

Bibliot  
Facoltà di G  
Bl.  
CA  
1  
Univers  
Fec

FESTSCHRIFT  
PAUL KOSCHAKER

mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der  
Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger Juristenfakultät  
zum sechzigsten Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen

II. BAND



1939

VERLAG HERMANN BOHLAUS NACHF. / WEIMAR

dell'acquisto, ma espediente per renderlo definitivo e irrevocabile da parte del promissario.

Secondo altri, l'accettazione del terzo è un requisito richiesto per l'efficacia del contratto a suo favore.

La disputa insorge anche per quei contratti a favore di terzi che si riconducono all'art. 1130 del Cod. civ. (contratto di trasporto, di rendita vitalizia, di assicurazione), per quanto le norme che riguardano questi contratti non richiedano espressamente, come fa l'art. 1128, l'accettazione del terzo. E vi ha chi ritiene che anche qui l'accettazione del terzo sia necessaria, per quanto, non essendo nè prescritta la forma nè indicata la persona (promissario o promittente) a cui è da indirizzarsi, si dica che può essere fatta sia nei confronti dell'uno sia nei confronti dell'altro, sia espressamente sia tacitamente.

La dottrina civilistica più recente tende ad estendere il campo delle applicazioni del contratto a favore di terzi e ad ammetterne il riconoscimento anche al di là dei limiti legislativi.

Questa tendenza, che si ispira al principio della autonomia della volontà, e si richiama al riconoscimento del contratto a favore di terzi contenuto nelle più recenti legislazioni, è stata assecondata dal progetto italo-francese dei contratti e delle obbligazioni, in cui l'art. 45 ha capovolto il principio dell'art. 1128 Cod. civ. formulando la regola che ciascuno può stipulare in proprio nome a favore di un terzo, quando abbia un interesse personale, sia materiale sia morale, all'adempimento della obbligazione.

ANTONIO GUARINO

Professore Incaricato nella R. Università di Napoli

*Sul beneficium competentiae dell'extraneus  
„promissor dotis“*

1. — In altro scritto<sup>1)</sup> mi sono proposto di affrontare, ed ho creduto di aver risolto da un punto di vista unitario, la questione circa la spettanza del *beneficium competentiae* al *promissor dotis* verso il marito agente per l'adempimento della promessa. Una breve rielaborazione dommatica di tutta la teoria del *beneficium competentiae*<sup>2)</sup>, nelle varie fasi del suo svolgimento storico, mi autorizzava ivi a negare *a priori*, per diritto classico, la possibilità di una concessione della *condemnatio* limitata anche all'*extraneus*. Il beneficio era concesso, di regola, in base alla considerazione equitativa di un più ampio ciclo di relazioni giuridiche, di un più profondo vincolo intercorrente fra i soggetti del rapporto giuridico concreto al quale esso veniva applicato dal pretore.<sup>3)</sup> Nel caso di costituzione della dote mediante *promissio*, un vincolo siffatto poteva dirsi esistente, per effetto del matrimonio, soltanto fra marito e moglie, fra marito e parenti (in linea maschile e femminile) della moglie, ed era il vincolo della *adfinitas*.<sup>4)</sup> Nessun altro

<sup>1)</sup> Il *beneficium competentiae* del *promissor dotis*, di prossima pubblicazione.

<sup>2)</sup> Sull'istituto v., da ultimo, LEVET, *Le bénéfices de compétence* (Paris, 1927) e SOLAZZI, L'estinzione della obbligazione nel diritto romano I<sup>o</sup> 203 s. (ivi, p. 203<sup>a</sup>, ulteriore bibliografia). La denominazione „*beneficium competentiae*“ non è romana, ma è dei trattatisti dal sec. XVI in poi. Non classica è invece la denominazione „*querella in quantum facere potest*“, nè tanto meno, la denominazione di „*exceptio*“ (cfr. SOLAZZI, Estinzione cit. 204 e 204<sup>b</sup>). Sulla terminologia „*exceptio*“ va osservato, in particolare, che essa non poteva essere usata dal diritto classico soprattutto perchè il *beneficium competentiae* era, tecnicamente, una *taxatio* della condanna, apposta a questa dal pretore nella fase *in iure*.

<sup>3)</sup> Un criterio unico presiedeva alla concessione del beneficio, in ogni sua applicazione pratica, ed era il criterio riformatore dell'*aequitas praetoris*. La degenerazione postclassica subita da questo concetto portò allo scomporsi di quella univocità di applicazioni che era caratteristica del *beneficium competentiae* classico. V., per la compiuta dimostrazione di ciò, il mio scritto citato retro nota I (ivi la letteratura).

<sup>4)</sup> I casi portati dai testi a nostra disposizione, accanto a quello dell'*extraneus*,

<sup>4</sup> Koschaker-Festschrift II

rapporto, che non fosse quello concreto *ex promissione dotis*, correva invece fra il *maritus* e l'*extraneus*, cioè fra il marito e una persona, la quale — non avendo, per definizione, nessun legame di parentela con la moglie — non era a lui stretta, per effetto del matrimonio, dal vincolo della affinità.

Qui mi prefiggo di sistemare concettualmente ed esegeticamente in tutti suoi punti ancora oscuri l'argomento del *beneficium competentiae* dell'*extraneus*. M'auguro che m'assistano, in questa rinnovata ricerca, un po' di quella oculata prudenza di analisi che sempre si ammira negli scritti di PAUL KOSCHAKER, ma che più ancora è dato di venerare a chi partecipi alla Sue preziose esercitazioni nel Seminario giuridico dell'Università berlinese. Giudichi il Maestro germanico se il risultato è finalmente raggiunto.

2. — Giova riportare senz'altro i testi che formeranno principalmente oggetto della nostra ricerca.<sup>5)</sup>

Aa. — D. 23, 3, 84 (Labco 6 pith.).<sup>6)</sup> *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 affinitate 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?*

Ab. — D. 42, 1, 41 pr. (Paul. 14 quaest.).<sup>7)</sup> *Nesennius<sup>8)</sup> Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis<sup>9)</sup>?* *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,*

sono quelli del *socer* (D. 23, 3, 84; 24, 3, 17 pr.; 42, 1, 21; 42, 1, 22 pr.) e della *mulier* (D. 24, 3, 17, 1), ma è quanto basta per poterne inferire che tutti gli *adfines* del marito godevano, a differenza dell'*extraneus*, del beneficio *manente affinitate* (cioè in costanza di matrimonio). Sulle alterazioni varie subite da questo beneficio degli affini nell'epoca postclassica, v. il mio studio citato retro nota 1.

<sup>5)</sup> Per brevità userò riferirmi ad essi, nelle pagine seguenti, in base alle lettere alfabetiche usate in questo numero per classificarli.

<sup>6)</sup> LENEL, *Pal.* 1 n. 223: titolo incerto. Cfr. la *summa* e gli *scholia* di B. 20, 1, 79 (H. 3, 426).

<sup>7)</sup> LENEL, *Pal.* 1 n. 1391: tit. „*de exceptionibus*“. Cfr. B. 9, 3, 41 (H. 1, 467).

<sup>8)</sup> MOMMSEN, *Ed. maior* 2, 541<sup>2</sup> corregge in „*Nasennius*“ ed adotta la medesima correzione negli altri tre passi dei Digesti in cui appare la menzione di questo interlocutore di Paolo (D. 3, 5, 34; 27, 1, 32 (o non 33, come erroneamente viene ivi richiamato); 35, 2, 22). Cfr. anche Vat. fr. 227, ove si cita *Apollinaris* senza il *nomen*.

<sup>9)</sup> F.<sup>2</sup>: „*es*“.

*marito eius dotem promiserit? respondit: nulla creditor exceptione summovetur<sup>10)</sup>, 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 donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur.*

Ac. — D. 23, 3, 33 (Ulp. 3 <6> ed.<sup>11)</sup>).<sup>12)</sup> *Si extraneus sit qui dotem promiserit iaque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat: nam si donavit, utcumque<sup>13)</sup> porcendum 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<sup>14)</sup> scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. debet igitur mulieris esse periculum: nec enim quicumque iudex propriis<sup>15)</sup> auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promiserit, non arserit 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 acquiritur: adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.*

3. — A) Un duplice problema sorge, come ho accennato, da questo stato delle fonti.

a) La prima questione, di natura eminentemente concettuale, è la seguente: chi debbasi intendere, almeno rispetto all'argomento in esame, per „*extraneus*“. E' chiaro, infatti, che tutto il ragionamento che altrove mi ha spinto ad asserire che il *beneficium competentiae* spettava, contro il marito agente *ex promissione dotis*, soltanto agli *adfines* di lui, crolla, se per „*extraneus*“ non s'abbia ad intendere, come io ho presunto, qualunque „terzo“, estraneo ai membri del coniugio, non legato cioè alla moglie da vincolo alcuno di parentela.

b) La seconda questione, di carattere più propriamente storico, è in ciò: 1. è veramente spuria la concessione del beneficio all'*extraneus*, qui *ex voluntate promiserat*, di cui si legge in Ac?; 2. in caso

<sup>10)</sup> F.<sup>2</sup>: „*summovetur*“.

<sup>11)</sup> La correzione del libro *ad Sabinum* è stata operata dal CULACIO, il quale vi ha provveduto sulla base del confronto con D. 50, 17, 28 (Ulp. 36 Sab.), che è una geminazione die Ac da „*divus Pius*“ a „*condemmandos*“. L'emendamento è accettato dal MOMMSEN, *Ed. maior* 874<sup>4</sup> e dal LENEL, *Pal.* 2, 1153<sup>12)</sup>.

<sup>12)</sup> LENEL, *Pal.* 2 n. 2817: tit. „*de iure dotium*“, sottotitolo „*cuius periculo dos sit*“. Cfr. B. 20, 1, 29 (H. 3, 371).

<sup>13)</sup> MOMMSEN: „*utique*“.

<sup>14)</sup> Cfr., infatti, D. 24, 3, 30, 1.

<sup>15)</sup> MOMMSEN: „*quisquam*“ — „*propitiis*“.

affermativo, trattasi di una innovazione giustiniana o piuttosto di una innovazione postclassica, ma pregiustiniana?; 3. in ogni caso, ammise Giustiniano, oppure no, il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*, che avesse promesso *ex voluntate*?

B) Non paia azzardata l'affermazione che, pur essendo il nostro fra gli argomenti maggiormente sfruttati dalla romanistica di ogni tempo, una risposta del tutto soddisfacente non è stata ancora data, nè al primo, nè al secondo quesito.

a) Quanto alla prima questione, bisogna notare che è tendenza spiccata della dottrina, precritica e critica, ad identificare, in via generale, l'*extraneus* con il costituente della *dos adventicia*: il termine starebbe a significare, perciò, ogni costituente la dote che non sia il padre o l'ascendente paterno della sposa, quindi anche la *mulier* e i parenti in linea femminile di lei.<sup>16)</sup> Soltanto il TIGERSTRÖM<sup>17)</sup> levò la voce, a suo tempo, per sostenere una tripartizione della *dos* in: *dos profecticia* (a *patre data*), *dos a muliere data* e *dos adventicia* (ab *extraneo data*); ma la voce rimase senza eco.<sup>18)</sup> In tempi più moderni, l'ALBERTARIO<sup>19)</sup> ha convincentemente dimostrato il carattere non genuino della espressione „*dos adventicia*“, pur senza negare affatto la classicità del concetto<sup>20)</sup>, ed ha conseguentemente sostenuto che postclassici o alterati sono i testi (fra cui Aa e Ac) che contrappongono al *pater*, costituente la dote, l'*extraneus*<sup>21)</sup>: egli quindi vede, nell'*extraneus* di cui ci occupiamo, qualcuno che può essere anche la *mulier* o un ascendente in linea materna di lei. Il PAMPALONI<sup>22)</sup>, infine, distingue

<sup>16)</sup> V., per tutti, JÖRS-KUNKEL, *RömR.* 2 § 180, I.

<sup>17)</sup> *RömDotr.* I, 45 s.

<sup>18)</sup> V. anzi la critica (piuttosto stentata) dello CZYHLARZ, *RömDotr.* 315 s., critica che inesplicabilmente l'ALBERTARIO, *Studi di dir. romano* I, 284 definisce „una documentazione testuale schiacciante“.

