bénéfices de compétence* (Paris 1927) (ivi, pag. XIX-XXX, una completa bibliografia) e le dense pagine del SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I<sup>a</sup> (Napoli 1935) 203 s. Un grave danno per la dottrina romanistica rappresenta l'incompletezza della acutissima monografia dello ZANZUCCHI P. P. (*Sul c. d. beneficium competentiae* in *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano* 29 (1916), 61 s.): di essa (giudicata, tuttavia « troppo conservativa » dal SOLAZZI cit., 203<sup>o</sup>) non è apparsa, purtroppo, che una parte del primo capitolo (« Essenza, scopo ed effetti del beneficio »), la quale non giunge a fornire ancora la promessa dimostrazione che la *deductio ne egeatur* non fosse, anche nel caso del donante, una novità di Giustiniano.

(9) La storia della denominazione « *beneficium competentiae* » viene diligentemente esposta dal LEVET cit., XV s. La denominazione (che è originata dalla lingua della bassa latinità) apparve la prima volta in qualche trattato del XVI secolo e si diffuse nell'uso comune soltanto nel secolo XVII: essa pone, come ognuno vede, in straordinaria evidenza quella che non fu mai la caratteristica (o per lo meno non fu mai la caratteristica esclusiva) dei casi di *condemnatio* limitata da noi conosciuti, e cioè la possibilità concessa al debitore di sottrarre alla esecuzione patrimoniale *aliquid sufficiens ne egeat*. Un notevole sforzo verso la giustificazione dommatica dell'espressione è stato compiuto dallo ZIPPERLING, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* (Marburg 1906) 36: *competentia* deriverebbe dal radicale *pot* e significherebbe « *facere posse* ». Ma giustamente ha opposto lo ZANZUCCHI cit., 90<sup>o</sup> che, in tal caso, non dovrebbe

fra i più limpidi e caratteristici prodotti della *aequitas praetoris*. Essa consisteva nella limitazione della *condemnatio* del debitore all'*id quod facere potest*, concessa *in iure*, caso per caso, dal pretore (10). Da un punto di vista rigorosamente concettuale, l'istituto classico presentava, dunque, un duplice carattere: 1) un carattere pratico, che portò indubbiamente ad una formazione successiva delle sue svariate applicazioni, di cui abbiamo noi oggi notizia (11); 2) un carattere, per dir così, contingente, che impediva, in ogni caso, una trattazione unitaria di esso da parte della giurisprudenza, ma portava a che di esso si parlasse di volta in volta, in ordine ai singoli istituti ed ad occasione delle singole ipotesi di fatto rispetto a cui trovava applicazione (12).

Non perciò era il *beneficium competentiae* indefinito nei suoi

parlarsi di *beneficium competentiae*, bensì di *beneficium competentiae* (da *pot* viene *compos*, *compotis*, *impotentia*). In ogni caso nulla meglio di questa espressione può darci il senso dell'angolo visuale onde la dottrina ebbe ostinatamente a considerare, fino all'inizio del secolo scorso, la teoria romana della *condemnatio* limitata: quello di un beneficio alimentare.

(10) Già il fatto della concessione caso per caso induce al sospetto circa la configurazione dommatica assegnata dalla tradizionale dottrina alla materia della *condemnatio* limitata: si trattava veramente, in diritto classico, di un unico *beneficium condemnationis*? Ed ammesso che ciò non fosse, erano almeno i vari casi di concessione della *condemnatio* limitata configurabili come altrettanti *beneficia legis*, come altrettanti espressioni della categoria dommatica *ius singulare*? Cfr., per una risposta a questi quesiti, GUARINO, *Sul beneficium competentiae dei militis*, in *Rendiconti Ist. Lombardo* 72 (1939) estr., n. 4.

(11) Mancò peraltro, nella nostra letteratura, una ricerca volta a dimostrare e precisare questa innegabile successione delle varie ipotesi di *condemnatio* limitata. Cfr., per qualche cenno non sempre convincente, LEVET, *Bénéfice* cit., 3 s.

(12) Basta uno sguardo al complesso dei testi della compilazione relativi al beneficio, testi che sono dispersi un po' da per tutto, per convincersene: per una conferma in ordine allo specifico argomento cui è dedicato questo studio, v. *infra*, n. 4 B. — In antico il RUDORFF (*Edicti perpetui quae reliqua sunt* (Leipzig 1869) cfr. § 212) ha creduto addirittura opportuno di ricostruire una disposizione editale « *qui in id quod facere possunt conveniantur* », basandosi sui larghi accenni al *beneficium competentiae* contenuti in frammenti dei commentari editali di Gaio (l. 24), Ulpiano (l. 63), Paolo (l. 60), raccolti in D. 42. 1: i casi editali, secondo il RUDORFF, erano quello del socio, del patrono, dei *parentes*, del marito, del *miles*, del *honorum emptor*. Cfr., in contrario avviso, LEMEL, *Edictum Perpetuum* 345<sup>o</sup>; ALTMANN, *Das beneficium competentiae* (Berlin 1888), 4; KARLOWA, *Röm. Rgesch.*, 1410. La vecchia ipotesi del RUDORFF è addirittura dimenticata nei più recenti manuali.

fondamenti e nei suoi confini. a) Quanto al fondamento, il *beneficium competentiae* si ricollegava direttamente — come ho già detto — alla *aequitas praetoris*. L'esistenza e la funzione caratteristica di quest'ultima sono per diritto classico innegabili. Essa era il fondamento di tutta la attività del pretore ed importava che il criterio formalistico dell'*ius civile* fosse da costui controllato e corretto in base ad un criterio contenutistico, informato alla realtà dei rapporti (13). Non può negarsi, dunque, che l'operato del pretore, esercitato nella fase di applicazione dell'*ius civile*, fosse adeguato ad una direttiva costante di revisione realistica delle vecchie norme; revisione i cui risultati potevano andare dalla pura e semplice esecuzione di quelle norme sino al diniego, o meglio al superamento del loro imperativo, attraverso una esecuzione parzialmente o totalmente difforme (14). b) Quanto ai confini, il *beneficium competentiae* aveva una fisionomia tecnica ben nettamente determinata. Trattavasi di una *taxatio* dell'ordine «condemna», rivolto all'*iudex privatus*, nella formula, dal pretore (15), e questa *taxatio* era voluta allo scopo mediato di alleviare la posizione del debitore nei confronti del creditore (16). Se si usano nelle fonti, per definire il nostro istituto, altri termini, che non sono quelli rigorosi del linguaggio formulare, ciò è o perchè giuristi classici tendono a metterne in evidenza il carattere di beneficio, di vantaggio, che esso indubbiamente rappresenta per i debitori che

(13) Cfr. anzitutto il fondamentale scritto dello SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (Camerino 1880), riprodotto in *Studi* 3 (parte 1<sup>a</sup>) 1 s. V. anche i numerosi acutissimi lavori del PRINGSHEIM — principalmente *Z[eitschrift der] Savigny-S[tiftung, Romanistische Abteilung]* 42 (1922) 664 e, da ultimo, *Acta Cong. Iur. Internationalis* (Roma 1935), 1. 119 s. — Mi piace di rilevare qui le parole di quest'ultimo autore circa la *aequitas* del diritto romano classico: «das positive Recht wird von einem Standpunkt ausserhalb seiner Ordnung betrachtet, beurteilt und beeinflusst» (*Acta* cit., l. 121).

(14) Cfr. D. 1. 1. 7. 1 (Pap. 2 def.): *Ius praetorium est quod praetores introduxerant adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia...*

(15) Le fonti classiche parlano ordinariamente di *condemnatio in id, quod debitor facere potest* (D. 17. 2. 63 pr., 1, 7; 24. 3. 12-15, 18; 50. 17. 173, ecc.) o di *condemnatio quatenus facultates palliantur* (es.: D. 2. 14. 49) o di *condemnatio non ultra facultates* (es.: D. 42. 1. 21).

(16) Il pretore, concedendo la *taxatio in id quod debitor facere potest*, procurava al debitore il vantaggio di non essere sottoposto alla esecuzione personale e alla *bonorum venditio* con conseguente infamia.

ne godono (17), o perchè giuristi postclassici hanno perduto la visione della sua tipica fisionomia tecnica (18).

Un'ulteriore osservazione va fatta, al fine dell'inquadramento dommatico della materia della *condemnatio* limitata nel diritto classico. A chi esamini obiettivamente i casi di applicazione di esso, almeno quelli a noi noti, non può sfuggire la seguente caratteristica: la limitazione della condanna viene concessa dal pretore, riconosciuta e ancor più intensivamente applicata dalla giurisprudenza, sul fondamento della valutazione di un più ampio ciclo di relazioni giuridiche, in cui si inserisce e di cui è presupposto il rapporto giuridico concreto al quale il beneficio viene applicato. Se in alcuni casi vediamo che questo intimo fondamento manca, vediamo anche e subito che il motivo di equità più profondo e sottile, il quale ha indotto alla concessione del beneficio, è stato consacrato in una espressa norma autorizzativa (editto pretorio, costituzione imperiale) (19). Una rapida scorsa dei casi di am-

(17) Cfr., ad es., D. 24. 3. 15. 2 e 17 pr. (ove si parla di *honor*), nonché D. 17. 2. 63. 1; 24. 3. 13; 42. 1. 41. 2 (ove si parla di *beneficium*). — Il fatto che io nego, per diritto classico, che il cosiddetto *beneficium competentiae* fosse veramente un istituto dell'*ius singulare* (*retro*, nota 10), non mi induce a sospettare senz'altro la genuinità dei testi in cui la menzione *beneficium* compare. Probabile è che D. 24. 3. 13 sia alterato (v. infatti *Index interp. sht.*), ma non mi sembrano da sospettare i due testi rimanenti. Ora il problema dommatico (era il cosiddetto *beneficium competentiae* un istituto dell'*ius singulare*, un *beneficium iuris*, secondo una terminologia che è più nostra, che romana?) è ben distinto da quello terminologico (è genuina la denominazione *beneficium*, applicata al nostro istituto?). «Beneficium» non significa sempre «ius singulare», ma il più delle volte semplicemente «vantaggio» (cfr. VIR shv.). Ciò dato, procedere — almeno nella nostra materia — alla espunzione del termine *beneficium*, sarebbe ingiustificato e condannevole. — Analoghi motivi mi spingono a dissentire, in linea di principio, dalla severa condanna, operata dal CARRELLI, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 4 (1938) 5 s., del termine *beneficium*, applicato da numerose fonti alla *restitutio in integrum*, la quale certo (e in ciò sono pienamente d'accordo) non era un *ius singulare*.

(18) Così D. 3. 5. 34 pr. parla di «*querela quantum facere potuit*» (cfr., per la alterazione, *Index interp. sht.* e BESELER, ZSS, 51. 67). Frequente è la denominazione di «*exceptio*» (D. 17. 2. 63. 2; 24. 3. 17. 1; 42. 1. 41 pr.; 46. 2. 33), sempre insitica (cfr. BESELER, *St. Bonfante*, 2. 60 s., con critica spesso esagerata, e soprattutto SOLAZZA, *Estinzione* cit., 204<sup>b</sup>). V., in particolare, su D. 42. 1. 41 pr. (Ab), il mio studio citato *retro*, nota 7, specialmente n. 7. V. anche, *infra*, nota 28.

(19) Tutto ciò si dice — e ci tengo a ripeterlo — ai soli fini di un inquadramento dommatico della materia della *condemnatio in id, quod debitor facere*

missione di debitori al beneficio varrà a dimostrare la esistenza e la consistenza del fondamento generale accennato, nell'ambito del sistema del diritto classico (20). a) Godono, per tacita ammissione della coscienza giuridica generale, del nostro beneficio: 1) ascendenti e patroni, verso i discendenti e liberti (fondamento: relazioni di parentela, di patronato); 2) il marito, verso la moglie (fondamento: rapporto coniugale) (21); 3) il socio, verso l'altro socio (fondamento: rapporto di società) (22); 4) il debitore cedens bona, si quid postea adquisierit, verso i creditori ex ante gesto (fondamento: cessio bonorum) (23); 5) socer e mulier, verso il marito agente ex promissione dotis (fondamento: affinità) (24). b) Sono ammessi, invece, per ragioni specifiche, ad usufruire della condemnatio limitata: 1) i figli emancipati, diseredati, astenutisi dall'eredità paterna, che godono del beneficio verso chiunque sia loro creditore in forza di una obbligazione sorta mentre erano in potestate (fondamento: editto pretorio) (25); 2) il donante, che gode del beneficio nei riguardi del suo donatario (fondamento: un rescritto imperiale) (26-27).

potest nel diritto classico. La induzione storica può, tuttavia, e deve andare più a fondo, mettendo in evidenza la successione presumibilmente avutasi nella concessione dei vari casi di condanna limitata.

(20) Seguo di preferenza l'ordine di raggruppamento dei casi creato dal SOLAZZI, *Estinzione* cit., 212 s., piuttosto che quello adottato dal LEVET, *Bénéfice* cit., 9 s., il quale mi pare in ciò ancor troppo influenzato dalle precedenti trattazioni pandettistiche (v. anche *infra*, n. 4 B).

(21) Sul reciproco *beneficium condemnationis* « ex omni contractu », che sarebbe spettato alla moglie verso il marito, secondo la attestazione di D. 42. 1. 20, v. *infra*, n. 15.

(22) Ma il principio era corroborato da una esplicita clausola dell'editto: cfr. LENEL, EP<sup>2</sup>, 298.

(23) Non vi sono prove che la *condemnatio* limitata del *bonis cedens* sia stata veramente concessa dalla *Lex Julia de cessione bonorum*, nè lo ritengo probabile: ma v. *contra* PAMPALONI, *Rivista Italiana Scienze Giuridiche* 52 (1912), 226 e SOLAZZI cit., 220.

(24) Alla dimostrazione di questo punto è dedicato il presente studio. Trasloco nella elencazione il *beneficium* che sarebbe spettato allo *extraneus donaturus (mulieri)* verso il marito agente *ex promissione dotis*, perchè ne ho dimostrato altrove la natura di innovazione postclassica: v. *retro* nota 7.

(25) Cfr. D. 14. 5. 2 pr.

(26) Rescritto di Antonino Pio, ricordato in D. 42. 1. 41, 2; 39. 5. 12; 23. 3. 33; 50. 17. 28. In D. 23. 3. 33 (Ac) la menzione del rescritto imperiale è frutto di un glossema postclassico: v. mio scritto citato *retro*, nota 7, specialmente n. 10.

B) Nel diritto postclassico quanto aveva di caratteristico il *beneficium competentiae* andò rarefacendosi, sino a scomparire. Fenomeno, questo, che si ricollega a quello più ampio della decadenza del diritto pretorio come diritto autonomo. a) La decadenza del procedimento formulare e l'affermarsi della procedura *extra ordinem* fece perdere gradualmente all'istituto la sua fisionomia tecnica caratteristica di *condemnatio* limitata. E perciò che testi numerosi, ma non genuini, parlano, a proposito di esso, di *exceptio* (28). b) la decadenza della funzione direttiva univoca, eser-

A. È da ritenere in conseguenza che non sia classico nella forma D. 50. 17. 28, che più comunemente si cita a proposito della costituzione del divo Pio: questo pare tratto infatti proprio dal glossema postclassico di D. 23. 3. 33, essendo unica l'intitolazione dei due frammenti (Ulp. 36 ad Sab.: v. *infra* nota 37).

(27) Ho ommesso di ricordare nel testo il *beneficium competentiae* del decotto, nell'anno seguente la *venditio bonorum*, verso i creditori agenti *ex ante gesto*, di cui parla C. 7. 75. 6 e che viene ammesso dal LENEL, EP cit., 431 s.. Le obiezioni avanzate dal SOLAZZI (cfr., da ultimo, *Il concorso dei creditori nel dir. rom.* [Napoli 1938], 2. 125 s.) mi paiono a questo riguardo insormontabili.

— Nemmeno ho ricordato il *beneficium competentiae* del *miles* verso tutti i suoi creditori, che ritengo di origine postclassica: v. mio scritto citato *retro*, nota 10.

(28) V. *retro*, nota 18. — Di *exceptio* non era a parlarsi, in diritto classico, per due ragioni: 1) perchè il *beneficium competentiae* rappresentava nella formula una *taxatio* della condanna (era dunque una limitazione già bella e stabilita di essa) e non invece una *exceptio*, cioè una condizione (negativa) della formula la quale si accompagnasse alla *intentio*; 2) perchè l'*exceptio* non aveva e non poteva avere forza diminutiva della condanna (cfr., da ultimo, SOLAZZI, BIRD, 42. 268; *contra* ARANGIO RUIZ, di cui v., da ultimo, *Ist.*, 132). Io ritengo che questa denominazione di *exceptio* è troppo strana, per potersi credere senz'altro che essa sia derivata da Triboniano: ciò tanto più che proprio il diritto giustiniano potenziò il carattere di *beneficium* del nostro istituto, a scapito della retta sua classificazione nell'ambito dei fenomeni processuali. L'analisi delle fonti ci fornisce, del resto, indizi sufficienti per potercene convincere.

a) D. 17. 2. 63. 2 (Ulp. 31 ad ed.): *Patri autem vel domino socii, si iussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam, quia nec heredi socii ceterisque successoribus hoc praestatur; quia nec ceterorum heredibus successoribusque, quos in id quod facere possunt convenimus, idem praestatur.*

Giustamente qualifica il BESELER, *Studi Bonfante*, 2. 60, questo frammento come parafrastico, riconoscendone dunque implicitamente il carattere pregiustiniano (per la critica interpolazionistica, cfr. *Index interpolationum* sht. e SOLAZZI, *Estinzione* cit., 204<sup>a</sup>). Aderisco alla sua ricostruzione congetturale: « *Pater vel dominus, si iussu eius filius vel servus societatem contraxerit, ac-*

citata dal pretore con la istruzione della formula, fece disperdere in rivoli tortuosi i casi di applicazione del beneficio, si da sbandare ancor più la già poco perspicua giurisprudenza del tempo. È perciò che le stesse ipotesi — come vedremo avvenire per quelle di cui qui ci occupiamo — sono risolte spesso in maniera divergente dalle fonti giustiniane, sì che principii assurdi o addirittura anti-giuridici possono scaturire dall'esame del *Corpus iuris* (29).