<sup>19)</sup> *Studi* cit. I, 281 s. V. tuttavia la replica di [JÖRS-]KUNKEL, *RömR.* 2 § 180, I<sup>3</sup> del DI MARZO, *Ist.* 173<sup>2</sup> e del LAURIA, *La dote romana* in *Atti Accad. Soc. Reale Napoli* 58 (1936) estr. 357<sup>o</sup>, che cita Seneca *de beneficiis* 4, 22, 4. La dimostrazione dell'ALBERTARIO pare peraltro — ad onta di tutti e malgrado si limiti al lato puramente formale della questione — inercollabile: vi aderisce, da ultimo, SOLAZZI *S(tudia et) D(ocumenta) H(istoriae et) I(uris)* 5, 225.

<sup>20)</sup> L'ALBERTARIO prende anzi decisa posizione a favore di esso (p. 284), sia contro l'eliminazione della bipartizione, che contro l'ammissibilità di una tripartizione (proposta dal TIGERSTRÖM cit. retro nota 17).

<sup>21)</sup> *Loc. cit.* 291<sup>2</sup>. Gli altri testi citati dall'ALBERTARIO sono D. 37, 7, 1, 7; C. 5, 13, 1, 13 c; C. 5, 12, 31, 3.

<sup>22)</sup> *Archivio G(iuridico Filippo Serafini)* 57. 17 s. Testi addotti dal PAMPALONI sono anche C. 5, 13, 1, 13—13 c; D. 24, 3, 22 pr.; 42, 3; 23, 3, 43 1—2;

un senso generale di *extraneus*, che è quello tradizionale di costituente la *dos adventicia*, da un senso „più ristretto, quasi tecnico“, normalmente ricorrente nella nostra materia, che è quello di „*extraneus, qui de suo dotem daturus est*“, e questa categoria viene da lui identificata con le persone legate da vincoli di affinità al marito (es.: madre della moglie).

b) In merito alla seconda questione, ricorderò anzitutto che si è generalmente sostenuto, nella dottrina precritica, che il diritto giustiniano non ammettesse, di regola, il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*.<sup>23)</sup> La attestazione contraria di Ac veniva superata a mezzo di una lambiccata interpretazione del dettato di questo frammento, interpretazione che risale a CUIACIO<sup>24)</sup>, oppure col rilievo che la contraddizione dei testi implicasse quanto meno la mancanza di un sicuro elemento a favore della concessione della *condemnatio* limitata all'*extraneus*.<sup>25)</sup> L'ARNO<sup>26)</sup>, al contrario, pur mantenendosi ostinatamente al di fuori delle risultanze della

63; 71; ed inoltre Aa. Da ciò trae il PAMPALONI che la stessa significazione sia da applicarsi anche in Ac.

<sup>23)</sup> Cfr. WINDSCHEID-KIPP, *Pand.* 9 § 267, 8<sup>12</sup>; DERNBURG, *Pand.* 2 3 § 161<sup>5</sup>.

<sup>24)</sup> In Ac dovrebbe intendersi „*mulier*“ (anzichè „*maritus*“) come soggetto della frase „*quemque in id quod facere possit, si convenisset, condemnaverat*“: CUIACIUS, *Observationum et emendationum* 12, 17. Cfr. anche *Ad lib. XIV Quaestionum Pauli, ad lib. XLI de re iud.*, ove precisa che in Ac „*sic legendum, vel intellegendum, id est, condemnatura erat*“. In questo senso, sostanzialmente, DONELLUS (citato e criticato da MEYERFELD in *Rhein. Museum für Jurisprudenz* 7 (1835). 112<sup>122</sup>, 130). Diversamente opinava DUARENUS (cfr. MEYERFELD cit. 112<sup>122</sup>) che, mentre Ab prospetta un caso in cui l'*extraneus* dona alla moglie, Ac fa il caso che egli doni anche al marito (così anche FABER, *Coniect.* 2, 3): giustamente opponeva DONELLUS — cfr. MEYERFELD cit. 112<sup>122</sup> — che in tal caso non vi sarebbe stata ragione di porsi, in Ac, la questione della incombenza del *periculum dotis* al marito. — L'idea del CUIACIO ha goduto della maggior fortuna e vi aderiscono, fra gli altri, MEYERFELD cit. 114 s.; GLÜCK, *Pand.* 24, 440<sup>80</sup>; PUCHTA, *Pand.* 11 § 245<sup>4</sup>; VANGROW, *Pand.* § 174 *Anm.* 2 sub 3); BECHMANN, *RömDotr.* 2, 86; CZYHLARZ cit. 112<sup>26</sup>. — Diverso, infelice tentativo di conciliazione in BACHOVIVUS, *Ad Treutelerum* 2, 391 (vedine la critica in MEYERFELD cit. 113 s.). — Una conciliazione testuale viene tentata ancora ai nostri giorni dal CUV, *Man. des Inst.* 2 170<sup>1</sup>, il quale ritiene che bisogna distinguere se l'*extraneus* ha inteso gratificare il marito (Ac) o la moglie (Aa, Ab).

<sup>25)</sup> In questo senso DE RETES, *De donationibus* 20, 4 (in MEERMAN *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici* VI 649 s.): „*non est novum, nec in iure reputatur antinomia, quod alter Consultus strictum agendi ordinem proponat, et rigorosum cursum negotii; alter vero effectum intueatur, et reseratis ambagibus, quid faciendum sit simpliciter doceat*“. Così pure WINDSCHEID-KIPP e DERNBURG già citati (retro nota 23).

<sup>26)</sup> Il costituente la dote e il *beneficium competentiae* in AG. 96 (1926). 147 s.

affermativo, trattasi di una innovazione giustiniana o piuttosto di una innovazione postclassica, ma pregiustiniana?; 3. in ogni caso, ammise Giustiniano, oppur no, il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*, che avesse promesso *ex voluntate*?

B) Non paia azzardata l'affermazione che, pur essendo il nostro fra gli argomenti maggiormente sfruttati dalla romanistica di ogni tempo, una risposta del tutto soddisfacente non è stata ancora data, nè al primo, nè al secondo quesito.

a) Quanto alla prima questione, bisogna notare che è tendenza spiccata della dottrina, precritica e critica, ad identificare, in via generale, l'*extraneus* con il costituente della *dos adventicia*: il termine starebbe a significare, perciò, ogni costituente la dote che non sia il padre o l'ascendente paterno della sposa, quindi anche la *mulier* e i parenti in linea femminile di lei.<sup>16)</sup> Soltanto il TIGERSTRÖM<sup>17)</sup> levò la voce, a suo tempo, per sostenere una tripartizione della *dos* in: *dos profecticia (a patre data)*, *dos a muliere data* e *dos adventicia (ab extraneo data)*; ma la voce rimase senza eco.<sup>18)</sup> In tempi più moderni, l'ALBERTARIO<sup>19)</sup> ha convincentemente dimostrato il carattere non genuino della espressione „*dos adventicia*“, pur senza negare affatto la classicità del concetto<sup>20)</sup>, ed ha conseguentemente sostenuto che postclassici o alterati sono i testi (fra cui Aa e Ac) che contrappongono al *pater*, costituente la dote, l'*extraneus*<sup>21)</sup>: egli quindi vede, nell'*extraneus* di cui ci occupiamo, qualcuno che può essere anche la *mulier* o un ascendente in linea materna di lei. Il PAMPALONI<sup>22)</sup>, infine, distingue

<sup>16)</sup> V., per tutti, JÖRS-KUNKELE, *RömR.* § 180, 1.

<sup>17)</sup> *RömDoctr.* 1, 46 s.

<sup>18)</sup> V. anzi la critica (piuttosto stentata) dello CZYHLARZ, *RömDoctr.* 315 s., critica che inesplicabilmente l'ALBERTARIO, *Studi di dir. romano* 1, 284 definisce „una documentazione testuale schiacciante“.

<sup>19)</sup> *Studi cit.* 1, 281 s. V. tuttavia la replica di [JÖRS-KUNKELE, *RömR.* § 180, 1° del DI MARZO, *Ist.* 178° e del LAUREA, *La dote romana* in *Atti Accad. Soc. Reale Napoli* 58 (1936) estr. 357°, che cita Seneca *de beneficiis* 4, 22, 4. La dimostrazione dell'ALBERTARIO pare peraltro — ad onta di tutti e malgrado si limiti al lato puramente formale della questione — incrollabile: vi aderisce, da ultimo, SOLAZZI *S(tudia et) D(ocumta) H(istoriae et) I(uris)* 5, 225.

<sup>20)</sup> L'ALBERTARIO prende anzi decisa posizione a favore di esso (p. 284), sia contro l'eliminazione della bipartizione, che contro l'ammissibilità di una tripartizione (proposta dal TIGERSTRÖM cit. retro nota 17).

<sup>21)</sup> *Loc. cit.* 291°. Gli altri testi citati dall'ALBERTARIO sono D. 37, 7, 1, 7; C. 5, 13, 1, 13 c; C. 5, 12, 31, 3.

<sup>22)</sup> A(rohivio) G(iuridico Filippo Serafini) 57, 17 s. Testi adottati dal PAMPALONI sono anche C. 5, 13, 1, 13—13 c; D. 24, 3, 22 pr.; 42, 3; 23, 3, 43 1—2;

un senso generale di *extraneus*, che è quello tradizionale di costituente la *dos adventicia*, da un senso „più ristretto, quasi tecnico“, normalmente ricorrente nella nostra materia, che è quello di „*extraneus, qui de suo dotem daturus est*“, e questa categoria viene da lui identificata con le persone legate da vincoli di affinità al marito (es.: madre della moglie).

b) In merito alla seconda questione, ricorderò anzitutto che si è generalmente sostenuto, nella dottrina precritica, che il diritto giustiniano non ammettesse, di regola, il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*.<sup>23)</sup> La attestazione contraria di Ac veniva superata a mezzo di una labile interpretazione del dettato di questo frammento, interpretazione che risale a CULACIO<sup>24)</sup>, oppure col rilievo che la contraddizione dei testi implicasse quanto meno la mancanza di un sicuro elemento a favore della concessione della *condemnatio* limitata all'*extraneus*.<sup>25)</sup> L'ARNÒ<sup>26)</sup>, al contrario, pur mantenendosi ostinatamente al di fuori delle risultanze della

63; 71; ed inoltre Aa. Da ciò trae il PAMPALONI che la stessa significazione sia da applicarsi anche in Ac.

<sup>23)</sup> Cfr. WINDSCHEID-KIPP, *Pand.* § 267, 842; DERNBURG, *Pand.* § 3 § 161°.

<sup>24)</sup> In Ac dovrebbe intendersi „*mulier*“ (anziché „*maritus*“) come soggetto della frase „*quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnasset*“: CULACIUS, *Observationum et emendationum* 12, 17. Cfr. anche *Ad lib. XIV Quaestionum Pauli, ad lib. XLI de re iud.*, ove precisa che in Ac „*sic legendum, vel intellegendum, id est, condemnatura erat*“. In questo senso, sostanzialmente, DONELLUS (citato e criticato da MEYERFELD in *Rhein. Museum für Jurisprudenz* 7 (1835) 112<sup>128, 130</sup>). Diversamente opinava DUARENUS (cfr. MEYERFELD cit. 112<sup>130</sup>) che, mentre Ab prospetta un caso in cui l'*extraneus* dona alla moglie, Ac fa il caso che egli doni anche al marito (così anche FABER, *Coniect.* 2, 3); giustamente opponeva DONELLUS — cfr. MEYERFELD cit. 112<sup>127</sup> — che in tal caso non vi sarebbe stata ragione di porsi, in Ac, la questione della incombenza del *periculum dotis* al marito. — L'idea del CULACIO ha goduto della maggior fortuna e vi aderiscono, fra gli altri, MEYERFELD cit. 114 s.; GLÜCK, *Pand.* 24, 440<sup>26</sup>; PUCHTA, *Pand.* 11 § 245°; VANGEROV, *Pand.* § 174 Ann. 2 sub 3); BRONMANN, *RömDoctr.* 2, 86; CZYHLARZ cit. 112<sup>28</sup>. — Diverso, infelice tentativo di conciliazione in BACHOVIVUS, *Ad Treuliteletterum* 2, 391 (vedine la critica in MEYERFELD cit. 113 s.). — Una conciliazione testuale viene tentata ancora ai nostri giorni dal CUG, *Man. de Inst.* § 176<sup>1</sup>, il quale ritiene che bisogni distinguere se l'*extraneus* ha inteso gratificare il marito (Ac) o la moglie (Aa, Ab).

<sup>25)</sup> In questo senso DE RETES, *De donationibus* 20, 4 (in MEERMAN *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici* VI 649 s.): „*non est novum, nec in iure reputatur antinomia, quod alter Consultus strictum agendi ordinem proponat, et rigorosum cursum negotii; alter vero effectum intueatur, et resciscat ambagibus, quid faciendum sit simpliciter doceat*“. Così pure WINDSCHEID-KIPP e DERNBURG già citati (retro nota 23).

<sup>26)</sup> Il costituente la dote e il *beneficium competentiae* in AC. 96 (1926). 147 s.

critica esegetica, ha tentato una conciliazione storica del contrasto testuale ed ha fatto l'ipotesi che Ulpiano (proculciano per la pelle) abbia voluto reagire, con l'insegnamento di Ac, alla dottrina mucio-labeoniana, nettamente negativa, la quale era invece stata accolta da Paolo, in ordine ad ogni specie di *promissor dotis*, tanto in Aa, che in Ab, che in altri testi; il diritto giustiniano avrebbe acceduto di buon grado, quanto all'*extraneus*, alla reazione di Ulpiano.<sup>27)</sup> Ma l'origine spuria del brano di Ac, in cui il *beneficium* viene accordato all'*extraneus, qui ex voluntate promiserat*, si è imposto per chiarissimi segni all'attenzione della dottrina critica, che sostiene da tempo il carattere giustiniano della riforma.<sup>28)</sup>

C) La tesi che mi propongo di difendere ha ancora, dunque, un certo sapore di novità. Io sostengo, difatti: 1. che l'*extraneus*, di cui parlano i nostri testi, è qualunque terzo, non affine del marito; 2. che il principio di Ac, relativo all'*extraneus, qui ex voluntate promiserat*, è il prodotto esclusivo di una isolata attività di

<sup>27)</sup> Data questa deficienza esegetica, la tesi dell'ARNÒ può essere presa in considerazione solo per quanto si riferisce alla ultima osservazione, cioè soltanto nella affermazione del predominio di Ac nel diritto giustiniano. La stessa tesi generale, sostenuta dall'ARNÒ in questo ed in altri scritti, circa la contrapposizione fra scuola muciana (poi sabiniana) e serviana (poi proculciana) è eminentemente congetturale ed alquanto avventata: per un giudizio di assieme su di essa, cfr. KRÜGER, H., *Z(eitschr. der)S(avigny)S(tift. — Roman. Abt.)* 46, 392s.

<sup>28)</sup> Il via è stato dato dall'acutissimo studio del PAMPALONI, *Sul ben. comp.* a riguardo dell'estraneo che *donationis causa* promette una dote etc. in AG. 56 (1896) 3s.: il *beneficium competentiae* fu concesso all'*extraneus* soltanto dai compilatori, mediante la interpolazione di Ac, ove essi seguirono peraltro l'impulso di un precedente glossema postclassico („maxime si ex necessitate promiserat“). Aderiscono alla tesi dell'emblema il LEVET, *Bénéfice* cit. 119s., forse il BESELER, *Beiträge* 3, 77, 118 (il quale si limita a confermare il carattere spurio di „maxime si — condemnandos“), il STRUBB, *ZSS.* 49, 563 (che tuttavia si rifiuta di credere alla natura emblematica anche della citazione del rescritto del divo Pio, della quale cerca di dimostrare — mediante il confronto con D. 50, 17, 28 — la classicità). In questo senso è anche il SOLAZZI, *Istinzione* cit. 219 s., ma con qualche oscurità: il fatto che egli dichiara interpolato (dai compilatori) Ac, in confronto di Aa e Ab, sostanzialmente genuini, porterebbe a credere che, nel suo pensiero, i compilatori abbiano voluto introdurre in una determinata ipotesi („si ex voluntate promiserat“) il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*; ma il fatto che egli dichiara Aa come il rappresentante del diritto giustiniano (pur se — come è onesto rilevare — tale affermazione egli faccia a proposito dello sola questione circa il beneficio del *socer*) porterebbe a ritenere esattamente il contrario. Il RICCIONE, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 7, 260 s., criticando Ac, traslascia di attaccarne la prima parte, ove è la menzione del *beneficium competentiae* dell'*extraneus*: se ne dovrebbe dedurre che egli non ne sospetta la genuinità.

commento ad Ulpiano, esercitata, prima di Giustiniano, da un qualche lettore postclassico; 3. che i compilatori non ebbero dinanzi agli occhi la questione del *beneficium competentiae* dell'*extraneus* — come, del resto, quella dell'intero *beneficium competentiae* del *promissor dotis* — e che appunto perciò il beneficio non spettò, nel diritto giustiniano, malgrado le affermazioni di Ac, all'*extraneus*; 4. che, ad ogni modo, l'interpretazione postgiustiniana dei testi delle Pandette è nel senso di dar rilievo alle affermazioni di Ac.

4. — I. “*Extraneus*“ è, nel nostro argomento, qualsiasi terzo, non legato alla moglie da vincoli di parentela.

A) E' errato, in primo luogo, generalizzare la distinzione della *dos* romana in *profecticia* e *adventicia* (o, il che è lo stesso, *non profecticia*), trasportandola fuori del suo campo di applicazione, che è quelle della teoria della restituzione della dote. Soltanto qui, infatti, si determinava una differenza di regolamentazione giuridica, a seconda che la *dos* fosse stata costituita dal *pater* o, viceversa, da chiunque altro.<sup>29)</sup> In ogni caso, il contenuto meramente negativo della nozione della cosiddetta *dos adventicia* (la quale era quella „non profecticia“) dimostra che, anche e soprattutto dal punto di vista sostanziale<sup>30)</sup>, il diritto romano classico non aveva inteso costituire due categorie di doti, nettamente distinte fra loro; e ciò neppure in ordine alla restituzione, il cui regolamento era unicamente nel senso che la *dos profecticia* godesse di un trattamento diverso da quello goduto da ogni altro caso di dote.<sup>31)</sup> L'assunzione dei

<sup>29)</sup> E' noto, difatti, che — come regola generale — la dote doveva essere restituita dal marito (o, in caso di sua premorienza, dagli eredi del marito) alla moglie (o, in caso che essa fosse ancora *alieni iuris*, al *pater* di lei, che agiva „*adiuncta filiae persona*“). Nel solo caso che il matrimonio fosse venuto a scioglimento per morte della moglie, sorgeva l'obbligo del marito di restituire al *socer* (non premorto alla *mulier*) la *dos profecticia*. V. anche infra nota 64.

<sup>30)</sup> Oltre che da quello formale, su cui v. retro nota 19.  
<sup>31)</sup> Cfr. Ulp. Reg. 6, 4. *Mortua in potestate muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur.* — Questa particolarità del regolamento giuridico della *dos profecticia* spiega la cura impiegata da Ulpiano, nel frammento riportato da D. 23, 3, 5, a precisarne il concetto, tagliando fuori della nozione di essa ogni altro tipo di dote:

D. 23, 3, 5 pr. (Ulp. 31 Sab.). *Profecticia dos est quae a patre [vel parente] profecta est de bonis vel factis eius.*

Importa qui qualche precisazione. L'insegnamento quasi unanime della dottrina si è nell'intendere per *dos profecticia* — a prescindere dal periodo arcaico, in cui era costituita dal *paterfamilias* della donna — quella proveniente da qualsiasi ascendente maschile della *mulier*: cfr. EBERMANN, *Röm. Doctr.* 2, 423 s.;

casi di *dos non profecticia* in un'unica categoria, la denominazione di questo artificioso prodotto concettuale come *dos adventicia*, il tentativo di applicare la bipartizione un po' dovunque, a margine

CZYHLARZ, RömDott. 314s.; BONFANTE, Corso 1, 313; JÖRS-KUNKELE, RömR. § 180, 1; ABANGIO-RUIZ, Ist. 454. Contra, di recente, LAURIA, Dote romana cit. 29s., che sostiene 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). La dimostrazione non mi sembra riuscita. Ed invero: — a) il termine *pater* era originariamente e propriamente usato come equivalente (od abbreviazione) di „*paterfamilias*“: ne sia prova la definizione del *filiusfamilias* come quegli che „*in potestate patris est*“ (o, morto il padre, „*fuit*“) (cfr. i numerosi passi riportati dal VIR. 3 (fascicolo 2), 329s.), la frequente contrapposizione del „*pater*“ (*familias*) al *filiusfamilias*, per indicare effetti caratteristici dell'agnazione romana (es.: D. 18, 1, 2 pr. *Inter patrem et filium contracti emptio non potest*), il frequente riferimento al „*pater*“ in tema di *collatio bonorum*, che presupponeva aperta la successione pretoria di un *paterfamilias* (es.: D. 37, 6, 1, 16. *Sed an id quod dignitatis nomine a patre datum est* . . .); — b) il termine „*pater*“ passò poi ad indicare anche la parentela diretta di sangue (cfr. HEUMANN-SECKEL, Handlexicon<sup>9</sup> shv.), ma neanche con perenne riferimento al genitore (cfr., ad es., D. 50, 16, 201. *Iusta interpretatione recipiendum est, ut . . . „patris“ nomine avus quoque demonstrari intellegatur*); — c) al lume di questo chiarimento, può capirsi come Ulp. Reg. 6, 3—5 parli di „*dos, quam pater mulieri dedit*“, per indicare la *dos* proveniente non pur dal *paterfamilias*, ma da qualunque altro ascendente paterno (questo caso doveva essere peraltro non frequentissimo): Ulpiano (o meglio, il suo epitomatore) si riferisce al caso più frequente ed adotta la terminologia più spiccia, così come — pur avendo egli stesso pronunciata la nota Regula 6, 1, „*dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*“ — si limita a parlare, in questo squarcio, del solo caso più comune della *datio* (§ 3: *dedit, data est*; § 5: *dedit*); — d) non probanti sono le glosse *veteres* 2, 286 e la interpolazione di D. 23, 3, 6 pr., addotte dal LAURIA cit. 30: quanto al glossema apposto a D. 23, 3, 6 pr. (*Iure succursum est patri, ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*), siamo evidentemente di fronte ad un glossatore „che probabilmente ignorava l'origine dell'istituto“, ma non già nel senso (sostenuto dal LAURIA) di non rendersi conto del significato ampio di *pater*; — e) D. 23, 3, 5, 11 (Ulp. 31 Sab). *Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihil minus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit*) è la riprova evidente delle nostre considerazioni anteriori (aggiungi ancora D. 23, 3, 5, 13, ove è ammessa la costituzione di dote da parte del padre adottivo). — Rimane ancora la esplicita testimonianza di D. 23, 3, 5 pr., su riportato, ma riconosciuto di buon grado, col LAURIA cit. 30<sup>26</sup>, che „*vel parente*“ è inserito nel testo da mano non classica. (Che si tratti di emblema, negherei, tuttavia, per due ragioni: 1. perchè l'intero frammento risulta alterato da un glossatore postclassico, specialmente in quanto è difficile che proprio a Giustiniano risalga l'inserzione, verificatasi ivi due volte, della terminologia „*dos adventicia*“ — v. infra nota 32 —; 2. perchè Giustiniano concepì quale „*profecticia*“ la sola *dos* costituita dal *paterfamilias*, come è dimostrato dalla lettura di CI. 5, 13, 1, 13c,

dei testi classici, è il frutto dello scolasticismo miope dei commentatori postclassici.<sup>32</sup>) Giustiniano recepì la distinzione, pur senza troppo rendersi conto del suo evanescente significato, come un portato terminologico dell'*ius vetus*:

CI. 5, 13, 1, 1 b (Iustin. ad pop. urbis Const. et universos provinciales, a. 530) . . . *et dos sive adventicia sive profecticia sit securum veteris iuris, nominationem*.