*tione quod iussu in solidum convenitur. item heres socii in solidum convenitur».*

b) D. 44. 1. 7 pr. (Paul. 3 ad Plaut.): *Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios [veluti ea quam socius habet exceptionem «quod facere possit», vel parens patronusve, non competit fideiusori: sic, mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur].*

Anche questo testo è interpolato (cfr. *Index interpolationum* sht. e specialmente BESELER e SOLAZZI cit.), ma la tesi che si tratti di un emblema apparirà ardua, se non addirittura infondata, sol che si pensi che il frammento è, così come lo leggiamo, in netto contrasto con altro passo, di altra massa (sabiniana) dello stesso titolo D. 44. 1:

D. 44. 1. 19 (Marc. 13 inst.): *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.*

Viene naturale il pensiero che anche stavolta la antinomia fra i due testi (e cioè la alterazione del testo di Paolo) preesistesse alla compilazione dei Digesti e che essa non sia stata notata dai compilatori, appunto perché i due testi furono escerpiti da masse differenti.

c) D. 46. 2. 33 (Triph. 7 *disput.*): *Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditoribus stipulanti spondit, non habebit adversus eum illam [exceptionem] (defensionem), ut quatenus facere potest condemnatur: nam adversus me tali defensione merito utebatur, quia donatum ab eo petebam, creditor [autem] debitum persequitur.*

Giustamente opina il SOLAZZI cit. che *adversus me petebam* sia un glossema incorporatosi più tardi nel testo e che, appunto perché il glossatore parla, con bella precisione tecnica di linguaggio, di *defensio*, con riguardo al beneficio, non è possibile che invece il giurista classico abbia parlato tecnicamente di *exceptio*. È evidente che il termine (*exceptionem*) è stato inserito da qualche altro commentatore postclassico, al quale la designazione *defensio* non è parsa forse troppo vigorosa per significare la efficacia diminutiva della condanna, caratteristica del beneficio della competenza.

d) Rimangono ancora D. 24. 3. 17. 1 (Ca) e D. 42. 1. 41 pr. (Ab), ma del primo dimostrerò la alterazione postclassica e pregiustiniana, *infra*, n. 14, mentre del secondo e della falsificazione da esso subita ad opera di un glossatore postclassico credo di aver sufficientemente discusso nel mio scritto citato *retro*, nota 7, specialmente n. 8 s.

(29) Tipico esempio di ciò è la regola che il calcolo dell'*id quod debitor facere potest* deve avvenire sul patrimonio lordo di lui, *nullo deducto aere*

e) La degenerazione del concetto di *aequitas*, accentuatissima nell'epoca postclassica (30), corrose l'essenza stessa della *condemnatio* limitata, con l'ammissione, per casi singoli, della *deductio ne egeat* a favore del debitore (31). d) La generalizzazione della *deductio ne debitor egeat*, operata rispetto a tutte le ipotesi di *condemnatio* limitata da Giustiniano, trasformò l'istituto in un *beneficium legis* a contenuto alimentare (32).

*alieno*: regola che trovasi affermata in D. 42. 1. 16, 19, 49; 24. 3. 53, 54; 17. 2. 63. Il principio è indubbiamente non classico: 1) perché testualmente escluso dal dettato di D. 14. 5. 3 (Ulp. 3 disp.) (su cui cfr. SOLAZZI, *Estinzione* cit., 214 s.); 2) perché i testi che lo attestano sono indubbiamente interpolati (cfr. SOLAZZI cit., 225 s.); 3) perché esso è contrario alla concezione classica del patrimonio come complesso di beni ed aspettative giuridiche spettanti attualmente ed effettivamente ad una persona sotto la protezione del diritto (su cui v., da ultimo, BETTI, *Dir. Rom.*, 1. 685 s.). — Quanto alla genesi del principio, non si è mai dubitato, sino al SOLAZZI, che esso fosse il prodotto di una riforma giustiniana; senonché proprio di ciò non poteva evidentemente trattarsi: 1) perché il diritto giustiniano riconosce a tutti i debitori beneficiati la *deductio ne egeat*, cioè si comporta in una maniera del tutto contrastante con il diniego della *nullo deducto aere alieni*; 2) perché anche nel diritto giustiniano, come nel diritto classico, il calcolo sul patrimonio lordo del debitore avrebbe potuto portare (salvo il caso del *miles*, beneficiato di fronte a tutti) al pratico annullamento del beneficio, se i creditori contro i quali esso poteva essere avanzato fossero stati tanto furbi e svelti da farsi avanti a chiedere il pagamento dei propri crediti prima dei creditori ordinari. Ond'è che il SOLAZZI cit., 226 s., avanza — con qualche dubbio — la tesi di una riforma postclassica accolta non intenzionalmente dai giustiniani. Al contrario del SOLAZZI, peraltro, io non nutrei sfiducia alcuna sulla bontà della tesi, per il fatto che essa è «una congettura». Di fronte alle interpolazioni accennate dei testi è congetturale anche il credere che esse provengano da Giustiniano: e fra le due congetture sempre più fondata è quella del SOLAZZI, che ha il merito di non mettere Giustiniano in contraddizione patente con sé stesso e con la logica, di non discorrere — come a' primordi della critica esegetica — di «stranezze» dei compilatori.

(30) Cfr. in proposito gli studi citati dal PRINGSHEIM (*retro* nota 13) e, per una difesa della dottrina dello studioso tedesco, ALBERTARIO, *Studi*, 5. 107 s. — *Contra*: STROUX, *Summum ius summa iniuria* (1926), 42<sup>m</sup>, cui aderisce il RICOBONO, *Mélanges Cornil*, 2. 253 s. — Altra bibliografia in PRINGSHEIM, *Römische aequitas der kristlichen Kaiser in Acta Congr. Iur. internationalis* cit. 120<sup>m</sup>.

(31) La dimostrazione del carattere non classico della *deductio ne debitor egeat* trovasi, da ultimo, in SOLAZZI, *Estinzione* cit., 230 s.: «la deduzione della sufficienza non è che l'espressione giuridica di un sentimento di carità, quale potevano averlo i cristiani dell'epoca romano-ellenica e non i classici» (pag. 237).

(32) Che i compilatori giustiniani abbiano apprezzato in tutto il suo valore la *deductio ne debitor egeat* e la abbiano elevata a caratteristica fondamentale

3. — Riperto qui senz'altro i testi, cui sarà principalmente devoluta la nostra attenzione, ordinandoli in tre categorie, a seconda che si riferiscono, rispettivamente, all'*extraneus*, al *socer*, alla *mulier* (33).

A) Testi relativi all'*extraneus*.

Aa (= Ba). — D. 23. 3. 84 (Lab. 6 pith.) (34): *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paulus: immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto: quid enim si socer specie futurae dotis induxerit generum et cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur?* (35).

Ab. — D. 42. 1. 41 pr. (Paul. 15 quaest.): *Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei cui donare volebam, te delegavero? et quid de eo qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? respondit: nulla creditor exceptione summovertur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cuius nomine promisit: cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat. et sicut heres donatoris in solidum condemnatur et ipse fideiussor, quem in do-*

di tutto il *beneficium condemnationis* in generale, risulta inequivocabilmente da D. 50. 17. 173 pr. (geminazione e generalizzazione di D. 42. 1. 19. 1, in cui la *deductio ne egeat* viene concessa da mano non classica al donante).

(33) Per brevità, userò riferirmi ad essi, nelle pagine seguenti, in base alle lettere alfabetiche usate, in questo paragrafo, per classificarli. — Riperto (*sub A*) anche i tre testi relativi alla questione sul *beneficium competentiae* dell'*extraneus promissor* (di cui uno, Aa, è fondamentale anche per la materia del *beneficium competentiae* del *socer*): di Ab e Ac riferisco (*infra*, rispettivamente nota 36 e 38) anche le ricostruzioni da me proposte nello scritto citato *retro* nota 7.

(34) LENEL, *Pal.*, I, n. 223: titolo incerto. Cfr. la *summa* e gli *scholia* di B. 29. s. 79 (H. 3. 426).

(35) Il testo è indubbiamente genuino, dall'inizio sino a *semper hoc verum est*: mi riperto, a questo riguardo, alla dimostrazione datane nello scritto citato *retro* nota 7, n. 5. Il frammento di Labone sarà invece esaminato in questa sede con più speciale riguardo a quanto in esso si contiene relativamente al caso del *socer*.

nando *adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur* (36).

Ac. — D. 23. 3. 33 (Ulp. (36 ad Sab.) (37): *Si extraneus sit qui dotem promiserit isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat: nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem qui donaverat quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat. hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos, sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Iulianus quidem libro sexto decimo digestorum scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. debet igitur mulieris esse periculum: nec enim quicumque iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promiserit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit, recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, eius periculo ait, cui adquiretur: acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit* (38).

(36) Cfr., per la critica del testo e per la dimostrazione dell'inquinamento subito in epoca postclassica e pregiustiniana, lo scritto citato *retro* nota 7, n. 8. Riperto qui la ricostruzione da me proposta del passo di Paolo:

*Nesennius — et [si in solidum conveniendus,] an diversum — promiserit? respondit [nulla — promisit] [ab eo cui donare non volebas in solidum conveniendus sum]: cui similis est maritus [maxime si — petat], et sicut heres donatoris [in solidum condemnatur] et [ipse] fideiussor — ita et [ipse] ei — condemnatur.*

V. anche scritto cit., nota 76, ove è ammessa, per l'ultimo periodo di Ab, la seguente variante:

*— et sicut heres donatoris in solidum condemnatur [et ipse — adhibuit], ita et [ipse] ei, cui non donavit, in solidum condemnatur.*

(37) La correzione del libro *ad Sabinum* è stata operata da CUIACIO, che si è basato sul confronto con D. 50. 17. 28 (Ulp. 36 Sab.), che è — come sappiamo (v. *retro*, nota 26) — una geminazione di Ac da *divus Pius a condemnandos*. L'emendamento è accettato dal MOMMSEN, *Ed. maior*, 674<sup>a</sup> e dal LENEL, *Pal.*, 2. 1153<sup>a</sup>.

(38) Cfr., per la critica del testo e per la dimostrazione dell'inquinamento subito in epoca pregiustiniana, lo scritto citato *retro* nota 7, n. 10. Riperto qui la ricostruzione da me proposta del frammento di Ulpiano:

*Si extraneus — convenerit [maxime si — condemnaverat]. sed [si vel*

B) Testi relativi al *socer*.

Ba (= Aa). — D. 23. 3. 84 (Lab. 6 pith.) (39).

Bb. — D. 42. 1. 22 pr. (Pomp. 21 ad Q. Muc.) (40): *Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnetur, quam quantum facere potest.*

Bc. — D. 24. 3. 17 pr. (Paul. 7 ad Sab.) (41): *Ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc iustum esse.*

Bd. — D. 42. 1. 21 (Paul. 6 ad Plaut.) (42): *Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur, an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest damnandus sit? quod et id aequum esse videtur: sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit.*

C) Testo relativo alla *mulier*.

Ca. — D. 24. 3. 17. 1 (Paul. 7 ad Sab.) (43): *Item si mulier ex promissione dotis conveniatur, magis placuit defendendam eam per exceptionem: idem et Proculus ait: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata.*

4. — Un primo esame, d'assieme, dei testi su riportati fornisce una interessante riprova di quei caratteri di praticità e di contingenzialità, che ho dianzi attribuiti alla materia del *beneficium competentiae*, e permette una sommaria, ma opportuna messa a fuoco dell'argomento.

A) Che l'istituto del *beneficium competentiae* abbia un carattere essenzialmente pratico, viene confermato da ciò, che i testi

— *promiserunt* Iulianus — *quod ferendum non est. [debebit igitur — con- venerit], recte itaque Sabinus [disposuit ut dicere] quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, [quod debitor — esse,] quod alius [scilicet donaturus] eius periculo aut cui acquiritur [:] adquire autem mulieri accipiendus, ad quam rei commodum respicit.*

(39) V. retro nota 35.

(40) LENEL, *Pal.*, 2, n. 281: titolo incerto. Cfr. B. 9. 3. 22 (H. 1. 456).

(41) LENEL, *Pal.*, 1, 1776: tit. « *soluto matrimonio quemadmodum petatur* ».

Cfr. B. 28. 8. 17 (H. 3. 254).

(42) LENEL, *Pal.*, 1, n. 1141: tit. « *de re uxoria* ». Cfr. B. 9. 3. 21 (H. 1. 456).

(43) V. retro nota 41.

si astengono nella maniera più assoluta dalla formulazione di regole in ordine al nostro argomento. Un solo testo, per noi importantissimo, formula una regola, ed è Aa = Ba, ma questa regola è una norma dell'*ius civile*, cui appunto la *aequitas praetoris* apporta, secondo un criterio unitario ma inesperto, di volta in volta, correzioni e ritocchi: *si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit*. La formulazione negativa di questa regola è una riprova del fatto che essa non era un principio espresso, ma tacito. Si trattava, infatti, di un principio implicito in quello più ampio e rigoroso, caratteristico dell'*ius civile*, che il *promissor* è tenuto, senza possibilità di attenuazioni, a soddisfare esattamente lo *stipulans*, in forza della causa formale del loro rapporto obbligatorio (*verba stipulationis*). — Questo logico corollario del sistema civilistico dovette essere messo in luce e formulato soltanto allorché il pretore e la giurisprudenza sentirono il bisogno, applicandolo, di superare la barriera dei *verba* e di toccare il contenuto stesso delle relazioni correnti fra i singoli *promissores dotis* e il marito. Possiamo dire sin d'ora, nella mancanza di testimonianze testuali che ci riportino ad un'epoca anteriore, che il « problema » della concedibilità della *condemnatio* limitata al promissore della dote fu creato da Labeone, nel punto in cui egli mise in rilievo che tale beneficio non spettava, *iure civili*, a coloro che fossero convenuti *ex promissione dotis* (44). Solo posteriormente a Labeone sorsero, caso per caso, le eccezioni al principio civilistico, cui lo stesso geniale caposcuola aveva invitato con la sua formulazione del problema.

Senonché le applicazioni tutte risultano, in ogni loro elemento, rigorosamente limitate alle fattispecie pratiche, che vi dettero adito.

a) Non può trarsi dai nostri testi un sicuro elemento, perché si dica che la questione sorgeva solo a matrimonio avvenuto. Essi parlano indubbiamente (oltre che dell'*extraneus*, termine ambiguo) di *maritus*, di *mulier*, di *socer*, termini tutti che presupporrebbero l'avvenuta conclusione del vincolo coniugale (45); ma

(44) Il testo dimostra, se pur ve n'è bisogno, che il beneficio era già applicato, in altri casi, prima di Labeone. È chiaro infatti che le sue prime applicazioni debbano essere state quelle che troviamo sancite nell'editto, il quale divenne trattativo e pressoché immutabile nell'epoca imperiale.

(45) Cfr. HEUMANN SECKEL, *Handlexikon*, shhv. L'uso di questi termini non importa, peraltro, che il matrimonio debba ritenersi in ogni caso ancora perdurante.

questo fortissimo indizio non è tuttavia elemento tale da darci di per sé la assoluta sicurezza (necessaria per una corretta impostazione teorica) che il marito non potesse esigere la *dos promissa* prima del matrimonio, e che quindi non fosse luogo a questionare sul *beneficium competentiae* del *promissor* prima delle nozze. — Fortunatamente la sicurezza su questi punti ci è possibile raggiungerla per altra via (46) e troverà più oltre (47) conferma, quando ragioneremo della *adfnitas* intercorrente fra alcuni *promissores dotis* ed il *maritus*. Possiamo fin d'ora prescindere da questa insufficienza di formulazione teorica, risaltante dai testi, per affermare, generalizzando: il convenuto poteva invocare il beneficio della *condematio* limitata soltanto a matrimonio avvenuto.

b) Non può trarsi dai nostri testi un sicuro elemento per determinare la legittimazione di ciascun possibile *promissor dotis* rispetto al *beneficium competentiae*. Essi parlano, in ordine alla titolarità del beneficio, unicamente di *socer*, di *mulier*, di *extraneus*, ma non possono dirsi esauriti, nè tanto meno rappresentati da questa casistica tutti gli eventuali costituenti la dote (48). Sarebbe soprattutto inconsequente rivangare in questa sede la infelice distinzione tra *dos profecticia* e *dos adventicia* (meglio: *non profecticia*), cui pare tanto affezionata la dottrina romanistica dal Bechmann in poi (49): essa si aveva (se si aveva) nel diritto

(46) V. *infra* Appendice.

(47) V. *infra*, n. 7.

(48) Le fonti romane si fermano quasi sempre a questa casistica, come quella che ha un vero e proprio rilievo pratico.

(49) L'unico vero concetto romano è quello della *dos profecticia* (Ulp. Reg. 6. 3; D. 23. 3. 5 pr.). Circa il senso di questa concezione, va detto che la dottrina quasi unanime vede nella *dos profecticia* — a prescindere dal periodo arcaico, in cui essa era costituita dal *paterfamilias* della donna — la dote proveniente da qualsiasi ascendente maschile della *mulier*: cfr. BECHMANN, *Röm. Doctr.*, 2. 423 s.; CZYHLARZ, *Röm. Doctr.*, 314 s.; BONFANTE, *Corso*, I. 313; JOERS-KUNKEL, *Röm. R.*, § 180. 1; ARANCIO RUIZ, *Ist.*, 454. *Contra*, di recente, LAURIA, *Dote* cit., 29 s., il quale sostiene, per diritto classico, la identificazione della *dos profecticia* con quella costituita dal solo padre di sangue (unica eccezione, dovuta a Giuliano, sarebbe stata relativa al padre adottivo: D. 23. 3. 5. 13); ma la dimostrazione non sembra riuscita (cfr. in proposito, i miei rilievi critici in *Festschrift Koschaker* cit., nota 31). — La *dos* che non è *profecticia* costituisce, secondo la terminologia di certe fonti, la c. d. *dos adventicia*: Ulp. Reg. 6. 3. 5; D. 23. 3. 5. 9, 11; C. 6. 20. 4). La terminologia è stata dimostrata spuria dall'ALBERTARIO, *Studi*, I. 283 s. (ma v. la replica di [JOERS]-KUNKEL cit., § 180. 1<sup>a</sup> e del LAURIA cit., 35<sup>o</sup>). L'ALBERTARIO, non è contrario, pe-

classico unicamente in relazione al caso della restituzione della dote (50), ma il vero è che il diritto romano puro non dà menomamente a vedere di avere conosciuto categorie di doti, bensì solo e casi di costituzioni dotali (51). In ogni caso, il fatto che le sorti della *mulier* non siano accomunate, dai nostri testi, a quelle dell'*extraneus* (essendo ambedue *promissores* di *dos non profecticia*), bensì a quelle del *socer*, è prova più che sufficiente che la tradizionale distinzione non può esserci di ausilio, almeno per la presente controversia, al fine di integrare (come una corretta impostazione teorica ancora una volta richiede) il novero dei titolari del *beneficium competentiae* avverso il marito agente *ex promissione dotis*. Ora è indiscutibile che il termine «*extraneus*», nei frammenti in esame, non ha altra significazione che quella di «terzo, completamente estraneo ai membri del coniugio ed ai loro parenti» (52): a maggior ragione è, dunque, da escludere che esso termine possa rappresentare, nella nostra materia, una serie di costituenti di dote, cui i testi disgraziatamente non accennano, e cioè

altro, alla importanza pratica della categoria, chè anzi egli prende deciso posizione a favore di essa (pag. 284), sia contro l'annullamento della bipartizione «*profectia* — *non profectia*», che contro l'ammissibilità di una tripartizione «*profectia* — *a muliere constituta* — *ab extraneo constituta*» (proposta dal TIGERSTRÖM, *Röm. Doctr.*, I. 45 s.). Giova osservare, tuttavia, che le fonti non corroborano questa credenza: i testi relativi all'*extraneus* — attaccati dall'ALBERTARIO cit., 29<sup>a</sup>, perchè adombrerebbero la *dos non profecticia* — resistono agevolmente ad ogni critica: cfr. *amplius* GUARINO, *Festschrift Koschaker* cit. n. 3, ove si tenta di dimostrare che la distinzione fra *dos profecticia* e *dos adventicia* è un frutto dello scolasticismo postclassico.

(50) Ulp. Reg. 6. 4: *mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur*. Ma anche stavolta il concetto di *dos non profecticia* viene a determinarsi negativamente: la *dos profecticia* si stacca dal complesso dei cespiti dotali per ritornare al costituente, laonde quel che resta subisce il trattamento unico di rimanere presso il marito (indipendentemente dalla considerazione della sua derivazione).

(51) È il diritto postclassico che forgia le artificiali categorie della *dos adventicia* e della *dos recepticia* (cfr. su quest'ultima SOLAZZI, *SDHI*, 5. 222 s.). A riprova della voluttà — non esagero — con cui i maestri postclassici insistono su queste loro costruzioni, mi basterà di riportare il dettato di Sch. Sin., 12. 33 (che riflette in parte l'insegnamento di Ac):

... *adversus patrem qui dotem promisit, sed interdum viro qui ab eo non exegit... imputabilis, cum dos adventicia sit. nam et pater dotem dando eam interdum adventiciam facit. nota quod etiam pater adventiciam dotem facit.*

(52) V. GUARINO, *Festschrift Koschaker* cit., n. 4.

la madre della sposa e i suoi ascendenti materni. Tale accomunamento, sostenuto dal Pampaloni (53), sarebbe — oso dire — infondato ed irragionevole. La insufficienza di formulazione teorica dei frammenti da noi disponibili può essere, sul punto afferente ai titolari del beneficio, parzialmente ovviata mediante il ragionamento, sì che ci è lecito porre la presunzione che, se una differenza di trattamento vi fu fra i vari *promissores dotis*, questa dovette essere nel senso che agli *extranei* furono contrapposti la *mulier* ed i parenti in linea maschile, femminile di essa (54).

c) Non può trarsi infine dai nostri testi un sicuro elemento, perchè si dica che il beneficio spettava a suocero e moglie, mentre non spettava invece all'estraneo (dato che da Ac risulterebbe il contrario); nè perchè si dica che suocero e moglie godevano del beneficio in ogni caso (dato che Ba e Bb paiono essere in contrasto con Be e Bd, nonchè con Ca); nè, da ultimo, perchè si dica, dando la prevalenza alle attestazioni di Ba e Bb, in quale caso precisamente il beneficio spettava al suocero ed alla moglie (dato che l'un testo si esprime in maniera sensibilmente diversa dall'altro). Qui l'insufficienza non è solo, come nei casi precedenti, di formulazione teorica, dipendente dal carattere di praticità dell'istituto della *condemnatio* limitata, bensì anche di sostrato logico e giuridico. Ed è al superamento storico di essa, che sono più particolarmente dedicate queste pagine.

B) Che l'istituto del *beneficium competentiae* abbia un carattere contingente viene confermato, in questa sede, da ciò, che i testi relativi alla nostra questione sono sparpagliati, nella compilazione giustiniana, fra tre titoli dei Digesti, secondo il seguente schema:

D. 23. 3: *de iure dotium*. — Aa = Ba (app.), Ac (sab.);

D. 24. 3: *solutio matrimonio quemadmodum petatur*. — (Bc (sab.), Ca (sab.);

(53) A(rehivio) G(iuridico) 56. 76 s. Secondo il PAMPALONI, « *extraneus* » avrebbe, di regola, un senso « più ristretto, quasi tecnico », in luogo di « *extraneus, qui de suo dotem daturus est* »: in questa eccezione il termine comparirebbe già, ad esempio, in C. 5. 13. 1. 13-13c; D. 24. 3. 22. pr.; 42. 3; 23. 3. 32 (Ac); 43. 1-2; 63; 71; 84 (Aa).

(54) Se noi ritroveremo il fondamento della concedibilità o meno del *beneficium competentiae* nella esistenza o meno di un vincolo di affinità con il marito, la presunzione sarà — credo — ampiamente dimostrata.

D. 42. 1: *de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*. — Bd (ed.), Bb (ed.), Ab (pap.).

Questa varietà di collocazione dei frammenti che riguardano il nostro tema genera la questione pregiudiziale: quale fosse la *sedes materiae* dell'argomento del diritto giustiniano. Dei due autori che hanno casualmente delibato questo problema sistematico — limitandosi al caso del *socer*, che è quello più opinabile —, l'uno, il Levet (55), sostiene che i compilatori « per motivi del tutto esteriori e fortuiti » abbiano dato prevalenza a Bb (che trovatisi in D. 42. 1), l'altro, il Solazzi (56), ritiene al contrario che il pensiero giustiniano sia espresso in Aa = Ba, « perchè è posto sotto il titolo *de iure dotium* ». Ma l'uno e l'altro romanista sono stati, a mio credere, ancor troppo influenzati dallo spirito delle trattazioni pandettistiche, volte a stabilire, nell'intrico delle decisioni contenute nel *Corpus iuris*, quei criteri di composizione e di gerarchia, che erano richiesti dalla necessità di un regolamento pratico ed attuale. Ora io ritengo che sia più legittimo, dal punto di vista di una ricerca storica, domandarsi se la presente materia ebbe veramente una *sedes* nella compilazione giustiniana, se cioè i compilatori non abbiano, per avventura, lasciato profluire inconsciamente di tra le maglie delle loro non fittissime reti qualche caso di applicazione del *beneficium* del *promissor dotis*. Ed in verità non mi pare che i commissari giustiniani abbiano avuta chiara coscienza della limitazione della condanna di alcuni *promissores dotis* all'*id quod facere possunt*, praticata secondo criteri (come vedremo) unitari dal diritto classico: se così fosse stato, essi non avrebbero accolto nello stesso titolo dei Digesti (D. 23. 3) due frammenti, che, relativamente al caso dell'*extraneus*, così radicalmente contrastano fra loro, come è di Aa e Ac (57). Possiamo dedurre da questi rilievi una generica, ma

(55) *Bénéfice* cit., 127 s.. Compilando il titolo 42. 1 dei Digesti, i compilatori si trovarono davanti a due frammenti successivi, di cui l'uno (Bd) enunciava l'opinione affermativa di Proculo e Nerazio e l'altro (Bb) la *media sententia* di Pomponio (*beneficium manente matrimonio*), reagente alla negativa di Scevola. Fu perciò che essi appiopparono un *sed alio iure utitur* a Bd, accettando in pieno l'insegnamento di Bb. L'opinione del LEVET è, tuttavvia di per sé stessa inverosimile: v. *infra* n. 16.

(56) *Estinzione* cit., 220.

(57) Non accenno al contrasto fra Bd e Bb, relativamente al beneficio del suocero, in D. 42. 1, perchè dimostrerò (*infra*, n. 13) che esso è assolutamente insistente.

non inverosimile presunzione: che la evoluzione del *beneficium competentiae* del *promissor dotis*, quale risulterà più oltre dalla analisi esegetica, sia stata essenzialmente del diritto pregiustiniano.

5. — Sarà utile, prima di procedere oltre, tracciare un panorama delle molteplici e svariate opinioni manifestate dalla dottrina romanistica di fronte allo stato particolarmente confuso nei testi.

A) La dottrina precritica, nello sforzo costante di raggiungere una sistemazione unitaria del diritto giustiniano, è giunta fondamentalmente alle conclusioni seguenti:

a) La moglie ha il *beneficium competentiae* avverso il marito, tanto *manente*, quanto *soluto matrimonio* (58). Che il beneficio le spetti durante il matrimonio è conseguenza diretta della regola generale, per cui sono beneficiarie le persone uscite di recente dalla *patria potestas* senza aver ricevuto una parte congrua del patrimonio paterno, relativamente alle pretese (escluse quelle da delitti) avanzate contro di loro e fondate su fatti del tempo in cui erano sotto il potere paterno (59). Che il beneficio le spetti anche dopo lo scioglimento del matrimonio, risulterebbe dal dettato, ritenuto esplicito di Ca.

b) Il suocero ha incondizionatamente il beneficio solo *manente matrimonio* (60). *Soluto matrimonio*, il beneficio gli spetta se risulti che egli non è in dolo: Ba (61).

c) L'estraneo non ha mai, in nessun caso, il beneficio (62).

(58) CZYHLARZ, *Röm. Doctr.*, 111; WINDSCHEID-KIPP, *PandR.*, § 267. 8<sup>14</sup>. È notevole invece che il BECHMANN, *Röm. Doctr.*, 2, 85, associ le sorti della *mulier* a quelle del *soocer*.

(59) Su questa regola v. WINDSCHEID-KIPP, cit., § 267. 4<sup>7</sup>; VANGEROW, *Pand.*, 1, § 174 Anm. 2, sub 9); MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, 1, 417 s.; in senso moderno, cfr. LEVET, *Bénéfice*, cit., 61 s.; SOLAZZI, *Estinzione*, cit., 216 s. Il problema storico da noi affrontato esime dall'intrattenersi oltre su questa regola, formulata dalla pandettistica per scopi di regolamento pratico.

(60) Cfr. WINDSCHEID-KIPP, cit., § 267. 8.

(61) Cfr. GLÖCK, *Pand.*, 25, 187 s.; VANGEROW, cit., § 174 Anm. 2 sub 3) (e quivi citazioni della opinione contraria, circa una concessione illimitata del *beneficium al soocer*). Il CZYHLARZ, cit., esclude il beneficio del suocero *soluto matrimonio*; il BECHMANN, cit., precisa l'opinione dominante così: « doch soll auch in diesem Falle der Richter dasselbe nach billigem Ermessen der Verhältnisse und der Persönlichkeiten eintreten lassen dürfen ».

(62) Cfr., per più ampie notizie, GUARINO, *Festschrift Koschaker* cit., nota 24.

B) Maggiore considerazione meritano da parte nostra i tentativi della dottrina critica per individuare il puro sistema del diritto classico e per riviverne gli sviluppi posteriori.

a) Un posto a sè — intermedio, quasi, fra la dottrina precritica e quella moderna — spetta all'Arnò (63), il quale svolge lo argomento che qui ci occupa come un capitolo di prova della sua nota tesi sulla esistenza, nel periodo repubblicano, delle due opposte scuole dei muciani e dei serviani, da cui sarebbero derivati poi i contrastanti indirizzi procleiano e sabiniano (64). Egli non premette, o non sembra premettere, peraltro, alle sue deduzioni una analisi critico-esegetica delle fonti; sì che la sua ricostruzione storica è falsata *ab initio* da questa deficienza, o perlomeno insufficienza, critica.

Il parere dell'Arnò è, comunque questo: 1) la scuola muciana, da Mucio (cui si indirizza il commento di Pomponio in Bb) a Labone (autore del principio commentato da Paolo in Aa = Ba), non ammise in nessun caso il *beneficium competentiae* del *promissor dotis*; nello stesso indirizzo, Proculo riconobbe accademicamente che sarebbe stato equo concedere il beneficio al suocero (Bc), ed alla moglie (Ca); del parere di lui fu anche Nerazio (Bc), che non si nascondeva peraltro di seguire, con quelli della sua scuola, una ben diversa giurisprudenza (Bd); 2) la scuola serviana accordò invece amplissimamente il *beneficium competentiae* al suocero (65); 3) fra le due opposte opinioni, Pomponio espresse la *media sententia* di limitare la negativa muciana al caso dell'avvenuto scioglimento del matrimonio (Bb) e Paolo (ch'era serviano, ma non si sentiva tanto forte da scalzare la trionfante *media sententia* di Pomponio) volle precisare che il suocero e la moglie erano esclusi dal beneficio, *soluto matrimonio*, soltanto nel caso di dolo (Ba), mentre, d'altra parte, continuò a negare la *condemnatio* limitata all'estraneo (Aa, Ab); 4) Ulpiano (ch'era invece procleiano) non si fece scappare l'occasione di contraddire l'indirizzo serviano, dando il beneficio all'*extraneus donator*, che egli parificò, rispetto

(63) *Il costituente la dote e il beneficium competentiae*, in AG 96 (1926), 147 s.

(64) Cfr. specialmente AG, 87, 35 s.; *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 4, 210 s.; Cassio, Modena 1925. Per un giudizio di assieme sulla dottrina dello ARNÒ, cfr. KRUEGER H., ZSS 46 (1926) 392 s.

(65) I testi addotti a sostegno di questa presunta opinione affermativa dei serviani verranno ricordati *infra* nota 148.

al marito, ad un donante (Ac); 5) il diritto giustiniano accettò per il suocero la tesi di Paolo (Ba) e per l'estraneo quella di Ulpiano (Ac).

b) Il Solazzi (66) ritiene sicura la concessione piena del beneficio alla moglie, in diritto classico, perchè lo dice Ca, ed altrettanto sicuro gli pare il diniego di esso, nello stesso diritto classico, all'estraneo, perchè Ac è interpolato. Di fronte ai testi relativi al suocero egli pronunzia il *non liquet* per diritto classico ed accorda — come sappiamo — la prevalenza, per diritto giustiniano, a Ba.

c) Anche il Levet non dubita della spettanza alla moglie, in diritto classico, del *beneficium competentiae* (67). Quanto al suocero, egli constata una contraddizione fra il pensiero di Proculo e Nerazio, che erano per il concedimento incondizionato del beneficio (Bc, Bd itp.), e quello di Pomponio, che era per la negativa *solutum matrimonio* (Bb); le due opposte opinioni furono coordinate insieme da Paolo (Ba), ma i compilatori tornarono alla soluzione di Pomponio (68). L'estraneo, infine, ebbe riconosciuto il *beneficium competentiae* soltanto nel diritto giustiniano (Ac itp.) (69).

d) Ingegnosa è la tesi del Riccobono (70) relativa al suocero, tesi che ha esercitato una notevole influenza sulla successiva letteratura. Paolo (Ba), aderendo a Proculo e Nerazio (Bc, Bd itp.), si batteva per il sì, Mucio (cui si indirizzava il commento di Pomponio in Bb) si batteva per il no, Pomponio ricorse alla *media sententia* che si legge in Bb. I compilatori, volendo dar risalto alla tesi di Pomponio, dovettero eliminare le contraddizioni testuali fra Paolo e Mucio e ciò fecero cancellando la menzione di Mucio in Bb e riportandone sostanzialmente l'in-

(66) Estinzione cit., 219 s. V. anche BONFANTE, *Ist.*<sup>19</sup>, 420, il quale parla, senza troppo distinguere, di un *beneficium competentiae* spettante in diritto classico alla moglie e al suocero, mentre trascurava di occuparsi dell'estraneo. Anche LAURIA, *Dote* cit. 56 omette di parlare dell'estraneo, mentre parla, per il suocero e la moglie, di una concessione piena del beneficio avvertita dal Labeone (Ba), ma ammessa da Paolo e dai giuristi successivi.

(67) Cfr. *Bénéfice* cit., 35 s.

(68) V. anche *retro*, nota 55.