Quel che va rimarcato è, comunque, che Giustiniano non cadde nell'equivoco — cui hanno soggiaciuto i moderni, per influsso di testi della giurisprudenza postclassica antegustiniana — di ritenere che la distinzione fra *dos adventicia* e *dos profecticia* soverchiasse il campo della restituzione della dote.<sup>33</sup>)

B) Se la distinzione fra *dos profecticia* e *dos adventicia* fu un frutto dello scolasticismo postclassico, ben è possibile che essa sia stata sovrapposta, scorrettamente, a testi in cui di fronte al *pater* si trovasse ad essere nominato un altro costituente la dote, e quindi, per avventura, l'*extraneus*.<sup>34</sup>) Non è credibile invece che lettori

mi cui infra testo sub B). Ma con ciò la testimonianza non viene sminuita, chè il § 1 chiarissimamente dice: *sive igitur parens dedit dotem, sive procurator eius, sive tussit alium dare, sive, cum quis dedisset negotium eius gerens, parens ratum haberit, profecticia dos est*. Ulpiano, dunque, enunciando la definizione, ha usato il vecchio schema, vuoti ormai di contenuto, del *paterfamilias*, ma passando alla casistica, in quella che è come una più ampia e pratica definizione che è stata da lui aggiunta allo stringato e rigoroso dettato sabiniano, ha precisato che per „*pater*“ s'ha da intendere in generale il „*parens*“, cioè ogni altro agnato. („*Parens*“ è usato altre volte ad indicare ascendenti femminili — cfr. HEUMANN-SECKEL cit. shv. — ma da ciò non deve dedurre il LAURIA che esso abbia sempre questo amplissimo senso). Infine un lettore del commentario ulpiano, notando la discrepanza fra la definizione di Sabino (pr.) o quella del suo commentatore classico (§ 1), ha semplificato le cose, inserendo nel fr. 5 pr. „*vel parente*“. (Non accettabile la congettura del SIBER, RömR. 2, 303, che uncina „*pater vel*“; nè quella dell'ALBERTARIO, Studi 1, 284<sup>2</sup>, che sostituisce a „*parente*“ le parole „*paterna avo*“).

<sup>32</sup>) Parlo di miope scolasticismo a ragion veduta. Esigenze od opportunità di scuola dovettero generare (in Occidente) la bipartizione, di cui ci dà l'espressione più esatta il testo postclassico di Ulp. Reg. 6, 3, nonché gli Sch. Sin. 26. Gli altri testi addotti dall'ALBERTARIO (v. retro nota 21) sono tutti inequivocabilmente interpolati in epoca pregiustiniana: D. 23, 3, 5, 9 (già l'A. 286s.), D. 23, 3, 5, 11 (già l'A. 287s.), CI. 6, 20, 4 (emblematico secondo l'A. 288s.), ma alterato in epoca precedente, secondo me, nello scritto Über den Begriff der Kollation, di prossima apparizione in ZSS. 59).

<sup>33</sup>) CI. 5, 13, 1 è infatti la famosa costituzione riformatrice, con la quale fu introdotta l'*actio de dote*.

<sup>34</sup>) E' questo forse il caso di CI. 6, 20, 4, su cui retro nota 32.

postclassici abbiano potuto vedere nell'*extraneus* la personificazione della *dos adventicia*, ed identificare in lui anche la *mulier* e gli ascendenti in linea femminile di questa: avrebbe ostato a questa identità il significato naturale di „*extraneus*“, che è quello di terzo, di straniero, di persona, perciò, che, quanto alla costituzione della dote, non ha nulla a che vedere con la *mulier* e con i suoi parenti. Non è esatta, in ogni caso, l'affermazione dell'ALBERTARIO, che là dove al *pater* si trovi contrapposto un *extraneus*, come costituente la dote, noi ci troviamo di fronte a testi alterati.<sup>35)</sup> Ciò può benissimo darsi, ma soltanto in quei testi nei quali l'*extraneus* apparisse riassumere necessariamente in sé ogni costituente la dote che non fosse il *pater* (e non è questo il caso di Aa e di Ac)<sup>36)</sup> o in cui apparisse che altri costituenti dovevano necessariamente essere nominati, mentre invece il termine „*extraneus*“ in sé li assorbe (ma l'unico testo che potrebbe provare, a mia saputa, in questo senso, D. 37, 7, 1, 7, è stato da me altrove pienamente riabilitato).<sup>37)</sup> — In verità è, dunque, incredibile a priori che lettori postclassici potessero sforzare il significato naturale del termine „*extraneus*“ sino a tal punto. A tanto poteva giungersi solo in base a qualche disposizione normativa, la quale assegnasse imperativamente al termine „*extraneus*“ la significazione pregnante e innaturale. Ora l'unica norma in materia è ancora una volta in

CI. 5, 13, 1, 13 c. *Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotandam personam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.*

Prima di questa famosa costituzione riformatrice, datata il novembre del 530, Giustiniano parlava ancora di *extraneus* nel senso ovvio della parola e lo dimostra il dettato di una costituzione dell'aprile 530, conservataci in

CI. 5, 12, 31 pr. (Iustin Iuliano pp., a 530). *Cum quidam dotes pro mulieribus dabant sive matres sive alii cognati vel extranei, recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant ...*<sup>38)</sup>

<sup>35)</sup> V. retro nota 21.

<sup>36)</sup> V. infatti infra n. 5 e 9 e in questo numero sub C.

<sup>37)</sup> Cfr. lo studio citato retro nota 32.

<sup>38)</sup> Risulta confermato dalla lettura di questo paragrafo: a) che Giustiniano si riferiva ai soli casi di *dos non a patre profectus*; b) che la denominazione „*adventicia dos*“ non era a lui familiare; c) che gli „*extranei*“ (data la esclusione a priori della categoria „*pater*“) sono per lui persone, le quali non sono né la madre della moglie né gli ascendenti materni (*alii cognati*).

E' da presumere, dunque, che, se casi vi sono di vera contrapposizione, nei testi delle Pandette, fra „*pater*“ e „*extraneus*“, in ordine alla costituzione della dote, questi casi non siano classici, ma denuncino l'emblema compilatorio, reso necessario dalla costituzione riformatrice del novembre 530.<sup>39)</sup> Là dove, invece, l'*extra-*

<sup>39)</sup> Un ulteriore testo citato dall'ALBERTARIO come esempio di contrapposizione tipicamente postclassica (io preciso: giustiniana) fra *extraneus* e *pater* è: CI. 5, 12, 31, 3. *Similique modo si quis extraneorum (id est qui eum pro quo dat non in potestate habeat) pro alio ante nuptias donationem nuptiarum dedit mulieri ...*

Mi permetto tuttavia di rilevare che, mentre nel principio della costituzione si parla (nel senso retto da me sostenuto) di „*extranei*“ (non parenti della moglie) che abbiano dato la dote al marito per la moglie, qui si discorre di „*extranei*“ che abbiano dato alla moglie la *donatio ante nuptias* per il marito. Il caso è dunque diverso da quanto pensa l'ALBERTARIO. — In ogni modo, io avanzo il sospetto (e non mi par proprio di peccare di audacia) che l'inciso „*id est habeat*“ sia una „Selbstinterpolation“ di Giustiniano, compiuta in occasione della inserzione di questa costituzione nel *Codex repetitae praelectionis*. La *donatio ante (propter) nuptias* era, nel pensiero giustiniano, l'esatto reciproco della dote e una posizione di parallelismo esisteva anche fra i costituenti dei due istituti: ora, perchè avrebbe mai parlato Giustiniano, rispetto alla *donatio*, di „*extranei*“ in un senso diverso che non rispetto alla *dos*? Si ponga mente al fatto che l'occasione di questa costituzione di Giustiniano era che *quidam* (e, più precisamente: *matres, alii cognati, extranei*) davano la dote *sine monumentorum observatione*, ed appariva verosimile che, continuando il discorso, l'imperatore abbia voluto fare il caso reciproco, che cioè uno degli *extranei* (verso la moglie e verso il marito) abbia fatto la *donatio ante nuptias*: in quest'ordine di idee egli non poteva parlare, anche in questo caso, di „*matres*“ o di „*alii cognati*“ (della moglie), perchè sarebbe stato assurdo che costoro effettuassero una *donatio ante nuptias* alla propria parente. — Se è avvenuto così (e non credo che l'ipotesi sia molto lontano dal vero), l'inciso „*id est habeat*“ non si può spiegare altrimenti, se non pensando che Giustiniano, all'atto della inserzione di questa costituzione dell'aprile 530 nel secondo Codice, abbia voluto trasformare il caso del § 3 (ove egli aveva originariamente parlato solo per *incidens* della *donatio ante nuptias*) in un caso più generale analogo a quello del pr., cioè in un caso di *donatio ante nuptias* fatta alla moglie, oltre che da *extranei* (verso il marito e, naturalmente, verso di lei) anche da parenti del marito. Per ciò fare l'imperatore non ha, presumibilmente, trovato di meglio che ricorrere alla nuova terminologia („*extraneus*“ = „*qui eum (eum) pro quo dat non in potestate habeat*“), inaugurata con la costituzione del novembre 530, riportata in CI. 5, 13, 1. „*Id est*“ è caratteristico delle giunzioni postclassiche e compilatorie! — Potrebbe obiettarsi che Giustiniano avrebbe dovuto, per coerenza, anche cancellare, nel pr. della costituzione, la menzione dello *matres* e degli *alii cognati*, lasciando anche e specialmente ivi gli „*extranei*“ a rappresentare i costituenti di *dos adventicia*. Rispondo che, comunque, egli non ha fatto questo, ed aggiungo anzi che egli non si è nemmeno preoccupato di modificare, nel § 3, la terminologia „*donatio ante nuptias*“ con la nuova, da lui stesso creata, di „*donatio*

neus appaia come elemento di casistica o comunque come termine non necessariamente giustapposto al termine „pater“, specialmente se si è fuori del caso della restituzione della dote, è insensato affibbiargli senz'altro il carattere rappresentativo della *mulier* e dei parenti in linea femminile di lei.<sup>40)</sup>

C) Che, ad ogni modo, nella nostra materia il termine „extraneus“ non abbia la significazione che gli si vuol generalmente dare, è ampiamente comprovato da ciò, che fra i singoli *promissores* che la casistica enuclea dal concetto generale del *promissor dotis* appare anche la *mulier*, e che la posizione di costei di fronte al *beneficium* non è quella dell'*extraneus* (non concessione), ma quella del *socer* (concessione, dipendente dall'*adfinitas*).<sup>41)</sup> Se dunque il beneficio fu concesso dal pretore soltanto, ad alcuni fra i *promissores dotis*, e se fra questi la casistica annovera il *socer* e la *mulier*, e se infine il fondamento della concessione appare essere il rapporto di affinità intercorrente fra essi e il marito, logica e necessaria conseguenza ha da essere che tutti gli affini godevano, in base al criterio equitativo del pretore, del *beneficium competentiae*, che cioè era, in materia, *extraneus* il non affine. — Se ancora ciò non bastasse, sarebbe sufficiente, per raggiungere la piena convinzione, dare uno sguardo ai testi. a) In Aa Paolo mantien ferma la negativa labeoniana per l'*extraneus*, mentre aggiunge subito che il suocero gode del

*propter nuptias*. Tanto induce ad insistere nella ipotesi di autointerpolazione ed a concludere ulteriormente o che i compilatori si sono lasciati dominare dalla fretta, o (meglio ancora) che essi abbiano già trovato, a margine di una edizione della costituzione giustiniana a propria disposizione, una nota di chiarificazione del senso da dare al termine „*extraneus*“ nel § 3, e che l'abbiano di buon grado inserita nel testo.

<sup>40)</sup> Questa ricostruzione storica trova una invidiabile conferma nella *summa* e negli *scholia* dei Basilici a D. 23, 3, 5 pr.: a) B. 29, 1, 1 dice: *Ἡ ἀπό πατρὸς ἰδίαν, ἢ ἀπὸ ἐξωραυτοῦ*; b) gli *scholia* a questo dettato insistono invece sulla contrapposizione terminologica e sostanziale (*διὰ τὴν καθόλου προίαν ἔστιν ἢ φέρου*) fra *dos adventicia* e *dos profecticia*. — L'importanza sistematica di D. 23, 3, 5 (testo non tocco, presumibilmente, da Giustiniano) non è dunque sfuggita all'epitomatore e agli scoliasti postgiustiniani, e tanto meno doveva loro sfuggire, in quanto che essi erano impregnati — a cagione dei modelli pregiustiniani che usavano (v. infra nota 72) — dello stesso scolasticismo che aveva portato alla distinzione fra *dos adventicia* e *dos profecticia*. Per conseguenza, mentre la *summa* si è preoccupata di determinare in termini generali la contrapposizione, al riguardo della costituzione della dote, fra *pater* o *extraneus*, gli *scholia* hanno diligentemente ritornato in vita la „*veteris iuris nominatio*“ della „*dos profecticia, adventicia, (recepticia)*“.