(69) Cfr. *Bénéfice* cit., 119 s.

(70) BIDR, 6 (1893), 125 s.

gnamento in Bd, mediante la interpolazione delle parole *sed alio iure utimur*, che valsero a renderlo innocuo (71).

e) A proposito dell'estraneo, sostiene il Pampaloni (72) che il *beneficium competentiae* fu a lui concesso soltanto dai compilatori, seguendo l'impulso di un glossema postclassico (73).

f) In un tentativo recente di ricostruzione del sistema classico, il Beseler riforma radicalmente il dettato di tutti i testi che danno noia al convincimento (alquanto arbitrariamente fattosi, direi) che il diritto classico non ammettesse in nessun caso il *beneficium competentiae* contro il marito, nè per la moglie, nè per il suocero (74), nè per l'estraneo (75).

6. — La varietà non edificante delle soluzioni prospettate non incoraggia ad una revisione dei testi, la quale non si affidi ad un sicuro filo conduttore.

La via da percorrere è stata — lo spero — già sommariamente tracciata dalle considerazioni dianzi svolte in merito alla struttura dommatica classica del *beneficium competentiae*. Se quelle premesse non ci hanno fuorviato, deve essere nostro compito, ora, ricercare: a) quale sia il rapporto giuridico concreto, che è presupposto delle applicazioni del beneficio, che abbiamo in esame; b) quale sia il più complesso e ampio ciclo di relazioni giuridiche, che, eventualmente intercorrendo fra le parti del rapporto concreto, possa giustificare la concessione del beneficio o qualcuna fra loro; c) in che limiti giustificasse questo elemento contenuti-

(71) Adesivo PAMPALONI *AG*, 56, 9<sup>15</sup>. — Il RICCOBONO non si occupa *ex professo* del caso dell'estraneo, ma in BIDR 7, 280 s., criticando Ac, egli trascurava di attaccarne la prima parte, ove è la menzione del *beneficium competentiae* dell'estraneo: se ne dovrebbe dedurre che egli non ne sospetta la genuinità.

(72) *Sul beneficium competentiae a riguardo dell'estraneo che donationis causa promette una dote; e sulla responsabilità del marito per la medesima*, in *AG*, 56 (1896), 3 s.

(73) In questo senso è anche il BONFANTE, *Corso*, I, 314. Il PEROZZI, *Ist.*<sup>17</sup>, I, 381<sup>1</sup>, ritiene invece probabile la concessione del beneficio all'estraneo nel diritto giustiniano.

(74) Circa il *sover* e la *mulier*, cfr. *St. Bonfante* 2, 60 s.. Va notato che in *Beiträge* 3, 101 il BESELER, delibando Aa = Ba, già dubitava della genuinità di *si dirempto-pulo*; più decisamente egli uncinava il periodo finale, *quid rell.* e l'inciso *manente adfinitate*.

(75) *Beiträge*, 3, 77, 118.

sico, nelle varie epoche del diritto romano, la *condemnatio* limitata dei *promissores dotis* o di alcuni fra essi.

A) Il rapporto giuridico concreto stabilito fra il *maritus* e i titolari del beneficio è quello sorgente dalla *promissio dotis*. Qui è il presupposto necessario per la concessione del beneficio, ma anche il presupposto esclusivo per la sua ammissibilità. Non bisogna, in particolare, confondere la discussione sull'eventuale *beneficium competentiae* della moglie avverso il marito agente *ex promissione dotis* con quella sul beneficio del marito per i crediti della moglie (76). Questo secondo caso di condanna limitata — con tutti i suoi addentellati (77) ed in tutto il suo svolgimento storico (78) — è indipendente, da un punto di vista dommatico, rispetto a quello da noi studiato. Da una parte trattasi dell'adempimento di quella particolare obbligazione (79), che scaturisce per la *mulier*, come per ogni altro costituente la dote, dalla *promissio dotis*, mentre trattasi, dall'altra, dell'adempimento dovuto dal marito: 1) della obbligazione resa eseguibile con l'*actio rei uxoriae*, 2) di ogni altra obbligazione non *ex delicto* sorta durante il matrimonio (80). Nessun accomodamento è possi-

(76) Su cui cfr. specialmente LEVET *Bénéfice* cit., 9 s. e SOLAZZI *Estinzione* cit., 213 s. Originariamente (fine della repubblica) il beneficio del marito era limitato al caso dell'*actio rei uxoriae*: un rescritto di Antonino Pio (riportato da D. 42. 1. 20. it. p. e da Sch. Sin. 6. 12) lo estese a qualsiasi obbligazione *ex contractu*, sorta durante il matrimonio.

(77) Il beneficio era personale, ma fu esteso eccezionalmente, ancora in epoca classica, ai *filii, qui patri heredes extiterant* ed al *paterfamilias* del marito (cfr. SOLAZZI cit., 214).

(78) Nel diritto postclassico il beneficio *ex omni contractu* fu riconosciuto anche alla moglie per i crediti vantati verso di lei dal marito: v. *amplius infra*, n. 15.

(79) « Particolare obbligazione », data la causa specialissima (che doveva essere per di più esplicitamente menzionata nell'atto: v. *infra*, Appendice) della *dotis promissio*.

(80) V. *retro* n. 2 A. — Non mi dilungherò qui sul duplice fondamento del beneficio del marito. Mi basterà accennare che un primo (relativo alla *condemnatio* limitata in ordine all'*actio rei uxoriae*) era implicito e dipendeva direttamente dai rapporti coniugali (i quali impedivano che potesse essere condannato illimitatamente alla restituzione della dote il marito, che del matrimonio aveva sostenuto l'onere), mentre l'altro fondamento (relativo alla *condemnatio* limitata per ogni altra obbligazione *ex contractu*) era formale (rescritto del divo Pio) ed era ampliamento un po' artificiale, se pur sostanzialmente giusto, del primo.

bile quindi, dommaticamente parlando, fra le due serie di casi, le quali ripetono la loro giustificazione iniziale da rapporti giuridici concreti radicalmente diversi. Il tentarlo sarebbe indice di superficialità nella dottrina moderna (81) ed è indizio di alterazione testuale nel *Corpus iuris* (82).

B) E' chiaro dunque che, dato il presupposto del rapporto giuridico istituito con la *promissio dotis*, il beneficio era da concedersi, di volta in volta, ad ogni singolo *promissor*, qualora e solo se fra lui ed il marito intercorresse un più ampio ciclo di relazioni giuridiche, la considerazione del quale fosse tale da indurre la *aequitas praetoris* a riesaminare, riformandole, le conseguenze troppo crude dell'*ius strictum*.

a) Qualsiasi ordine di più ampie relazioni mancava, per definizione, fra l'*extraneus* (83) ed il marito, almeno nel diritto classico. Nessun motivo militava dunque — da un punto di vista generale — a favore della concessione del *beneficium competentiae* all'*extraneus*. La riprova testuale è che il beneficio dell'*extraneus* « *donaturus* », cui accenna Ac, costituisce l'indubitabile frutto della interpolazione sporadica di un lettore pregiustiniano (84). Ometteremo, perciò, in seguito, di occuparci ulteriormente dello *extraneus*, cioè di colui che è straniero, non parente (il ripeterlo non sarà mai eccessivo), rispetto ai membri del matrimonio, ed in ispecie alla moglie (85).

(81) Ben ha fatto dunque il SOLAZZI, cit. *retro* nota 76, reagendo all'indirizzo dominante, a portare il caso del beneficio della *mulier* avverso il marito che agisce *ex promissione dotis* nella sua sede naturale (insieme con le ipotesi degli altri *promissores*), staccandolo dal problema del beneficio dal marito. Il LEVET, invece, si preoccupa da principio del fatto che « la mari et la femme auraient été, à l'époque classique, placés en des situations bien différents », pur aggiungendo subito che « cela... n'a rien qui doive trop surprendre ». Lo stesso ZANZUCCHI, cui va il merito di aver portato un attacco frontale ai concetti giuridici (acutamente dimostrati, in quanto giuridici, non classici) dell'*honor matrimonii* e della *reverentia* fra coniugi (cfr. RIGS 42. 1 s., 47. 1 s. e 237 s.), non nega la posizione di reciprocità dei due benefici per diritto classico: cfr. RIGS 47 (1910), 273 ss..

(82) V. *infra*, nn. 14 e 15.

(83) V. *retro*, n. 4 A sub b).

(84) V. *retro*, nota 7.

(85) La dimostrazione, cui è dedicato il presente studio, della esistenza di un *beneficium competentiae* degli *adfines* nel diritto classico, sarà una riprova indiretta della affermazione che per *extraneus* s'abbia ad intendere — almeno

b) Diversa era la situazione per gli ascendenti paterni e materni della moglie e per la moglie stessa. Il matrimonio determinava fra costoro ed il marito un vincolo più profondo, corrispondente in un certo senso, ma non identico nè analogo a quello della *cognatio*, e cioè il legame della *adfinitas*; ed era giusto che il pretore ne tenesse conto, in caso che il marito avesse agito, durante il permanere del vincolo stesso, contro la moglie o i parenti di lei per l'adempimento della *dotis promissio*. Fu dunque l'*adfinitas* — come i testi confermeranno — il fondamento equitativo ed il criterio informatore del *beneficium competentiae* concesso nei confronti del marito agente *ex promissione dotis* (86). Ora, rimandando alle pagine seguenti per la dimostrazione testuale di questa mia affermazione, voglio qui aggiungere che l'*adfinitas* non fu uno dei motivi che spinsero alla concessione del nostro beneficio, bensì il motivo fondamentale, unico, determinante di esso. La ricerca di altri concetti giustificativi, quando è stata fatta (87), si è dimostrata sempre ol-

nella nostra materia — una persona assolutamente straniera alla moglie, e quindi non affine del *maritus*.

(86) Lo spunto di queste affermazioni mi è dato proprio dai testi: 1) in quanto Aa = Ba contiene una menzione dell'*adfinitas* (*nonante adfinitate*), alla quale non deve essere negata una importanza notevolissima ai fini della ricostruzione qui perseguita; 2) in quanto che Bb, nonchè (malgrado le apparenze, come vedremo) Bc e Bd limitano il beneficio alla durata del matrimonio, cioè proprio ai confini di tempo dell'*adfinitas*.

(87) L'ARNO, AG, 96. 155 ammette che « uno dei motivi che spinse i serviani a facilitare la concessione del beneficio al suocero è il vincolo di ossequio derivante dalla affinità ». Non nego che, quando si prescinda completamente (come l'ARNO ha fatto) da una rigorosa impostazione dommatica dell'argomento, possa anche parlarsi in termini così generici ed ampi, ma nego che altri motivi oltre quello dell'affinità siano adducibili come animatori della presunta teoria dei presunti serviani. È a negare, in particolare, l'adducibilità — come motivo per la concessione del nostro beneficio — dello stesso matrimonio (es.: il beneficio era concesso, oltre tutto, perchè un certo qual rispetto il marito doveva aver per la famiglia di coti con cui era venuto in rapporti a causa del matrimonio): quale altra traduzione giuridica può ottenere una motivazione siffatta, se non quella da noi proposta, che cioè motivo della concessione fu solo ed appunto l'*adfinitas*? Sempre alla *adfinitas* dovrà farsi capo, fin che si voglia pensare che un impulso di equità, non un movente meramente arbitrario, abbia portato il pretore alla concessione del beneficio. Tanto farebbe, in ogni caso, pensare l'ARNO, perchè la stessa affinità è da lui annoverata fra i motivi che spinsero a facilitare la concessione del beneficio: l'*adfinitas* (e gli altri eventuali motivi) non erano dunque — a quanto lascia credere l'ARNO — nemmeno

tremodo vana, e comunque non tale da porgerci un fondamento comune per tutti i casi a noi noti di *beneficium competentiae* contro il marito agente *ex promissione dotis* (88): è evidente invece che, se — a quanto ci risulta — il beneficio era concesso al *socer* e alla *mulier*, sulla premessa dell'unico rapporto concreto instaurato dalla *promissio dotis*, un unico fondamento di equità dovette giustificare, almeno in epoca classica, questo istituto unitario. Tale fondamento unico altro non potè essere che la considerazione del vincolo dell'*adfinitas*.

C) Attenzione particolare va, in conseguenza, dedicata allo istituto dell'*adfinitas*, per vedere se, ed in che limiti, sia esatta la presunzione dianzi posta. Trattasi, in verità, di un istituto non ancora, sino ad oggi, eccessivamente studiato, ma che — per quel poco che ha formato oggetto di studi — ha anche formato campo di parecchie discussioni. Mi limiterò, in questa sede, a porre in chiaro quei punti che potranno servirci ai nostri scopi attuali, cioè a darci essenzialmente una direttiva sicura da seguire, al fine della soluzione del problema che andiamo esaminando.

7. — L'istituto dell'*adfinitas* ci si presenta, nella compilazione giustiniana, in una struttura dommatica piuttosto evanescente, che è prova della molteplicità degli impulsi subiti nella epoca postclassica da esso. Non è impossibile, tuttavia, ricostruire per grandi linee, attraverso le fonti a nostra disposizione, la compagine dommatica dell'*adfinitas* nel diritto classico (89).

alla radice della concessione del beneficio. Rimane che il beneficio sia stato concesso senza un motivo plausibile!

(88) Il LEVER, cit. 122 s. ricollega il beneficio del suocero all'obbligo di dotare che su di lui incombeva dal principio dell'impero, ma aggiunge anche che « il *etait cepedant difficile que la qualité d'allié ne fut pas prise en consideration* ». Non capisco perchè egli voglia quasi scusarsi del fatto di ritenere anche l'*adfinitas* come motivo della concessione del beneficio, tuttavia prendo nota con piacere della difficoltà, da lui accennata, di escludere il criterio dell'affinità. In ogni caso la sua affermazione circa l'obbligo di dotare urta contro la convincentissima dimostrazione del CASTELLI, *Soritti giuridici vari*, 1. 129 s., del carattere assolutamente non classico dell'obbligo di dotare.

(89) Una più ampia trattazione storico-dommatica sull'istituto si contiene nel mio studio *Adfinitas*, di prossima pubblicazione fra le *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano* ecc. della R. Università di Roma. Qui espongo, con qualche spunto di dimostrazione (e solo in relazione ai lati che più particolarmente interessano il tema cui queste pagine sono dedicate), i risultati delle mie indagini sulla complessa materia.

A) L'*adfinitas* era, nel diritto classico, un vincolo intercorrente, per virtù del matrimonio e limitatamente alla durata di questo, fra i coniugi, nonché fra ciascun coniuge ed i parenti dello altro coniuge. Essa non si aveva fra fidanzati, essendo nell'epoca classica gli sponsali un istituto di carattere molto più sociale che giuridico (90), ma si aveva in compenso fra i coniugi (91), per quanto questo punto sia molto contrastato dalla dottrina moderna (92). Lo stesso passo di Modestino, che si suole in genere trionfalmente addurre a sostegno della tesi che l'affinità non intercorreva fra i coniugi, prova invece in maniera luminosissima che proprio nel matrimonio era l'essenza dell'*adfinitas*:

D. 38. 10. 4. 3 (Mod. 12 pand.):... *adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.*

Se, dopo di ciò, si rifletta che il matrimonio non costituiva per nulla, in epoca classica, quel *consortium omnis vitae*, su cui generalmente si fa leva per asserire che nel matrimonio stesso era il vincolo familiare che univa fra loro i coniugi, ma che esso era,

(90) Il carattere quasi esclusivamente sociale degli sponsali nel diritto classico, acutamente intuito dall'ARANGIO RUIZ, *Ist.*<sup>2</sup>, 409<sup>a</sup>, è stato convincentemente dimostrato dal VOLTERRA, *BIDR* 40 (1932), 87 s. Col problema dotmatico non deve essere confuso quello terminologico: gli sponsi erano usualmente chiamati con terminologia di *adfines* e ce lo conferma:

D. 38. 10. 7 (Pomp. I enchiridii): *Servius recte dicebat socii et socrus et generi et nurus appellatorem etiam ex sponsalibus adquiri.*

Soltanto in un caso la qualifica di futuro genero o di futuro suocero assumeva valore giuridico: e cioè nel caso della *lex Iulia de publicis iudiciis*, per la quale non solo gli attuali, ma anche gli eventuali affini erano esclusi dall'obbligo di prestare testimonianza. Cfr. D. 22. 5. 5; 38. 10. 6. 1; 48. 9. 4; nonché VOLTERRA, cit., 165 s.

(91) In questo senso MAYNZ, *Cours de dr. rom.*<sup>3</sup>, I. 411; HEINNECIUS, *ad Brissonium* sv. *Affines*, KLENZE, in *Zeitschr. für gesch. RWiss.*, 61 s.; PUCHTA, *Pandekten*, § 43; SELL, *Arch. civ. Praxis*, 22. 231 s.; WINDSCHEID-KIPP, *Pand.*<sup>3</sup>, § 56 a<sup>18</sup>; LEONHARD, *Pauly Wissowas Realenc.*, sv. *Adfinitas*; FERRINI, *Pandette*<sup>3</sup>, 91; JOERS-KUNKELE, *Röm. R.*<sup>2</sup> § 39. 1.

(92) Cfr. LANDUCCI, *Un preteso caso di affinità ed un passo dei frammenti Vaticani*, in *Atti Ist. Veneto* 68 (1909), 2. 91 s. (ivi, 95<sup>a</sup>, le citazioni della dottrina anteriore). Aderiscono all'indirizzo del LANDUCCI il PEROZZI, *Ist. cit.*, I. 316<sup>a</sup> e, implicitamente, BONFANTE, *Ist. cit.*, 55, GIRARD, *Manuel*<sup>4</sup>, 173; ARANGIO RUIZ, *Ist.*<sup>2</sup>, 432.

allora, una obbiettiva comunanza di vita fra due persone di sesso diverso, non potrà più seriamente contestarsi — a parte le molte altre prove che potrebbero addursi a sostegno del nostro assunto — che un vincolo di *adfinitas*, il normale vincolo di *adfinitas*, correva anche fra il marito e la moglie (93).

L'*adfinitas* era inoltre — sempre in diritto classico — rigorosamente limitata, come durata, alla esistenza ed al perdurare delle *nuptiae*. Il prenderla in considerazione *soluto matrimonio* presentava tutti i caratteri della eccezione, la quale doveva essere esplicitamente giustificata e doveva in ogni caso basarsi su una *aliqua utilitas* ben chiaramente intellegibile (94). Prova ne sia che,

(93) Dice il LANDUCCI cit., 91<sup>a</sup> che « siccome è innegabile che il rapporto che lega fra loro i coniugi è il matrimonio... matrimonio e affinità sarebbero la cosa medesima; nè, come ciò sia in contrasto con le fonti, ad alcuno può sfuggire ». Più oltre (93 s.) egli dice: « l'affinità ebbe per scopo di trascinare... nei rapporti legali della famiglia persone, che, mancando d'altro legame, non vi appartenevano; i cognati hanno a base dei rapporti loro la generazione, i coniugi il vincolo alto, etico, intimissimo del matrimonio, che li fonde nella indivisibile consuetudine della vita; bisogna far posto anche ai cognati del coniuge; e ne sorsero il concetto, il nome, l'istituto dell'affinità ». Ma queste argomentazioni sono ben facilmente superabili. a) Non è vero che l'ammissione della affinità fra i coniugi implichi la identificazione fra matrimonio ed affinità. Il matrimonio costituiva fra i coniugi, nel diritto classico, una consuetudine di vita, che, come tale, non aveva analogia alcuna con la parentela. La notissima definizione della *nuptiae* come *humani iuris communicatio* (D. 23. 2. 1) è stata dimostrata non classica dal SOLAZZI, *Annali Univ. Macerata* 5 (1929) 27 s. (contra, tuttavia, ALBERTARIO, *Studi*, I. 181 s., ma con argomenti poco convincenti). Nel diritto romano puro il matrimonio libero costituiva una obbiettiva comunanza di vita fra due persone di sesso diverso, ma non era esso stesso, a quanto ne sappiamo, alcun legame giuridico fra loro; l'affinità era invece una sorta di vincolo derivante dal matrimonio. La confusione è anche spiegabile, ma non è comunque teoricamente da giustificare. b) Quanto allo scopo più specifico dell'*adfinitas*, mi permetterò di notare che, specie in origine, questa ebbe il fine di costituire fra i coniugi e fra ciascun di essi e i parenti dell'altro un vincolo corrispondente alla parentela, dato che un simile vincolo in sé e per sé derivava dal matrimonio. Fu solo il diritto postclassico, che, con la idealizzazione del matrimonio e con l'elevamento di esso a vincolo autonomo fra due persone, fece scomparire la necessità, meglio la opportunità, di trattare ancora come affini quei coniugi fra cui era stabilito nientemeno che un *consortium omnis vitae*.

(94) Non a caso richiamo quell'*aliqua utilitas* che appare nella famosa definizione dell'*ius singulare* e l'indagine della quale ha dato tanto filo da torcere alla romanistica di ogni tempo:

D. I. 3. 16 (Paul. I. sing. de iure singulari): *Ius singulare est quod contra*

quando nelle trattazioni giuridiche il vincolo dell'affinità viene richiamato come impedimento matrimoniale, esso vien sempre trattato come un legame ormai finito, al quale il diritto concede, per dir così, una efficacia ultratrattiva, per ragioni di pratica utilità sin troppo evidenti. Valga in proposito il richiamo di:

Gai Inst., l. 63: *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus quondam, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.*

Ma, a parte questi casi di eccezione, noi dobbiamo presumere che ogni applicazione classica dell'*adfinitas* non abbia violato quello che è un corollario strettissimo di tutta la sua struttura dommatica: il principio cioè che l'*adfinitas* dura quanto dura il matrimonio, e non di più.

B) Nel diritto postclassico non si operò una vera e propria evoluzione del concetto dommatico dell'*adfinitas*, ma piuttosto uno scompaginamento della sua struttura unitaria classica. Il lavoro delle scuole postclassiche è, in materia, facilmente visibile (95): ed ancor più visibile è la tendenza postclassica a fare dell'*adfinitas* una forma di vincolo giuridico familiare perfettamente analogo alla *cognatio*. Molti testi interpolati contengono invero l'equiparazione *adfines vel cognati* (96) e, soprattutto, sorge dalla prassi delle

*tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constitentium introductum est.*

Dimostrerò infatti in altro scritto (*Ius singulare*, di prossima pubblicazione) che tale definizione è postclassica e si riattribuisce ai casi del diritto classico in cui una soluzione era ammessa della giurisprudenza per eccezione (*utilitatis causa*) o introdotta dagli imperatori come *privilegium* di una persona o di una casta.

(95) Si guardi ai palesi segni di elaborazione scolastica pregiustiniana che presenta il titolo D. 38. 10 (in questo senso v. già ARANGIO RUIZ, *Atti Accad. Napoli* 54 [1931] 134) e al carattere altrettanto palese di operetta confezionata, per necessità di scuola, in epoca postclassica di quel *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* attribuito a Paolo, dal quale è estratto il lunghissimo e alteratissimo fr. 10 di D. 38. 10 (cfr. già PRINGSHEIM, *Festschrift Lenel*, 279 s.).

(96) Mi limito a citare in questa sede:  
Paul. Sent. 5. 12. 2: *Et etiam velut indigno auferitur hereditas, qui [adfinem] (adgnatum) vel cognatum, cui ipse ab intestato successurus erat,*

scuole la concezione dei *gradus adfinitatis*, che sconvolge *ab imis* le caratteristiche genuine dell'istituto (97). D'ora in poi, più nella pratica che nella teoria, più nella sostanza che nella forma, l'*adfinitas* sarà un istituto riflesso della *cognatio*, e i suoi *gradus* saranno quelli corrispondenti ai *gradus cognationis*, i coniugi tenderanno per conseguenza ad essere estromessi dalla categoria degli *adfines* in senso proprio (98), e la caratteristica limitazione temporale del vincolo assumerà una forza sempre meno categorica, un rilievo sempre più tenue.

Non può e non deve meravigliarci, in conclusione, se quella ultratrattività dell'*adfinitas*, che il diritto classico ammetteva soltanto per eccezione (99), diviene, nel diritto postclassico, per influsso della analogia con la *cognatio*, pressochè la regola; se il diritto postclassico manifesta, in una parola, in questa o quella applicazione pratica, una concezione dell'*adfinitas* non più condizionata dai limiti di tempo del matrimonio.

## II.

SOMMARIO: — 8. Limitazione della indagine esegetica ai testi relativi al *beneficium competentiae* del *socer* e della *mulier*. — 9. Analisi di *Ba.* — 10. Esegesi di *Ba.* — 11. Analisi di *Bb.* — 12. Analisi di *Bc.* — 13. Analisi di *Bd.* — 14. Analisi di *Ca.* — 15. Svolgimento autonomo del *beneficium competentiae* della *mulier* nel diritto postclassico.

*testamentum facere prohibuit aut ne iure subsisteret operam dedit.*

L'interpolazione di *adfinem* è già da tempo ammessa: l'*adfinitas* non determinava diritto alcuno di successione *ab intestato*. Cfr. su questo frammento, da ultimo, SOLAZZI, *Note di dir. romano in Atti Accad. Soc. Reale Napoli*, 58 (1936) estr. 70 s.

(97) Vero è che D. 38. 10. 4. 5 (Mod. 12 pand.) per la dichiarazione che *gradus autem adfinitatis nulli sunt*. Ma di fronte alla equiparazione degli affini con i cognati, e proprio in ordine ai *gradus*, che risulta da D. 38. 10. 10 (Paul. l. sing. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum), deve necessariamente interpretarsi quella dichiarazione, alla stregua del diritto giustiniano, mente interpretarsi quella dichiarazione, alla stregua del diritto giustiniano, come: l'*adfinitas* non ha una propria gradazione ma una gradazione riflessa di quella della *cognatio*. Conseguenza: i coniugi non sono più (nel diritto della compilazione) affini, o perlomeno non sono più affini in senso proprio.

(98) V. *retro*, nota 97. Altro notevole impulso di questa tendenza dovette essere la concezione postclassica del matrimonio come *humani atque divini iuris communicatio*, su cui *retro*, nota 93.

(99) Ma v. anche, *infra*, n. 16 C, quale fosse l'opinione dei Proculiani in merito alla questione del *beneficium competentiae* degli *adfines*.

8. — Veniamo ora alla analisi esegetica dei testi della compilazione di cui disponiamo.

a) Un primo gruppo di frammenti può essere, in questa sede, tranquillamente lasciato da parte. Trattasi dei frammenti relativi all'*extraneus* (Aa, Ab, Ac): l'analisi di essi, altrove svolta (100), ha dimostrato come fondamentalmente vero sia, almeno per diritto classico, l'insegnamento svolto in Aa:

*Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit... immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est.*

b) Vanno invece attentamente esaminati, nelle pagine seguenti i frammenti relativi al *beneficium competentiae* del *socer* e della *mulier*, per vedere se e quanto siano fondate le presunzioni dianzi avanzate in merito al *beneficium condemnationis* degli *adfines* nel diritto classico.

9. — Anche per la ricostruzione del diritto classico relativamente al *beneficium competentiae* del *socer* avverso il marito agente *ex promissione dotis* fondamentale è il frammento di Labeone, Ba, quando sia obiettivamente trattato con i mezzi della critica esegetica.

Paolo, dopo aver constatato che il principio civilistico messo in rilievo da Labeone rimane intatto, quanto all'*extraneus promissor*, anche ai suoi tempi, aggiunge che invece (*ceterum*), se il genero agisce *ex promissione dotis* contro il suocero in costanza del vincolo di affinità (*manente adfinitate*: dunque prima dello scioglimento del matrimonio), questi viene indubbiamente a beneficiare della *condemnatio* limitata all'*id quod facere potest*. L'opinione personale di Paolo sarebbe anzi (*puto*) nel senso di ritenere che il suocero possa godere del beneficio anche dopo lo scioglimento del matrimonio (*dirempto matrimonio*): *ex causa et persona*!

Mentre nella prima parte del testo il discorso fila perfettamente e risulta assolutamente logico, sia in sé che in rapporto alle premesse sistematiche del *beneficium competentiae*, illogico e condannevole esso diventa nella seconda parte, là ove appare l'opinione personale di Paolo. Paolo non poteva dire quanto nel testo di Ba gli viene attribuito, perché avrebbe contraddetto alla

(100) Cfr. il mio scritto citato *retro* nota. 7.

concezione ed alla tecnica stessa dell'*aequitas* e del *beneficium competentiae*. Se la espressione *ex causa* vuol far cenno, come si suol ritenere (101), dei rapporti intercorrenti fra *socer* e *maritus*, dovremo dire che, *solutum matrimonio*, tali rapporti erano, in diritto classico, unicamente quelli sorgenti dalla *promissio dotis*: rapporti di debitore a creditore, che richiedevano senza remissioni la condanna *in solidum* del primo verso il secondo. Se l'altra espressione, *ex persona*, vuol far cenno, come potrebbe ritenersi, delle condizioni personali del *socer*, è indiscutibile che ad esse non avrebbe potuto assolutamente por mente il pretore, in sede di compilazione della formula: invero, non solamente la natura di mezzo *stricti iuris* inerente all'*actio ex stipulatu* toglieva al magistrato ogni e qualsiasi facoltà di valutazione del rapporto concreto, ma neanche l'*aequitas* gli concedeva di favorire l'una parte, in considerazione delle sue proprie condizioni personali, di fronte alla controparte. La verità è che tutta l'espressione *ex causa et persona* adombra un concetto unico, per cui si vorrebbe richiamare il pretore alla considerazione dei rapporti personali fra *stipulans* e *promissor dotis*; ma, al di fuori del rapporto concreto sorgente dalla *promissio*, l'unica più profonda relazione esistente fra i due, la *adfinitas*, si era ormai dileguata, in una con lo scioglimento del matrimonio (102). È di per se stessa evidente, nella seconda parte del

(101) Cfr. BECHMANN, *Röm. Doctr.*, 2. 85.

(102) In ogni caso — a prescindere dal carattere non classico della concezione dell'*adfinitas* come sovrachianta i limiti di tempo del matrimonio (v. *retro*, n. 7 A) — il giurista classico avrebbe dovuto dire *manente adfinitate* per alludere anche al tempo posteriore allo scioglimento del matrimonio; oppure avrebbe dovuto contrapporre *solutum matrimonio a manente matrimonio*. Così com'è, il testo di Ba ci vuol far credere che Paolo abbia scritto *manente adfinitate*, aderendo impeccabilmente alla concezione classica dell'*adfinitas*, ma poi abbia aggiunto *dirempto matrimonio*, pur richiamandosi (per giustificare questa seconda soluzione) a rapporti che non possono essere intesi se non come di affinità (*ex causa et persona*). Ora, anche i giuristi proculleani — i quali, come vedremo, ammettevano in linea di teoria la equità di un estendimento del *beneficium competentiae* anche al caso *solutum matrimonio* (v. *infra*, nn. 12, 13, — non inclinavano, per quanto ci consta, verso l'idea di una permanenza dell'*adfinitas* anche *solutum matrimonio*, bensì solo verso l'idea, tutt'al più, di una ultrattività di questo vincolo anche dopo lo scioglimento del matrimonio: neanche con la tendenza proculleana si concilia, perciò, l'*ex causa et persona* di Ba, in quanto che è evidente che tale espressione fa richiamo ad un vincolo che permane dopo la fine del matrimonio. Noterò infine, a coronamento della critica sostanziale della seconda parte del testo riportato di Ba, che essa con-

testo, la imprecisione concettuale di un commentatore postclassico, il quale, mosso da un inconsulto sentimento di *humanitas*, ha espresso la opinione (*puto*) che fosse tuttavia da indulgere al suocero, malgrado l'avvenuto scioglimento del matrimonio, per cui egli non era più, a rigor di diritto, *socer* del suo stipulante.

10. — L'analisi testuale di *Ba* è tale da confermare in pieno queste conclusioni.

a) Ineccepibile dal punto di vista della forma, oltre che da quello della sostanza, è il periodo *ceterum-condemnatum*. Solo una considerazione frettolosa e, io credo, terribilmente prevenuta ha potuto indurre il Beseler (103) a segnare sin dal primo momento la atetesi di *manente adfinitate*. Nè su ciò giova oltre fermarci.

b) Certissima è invece la alterazione del periodo seguente, *si dirempto-puto* (104). A parte i motivi sostanziali dianzi addotti, molti elementi formali denunciano in esso la fatturazione postclassica: 1) il periodo segna un brusco cambiamento dalla forma personale, usata nella frase precedente (*si... gener... petit*), alla forma impersonale (*si... petitur*) (105); 2) *id tribuendum* ha un riferimento molto sforzato alla concessione del *beneficium*: nel periodo precedente si parlava di *condannare in id quod facere potest* il suocero, non di attribuirgli il *beneficium* della *condemnatio* limitata; 3) *dirempto matrimonio*, in luogo di *solutum matrimonio*, è sospetto (106); 4) *ex causa*, con allusione al contenuto del rapporto,

tradisce a quanto vedremo risultare luminosamente dall'esame di *Bc* e *Bd* (v. *infra*, nn. 12-13), che pur sono anche frammenti di Paolo.

(103) *Beiträge*, 3, 101.

(104) Già in questo senso dubitativo, era il BESELER, *Beiträge* cit.

(105) Si potrebbe sottilizzare — ci tengo a prospettare lo stesso contro di me questa ipotesi — osservando che il matrimonio può sciogliersi anche a causa della morte del marito, dimodochè la imprecisione del *petitur* potrebbe essere stata addirittura voluta. Obiettivo: sciolto il matrimonio per morte del marito la dote doveva essere restituita intera, senza nemmeno la possibilità di effettuare le ritenzioni: in questo caso perciò non era nemmeno pensabile che il promittente potesse essere costretto ad adempiere la promessa, per poter poi esercitare subito dopo il diritto alla restituzione del tutto. L'ipotesi di un'adempiimento della *promissio dotis* posteriormente al matrimonio aveva, dunque, poca importanza pratica, ma non ne aveva nessuna (sarebbe stata anzi assurda) qualora il matrimonio fosse venuto a sciogliersi per morte del marito.

(106) Ma v. *contra*: BESELER, *Beiträge*, 3, 67. Mi decide al sospetto la rarità dei casi in cui *dirimere matrimonium*, ed ancor più *dirempto matrimonio*

è espressione certamente non classica (107); 5) ancor più vaga ed imprecisa è la espressione *ex persona* (108). Dato che il periodo non appartiene di certo a mano classica, il sospetto che esso non derivi neppure da interpolazione giustiniana si conferma con la considerazione del *puto*, che è la evidente espressione, qui come altrove, con cui si introducono certi commenti marginali postclassici (109).

c) Quanto all'ultimo periodo, *quid enim-insidiaretur*, non vale la pena di diffondersi nella sua critica, essendo esso paleissimamente alterato (110). Va notato, tuttavia, che esso proviene senza alcun dubbio da un lettore pregiustiniano: basterebbe l'*insidiari alicui* — forma ignota ai classici, nè verosimilmente prediletta da Giustiniano — a dimostrarlo (111).

d) Ad un'ulteriore, importante illazione, dà adito l'analisi testuale di *Ba*. Il periodo conclusivo di questo testo, *quid enim-insidiaretur*, si riferisce, sia pur vagamente ed in forma dubitativa, al caso che il suocero abbia tentato, posteriormente alla conclusione del matrimonio, di porre in pericolo la vita del genero, per evitarsi di essere chiamato a rispondere della *promissio dotis*. Ora, prescindendo dalla infantile « terribilità » di questa ipotesi, non può fare a meno di rimarcarsi che essa non si riferisce al caso che il *matrimonium* sia già *diremptum*, bensì a quello che esso ancora sussista e che ancora sussista la *adfinitas*: *solutum matrimonio* non vi è bisogno, da parte del suocero di tendere tranelli al marito, per l'ottima ragione che costui anche nel peggiore dei casi, restituirà in gran parte la dote. *Quid enim rell.* era dunque una glossa pregiustiniana al periodo *ceterum-condemnatum*; e, come è assurdo pensare che Giustiniano l'ab-

(invece del comunissimo *solutum matrimonio*), appare nei testi delle Pandette (cfr. *VIR sv. dirimere*).