<sup>41)</sup> Testi e dimostrazione nel mio scritto citato retro nota 1.

beneficio *manente adfinitate*: ma, mentre con ciò non può escludersi (è stato anzi indubbiamente così) che Paolo, citando il *socer*, abbia inteso riferirsi al caso più frequente, è già indice segnalatico notevolissimo del criterio seguito nella concessione il „*manente adfinitate*“, con cui viene limitata l'esperibilità del beneficio. b) In Ac si parla di *beneficium competentiae* spettante (non spettante, in certi casi) all'*extraneus*, ma poi che in generale si parla ivi — in ordine al tema specifico della incombenza del *periculum dotis* al marito — anche di *mulier* e di *socer* e poi che ancora una volta questi due soggetti sono accomunati in un unico trattamento, diverso da quello dell'*extraneus*, se ne ricava che con tutta probabilità *extraneus* è il non affine del marito. c) Nessun elemento, nè nell'uno nè nell'altro senso, può essere ricavato da Ab, se non forse che il „*maxime si constante matrimonio petat*“ spurio<sup>42)</sup>, che si aggiunge al diniego di beneficio all'*extraneus*, può far di riflesso pensare proprio al *beneficium competentiae* spettante in costanza di matrimonio agli *adfines*.<sup>43)</sup>

D) Ciò dato, è da escludersi in precedenza la concessione che dell'*extraneus* nutre il PAMPALONI.<sup>44)</sup> Che il caso dell'*extraneus donaturus* rappresentasse la ipotesi normale, di fronte a quella dell'*extraneus debitor*, è una affermazione cui si può sottoscrivere; ma che appunto perciò i giuristi classici abbiano inteso, almeno nella nostra materia, il concetto di *extraneus* in questi limiti più ristretti è una idea insostenibile e che sarà dimostrata erronea, più oltre, per Aa.<sup>45)</sup> Strana è poi la definizione stessa che dell'*extraneus, qui de suo dotem promittit*, dà il PAMPALONI: questi sarebbe, in confronto dell'*extraneus delegatus*, una persona legata da vincoli di affinità al marito. Senonchè il fatto che altre persone, del pari affini del marito, godano verso di lui, in considerazione dell'*adfinitas*, del *beneficium competentiae*, ed inoltre il fatto che i classici videro fra gli *extranei* anche... gli estranei al marito, cioè i non affini di lui, depone contro questa arbitraria teoria.

<sup>42)</sup> Per la dimostrazione, v. infra n. 8 B sub o).

<sup>43)</sup> Qui evidentemente l'annotatore postclassico di Paolo si è ricordato dell'unico caso in cui il marito agente *ex promissione dotis* può vedersi opporre il beneficio: cioè il caso che egli agisca contro un affine „*manente matrimonio*“. Probabilmente perciò egli, quasi per reazione, ha voluto rimarcare che soprattutto durante il matrimonio non è concesso all'*extraneus* di avvalersi del *beneficium competentiae*, in quanto che è principio unanimemente riconosciuto che la *condemnatio* limitata spetti, durante tale periodo, unicamente agli *adfines*. Sulla povertà, logica e dialettica, di questo pensiero non giova soffermarci.

<sup>44)</sup> V. retro n. 3 B sub a).

<sup>45)</sup> V. infra nota 53.

5. — II. Il diritto classico non conobbe il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*.

La dichiarazione fondamentale dei testi circa il problema della spettanza del *beneficium competentiae* all'*extraneus promissor* si trova in Aa ed è giustamente negativa. Ivi Labeone constata che non esiste, in base allo *ius civile*, una limitazione della *condemnatio* del *promissor dotis* al *quantum facere potest*; e Paolo, commentando questa dichiarazione, nota che ai suoi tempi il principio si mantiene inalterato in ogni senso, limitatamente al caso dell'*extraneus promissor*.

Aa è stato criticato, da „*immo*“ a „*verum est*“, soprattutto dal BESELER e dall'ALBERTARIO. Diversamente dai due critici, pare a me di dover ritenere che il testo è invece, in questo punto, incorrotto.<sup>46)</sup>

a) Forma. — Il BESELER<sup>47)</sup>, attaccando una prima volta il testo di Labeone e Paolo con una critica formale non esente da ottime intuizioni, ha dubitato della genuinità di „*semper hoc*“. Ma l'atotesi è del tutto ingiustificata e comunque (a parte i rilievi di sostanza che ci indurranno più oltre a tener per buono anche questo inciso) la frase di Paolo non viene molto intaccata. — Una seconda volta<sup>48)</sup>, il BESELER si è spinto a condannare tutto il periodo „*immo — verum est*“, ma anche stavolta senza giustificazione formale alcuna. Dubitare di un parafrase postclassico a proposito dei *zudava* labeoniani è, se non altro, difficile; già Paolo glossava, per così dire, il giurista precedente, di cui riportava in nuce gli insegnamenti, ed il suo stile non poteva essere perciò esente da una certa qual vivacità di rilievi („*immo quod attinet... semper hoc...*“).<sup>49)</sup> — Anche l'ALBERTARIO<sup>50)</sup> ha segnato la interpolazione di „*immo — verum est*“, presupponendola già dimostrata nella forma e portandola quindi a sostegno della sua opinione che „postclassici o alterati sono tutti i testi che contrappongono al *pater*, costituente la dote, l'*extraneus*“. Ma anche qui è proprio la dimostrazione formale che fa difetto, di modo che non rimane se non di considerare il problema da un punto di vista sostanziale.

b) Sostanza. — Facilmente dimostrabile è che l'„*immo — verum est*“, non solamente non è affatto indice di età postclassica, ma è in ogni sua espressione

<sup>46)</sup> V., per la critica completa del passo, il mio studio citato retro nota 1.

<sup>47)</sup> Beiträge 3, 101.

<sup>48)</sup> Studi Bonfante 2, 61.

<sup>49)</sup> Per la confutazione di questa seconda esegesi del BESELER, v. il mio studio citato retro nota 1. — Si aggiunga che il commento con l'„*immo*“ iniziale è frequentissimo nelle note di Paolo ai *zudava* di Labeone: cfr. GUARNERI CITATI, SDHL 2, 363<sup>57)</sup>. Convincente è la traduzione del MONTE, Studi Riccobono 4, 288 con „in verità“: „*immo contra si*“, „*immo cum*“, „*immo si*“, „*immo*“ e simili sono adoprati da Paolo per precisare, completare o rettificare l'insegnamento di Labeone, mentre il dissenso di Paolo da lui viene di regola espresso con l'uso iniziale di „*minime*“, „*falsum est*“, „*immo contra*“.

<sup>50)</sup> Studi I, 191<sup>58)</sup>. Segnala la frase come sospetta anche il GUARNERI CITATI, loc. cit.

sostanzialmente giustificatissimo. — I. L'insegnamento dell'ALBERTARIO, circa il carattere postclassico dei testi in cui compare la menzione dell'*extraneus* in antitesi con quella del *pater* costituente la *dos profecticia*, non è testualmente giustificato.<sup>51)</sup> Non può trarsene la illazione che in Aa l'*extraneus* non sia di casa, tanto più che è evidente avere in questo frammento, come anche negli altri, la parola „*extraneus*“ il significato puro e semplice di „terzo“. — 2. Anche il „*semper hoc*“, di cui il BESELER dubitava, trova una notevole giustificazione sostanziale. Dal testo completo di Labeone e Paolo, anche nella sua struttura giustiniana, si ricava che indubbiamente non vi era, fra *extraneus* e *socer*, una differenza radicale di trattamento: mentre l'estraneo era sottratto al beneficio in ogni caso, il *socer* ne godeva, ma non sempre (*diremptio matrimonii* esso gli spettava soltanto *ex causa et persona*). Tanto più la espressione paolina apparirà limpida, se dimostreremo altrove che il *socer* godeva del beneficio soltanto *manente matrimonio*; la regola classica — così doveva dunque ragionare Paolo — è sempre esatta per l'estraneo, ma non è esatta per il suocero, qualora il matrimonio perduri ancora al momento della domanda. — Del resto, quando anche il periodo paolino dovesse venire eliminato, salvo ne resterebbe il principio che l'*extraneus* (e per di più, forse, la moglie e gli ascendenti in linea femminile di lei), a differenza del suocero (i limiti del cui beneficio qui non interessano), non godeva, all'epoca di Paolo, del beneficio della competenza. Quest'„ultima Thule“ del nostro ragionamento non abbisogna, per fortuna, di essere raggiunta: anzitutto perchè gli abbondanti motivi già addotti ci dispensano dal piegare verso di essa, e secondariamente perchè dimostreremo ampiamente in altra sede che la moglie doveva avere nel diritto classico lo stesso beneficio del suocero. L'accostamento della moglie (e dei suoi ascendenti in linea femminile) con l'*extraneus* apparirà anche in questo caso assurdo.<sup>52)</sup>

6. — Limpido appare il fondamento della attestazione contenuta in Aa. Nessun motivo spingeva il pretore, nel caso dell'*extraneus promissor dotis*, alla concessione del beneficio, mentre vi erano, forse, ragioni notevoli per trattenerlo da un simile passo.

a) Nessun motivo contenutistico, di equità, spingeva il pretore ad apportare una eccezione alla regola formalistica dell'*ius civile*.

<sup>51)</sup> V. retro n. 4 B.

<sup>52)</sup> Come sappiamo (v. retro n. 4 D), il PAMPALONI AG. 56, 176 s. dimostra di concepire l'*extraneus* („*donaturus*“) come una persona legata da vincoli di affinità al marito: così anche in Aa. Per quanto riguardo questo testo, va peraltro osservato, in contrario: 1) che Labeone non pensava al costituente „*qui de suo dotem promittit*“, bensì al costituente della dote senza colorazioni, o se egli implicava una limitazione di questo concetto, la limitazione era data unicamente dal fatto che Labeone si riferiva più propriamente al *promissor dotis*; 2) che Paolo non poteva in conseguenza riferirsi all'*extraneus donaturus*, ma anche egli all'*extraneus* in generale; 3) che il „*semper hoc verum est*“ non è punto la conferma di ciò, che il giurista si riferiva al caso „normale“ dell'estraneo donante (egli avrebbe dovuto dire, piuttosto, „*saepe*“), ma è l'indizio — come già spiego nel testo — che la regola enunciata da Labeone trovava applicazione in ogni caso.

Quivi lo *extraneus* era tenuto *in solidum* per effetto della automatica applicazione delle regole della *stipulatio*: la causa formale della stipulazione di dote escludeva senz'altro la considerazione dell'effettivo rapporto intercorrente fra ogni singolo *promissor dotis* ed il marito. Senonchè anche la considerazione di questo contenuto delle relazioni *extraneus-maritus*, che era esclusa a priori dall'*ius civile*, non poteva essere tale — almeno nel caso dell'*extraneus* — da implicare la riforma della regola civilistica. Ed invero: 1. il rapporto fra *extraneus* e *maritus* non si inseriva — come di regola<sup>53)</sup> — in un più ampio ciclo di relazioni giuridiche (che lo avessero quindi per presupposto), relazioni alle quali potesse indirizzarsi la considerazione equitativa del magistrato; la caratteristica del nostro caso era invece che, al di fuori del rapporto concreto di costituzione della dote mediante *promissio*, l'*extraneus* era e rimaneva sempre, rispetto al marito, un estraneo; — 2. il contenuto stesso del rapporto concreto fra *extraneus* e *maritus* non importava squilibrio alcuno delle loro reciproche posizioni economiche<sup>54)</sup>; non era, in particolare, la figura dell'*extraneus* ravvicinabile, nei riguardi del marito, a quella di un donante rispetto al donatario<sup>55)</sup>: La causa dell'acquisto dotale era, nel diritto clas-

<sup>53)</sup> V. retro n. 1 e nota 3.

<sup>54)</sup> Nessun motivo cioè, in base al quale potesse venire giustificata una di quelle concessioni del beneficio determinate da ragioni più profonde e specifiche di equità, che tuttavia — come il beneficio del donante (disposto da un rescritto del divo Pio) dimostra — erano basate e basabili unicamente su espresse disposizioni normative.