(107) Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice sv. causa*.

(108) Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice sv. persona*.

(109) Deve notarsi che la *summa* dell'Anonimo riflette il testo alterato (B. 29. 1. 79 in H. 3. 426). E poi che alla dimostrazione dell'inquinamento pregiustiniano di *Ba* giungo, nel testo, per via autonoma, offro ancora questo elemento a sostegno della mia tesi che la *summa* dei Basilici riflette lo stato pregiustiniano del diritto romano (cfr. SDHI, 5 [1939]. 273 s.).

(110) Cfr. *Index interp.*, sht.

(111) Cfr., per una completa dimostrazione, la mia nota esegetica su *insidiari*, di prossima pubblicazione in SDHI, 5 (1939) fasc. 2.

bia potuta scrivere *ex novo* dopo il periodo *si dirempto-puto*, così è anche assurdo pensare che Giustiniano la abbia potuta trascrivere dal margine dopo aver dal canto suo interpolato *si dirempto rell.* Rimane dunque assolutamente incontrovertibile che il periodo *si dirempto-puto* è stato scritto, a margine del testo di Labeone e di Paolo, prima di Giustiniano: i compilatori, o con molta maggiore probabilità degli amanuensi precedenti, si sono limitati ad incorporare, nell'ordine infelice di cui oggi siamo testimoni, le due glosse postclassiche nel testo.

e) Io ritengo, in conclusione, di dover proporre la seguente restituzione critica di Aa = Ba.

Labeo 6 pith.	Glossatore (I)	Glossatore (II)
<i>Si de dote-promissit.</i>		

<i>Paulus: immo - si dirempto-puto.</i>	<i>quid enim - insidiaretur?</i>
condemnabitur (I) (II)	

Il Beseler, ritenendo (come appare dalla sua più recente ricostruzione del nostro testo (112)) che Labeone enunciasse il principio della non spettanza del beneficio al *promissor dotis* e che Paolo bellamente lo commentasse, col notare che tale principio era valido anche nel caso di *promissio dotis* da parte del *socer*, non solamente trascura ogni minuta, ma necessaria considerazione di ordine formale, ma riduce il ruolo di Paolo a quello di un annotatore prolisso e inconcludente, ruolo che assolutamente non gli spetta.

11. — Il vero principio di Ba, relativamente al *socer* viene ampiamente confermato dal dettato di Bb.

Pomponio commenta un insegnamento (non trascritto, tuttavia, dai compilatori) di Q. Mucio ed osserva che, peraltro (*sed*), l'insegnamento in parola deve accogliersi entro i seguenti limiti: che la *dos* sia richiesta al *socer*, che l'ha promessa, *solutato matrimonio*. Se invece il marito esiga la dote *manente matrimonio*, fa d'uopo aiutare il suocero, accordandogli il vantaggio di non essere condannato a più di *quantum facere potest*.

(112) *Studi Bonfante*, 2, 60: *Paulus: [-] (hoc verum est), etiam [-] si [-] dotem promissam gener a socero petit [-]*.

Queste parole di Pomponio ci portano a determinare induttivamente quale fosse l'insegnamento di Quinto Mucio. Il giurista repubblicano doveva evidentemente riferirsi al padre della moglie, il quale avesse promesso la dote al marito di lei, e doveva enunciare un principio che Pomponio trova esatto *solutato matrimonio*, ma che invece egli edulcora con l'ammissione del *beneficium competentiae manente matrimonio*: Quinto Mucio diceva dunque che il *socer* aveva ad essere condannato *in solidum* (113).

Il ragionamento induttivo non può portarci, ad ogni modo, sino alla ricostruzione completa, almeno dal punto di vista sostanziale, del testo di Quinto Mucio. Il Riccobono (114) ha opinato che le parole di Mucio fossero quelle stesse di Labeone in Ba, salva la limitazione dell'enunciato al caso del *socer*:

*si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari socerum qui promisit.*

Ma l'ipotesi è inaccettabile. Anche a non voler accogliere l'ardita, ma fragile tesi che l'eliminazione delle parole di Mucio in Bb siano il portato dell'abile strategia compilatoria di Triboniano (115), sta di fatto che nessun elemento sussiste per farci credere che il giurista repubblicano già avesse negli occhi, come fu più tardi per Labeone, le conseguenze non eque, in questo punto, dell'*ius civile* (116). E nemmeno è possibile affermare con sicurezza che Mucio enunciasse la regola positiva dell'*ius civile*, nel senso di insegnare:

*si de dote promissa agitur, socer in solidum condemnandus est.*

Io ritengo alquanto inverosimile persino che questo principio potesse essere, in periodo repubblicano, formulato in via generale, perchè il solo parlare di *socer*, anzichè di *promissor dotis* (chiunque esso potesse essere), implicherebbe che Mucio differenziasse,

(113) In questo senso, giustamente, il LENEL, *Pal.*, 2, tr. 281.

(114) *BIDR.*, 6, 129.

(115) *V. retro*, n. 5 B sub d). Per la critica di questa congettura v. *amplius infra*, n. 18.

(116) Vi è di più. Se Pomponio avesse trovato in Q. Mucio una frase del genere di quella ricostruita dal RICCOBONO, avrebbe scritto soltanto il primo periodo del suo commento, e non anche il secondo (*verum si manente rell.*); altrimenti egli si sarebbe scioccamente ripetuto. Nè è a dire che il secondo periodo di Bb è una glossa, perchè non sussistono elementi formali per il suo sospetto.

in sede di enunciazione generale, la ipotesi della *promissio dotis* proveniente dal *socer* da quella di promessa dotale derivante da altri (117). L'unica conclusione che ci è permesso rigorosamente di raggiungere è questa: a proposito di una ipotesi di *promissio dotis* fatta al marito dal *pater* della moglie, Quinto Mucio notava che, non appena seguito il matrimonio, il genero poteva convenire senz'altro per l'esatto adempimento della obbligazione il suocero. Pomponio, il quale si trovava a commentare questo insegnamento in un'epoca in cui il *beneficium competentiae* del *socer* era pacificamente ammesso, sentì il bisogno di precisarlo, notando che il marito poteva ben convenire il *socer* non appena il matrimonio fosse stato concluso, ma che non avrebbe potuto ottenerne la condanna, in tal caso e durante tutto il perdurare del vincolo matrimoniale, se non nell'*id quod facere posset* (118).

12. — Una critica tanto superficiale quanto persistentemente radicata ha voluto, sino ad oggi, trovare in Bc l'antitesi di Bb e portare quindi questo testo come esponente di una opinione (classica?, postclassica?), per cui il *beneficium competentiae* spettava al *socer* sia *manente*, che *soluto matrimonio* (119).

Paolo, commentando Sabino, dice che, se invece (*ex diverso*) il *socer* sia convenuto dal marito *ex promissione dotis*, è interrogativo abituale questo: se egli debba godere del medesimo be-

(117) Non ci è possibile aiutarci con la palinogenesi del testo classico, perchè la ricostruzione del LENEL cit., relativamente al libro 2 di Pomponio ad Q. Mucium, è quanto mai incerta.

(118) Il BESELER, *Studi Bonfante*, 21, 61 inferisce contro Bb, al punto da proporre la seguente ricostruzione: *si (rei uxoriae actione) [a socero] dos [ex promissione] petatur [non] [-] si [ex promissione] [-] petatur [-]*. Non credo opportuno ripetere tutti i motivi per cui la ricostruzione dianzi riportata è da qualificare ingiustificata. Noterò solo che essa è, in ogni caso, assurda, perchè usa il termine unico di *socer* sia per indicare il padre del marito (contro cui si agisca con l'*actio rei uxoriae*), che per intendere il padre della moglie (contro cui si agisca *ex promissione dotis*). È ammissibile che l'identico termine (*socer*) venga adoperato due volte di seguito per ambedue i concetti (v. infatti Bd e — *infra*, n. 12, *sub b*) — la palinogenesi di Bc), ma è insensato dire una sola volta *socer* ed aggiungere (come nella ricostruzione in esame) che egli ha il beneficio se si agisca contro di lui per la restituzione della dote e non l'ha se si agisca contro di lui per l'adempimento della *promissio*. La vantata stringatezza della lingua giuridica classica si trasformerebbe in ermeticità bella e buona!

(119) Basterà che mi riporti a tutte le opinioni, senza eccezione alcuna, sia della dottrina critica che di quella precritica, riportate *retro*, n. 5.

*neficium competentiae* (di cui gode il *pater* del marito, convenuto dalla moglie per la restituzione). Al che Nerazio e Proculo osservano che ciò risponde a giustizia.

Ora questo testo, formalmente del tutto ineccepibile (120), è proprio la prova provata del mio assunto: competere in diritto classico il *beneficium competentiae* al *socer* soltanto *manente matrimonio*. Il testo di Paolo pone la questione del *beneficium competentiae* del *socer* per il caso che questi sia convenuto *soluto matrimonio*. E valga il vero.

a) Bc appartiene al libro VII del commentario di Paolo ad *Sabinum*, e più precisamente ad un lungo titolo relativo alla richiesta della dote dopo l'avvenuto scioglimento del matrimonio: *soluto matrimonio quemadmodum petatur* (121). Questo notevole elemento sistematico di interpretazione deve avere tutto il suo peso nella valutazione del nostro testo, poichè ad esso può e deve farsi ricorso, qualora elementi più immediati di ermeneutica vengano a difettare. Ma in sè e per sè il frammento di Paolo si limita unicamente ad accennare ad una controversia circa la concedibilità o meno del *beneficium competentiae* e a ricordare i nomi di coloro che ebbero tendenza per la soluzione affermativa, mentre nessun cenno viene fatto di ciò, se la questione inerisce anche al tempo in cui il *beneficium* poteva essere fatto valere. Questa lacuna deve logicamente essere colmata dicendosi che il dibattito verteva sulla concedibilità del *beneficium competentiae* al *socer soluto matrimonio*.

b) La Palinogenesi dell'opera classica di Paolo ad *Sabinum*, corrobora e rafforza questa conclusione, dando a vedere come il nostro testo fosse in relazione di immediato contatto e dipendenza logica ed espositiva con un testo in cui si ragionava dell'esperimento del *beneficium competentiae* a matrimonio disciolto.

LENEL, *Pal.*, 1, 1776 (= D. 24. 3. 15. 1, 2 + D. eod. 17 pr. [Bc]).

(120) Il BESELER, *Studi Bonfante*, 2, 61 sostituisce *aequum ad iustum*, nè tale congettura — benchè non suffragata da alcuna giustificazione — presenta motivi di inverosimiglianza. Circa la aggiunta di *sed alio iure utitur*, parimenti proposta dal BESELER, mi esprimerò *infra* nel testo *sub b*). Va riferita l'opportuna nota del SOLAZZI, *Estinzione* cit., 219<sup>a</sup>: «Proculo è nominato dopo Nerazio, perchè la citazione è di seconda mano: Paolo ha consultato solamente i libri membranarum».

(121) Cfr. LENEL, *Pal.*, 1, 1273.

*Heredi mariti, licet in solidum condemnetur [compensationes] (retentiones) tamen quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas: morum vero coercionem non habet. socero quoque cum quo nurus [de dote] (rei uxoriae) agit, idem honor habetur, ut in id damnetur quod facere potest. ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur rell.*

Paolo parlava, dunque, del *beneficium competentiae* spettante al marito contro la moglie agente per il pagamento dei suoi crediti (122) e si riferiva, più specialmente, alla estensione di quel *beneficium* al *pater* del marito contro la moglie che lo convenisse con l'*actio rei uxoriae* per la restituzione. A questo proposito, in linea incidentale e quindi ancor più in dipendenza degli stessi presupposti (123), egli ricordava la questione relativa al *socer* del marito convenuto da costui *ex promissione dotis*. Ma presupposto dell'esperimento dell'*actio rei uxoriae* era l'avvenuto scioglimento del matrimonio (124).

L'unico risultato che si evince da Bc è dunque questo: che la scuola proculiana voleva andare più oltre nell'applicazione del *beneficium competentiae* del *socer* e riconoscerlo anche *soluti matrimonio*. Ma con ciò non solo viene escluso che il dissenso dottrinale classico vertesse sulla concedibilità o meno, in ogni tempo, della *condemnatio* limitata, bensì si riprova implicitamente che la piena unanimità esisteva in diritto classico di fronte alla elargizione del *beneficium* stesso *manente matrimonio*.

Quanto alla opinione «oltranzista» di Proculo e Nerazio, è da ritenere che essa non abbia valicato i confini della teoria, che cioè mai il *beneficium* sia stato concesso al *socer* dopo lo scioglimento del matrimonio, almeno in epoca classica (125). *Iustum esse* non può

(122) V. *retro*, n. 2 A.

(123) La sola lettura del contesto classico dà l'evidentissima impressione che è stato proprio il termine *socer*, in causa appunto della sua promiscuità di significato (padre del marito, padre della moglie), ad occasionare (e così pure in B4) il rapido accenno che invece il *socer* padre della moglie non ha, sempre *soluti matrimonio*, il beneficio.

(124) V. ancora *retro*, n. 6 A.

(125) L'ARNO, AG. 96, 149 pare ammettere che l'opinione di Proculo fosse puramente teorica; la tesi non sembra invece accettabile al SOLAZZI cit., 219<sup>a</sup>. Ambedue gli insegnamenti sono però viziati dal difetto di origine di credere

avere altro senso che quello di adombrare una opinione ed il *sed alio iure utimur*, che si legge in B4, ne sarà la piena conferma (126).

c) Non va tralasciato, da ultimo, che neanche la collocazione di Bc nel *Corpus iuris* è tale da giustificare l'opinione che in esso si parli del *beneficium competentiae* del *socer*, anziché del *beneficium competentiae* di lui *soluti matrimonio*. Anche il titolo 24. 3 dei Digesti si intitola *soluti matrimonio quemadmodum petatur* ed il fr. 16 di esso, con il quale Bc trovasi in immediato contatto, non rappresenta che un inciso, di provenienza non paolina, col quale i giustiniani hanno voluto meglio chiarire la sostanza della decisione del fr. 15. 1 (127).

13. — Anche B4 è un testo di Paolo, volto al commento dell'opera di Plautio, ed è rimarchevole come esso formi il perfetto corrispondente, nel suo contenuto, a quanto Paolo ha scritto nel commentario a Sabino.

Paul. 7 ad Sab.

... *socero quoque cum quo nurus rei uxoriae agit, idem honor habetur, ut in id damnetur quod facere potest.*

*ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc iustum esse.*

Paul. 6 ad Plaut.

*sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur.*

*an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest dammandus sit? Quod [et id] aequum esse videtur: se alio iure utimur, ut et Neratius scribit.*

Il confronto fra i due testi dimostra che Paolo, nell'opera ad *Plautium*, ha ripetuto, abbreviandolo, il commento ad *Sabinum*,

che la affermazione proculiana si riferisce a tutto il *beneficium*, contrapponendosi ad una negativa della ammissibilità di esso in qualunque caso. Dato invece che la giurisprudenza classica era perfettamente d'accordo circa la concessione del *beneficium manente matrimonio*, e dato che una valida giustificazione dommatica risulta mancare, nel sistema del diritto classico, a pro' della concessione del *beneficium soluti matrimonio*, può ben ammettersi che l'opinione proculiana si sia limitata ad essere una formulazione teorica.

(126) Non occorre, a confermare la mia tesi, accettare l'aggiunta di *sed alio iure utimur* a Bc, proposta dal BESELER (*v. retro*, nota 120). Ritengo tuttavia probabile la congettura: v. *infra*, n. 16 C, ove trovasi la mia ricostruzione di Bc.

(127) Pomp., 16 Sab.: *quia parentis locum socer optinet.*

che aveva probabilmente sott'occhio. Il testo *ad Plautium* specifica e chiarisce, anzi, il carattere puramente teorico dell'opinione oltranzista dei procleiani (128). Spendere altre parole per difendere una interpretazione evidente di per sè stessa, anche se sino ad oggi non ancora fatta, è ormai, a mio parere, inutile (129).

Il sistema classico resta scolpito nei testi come noi, sulla base della analisi dommatica preliminare, ce lo aspettavamo: spetta il *beneficium competentiae* al *socer* avverso il marito agente *ex promissione dotis* soltanto in costanza del vincolo di affinità, cioè *manente matrimonio*. L'opinione procleiana — o, più precisamente, di Proculo e Nerazio — della concedibilità in ogni epoca non ebbe fortuna se non presso l'oscuro commentatore postclassico di Ba (130-131).

14. — L'analisi dei testi a nostra disposizione dimostra che la posizione della moglie di fronte al marito agente *ex promissione*

(128) Il RICCIBONO BIDR6, 126 s. ritiene interpolato dai compilatori *sed alio iure utimur*, ma l'ipotesi è del tutto gratuita. Il KÜGER opina, invece, che le parole terminali del testo vadano invertite così: *ut et Neratius scribit: sed alio iure utimur*, ma anche questa congettura è gratuita. L'unica deduzione fondata è, invece, che Proculo e Nerazio non facessero mistero del carattere puramente teorico della loro opinione e che, probabilmente, un analogo *sed alio iure nos uti* (susseguente all'annunciazione della tesi procleiana) sia stato cancellato in Bc: v. *infra*, n. 17 B.

(129) BESELER, *Studi Bonfante*, 2, 61, propone quest'altra ricostruzione di Bd: — *(agi debet) [ut-damnetur] — quod [et id]* —.

(130) A cagione della ben diversa concezione dommatica dell'*adfinitas*, che egli, come figlio del suo tempo, dovette avere: v. *retro*, n. 7 B.

(131) Al lume di queste conclusioni possiamo finalmente spiegarci la genesi della tenebrosa glossa *maxime si constante matrimonio petat*, che si legge in Ab. Abbiamo visto (*retro*, nota 36) che, in quel testo, un lettore postclassico si è preoccupato di concentrare e di esaltare, per così dire, la sostanza dell'insegnamento paolino, che era questa: come il creditore del delegante non può vedersi opporre il *beneficium competentiae* dal delegato *donaturus*, così il marito non deve sopportare il *beneficium competentiae* dell'*extraneus donaturus*. Qui evidentemente l'annotatore postclassico di Paolo ha ricordato l'unico caso in cui il marito può invece essere intralciato nella sua azione *ex promissione dotis*, e cioè il caso che egli agisca contro un affine *manente matrimonio*. Ed è stato probabilmente perciò che egli, quasi per reazione, ha voluto rimarcare che soprattutto durante il matrimonio non è concesso all'*extraneus* di esercitare il beneficio, in quanto che è principio unanimemente riconosciuto che la *condemnatio* limitata spetti, durante tale periodo, unicamente agli affini

*dotis* fu — in forza dell'identico criterio animatore della *adfinitas* — perfettamente analoga a quella del *socer*, almeno in diritto classico. Nel diritto postclassico, invece, mentre la giurisprudenza relativa al caso del *socer* rimaneva sostanzialmente immutata, pur presentando una accentuata tendenza verso la concessione del beneficio anche *soluta matrimonio*, l'ipotesi della *mulier* promittente venne assumendo una posizione indipendente rispetto al criterio della *adfinitas* e subì un suo particolare svolgimento, determinato dal nuovo criterio, tipicamente decadente, della *mutua reverentia* fra coniugi.

Le tracce di questa interessante evoluzione si lasciano sorprendere di leggieri nell'unico testo che riguarda direttamente la nostra questione, cioè in Ca.

Paolo, continuando il discorso di Bc (132), osserva che, anche nel caso in cui il marito agisca contro la moglie *ex promissione dotis*, si è venuto affermando il principio (*magis placuit*) che essa debba essere difesa da un'eccezione. Tale sarebbe anche l'opinione di Proculo; ed invero, pur essendo l'obbligazione della moglie di natura civile, l'eccezione le va concessa, perchè essa è consociata (*socia*) del marito.

Basta uno sguardo al contenuto di questo frammento perchè ci si convinca che esso è stato interpolato a piene mani. Vero è che esso non contrasta in maniera decisa con Bc, nel senso che non afferma recisamente la spettanza di un *beneficium competentiae soluto matrimonio* alla *mulier*, ma esso è tuttavia indice notevole della singolare tendenza della giurisprudenza postclassica (*magis placuit!*) a fare *ius conditum* della opinione procleiana, almeno rispetto alla moglie. Ed i motivi della tendenza postclassica sono ben chiaramente visibili nella ultima frase di Ca: « il paragone della moglie con una socia è una idea cristiana, che torna in C. 9. 22. 4 pr. e nella celebre definizione del matrimonio attribuita da D. 23. 2. 1 a Modestino » (133).

Ora, checché si voglia pensare di Ca, una conclusione preliminare bisogna trarre fin d'ora. Questo testo, per il solo fatto di porre la questione della spettanza della *condemnatio* limitata alla moglie anche *soluta matrimonio*, dà implicitamente per ammessa

(132) V. *retro*, n. 12.

(133) SOLAZZI, *Estinzione* cit., 204<sup>1</sup>.

la concessione alla stessa del *beneficium competentiae manente matrimonio* (134).

Quanto alla genuinità di Ca, bisogna notare che esso presta il fianco a numerose ed importanti critiche. Spurio è di certo il costrutto *magis placuit defendendam eam per exceptionem*. Il Solazzi (135) si è limitato a giudicare insitico solo il *per exceptionem*: il *beneficium competentiae* non è una *exceptio* nè può essere, classicamente, definito in tal modo, ed inoltre « il giurista nel fr. 15. 2 scrive: *idem honor habetur*, nel fr. 17 pr. *idem honor habendus sit*; chiama *honor* quel beneficio che non può indicare col termine processuale *exceptio* ». Ma giustamente ha appuntato il Beseler (136) (pur senza fornire motivazione) la classicità di tutta la frase: *magis placuit* non è espressione classica, ma è la locuzione di un commentatore postclassico (se non proprio dei compilatori) per alludere ad un mutamento di giurisprudenza rispetto alla moglie, avvenuto per considerazioni particolari (137). E che si tratti piuttosto di un lettore pregiustiniano, che non di Triboniano, parmi risultare dalla susseguente menzione di Proculo, che i compilatori avrebbero piuttosto cancellata. Non è necessario soffermarci sulla frase *sicuti rell.* dopo la critica acuta ed esauriente che ne è stata fatta dal Solazzi (138).

Io ritengo, in conclusione, che Ca esprimesse, nel suo testo originario, puramente e semplicemente ciò: che la scuola proculiana riteneva giusta la concessione del *beneficium competentiae soluto matrimonio* anche alla moglie. Non era questa la *sedes materiae*, rispetto al *beneficium competentiae del promissor*, ma Paolo era stato indotto a ricordare l'opinione proculiana dalla menzione del beneficio del suocero (padre del marito) avverso la moglie agente con l'*actio rei uxoriae*. Dopo aver accennato all'o-

(134) Col che resta dimostrato che il trattamento della *mulier* in ordine al *beneficium competentiae* era perfettamente analogo a quello del *socer* e che quindi lo stesso fondamento giuridico, l'*ad finitas*, determinava il regolamento di ambo le ipotesi. La illazione già fatta (*retro*, n. 4 A, *sub b*), che tutti gli affini avessero — di fronte al marito agente *ex promissione dotis* — il medesimo beneficio della *condemnatio* limitata, viene a godere, quindi, di una invidiabile conferma testuale.

(135) *Estinzione cit.*

(136) *Studi Bonfante*, 2, 61.

(137) Se l'inquinamento del passo fosse triboniano, è da credere che esso, oltre tutto, avrebbe un carattere molto più deciso, o, per dir così, normativo.

(138) *Estinzione cit.*

pinione di Proculo e Nerazio rispetto al *socer* (padre della moglie) convenuto *ex promissione dotis*, egli, per debito di completezza, aveva voluto far menzione del fatto che l'opinione proculiana era, naturalmente, la stessa anche nei riguardi della *mulier* (139). Ed è probabile che il suo dire, in continuazione delle parole che leggiamo in *Be*, fosse questo:

(*idem dicendum esse*) [—] *si mulier ex promissione dotis conveniatur* [—] *Proculus ait.* [—]

Tutto il frammento paolino, ricostruito in LENEL, *Pal.*, 1. 1776, è stato indubbiamente letto con attenzione dai compilatori, i quali lo hanno spezzato in due ed hanno accuratamente interpolato la prima parte di esso (D. 24.3. 15) (140). Rifuggo tuttavia dal credere che proprio dai compilatori sia stato alterato Ca: se è infatti ammissibile che il rigoroso significato classico del termine *exceptio* potesse sfuggire a questo o a quel lettore postclassico dell'opera di Paolo, mi pare azzardato supporre che lo stesso potesse capitare, ed in una maniera così marchiana, ai membri della commissione giustiniana, i quali erano, alla fin de' conti, non gli ultimi fra i giuristi del loro tempo (141).

15. — Il processo evolutivo che influì sull'inquinamento postclassico di Ca è, come ho detto (142), del tutto indipendente dall'ordine di considerazioni che indussero alla concessione del beneficio, *manente matrimonio*, alla moglie da parte dei giuristi classici. Bisogna rifarsi, per rendersene conto, alla concezione del matri-

(139) Anche questo rilievo potrebbe servire — se pur fosse necessario — a confermare la perfetta identità di fondamento, e quindi di regolamento, delle due ipotesi nel diritto classico.

(140) Vedila riportata, con le necessarie correzioni, *retro*, n. 12, *sub b*), nella palinogenesi dell'intero frammento paolino. Cfr., per la critica del passo, *Index interp. sht.*. Che la mano di Triboniano, e proprio di lui, si sia posata su D. 24. 3. 15. è reso evidentissimo, sol che si guardi alla tipica interpolazione dell'*actio de dote* in luogo dell'*azione rei uxoriae*.

(141) Sta di fatto che il *beneficium competentiae* era fra gli istituti che meno si prestavano alla designazione mediante il termine *exceptio*. Ora, non solamente Triboniano era troppo buon giurista per abbandonarsi a questa inconsulta terminologia, ma egli era inoltre dominato, nel trattamento dei testi classici, da quell'ossequio verso l'antico diritto e le sue forme, che è stato sì bene posto in luce (pur con formulazioni, forse, troppo drastiche) dal PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in *Studi Bonfante*, 1. 549 s..

(142) *V. retro*, n. 6 A.

monio come istituto bilaterale, cui già si abbandonò il tardo diritto classico e che venne soprattutto esaltata nel diritto postclassico, sotto l'influenza precipua del Cristianesimo. Vi ha tutta una progressione, in quest'epoca, di riconoscimento del carattere paritetico delle posizioni dei coniugi nei rapporti reciproci ed è in essa che si inserisce la concessione del *beneficium competentiae ex omni contractu* avverso il marito, che un passo spurio della compilazione, attribuito a Modestino, introduce come corrispondente del beneficio spettante al marito verso la moglie agente con l'*actio rei uxoriae* (143). Giustamente riporta questa applicazione lo Zanzucchi (144) al concetto postclassico della *mutua reverentia* fra coniugi, da lui esaurientemente studiato.

È dunque soltanto nei riguardi della moglie che il *beneficium competentiae* si disancora, nel diritto postclassico, dal presupposto concreto della *promissio dotis*, nonché dal criterio equitativo dell'*adfinitas*, per estendersi, in base al criterio nuovo della *mutua reverentia*, anche al tempo posteriore allo scioglimento del matrimonio, in ordine alle obbligazioni sorte a carico della moglie da qualsivoglia negozio non illecito.

### III.

SOMMARIO. — Conclusioni storiche: 16. Diritto classico. — 17. Evoluzione postclassica sino a Giustiniano. — 18. Diritto giustiniano. — 19. Diritto postgiustiniano.

16. — Se ora riesaminiamo rapidamente i risultati della indagine critica, al fine di una più esatta ricostruzione storica di assieme, possiamo fissare le seguenti, non inutili considerazioni.

A) La nascita della questione circa il *beneficium competentiae* del *promissor dotis* deve attribuirsi — allo stato delle nostre fonti — a Labeone, fondatore della scuola proculiana: è egli infatti il primo, che, come ho già notato (145), chiaramente rilevi come lo *ius civile*, non ammetta il *beneficium*. L'ipotesi dell'Arnò (146), che cioè possa risalirsi più oltre nel tempo, ricollegando la *n e g a z i o n e*

(143) D. 42, 1, 20 *ltp.*, su cui *retro*, nota 76.

(144) RISG, 47 (1910) 273 s.; v. anche *retro*, nota 81.

(145) V. *retro*, n. 4 A.

(146) V. *retro*, n. 5 B *sub a*).

del beneficio a Quinto Mucio, non è suffragata nè da prove, nè da indizi sufficienti: come si è visto, nulla di sicuro può dirsi circa il tenore e la importanza della affermazione di Mucio, che viene commentata da Pomponio in Bb (147). Di fronte a queste conclusioni cade pur anche la opportunità di valutare più attentamente i testi adottati dall'Arnò, a sostegno della tesi che la presunta scuola serviana, ammettesse, contro i muciani, la concedibilità del *beneficium competentiae* (148). Sta di fatto che la giurisprudenza repubblicana non pare essersi preoccupata della nostra questione, la quale sorse soltanto con la giurisprudenza imperiale (149).

B) Non ritengo, tuttavia, che una divergenza di scuole possa essere sorta, posteriormente a Labeone, fra Sabiniani e Proculiani circa la concedibilità del *beneficium condemnationis* al *promissor dotis*. Labeone espresse, rilevò, in questo punto, la lacuna dell'*ius civile*, ma tutta la giurisprudenza — a prescindere da ogni tendenza di scuole — dovette essere perfettamente d'accordo sul fondamento della soluzione: nessun beneficio in nessun caso all'*extraneus*, beneficio agli affini (cioè, precipuamente, al *socer* e

(147) V. *retro*, n. 11.

(148) Cfr. AG 96, 151 s. L'ARNÒ argomenta soprattutto da:

D. 24. 3. 32 (Iul. 2 ad Urs. Fer.): *Si prior maritus posteriori dotis nomine tanquam debitor mulieris dotem promiserit, non plus quam in id quod facere possit dotis futurum esse.*

« Ben a più forte ragione — asserisce l'ARNÒ (152) — per Giuliano il beneficio ha luogo tra suocero e genero nei rapporti derivanti dalla costituzione della dote, se Giuliano fa godere del beneficio stesso il primo marito della moglie che sia tuttavia debitor verso la donna a titolo di dote ed abbia al secondo marito di essa promessa la dote ». Ma l'equivoco è chiaro. Siamo — nel caso enunciato dal nostro frammento — in tema di restituzione della dote da parte del marito, caso che anche in ordine alla concedibilità del *beneficium competentiae* ha, come ben sappiamo, un trattamento tutto diverso da quello della costituzione della dote. La decisione di Giuliano è profondamente equa: dato che il primo marito, per il fatto di dover restituire la dote, gode del *beneficium competentiae*, sarebbe iniquo negarglielo quando la restituzione venga effettuata da lui, *tanquam debitor mulieris*, mediante una restituzione al primo marito. Non credo sia il caso di soffermarci sugli altri testi adottati dall'ARNÒ per dar prova generica della « tendenza dei corifei della scuola serviana ».

(149) Una conferma ne è il carattere non editale della applicazione. Ciò fa indurre che essa sia sorta in quell'epoca di massimo fiorimento della giurisprudenza che è il periodo del principato. È presumibile che, se l'applicazione fosse sorta ancora nell'epoca repubblicana, se ne sarebbero conservate tracce nell'editto, non ancora divenuto tratticio.

alla *mulier* *manente adfinitate*. Tant'è vero che Paolo, commentando Sabino in Bc e Ca, e discutendo la questione della ammissione al *beneficium competentiae* anche *solutum matrimonio*, presuppone chiaramente come ovvia la concessione del beneficio *manente matrimonio* (150).

C) La questione (151) sorse, nella giurisprudenza classica, fra Proculiani e Sabiniani, in merito ad un punto ulteriore: se il beneficio dovesse darsi al *socer* ed alla *mulier* anche *solutum matrimonio*. Paolo ci testimonia, invero, in ben tre testi (Bc, Bd, Ca, itp.) (152) l'opinione oltranzista di Proculo e Nerazio, benchè risulti, in ispecie dall'esame congiuntivo dei medesimi testi, che la dottrina proculiana fu espressa in linea di pura teoria, nè ebbe riflessi pratici. — Quale fu il fondamento della dottrina proculiana? Pensare che già Proculo e Nerazio avessero in occhio la costruzione del matrimonio come istituto squisitamente bilaterale, produttivo di diritti e doveri reciproci fra i coniugi, sarebbe quanto mai assurdo, nè potrebbe comunque valere a giustificare, dal punto di vista della classica *aequitas praetoris*, l'opinione di una concessione del *beneficium competentiae solutum matrimonio* anche alla moglie: ed invero, mentre l'obbligo di restituzione della dote da parte del marito sorgeva, *solutum matrimonio*, dallo scioglimento del medesimo, l'obbligo di adempimento della promessa dotale da parte della moglie sorgeva prima dello scioglimento del matrimonio da una stipulazione, sì che sarebbe stato del tutto iniquo, data la loro eterogeneità, accomunarli. Io credo piuttosto che il vero fondamento della opinione proculiana sia stato in una concezione dei riflessi dell'*adfinitas*, sensibilmente più largheggiante di quella professata rigorosamente dai Sabiniani. Tutta la giurisprudenza classica si accordò — è bene ripeterlo — nel ritenere che il vincolo dell'*adfinitas*, sorto per causa del matrimonio, restava legato alla vita di esso, nel senso che veniva senz'altro ad estinguersi con il loro scioglimento (153), tuttavia è probabile che

(150) V. *retro*, nn. 12 e 13. Cadono, in virtù di questo risultato, tutte quelle teorie che imbastiscono un contrasto di scuole classiche, come imperniato sul radicale dilemma «*to be or no to be*». Che il *beneficium competentiae* spettasse *manente matrimonio* agli affini, era invece fuor di questione.

(151) Ma il termine è improprio, trattandosi — come ognuno può vedere — di una lievissima divergenza di sfumature.

(152) V. *retro*, rispettivamente, nn. 12, 13, 14.