<sup>55)</sup> Sostengono che la dote arcaica sia sorta come donazione BECHMANN, RömDotr. I, 52 s., 60 s.; BONFANTE, Corso I, 233 s.; ALBERTARIO, Studi I, 293; LAURIA, Dote romana, cit. 19. Ma v. già contra, con ottime osservazioni: CZYHLARZ, RömDotr. 55 s.; NABER, Studi Riccobono 2, 233 s. — Superato il periodo arcaico, rimangono per la donazione il BECHMANN e l'ALBERTARIO, ma già il BONFANTE, e con lui la dottrina dominante, ricollega la dote agli *onera matrimonii* e differenzia perciò il costituente di essa da un donante. Non mi risulta chiara l'opinione del LAURIA, cit. 23, che afferma successivamente essere, in epoca progredita, la dote ancora frequentemente una donazione, ma non più della fidanzata o del *paterfamilias* a suo nome (di chi allora?) e non più al marito (a chi, dunque?). — Il mio parere è che la dote non fu mai una donazione, se non nei voli dei poeti (es: pseudo Aco Sch. ad Hor. Carm. 3, 24, 29 s.: „*donum puellarum nubentium*“). Essa sorse in base al motivo che la donna *sui iuris*, sottoponendosi alla *manus*, apportava al marito dei *bona*, che questi non avrebbe avuti se essa fosse invece rimasta, sino al momento del matrimonio, in *potestate patris*. Il costume sociale dovette generare quindi l'abitudine di ripagare anche il marito della *alieni iuris* del mancato acquisto patrimoniale: e l'apporto dei beni relativo („*dos*“, da „*dō*“) fu sin dall'origine ricollegato alla obbiettiva

sica<sup>56)</sup> come in quello postclassico e giustiniano<sup>57)</sup>, essenzialmente onerosa per il marito<sup>58)</sup>, ragion per cui anche la analogia con la donazione veniva ad essere, nel nostro caso, esclusa.

b) E' da credere, anzi, che la concessione del *beneficium competentiae* all'*extraneus* sarebbe stata, nella prassi del pretore, addirittura contraddittoria. Dato infatti che il concetto degli *onera matrimonii* incombenti al marito si è andato progressivamente formando nel corso del diritto classico, sostituendosi — per una pratica giurisprudenziale, cui non fu estraneo naturalmente il pretore — a quello più rudimentale della *causa* tipica *matrimonii*<sup>59)</sup>,

*causa matrimonii*. — A proposito della parificazione del *socer* al donante, noterò, in ogni caso, che ovviamente essa non si sarebbe potuta fare se non da Paolo: non da Labeone, che scrisse prima del rescritto di Antonino Pio, introduttivo della *condemnatio* limitata del donante.

<sup>56)</sup> Anche a voler negare (v. infra nota 59) la classicità del concetto di „*onera matrimonii*“, rimane che nel diritto classico la costituzione della dote era sempre legata alla obbiettiva e tipica „*causa matrimonii*“. Sul conseguente carattere oneroso dell'acquisto del marito, v. infra nota 58.

<sup>57)</sup> Almeno per questo periodo vale infatti la regola „*ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*“.

<sup>58)</sup> Che la causa dell'acquisto dotale da parte del marito non fosse gratuita, mi pare indiscutibile di fronte al concetto giuridico degli „*onera matrimonii*“. Ma anche riguardo alla obbiettiva „*causa matrimonii*“ l'acquisto del marito non poteva essere classificato che oneroso. Ed invero „*causa gratuita*“ e „*causa onerosa*“ di acquisto sono classificazioni posteriori ai fenomeni giuridici romani. In diritto romano (classico) esisteva la donazione come causa generale di acquisto a titolo gratuito: essa si aveva quando spontaneamente (non volontariamente) taluno diminuiva il proprio patrimonio, accrescendo quello altrui. Senonchè non era donazione quella legata ad un vantaggio qualunque del donante, che assumesse la fisionomia giuridica di un corrispettivo (*modus*, condizione potestativa), e non lo era neanche quel trapasso di beni o diritti che fosse intimamente collegato ad una causa obbiettiva, ad una destinazione specifica dei beni (es.: *causa matrimonii*). La riprova è che la *lex Cincia* permetteva la costituzione di dote anche oltre il limite dei mille assi: volerne trarre — come fa il LAURIA, cit. 19 — la conseguenza che appunto perciò la costituzione di dote era considerata donazione significa voler dare al legislatore antico una „concettosità“, che di certo egli non ebbe, e voler impedire, con l'invocazione di questa sorta di principio di autorità, una classificazione giuridica obbiettiva. — Anche a non voler tener per vero tutto ciò, rimane pur sempre che il marito non era, in pratica, equiparato al donatario: v. in proposito soprattutto le ottime osservazioni dello CZYHLARZ, cit. 54 s.

<sup>59)</sup> Circa la regola „*ibi dos esse debet*...“ e l'età di essa, le opinioni sono, come è noto, le più varie: v. le citazioni in JÖNS-KUNKEL, RömR. cit. § 180<sup>2</sup>. Indubbiamente la teoria di una formazione progressiva della regola — primamente avanzata dal SOLAZZI, Restituzione della dote (1899) 47 s. — è la migliore, c. Koschaker-Festschrift II

non poteva proprio il pretore commettere la absurdità di parificare il costituente la dote (e più specificamente l'*extraneus*) ad un donante nei confronti del marito.

7. — La parificazione del costituente la dote ad un donante — unico possibile pretesto della concedibilità del beneficio della competenza all'*extraneus* contro il marito agente *ex promissione dotis* — anche se esclusa nei rapporti fra *extraneus* e *maritus*, poteva risorgere e risorse con riferimento alla posizione reciproca rispettiva dell'*extraneus* e della *mulier*.

A) Il modo primo per il fondamento di questa parificazione poteva essere la concezione della dote come proprietà della moglie<sup>60</sup>; in questo caso l'*extraneus*, ben più facilmente che di fronte al marito, avrebbe potuto assumere l'atteggiamento del donante. Va notato, tuttavia: 1. che è escluso che il diritto classico abbia avuto la concezione della dote come proprietà o come appartenenza della moglie<sup>61</sup>; 2. che anche in questo caso non si sarebbe potuto parlare di causa gratuita di acquisto da parte della moglie, perchè la *causa matrimonii* era di per sé una causa rigidamente obbiettiva<sup>62</sup>; 3. che, subordinatamente ancora, non si sarebbe potuto parlare, comunque, di *beneficium competentiae*, perchè questo veniva e poteva venir concesso solo fra i membri di un rapporto giuridico concreto, mentre tal rapporto difettava del tutto rispetto alla moglie, nel caso della *promissio dotis*, interveniente fra *extraneus* e *maritus*.<sup>63</sup>

ma non è inesatto neanche il rilievo del BONFANTE, Corso I, 288, che la dote fu sempre socialmente legata agli *onera matrimonii*. Il problema è di sapere quando e come questo legame si avviò a diventare giuridico; ed è probabile che la prassi pretoria abbia sin dall'epoca classica contribuito — col concetto degli *onera matrimonii* — alla colorazione della obbiettiva *causa matrimonii*.

<sup>60</sup> Cfr. D. 23, 3, 75: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Cfr. anche D. 21, 2, 71 e 37, 6, 4. — Sulle opinioni della più antica dottrina, cfr. WINDSCHEID-KIPP, Pand. cit. § 493<sup>o</sup>. Ammette, fra i moderni, la classicità di questa concezione il RICCORONO, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 9, 26 s., Corso di dir. rom. 2 (1933—1934), 239 s., 252 s. Anche in favore della classicità dei testi surriportati, ma con valutazione tutta originale della concezione relativa (valutazione che non mi pare tuttavia convincente), è il MASCHI, La concezione naturalistica, Pubbl. Università Cattolica del S. Cuore II 53, 313 s.

<sup>61</sup> Cfr., in proposito, la lucida dimostrazione data dall'ALBERTARIO, Studi I, 369 s. (ivi citazioni p. 371\*). Cfr. anche, da ultimo, con qualche precisazione circa i caratteri dell'evoluzione postclassica verso la nuova concezione, GUARINO, SDHI. 5, 282 s.

<sup>62</sup> V. retro nota 58.

<sup>63</sup> V. retro n. 1.

B) A prescindere dalla concezione della dote come proprietà della moglie, la questione sarebbe potuta sorgere in quest'altro senso: dato che la dote costituita profittava in ultima analisi, perlopiù, alla moglie<sup>64</sup>, si sarebbe dovuto tener conto di questa sostanziale liberalità per non infierire oltremodo contro l'*extraneus* costituente di essa? Ma la risposta affermativa avrebbe contraddetto alla concezione stessa dell'*aequitas praetoris* e, in particolare, alla tecnica della concessione del beneficio da parte del pretore. Ed invero: 1. l'*aequitas* era un criterio di controllo, correttivo, integrativo o sostitutivo delle norme civilistiche, ma sempre da un punto di vista rigorosamente giuridico; mancava invece, nel caso nostro, il sostrato giuridico perchè essa si mettesse in movimento; 2. come già nel caso precedente, anche e soprattutto qui mancava il fondamentale presupposto di un rapporto giuridico concreto, onde poter concedere il beneficio.

C) Ciò nonostante il problema non mancò di essere prospettato, anche in sede di discussione giuridica, nel corso dell'epoca classica, e lo fu sotto un profilo sottile ed interessante, di cui ci fa attestazione il dettato di Ah, che può così svilupparsi<sup>65</sup>:

A) Nesennio Apollinare formula a Paolo i tre seguenti problemi:

a) A (delegante) ordina a B (delegato), il quale vuol fargli una donazione, di promettere a C (delegatario), di cui A è debitore; C agisce *ex stipulatu* contro B: potrà B ottenere la *condemnatio* limitata?

b) A ordina a B, *donaturus*, di promettere a C, cui A vuol fare una donazione; C agisce *ex stipulatu* contro B: potrà B ottenere la *condemnatio* limitata?

c) A ordina a B, *donaturus*, di promettere *causa dotis* a C, di cui A è moglie; C agisce *ex promissione dotis* contro B: potrà B ottenere la *condemnatio* limitata?

<sup>64</sup> Soprattutto in quanto che alla moglie andava fatta, di regola, in caso di divorzio (senza sua colpa) e di premorienza del marito, la restituzione (v. retro nota 29). Ma anche questo principio aveva, in diritto classico, nel caso che la *mulier* fosse *alieni iuris*, un valore molto limitato, data la regola „*pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae*“, la quale rendeva sostanzialmente titolare del diritto alla restituzione (salvo il consentimento della *filia*) il solo *paterfamilias*. Su questa regola e sugli influssi greci, che portarono a giustificarla in base alla constatazione „*communis est dos patris et filiae*“, cfr., da ultimo, SONNIS, Digestensumme des Anonymos 31 s.

<sup>65</sup> Naturalmente, dopo che sia stata eseguita una completa valutazione critica, per la quale v. infra n. 8.

B) Paolo risponde:

- a) B non può ottenere la *condemnatio* limitata.
- b) Testo mutilo. (B può ottenere la *condemnatio* limitata.)
- c) B non può ottenere la *condemnatio* limitata.

C) Paolo conclude: Come l'erede ed il fideiussore del donante non hanno la *condemnatio* limitata, così non deve averla colui che non ha affatto donato.

Il contenuto, così sintetizzato, di Ab dimostra: 1. che non era effettivamente del diritto classico la impostazione del problema nella maniera ipotizzata sub B); resta confermato che, se anche i classici potevano nutrire dei dubbi circa la concedibilità del beneficio all'*extraneus promissor*, questi dubbi non avevano la forza di far perdere loro la visione della tecnica dei rapporti sorgenti dalla *promissio dotis*, nè di farli spaziare fra le nebbie antiggiuridiche della *benignitas*; 2. che si tentò — sia pure in sede di formulazione problematica — di ricavare dalla realtà dei rapporti concreti un qualche vincolo giuridico, che servisse in un certo qual modo a legare le sorti della moglie a quelle del marito, in ordine alla titolarità della dote, ed a costituire così quel fondamentale presupposto per la concessione del beneficio della competenza, che era rappresentato dalla esistenza di un rapporto giuridico fra i soggetti; 3. che anche in questo caso, e giustamente, la risposta al dubbio non poteva essere se non una, e cioè nel senso del diniego del beneficio all'estraneo costituente la dote.<sup>66)</sup>

<sup>66)</sup> Contro il riferimento di Ab al *beneficium competentiae*, o perlomeno al solo *beneficium competentiae*, sono stati avanzati dubbi soprattutto dal SOLAZZI, Estinzione cit. 204<sup>2</sup>: „Piace agli interpreti di riferire *exceptione* anche al *beneficium competentiae*, ma è da vedere se tale sia stata l'intenzione di Paolo“. Io ritengo che l'analisi contenutistica di Ab autorizzi l'opinione che Paolo si riferiva esclusivamente al *beneficium competentiae*. E valga il vero. — A) La fattispecie che forma la base delle discussioni riferite in Ab integra una ipotesi di *delegatio ad promittendum*. Ciò è già per noi, indirettamente, molto interessante: se la questione fosse stata esclusivamente relativa alla esercitabilità o meno, ed in quali casi, delle *exceptiones* e delle *conditiones* variamente spettanti ai soggetti della delegazione, è probabile che il testo non avrebbe messo in rilievo il carattere di *delegatio ad promittendum*. Bisogna presumere, dunque, che la questione impostata da Nesellio si riferisse anche e specialmente alla concedibilità del *beneficium competentiae*. — B) Trattandosi, nel caso di Ab, di un *iussum* eseguito mediante *promissio*, si fa luce il problema se la delegazione fosse pura o titolata. Che la *delegatio* fosse titolata — sia nel pensiero di Paolo, che in quello del suo commentatore postclassico (su cui v. infra n. 8) — viene peraltro a prima vista escluso: 1. dal fatto che Nesellio non fa cenno, impostando le sue questioni, alle manifestazioni di volontà che avrebbero posto sul tappeto il problema della opponibilità, da parte di B delegato a

8. — Una esegesi completa di Ab è a questo punto necessaria, per confermare la interpretazione fattane.