(153) V. *retro*, n. 6 C. e 7.

una diversità di tendenze, sia pure in sede teorica, si sia manifestata fra i giuristi delle due scuole circa i casi di ultrattività da riconoscere all'*adfinitas*. Può darsi, nè credo di discostarmi troppo dal vero, che al criterio rigidamente restrittivo, seguito in questa materia dai sabiniani, Proculo e la sua scuola abbiano opposto delle considerazioni meno rigorose, di questo genere: non sarebbe male riconoscere efficacia ultrattiva all'*adfinitas* in ogni caso in cui l'avvenuto matrimonio può ritornare in considerazione (154). E fu forse perciò che essi, pur riconoscendone la inammissibilità *de iure condito*, si mostrarono inclini alla soluzione di concedere il *beneficium competentiae* al *socer* e alla *mulier* anche *solutum matrimonio* per la ragione che la possibilità di agire *ex promissione dotis* non era nata per il marito a seguito dello scioglimento del connubio, ma prima, *manente matrimonio*.

In ogni caso, basterà ritornare, solo per un momento, a confrontare Bc con Bd, perchè ci si convinca quale possa e debba essere l'unica restituzione del dettato classico di Bc.

Bd (Paul. 6 ad Plaut.)

... an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest damnandus sit? Quod [et id] aequum esse videtur: sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit.

Bc (Paul. 7 ad Sab.)

Ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc iustum esse (sed alio iure nos uti).

Tutto ci invita a credere che il commento di Paolo ad *Plautium* sia stato ricavato da quello, più diffuso, di Paolo ad *Sabinum*: logica e necessaria congettura è, per conseguenza, che il *sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit* di Bd sia interamente derivato da un analogo insegnamento contenuto nel testo classico di Bc. Ergo la citazione di Nerazio e Proculo, fatta in Bc, non si limi-

(154) Io congetturo quindi — ma con ogni riserva — una tendenza restrittiva dei Sabiniani ed una tendenza largheggiante dei Proculiani in ordine alla efficacia ultrattiva (*solutum matrimonio*) della *adfinitas*: il che coincide con il carattere tradizionalmente attribuito alle due scuole ed ai rispettivi indirizzi dottrinali (cfr. ARANGIO RUZZI, *Storia del dir. rom.*, 263 s.). I Sabiniani intesero l'ultrattività della *adfinitas* come «eccezione»: ed era sommaramente giusto. I Proculiani invece non disdegnarono di auspicarla, entro certi limiti, come «regola».

tava all'*hoc iustum esse*, ma evidentemente continuava con un *sed alio iure nos uti*, posteriormente cancellato.

17. — Un ruolo importante è sostenuto, nella nostra questione, dal lungo ed oscuro periodo postclassico, anteriore alla codificazione giustiniana. Le soluzioni classiche ebbero tutte, in questo periodo, storture più o meno notevoli e la unità di criterio, che aveva dominato l'atteggiamento classico, disparve, col degenerare del concetto dell'*aequitas*.

A) Circa l'ipotesi dell'*extraneus promissor*, è in epoca pregiustiniana che avviene la alterazione di Ac, con la conseguente ammissione del *beneficium condemnationis* per l'*extraneus donaturus* (155) e non è affatto impossibile che decisioni consimili siano state prese, in altre occasioni, dai giuristi del tempo; ma fondamentalmente rimase ferma la negativa classica, se è vero che Aa ed Ab, sebbene siano stati così notevolmente ritoccati da mano postclassica, non hanno subito tuttavia modificazioni ispirate alla considerazione dell'*extraneus donaturus* (156).

B) Circa la ipotesi del padre e degli ascendenti paterni della moglie, è indubbio che la vecchia opinione proculciana ha trovato favore nel diritto postclassico: le alterazioni di Ba lo fanno chiaramente capire (157). È da credere, peraltro, che i lettori postclassici abbiano ammesso il *beneficium competentiae* del *socer* anche *solutum matrimonio*, non in considerazione di una certa maggiore ampiezza di applicazioni ultrattive da conferirsi al concetto dell'*adfinitas*, bensì in vista della evoluzione sostanziale stessa, subita da questo concetto, verso la parentela vera e propria (158). L'influsso diretto della tesi proculciana si vede ancora nelle inquinazioni di Ba, ma è probabile che una vera e propria identificazione concettuale dell'*adfinitas* con la *cognatio* abbia influito sul trattamento subito in epoca postclassica dal brano di Paolo formato da Bc e da Ca (LENEL, *Pal.* I. fr. 1776 (159)): ben è vero che Bc ha sempre in sé il carattere di una opinione teorica, ma è possibile che tal carattere fosse rinforzato da un *sed alio iure nos uti* analogo a

(155) Cfr. lo scritto citato *retro* nota 7.

(156) V. *retro*, nota 7.

(157) V. *retro*, nn. 9 e 10.

(158) Per qualche cenno sui caratteri di questa evoluzione, v. *retro*, n. 7 B.

(159) V. *retro*, rispettivamente, nn. 12 e 14.

quello di Bd (160), espressione che è stata forse artatamente cancellata dal lettore stesso che ha inquinato largamente il seguito della frase paolina, e cioè Ca. In ogni caso, il fatto che Ca ammette pienamente, per virtù delle alterazioni, il beneficio della moglie in ogni epoca, ed il fatto che il commentatore postclassico abbia aperto questa dichiarazione con un *item*, significa che appunto quel commentatore postclassico non dubitava di ciò, che il *socer* fosse, *manente atque soluto matrimonio*, beneficiario nei riguardi del marito (161).

C) Il *beneficium competentiae* della moglie assunse, comunque, nel periodo postclassico, un andamento a sé, determinato dalla nuova concezione della bilateralità dell'istituto coniugale e della conseguente *mutua reverentia* che doveva esistere fra i coniugi. L'inquinamento di Ca si rivela con tutta evidenza il primo gradino di quella evoluzione che doveva portare all'ammissione del *beneficium competentiae* della moglie *ex omni contractu* (162).

18. — Che il diritto giustiniano non si sia occupato *ex professo* della nostra questione, pare oramai evidentissimo. Nessuno sforzo si nota nella compilazione di convogliare ed unificare in un'unica direzione i vari rivoli in cui si era scissa la dottrina classica nell'epoca della decadenza (163). Infondata è, in particolare, l'ipotesi del Riccobono circa il *beneficium* del *socer* (164): 1) perchè la sua interpretazione dei testi non coglie, come omai sappiamo, il vero; 2) perchè, anche a voler correggere quella interpretazione e spostare il dissenso testuale all'epoca postclassica (a causa della varietà di trattamento subita dai testi classici), rimane improbabile l'ipotesi di un processo alchimistico operato dai compilatori (165). La più piena e desolante contraddizione si nota, nel *Corpus iuris*, fra i nostri testi, anche se nella stessa massa compi-

(160) V. *retro*, n. 16 C.

(161) Non è da escludersi che sia stato qui l'inizio del secolare equivoco circa la concedibilità o meno del beneficio, che abbiamo tentato di dissipare con questo scritto. È ben possibile che la causa della confusione sia lo scolio dell'Enantiofene alla *summa* greca di D. 23. 3. 84, scolio riportato *infra*, n. 19.

(162) V. *retro*, nn. 14 e 15.

(163) V. *retro*, n. 4 B.

(164) Riportata *retro* n. 5 B sub d).

(165) Del resto l'ipotesi del Riccobono era alquanto inverosimile (se pur veramente ingegnosa), già sulla base dei presupposti da lui ritenuti veri.

l'atoria (166). Giova quindi abbandonare, come inutile, ogni discussione su questo punto.

19. — Il diritto postgiustiniano, eliminata la *mulier* dall'ambito della questione circa il *beneficium competentiae* del *promissor dotis* (167), eresse a suo testo fondamentale Aa-Ba. Il notevole numero di scolii apposti a B. 29. 1. 79 (H. 3. 426), che è la *summa* greca di Aa-Ba, conferma l'importanza fondamentale di questo frammento nel sistema postgiustiniano. Ed è appunto in calce ad esso che si legge lo scolio dell'Enantiofane, come sempre solerte nell'armonizzare alla meglio le divergenze fra i testi del *Corpus iuris*:

Sch. 1) ... τοῦτο δὲ νόησον, ἔνθα μὴ κατὰ φιλοτιμίαν χρεωστῶν ὁ ἔξωτικός ἐπιρωτήθη προῖκα παρασχῆν ἕπερ τῆς γυναικός. ἔγνωσ γὰρ ἐν τῷ λγ' διγέσθ. τοῦ παρόντος τίτ. ὅτι ὁ κατὰ φιλοτιμίαν ἐπερωτώμενος προῖκα *in quantum facere potest* καταδικάζεται.

Ma è soprattutto notevole, per questo periodo, la formulazione di regola, che la *summa* dell'Anonimo dà al contenuto di Aa-Ba.

B. 29. 1. 79 (H. 3. 426) Ὁ μὲν ἔξωτικός ἐπαγγελάμενος προῖκα εἰς τέλειον καταδικάζεται· ὁ δὲ πενδερὸς συνεστώτος μὲν τοῦ γάμου μέχρις εὐπορίας· μετὰ δὲ λύσιν ἔκ τῆς αἰτίας καὶ τοῦ προζώπου τοῦτο τὸ δίκαιον ἔχει· τί γὰρ, ὅτι γινώσκων, μὴ εὐπορεῖν, τὸν γαμβρὸν ἠπάτησεν;

(166) V. già *retro*, n. 4 A sub a) e b). Basta confrontar, per il resto, lo specchio della collocazione dei nostri testi (riportato *retro* n. 4 B), assegnando a ciascuno di essi il suo vero valore nel sistema postclassico (correggendo, quindi, la interpretazione di Bc e Bd).

(167) Ad essa, infatti, venne comunemente riconosciuto il beneficio reciproco di quello del marito: v. *retro*, n. 15.

## APPENDICE

SUL CARATTERE DI ESPPLICITAZZA DELLA CAUSA DOTIS  
NELLA DOTIS PROMISSIO:

Come abbiamo visto (n. 4 A sub a), uno dei punti oscuri della questione circa il *beneficium competentiae* del *promissor dotis* è se tal beneficio competesse contro il marito soltanto a matrimonio avvenuto, oppure anche prima, qualora naturalmente la *dotis promissio* fosse stata anteriore alla conclusione del matrimonio. A parte la dimostrazione, ormai data, della piena dipendenza del nostro beneficio dal legame della *adfinitas*, legame intercorrente unicamente fra i coniugi e fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro (cfr. n. 7), va rilevato qui che in ogni caso l'azione del marito *ex promissione dotis* non poteva essere esperita prima della conclusione del matrimonio. Ed invero la *dotis promissio* doveva contenere la esplicita menzione della *causa dotis*, sì che l'esecuzione di essa non poteva essere pretesa, se il matrimonio non fosse ancora avvenuto.

La dottrina di gran lunga dominante ritiene ancora che il costituente la dote non dovesse far menzione della causa della costituzione, neanche nella promessa di dote. Basti confrontare in proposito BECHMANN, *Röm. Doctr.* 2. 132 s.; CZYHLARZ, *Röm. Doctr.* 95<sup>15</sup>; SALPIUS, *Novation und Delegation* 124 s., 279; SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation* 449<sup>15</sup>; EISELE, *ZSS.* 30. 130; LAURIA, *Dote romana* cit., 22.

All'indirizzo prevalente ha reagito tuttavia il KOSCHAKER, [*Festschrift Hanau* 120], alle cui considerazioni sento di dover fondamentalmente aderire.

In effetti, dato il carattere non classico della regola che la *stipulatio* ammette condizioni tacite (v. la dimostrazione in RICCOBONO, *ZSS* 43. 352 s., *Corso di dir. rom.* 1935 [Stipulationes, Contractus, Pacta] 402 s.), delle due l'una: o credere che il marito potesse esigere, anche prima delle nozze ed indipendentemente da esse la prestazione degli oggetti dotali, o ritenere — appunto con il KOSCHAKER — che la indicazione esplicita della *causa dotis* si conteneva nella formula della *dotis promissio* (e a maggior ragione della *dotis dictio*). Ma la prima ipotesi è, quanto meno, da provare rigorosamente e cozza fatalmente contro il dettato genuino di:

D. 23. 3. 80 (Javol. 6 ex poster. Labeonis): *Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futuram ait Labeo. [falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.]*

L'interpolazione del periodo terminale è stata ampiamente provata dal VASALLI [*BIDR* 27. 225] e dal KADEN [*ZSS* 45. 173 s.] (altre indicazioni nel-

*l'Index interp.* 2. 62) ed il parallelo con l'emblematico D. 23. 3. 83 non fa che confermare l'alterazione. Il riferimento originario del frammento alla *dotis dictio*, sostenuto dal GIDE [*Études sur la novation* 391<sup>2</sup>] (cfr. anche BERTOLINI, *Appunti didattici di dir. rom.*, serie II, 1. 34), è stato a sua volta giustamente respinto dal BERGER, *Dotis dictio* in *Anz. der Akad. der Wissenschaft in Krakau*, 1910, estr. 79] (ma v. anche la ritrattazione, non motivata, di questo autore in BIDR 49. 109<sup>4</sup>). Ora, se la *stipulatio* novatoria non può intaccare, prima che siano effettivamente seguite le nozze, l'obbligazione del *debitor mulieris*, ciò significa che nella sua formula è e deve essere contenuta la clausola e splicità di riferimento alla dote. Supporre, con il KADEN [cit. 173<sup>3</sup>], che il testo classico contenesse la menzione di una condizione espressa (*— sponso < sub condicione, si nuptiae secutae fuerint > —*) è non soltanto « non necessario » (come rileva il KOSCHAKER cit., 120), ma, a mio credere, addirittura erroneo: le interpolazioni privative erano fatte dai compilatori per motivi molto più solidi che non, nel nostro caso, « weil sie (la condizione espressa) nach ihrer Anschauung durchaus selbstverständlich war ». Si aggiunga che la alterazione del fr. 80 (contrariamente a quel che afferma il KADEN, cit. 174, e che par ritenere anche il KOSCHAKER) certamente non giustiniana, ma pregiustiniana: 1) perchè *falsum est rell.* ha l'evidente carattere di una nota marginale da parte di chi, leggendo una affermazione contraria a qualche corrente del suo tempo (che doveva essere già nel senso del riconoscimento di efficacia alla condizione sospensiva), manifestò in margine (non senza imbrogliarsi con la terminologia: v. KADEN, cit., 174) il suo aperto dissenso; 2) perchè il fr. 83, con la sua completa elaborazione della glossa e con la organica incorporazione di essa nel testo classico (« *si debitor mulieris dotem sponso promiserit, [non] posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere [quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est]* »), dimostra inequivocabilmente che qui e solo qui operò Triboniano, affatto più occupandosi dell'originale glossato, il quale dovette entrare nel tit. 23. 3 per un errore materiale di impaginazione. — [Una più ampia dimostrazione esorbita dai limiti di questa nota: v. per i vari tentativi di chiarimento della geminazione delle 11. 80 e 83, BLUHME, *Zeitschr. für geschichtl. RWiss.* 4. 220 s.; PERNICE, *Labeo*, 1. 79 s.; KRÖGER P., *Herstellung der Digesten* 180<sup>4</sup>; BERGER, BIDR 49. 109<sup>4</sup>. La critica testuale smentisce tuttavia a priori tutti coloro — ed in questo senso è anche CHIAZZESE, *Confronti testuali in Annali Sem. giur. Palermo*, 16 (1931) 187 — che credono di vedere in « *falsum est rell.* » del fr. 80, una annotazione classica di Giavoleno a Labeone, la quale è stata poi fusa dai compilatori col testo labeoniano nel fr. 83. — Notevole è invece che autori moderni, accettando pienamente la critica di « *falsum est rell.* » del fr. 80, insistono sulla tesi della interpolazione giustiniana. Così il BESELER, *Juristische Miniaturen* 110<sup>4</sup> giudica il periodo spurio « ein noch ungeschliffener vorläufiger Entwurf der byzantinischen Gesetzgebungskommission », che ci permette di vedere « die Kompilatoren bei ihrer Arbeit », e il SONTIS, *Digestensumme des Anonymus* 124, accettando la spiegazione del BESELER, aggiunge la citazione di B. 29. 1. 76 (H. 3. 425), testo che « enthält nur die kompilatorische Anschauung ». Ma la citazione della *summa* dei Basilici non ha valore probatorio per questa tesi: 1) perchè è logico che l'Anonimo, nella identità sostanziale dei fr. 80 e 83, si sia limitato a tradurre e ad epitomare soltanto il secondo; 2) perchè l'Anonimo, anche se si fosse tro-

vato di fronte al solo fr. 80, non avrebbe potuto epitomarlo diversamente da come ha fatto; 3) perchè la stessa tesi del SONTIS — che la *summa* dell'Anonimo sia una epitome postgiustiniana, per la quale l'autore non ha fatto mai ricorso a traduzioni greche pregiustiniane delle opere dei giuristi classici — non appare riuscita: v. GUARINO, SDHI 5. 273 s. È possibilissimo, invece, che il testo classico, alterato in periodo postclassico, sia stato epitomato insieme con la glossa da uno studioso greco pregiustiniano, poi sfruttato per la *summa* dell'Anonimo. Il vero lavoro della commissione giustiniana è consistito nel fondere più organicamente testo classico e glossa postclassica, come in ogni caso avrebbe poi fatto l'Anonimo (ed avrebbero prima fatto gli epitomatori greci). — Se sono esatte le considerazioni *sub* 1), ancor meno è da credersi che l'annotatore postclassico si sia arbitrato di cancellare nel fr. 80 (archetipo del fr. 83) la menzione della condizione espressa; e se sono esatte le considerazioni *sub* 2), neanche è ammissibile che la cancellazione sia avvenuta ad opera dei commissari giustiniani, perchè questi, se mai, l'avrebbero operata nel fr. 83, ma non nel fr. 80. Bisogna concludere, perciò, affermando che la *causa dotis* doveva espressamente risultare dalla formula della *dotis promissio*.

ANTONIO GUARINO  
Prof. Inc. nella R. Univ. di Napoli.