A) Nessun dubbio fondato può avanzarsi, a mio parere, sulla genuinità delle tre domande fatte a Paolo da Nesellio. Salvo il „*si in solidum conveniendus*“ che apre la seconda interrogazione e che ha l'evidente carattere di una glossa interlineare o marginale puramente chiarificativa, le tre domande appaiono rettamente formulate ed abilmente graduate.

Nonchè il BESLER<sup>67)</sup> ha trovato modo di esprimere la sua sfiducia circa la derivazione classica della terza ipotesi fatta in Ab e di cancellare in conseguenza anche la risposta che vi figura come data da Paolo. Ora, per quanto concerne la genuinità della domanda di Nesennio, mi permetto di trovare inaccettabile questa opinione, sia per ragioni di forma che per ragioni di sostanza.

a) L'opinione del BESLER è sostanzialmente infondata, perchè abbiamo già visto come la terza domanda di Nesellio ben corroni le due precedenti, che sono — per così dire — come poste al suo servizio. Il carattere di *questio* dot-

C delegatario, delle eccezioni anche di A delegante; 2. dal fatto che Paolo non risponde — come pur ci dovremmo aspettare — che C delegatario avrebbe potuto in ogni modo essere smosso dalle eccezioni personali ad A delegante, ma risponde al contrario, nella prima e nella terza ipotesi, che C „*nulla exceptione summo refertur*“. L'ipotesi di *delegatio* esaminata in Ab è dunque una ipotesi di delegazione pura. — C) Limitato così il campo dell'indagine, bisogna ora affrontare direttamente la questione: quale fosse più di preciso la situazione tratteggiata e discussa in Ab. In questo senso possono porsi — io credo — tre progressive domande. a) Verteva forse il dubbio di Nesellio sulla opponibilità a C delegatario delle eccezioni personali a B delegato? Io ritengo di no: 1. perchè la domanda di Nesellio sarebbe stata assurdamente puerile; 2. perchè la risposta di Paolo sarebbe stata grossolanamente errata, dato che sempre e senza riguardo alcuno ai rapporti causali avrebbe dovuto essere C „*exceptione summotus*“. b) Verteva forse il dubbio di Nesellio sulla opponibilità in qualcuno dei tre casi da lui prospettati — nonostante che si trattasse di delegazione pura — a C delegatario delle eccezioni personali ad A delegante? Anche ciò va escluso: 1. perchè la forma del testo non dà adito alcuno a questa interpretazione della domanda di Nesellio; 2. perchè del pari errata sarebbe stata la risposta di Paolo, dato che sempre e senza distinzione di casi egli avrebbe dovuto, in questa circostanza, escludere la ecepibilità delle eccezioni causali verso C delegatario. c) Verteva forse il dubbio di Nesellio circa la ammissibilità delle *conditiones*? Questa domanda si condanna da sé, perchè manca nel nostro testo ogni riferimento formale e sostanziale alla condicibilità dei rapporti giuridici sottostanti alla delegazione. — D) In conclusione, possiamo affermare: 1. che Ab si riferiva ad un caso di *delegatio ad promittendum* pura; 2. che Ab non si riferiva in nessuna maniera alla questione sulla opponibilità contro il delegatario e da parte del delegato delle eccezioni a lui personali o personali al delegante. Non resta che ammettere ciò, che Ab si riferisse solo ed esclusivamente alla possibilità per il delegato di ottenere il *beneficium competentiae* nei riguardi del delegatario attore *ex stipulato*. V., per le conseguenze critiche di questa conclusione, infra nota 69.

<sup>67)</sup> ZSS. 53, 41.

trina del brano di Paolo non sarebbe giustificabile, anzi, senza questa qualche complicazione delle ipotesi: ed amo credere che il giurista classico avrebbe piuttosto dovuto scacciare dalla sua presenza, che degnare di una risposta, l'allievo zucone, che lo avesse interrogato su argomenti di così ovvia ed evidente soluzione, quali quelli adombrati nelle due prime domande.<sup>68)</sup>

b) Nè, per quanto riguarda la forma, mi riesce di scorgere un qualsivoglia appiglio per la condanna operata dal BESLER. Potrebbe meravigliare forse, a tutta prima, un lettore superficiale, molto superficiale, del testo paolino il fatto che con la terza domanda la tecnica della formulazione adottata per le altre due venga a cambiare: non più — come nella prima e nella seconda domanda — la vivace raffigurazione scenica dello stesso Nesellio in veste di delegante e di Paolo nei panni del delegato, bensì un „quid iuris?“ astratto ed una ipotesi formulata in termini di pura teoria. Ma chi non si sarebbe ancor più scandalizzato se Nesellio, pur di rimanere la personificazione del delegante, si fosse trasformato, nella terza ipotesi, nella gentile Signora del suo maestro?

E' chiaro, invece, che tutta la importanza della questione poggiava proprio sulla terza domanda di Nesellio Apollinare. Questi sapeva bene la risposta che le due prime domande avrebbero ricevuto ed il suo dubbio, l'unico vero „quid iuris“ di tutta la *questio*, verteva in tema di *promissio dotis* da parte dell'*extraneus* su delegazione della moglie. Decurtare il testo di Paolo proprio di questa discussione significherebbe volerlo ridurre ad una vuota esercitazione accademica per principianti: il che troppo spesso si dimentica che le *questiones* classiche non erano affatto.

B) Alterate, soprattutto nella forma, appaiono le risposte di Paolo a Nesennio.

a) „*Nulla creditor — promissio*“ ha evidente carattere di parafrasi postclassica, che si condanna per parecchi motivi: 1. „*summovertur*“ sta per „*summovertur*“; 2. „*exceptione summoverti*“ non mi pare un perspicuo costruito; 3. „*poterit uti*“ non ha oggetto ed ormai la menzione della *exceptio* è troppo sensibilmente lontana; la risposta ai dubbi di Nesellio è in forma impersonale, laddove ci aspetteremmo, per normale eutimia del discorso, la forma personale, in cui Paolo stesso, in veste di delegato, si esprimesse come soggetto („*ego*“). — A questi motivi di forma altri se ne aggiungono per la sostanza, e cioè: 1. „*exceptio*“ sta a designare il *beneficium competentiae*, cui manca completamente il carattere di eccezione<sup>69)</sup>; 2. Paolo risponde, in apparenza, soltanto alla prima, e non anche alla seconda domanda di Nesellio.

Tutto ciò induce a sospettare che siamo in presenza di una parafrasi postclassica al testo genuino di Paolo. E' probabilissimo che si sia voluto riportare a margine, da un lettore postclassico, in termini di teoria astratta anziché di fattispecie concreta, la sostanza del responso paolino e che la nota sia giunta

<sup>68)</sup> Non va dimenticato, in ogni caso, che siamo di fronte ad una raccolta scelta di *questiones* di Paolo. Bel complimento si farebbe a quest'ultimo, o comunque all'antologista classico, se si ammettesse che egli abbia ritenuta degna di divulgazione anche una meschinissima discussione siffatta!

<sup>69)</sup> V. retro nota 2. Il riferimento esclusivo di Ab al *beneficium competentiae* (retro nota 66) fa dileguare il dubbio del SOLAZZI, che cioè „*exceptione*“ possa essere classico.

ad incorporarsi posteriormente nel testo, sostituendo il corrispondente dettato gennino.<sup>70)</sup> — Quanto alla ricostruzione sostanziale — e, nei limiti del possibile, anche formale — del dettato classico di questo quarcio di A b, essa ci è chiaramente suggerita dalla lettura dello stesso testo parafrastico. Evidentemente Paolo dovette rispondere con una sola frase alle due domande puramente preparatorie e preliminari del suo interrogante, che erano come i due corni di questo dilemma:

si te (donaturum mihi) delegavero,

I

II

a creditore meo in solidum conveniendus sis? ab eo cui donare non volebam in solidum conveniendus sis?

Dato che, peraltro, le due domande di Nesellio non erano formulate, dirò così, con completa imparzialità, ma in un ordine tendenzioso di subordinazione, preordinato al fine di mettere maggiormente in evidenza la certa qual analogia esistente fra il secondo caso e quello della moglie delegante, nonchè di costringere quasi Paolo a tenerla presente, Paolo non poteva puramente e semplicemente rispondere con una frase di questo tipo:

a creditore tuo in solidum conveniendus sum,

ma doveva formulare la propria risposta in funzione della seconda domanda. Ed è facile immaginare che egli abbia unificato, nel loro dettato formale, le due distinte risposte da rendere alle due distinte eventualità del dilemma prospettatogli, le quali erano le seguenti:

I

II

a creditore tuo... ab eo cui donare non volebas...  
... in solidum conveniendus sum ... in solidum conveniendus non sum

Paolo doveva dare la sostanza della risposta I nella forma della risposta II; ed egli ha operato molto semplicemente, sovrapponendo alla soluzione I la indicazione del creditore con una circonlocuzione che facesse risaltare che „*creditor*“ era, dunque, colui al quale il delegante „*donare non volebat*“:

ab eo cui donare non volebas in solidum conveniendus sum.<sup>71)</sup>

Il lettore postclassico non ha apprezzato questa finezza di mezzi espressivi ed ha voluto molto più semplicemente riassumere la risposta di Paolo, mettendo in evidenza — come nel testo giustiniano di Ab leggiamo —: 1. che „*is cui (Nesellius) donare non volebat*“ era, in parole povere, il creditore delegatario; 2. che la possibilità di convenire *in solidum* il delegato significava, in termini spiccioli, che l'azione del *creditor*-delegatario non poteva essere intralciata da nessun ostacolo di procedura („*exceptio*“). Che la conseguente alterazione del dettato genuino di Paolo, avvenuta mediante la sostituzione della glossa alle corrispondenti parole del testo, non sia il frutto di una serie di equivoci di

<sup>70)</sup> Indubbiamente posteriore a questo incorporamento è la summa dell'Anonimo in B. 9, 3, 41 (H. 1, 457), che smentiva l'erroneità, nella sua recisione, della risposta paolina: *πάντες εἰς τῆς αὐτῆς παραδοξίαν*.

<sup>71)</sup> Del tutto ingiustificata, formalmente, è la restituzione del BESLER, loc. cit.: „*ei cui non donavi in solidum condemnandus sum*“.

scritturali, ma invece l'opera più o meno cosciente degli stessi compilatori giustiniani è, a mio parere, molto difficile pensare.<sup>72</sup>)

b) La critica dianzi fatta e la ricostruzione tentata per la prima parte della risposta di Paolo accompagna di un valido argomento formale quanto ho già sostenuto, rispetto alla piena legittimità in Ab della terza questione prospettata da Nesellio. Il „*cui similis est maritus*“, che si legge nella risposta di Paolo, viene ad essere dalla nostra ricostruzione anche formalmente giustificato. Nel testo giustiniano, infatti, non risulta per nulla chiaramente se il „*cui*“ si riferisca al *creditor*, all' „*is qui ei delegatus est*“ o anche all' „*is cuius nomine promissum fuit*“: solo uno studio accurato riesce a far capire che il „*cui*“ è in relazione proprio col termine a tutta prima meno pensabile, e cioè con „*creditor*“. Ma nella nostra ricostruzione il riferimento diviene lampante:

a b e o cui donare non volebas in solidum conveniendus sum: cui similis est maritus.

E' così che il „*cui*“ viene anche formalmente a riferirsi a quell' *is*, che può convenire in *solidum* Paolo.

c) Indubbiamente non genuino è il „*maxime si — petat*“, che immediatamente segue. Basti guardare al grave indizio formale del „*maxime si*“<sup>73</sup>), nonché (e non è poco) alla totale incomprendibilità della frase.<sup>74</sup>)

C) Il grande valore che ha per la comprensione del discorso di Paolo il periodo terminale della *questio* viene confermato dalla constatazione della quasi assoluta inintoccabilità della frase dal punto di vista formale. — Solo a due critiche di forma essa presta il fianco: 1. il primo „*in solidum condemnatur*“ dovremmo leggerlo soltanto dopo il caso del fideiussore, dato che anche questi, come lo *heres donatoris*, „*in solidum condemnatur*“; 2. manca il soggetto („*maritus*“) del secondo „*condemnatur*“. — Ma le risposte non sono difficili. Una cattiva trascrizione del testo ha portato: 1. a trascrivere „*ipse fideiussor*“, anziché „*et fideiussor*“, mentre l' „*ipse*“ doveva andar ricopiato più in giù („*ita et ipse et...*“)<sup>75</sup>); 2) a ripetere l' „*in solidum condemnatur*“ anche dopo la menzione dell'erede del donante.

Io ritengo, in conclusione, che il dettato classico di Ab possa andare così ricostruito:

— [*si in solidum conveniendus*] — *respondit*: [*nulla — promissit*] *ab eo cui donare non volebas in solidum conveniendus sum*: *cui similis est maritus* [, *maxime*

<sup>72</sup>) Il fatto, già posto in rilievo (retro nota 70), che la *summa* dell'Anonimo riflette lo stato già alterato del frammento può contribuire ad eliminare l'ipotesi dell'emblema, se si ammette, aderendo alla geniale intuizione del RICOBOLO, *Mélanges Fitting* 2, 473 s., che l'opera dell'Anonimo sia stata tratta da „traduzioni“ greche pregiustiniane dei testi classici (già, presumibilmente, corrotti di glossami postclassici: GUARINO, *SDHL* 5, 273 s.).

<sup>73</sup>) Addotto anzitutto dal PAMPALONI, *AG* 56, 4<sup>a</sup>. Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice shv*.

<sup>74</sup>) LEVET, *Bénéfice* cit. 110<sup>37</sup> trasalocia di riportare Ab da „*maxime*“ alla fine. Il SIEBER, *ZSS* 49, 563 nota ciò, ma condanna soltanto „*maxime — petat*“, mentre salva, e giustamente, „*et sicut*“ *rell.*“. Circa la spiegazione congetturale del perché il curioso inciso sia stato mai scritto, v. retro nota 43.

<sup>75</sup>) La congettura è stata avanzata dal MOMMSEN.

*si — petat*]. *et sicut* — [*in solidum condemnatur*] *et ipse fideiussor — ita et ipse* ei, — *condemnatur*.<sup>76</sup>)

9. — Di fronte a questo stato dei testi le dichiarazioni difformi di Ac vengono ad essere destituite di ogni attendibilità, prima ancora che la critica esegetica secerni in questo interessante e tormentato frammento lo spurio dal genuino. — Ulpiano, commentando Sabino, fa questione della incombenza del *periculum nominis* nel caso di sopravvenuta insolvibilità del *promissor dotis* e distingue nettamente la ipotesi che la *promissio* sia derivata da un *extraneus* da quella che la *promissio* sia stata opera del *socer* o della *mulier*. Vediamo ora come avrebbe ragionato il giurista classico.

A) Se il *promissor* sia un *extraneus*, il marito deve sopportare il danno della sua sopravvenuta insolvenza, soprattutto se l'*extraneus* abbia promesso la dote a titolo oneroso (*exnecessitate*) e non a titolo gratuito (*ex voluntate*). Nel secondo caso, infatti, è doveroso attenuare la responsabilità del marito, il quale non ha voluto mostrarsi esoso verso un donante, cui sarebbe spettato in ogni caso il *beneficium competentiae* concesso dal rescritto di Antonino Pio.

B) Se *promissor dotis* sia il *socer* o la *mulier*, Giuliano sostiene che il marito deve sopportare il *periculum nominis*, ma a torto.

C) Il retto insegnamento è dunque quello di Sabino, per il quale: a) se la dote sia stata costituita dal *socer* o dalla *mulier*, il *periculum* non deve essere sopportato dal marito; b) se la dote sia stata costituita dal debitore, il *periculum* deve essere sopportato dal marito; c) se la dote sia stata costituita da un terzo, cioè da un *donaturus*, il *periculum* deve essere sopportato da colui cui la dote si acquista, cioè dalla moglie.

Già la semplice analisi contenutistica del frammento giustiniano porta al fermo sospetto, se non addirittura al convincimento, che una mano posteriore ad Ulpiano, una mano postclassica, abbia falsato l'insegnamento di Sabino e di Ulpiano. Ragioni di indole logica e ragioni di indole giuridica, per gran parte già addotte

<sup>76</sup>) Giova riportare, per raffronto, la ricostruzione proposta dal BESSELER, *loc. cit.*: — ? *et [—] an diversum — delegaverit? [—] respondit*: *ei cui non donavi in solidum condemnandus sum* [—]. — Quanto alla ricostruzione da me proposta, un unico punto mi par dubbio, ed è relativo all'ultima frase. Non escludo cioè che la scorrettezza formale di essa, e principalmente la precedenza della dichiarazione „*in solidum condemnatur*“ rispetto alla menzione del fideiussore, possa essere indizio della inserzione (sperata da qualche tardo lettore) del caso dello stesso *fideiussor*, che non figurava, forse, nella esemplificazione del testo genuino. La mia ricostruzione potrebbe, per conseguenza, andare soggetta alla seguente variante: — *et sicut heres donatoris in solidum condemnatur [et ipse fideiussor, quem in donando adhibuit], ita et ipse* ei, — *condemnatur*.

dal PAMPALONI<sup>77)</sup>, concorrono alla condanna della distinzione fra le ipotesi di *extraneus debitor* ed *extraneus donaturus*.

a) Considerata da un punto di vista logico, tale distinzione si dà subito a vedere come il frutto di una evidente sovrapposizione di pensiero. È incredibile, invero, che essa sia stata opera di Sabino, commentato poi da Ulpiano, perchè in tal caso la ultima parte del testo, dove si riferirebbe testualmente l'insegnamento del giurista più antico, non porterebbe punto la assurda tripartizione fra il caso del *socer* e della *mulier*, quello dell'*extraneus debitor* e quello dell'*extraneus donaturus*, bensì una più semplice e ragionevole differenziazione fra la soluzione da adottarsi in caso di *dos promissa* dal *socer*, dalla *mulier* o dall'*extraneus donaturus* e quella da applicarsi in caso di *dos promissa* dall'*extraneus debitor*.<sup>78)</sup> Nè può credersi che la distinzione incriminata sia stata fatta da Ulpiano, per sovrapporla al più ristretto ragionamento seguito da Sabino, perchè in tal caso la terza parte del frammento non la riferirebbe come espressione del pensiero di Sabino. Siamo dunque, per esclusione, portati a concludere di trovarci in cospetto di una inserzione postclassica, come del resto invita ampiamente a credere il carattere tipicamente adiettizio che la distinzione ha nella prima parte del testo.

b) E per poco che si esamini Ac dal punto di vista del suo contenuto giuridico, il sospetto che esso sia stato glossato in periodo postclassico ne viene assai irrobustito. La distinzione fra una promessa a titolo gratuito e una promessa a titolo oneroso dell'*extraneus* è nebulosa in sè, ma risulta con qualsiasi interpretazione stranamente antiggiuridica. Dato che la causa obbiettiva della *promissio dotis* intercorrente fra l'*extraneus* e il marito non lascia ammettere che l'estraneo possa in qualche modo assumere la figura del donante in confronto del suo *stipulans*, è evidente che nel testo si accenna ad un pagamento o ad una donazione che il terzo, costituendo la dote, verrebbe ad effettuare nei confronti della moglie, cui in definitiva *solutu matrimonio* si acquista la dote; senonchè si è già visto come tale costruzione non abbia, per diritto classico, alcuna consistenza giuridica. — Quanto al richiamo del *beneficium competentiae* che sarebbe spettato all'*extraneus dona-*

<sup>77)</sup> AG. 56, 3 s.

<sup>78)</sup> Va rilevato inoltre che Sabino scriveva prima che il rescritto di Antonino Pio introducesse per la prima volta il *beneficium competentiae* del donante verso il donatario.

*turus*, il volerlo addurre come causa della decisione che, in caso di *promissio dotis ex voluntate*, il *periculum* non incombe al marito è palesemente erroneo: il fatto che l'*extraneus donaturus* godesse, nei confronti del marito agente, della *condemnatio in id quod facere potest* non giustificava punto la esenzione della responsabilità del marito per la sua insolvenza, perchè il marito avrebbe potuto convenirlo quando egli era ancora in grado di pagare. Al massimo si sarebbe potuto far rilevare la analogia di fondamento delle due soluzioni: ma — qui sta il punto — qual fondamento mai di equità avrebbero potuto l'una e l'altra avere?

Non è chi non veda che tutta la sostanza del lungo brano ulpiano era nella impostazione della seguente questione: quando il marito sopporti il *periculum nominis* e quando no. Rispetto a questo problema si schierarono in campi avversi due correnti giurisprudenziali: l'una, rappresentata da Giuliano, voleva fare applicazione incondizionata della regola formalistica, dell'*ius civile*, per cui il marito doveva sopportare in ogni caso le conseguenze della sua responsabilità *in exigendo*; l'altra, sostenuta da Sabino e da Ulpiano, voleva piuttosto ricorrere all'applicazione di un criterio contenutistico, di equità, per cui la responsabilità illimitata del marito dovesse essere esclusa ogni qual volta vincoli più lati e profondi, esistenti fra lui ed il *promissor dotis*, fossero tali da giustificare obbiettivamente il suo ritegno nel richiedere l'adempimento della promessa. Vincoli giuridici del genere di quelli invocati da Sabino e da Ulpiano correavano in effetti solo fra marito e *socer*, fra marito e *mulier*, ed erano i vincoli dell'*adfnitas*: come il marito non poteva, agendo in costanza di matrimonio, ottenere la condanna *in solidum* dell'*adfnis*, che gli aveva promesso la dote, così non doveva egli rispondere del non aver costretto all'immediato adempimento della promessa, non appena contratto il matrimonio, l'affine stesso. Ma non è credibile che Ulpiano, il quale non si riferisce al *beneficium competentiae* proprio là dove parla della *dos promissa* dal *socer* e dalla *mulier*, si sia indotto a trarre in ballo la *condemnatio* limitata nel caso della *promissio dotis* dell'*extraneus*, anche se ciò avesse fatto — come dovremmo in ogni caso supporre — per escludere che il *periculum nominis* non ricadesse sul marito. Il semplice richiamo del *beneficium competentiae* del donante ha il carattere di una citazione sforzata e fortemente artificiosa.

10. — Una analisi esegetica troppo minuta di Ac non gioverebbe, perchè la critica moderna si accosta sostanzialmente nella valutazione esegetica di

questo testo.<sup>79</sup>) Utile invece può riuscire la discussione circa la provenienza delle alterazioni.

A) Nella prima parte di Ac si ritiene generalmente — dopo la dimostrazione magistrale data dal PAMPALONI<sup>80</sup> — che sia interpolato tutto il costrutto da „*mazime si*“ a „*condemnandos*“. Chi è andato più oltre di tutti è stato proprio il primo acutissimo critico, avanzando il sospetto che „*mazime si ex necessitate promiserat*“ fosse già un glossema pregiustiniano, ampliato e sviluppato poi da Triboniano, con quel gusto particolare che egli nutriva per ogni decisione che avesse per sé una parvenza di equità. — Soltanto il SIEBER<sup>81</sup>) ha creduto di dover reagire a questa critica radicale, sostenendo che la citazione del rescritto di Antonio Pio non può che essere genuina e proponendo quindi, per giungere con essa il principio del nostro frammento, la ricostruzione di una frase intermedia del seguente tenore:

— *convenit [ , — ] : nam <et> si <mulieri> donavit [—] <marito in solidum tenetur, quia his tantum, quibus donaverunt,> divus Pius recepsit — condemnandos.*

Questa ricostruzione è, peraltro, del tutto inaccettabile, dato che non può ammettersi che Ulpiano, un classico, non solamente prendesse in esame lo scopo di liberalità verso la *mulier*, inerente eventualmente alla *promissio* dell'*extraneus*, ma parlasse addirittura con la massima esplicitezza di donazione („*donavit*“!). Inoltre la ricostruzione del SIEBER pare si preoccupi di esaltare, più che di attutire, quella interdipendenza, illogica ed antiggiuridica, fra la soluzione adottata in tema di *beneficium competentiae* e quella da adottarsi nella presente questione, che ci ha dato invece motivo per la critica sostanziale del testo. — Ora è molto dubbio, se non proprio da escludersi, che Ulpiano si sia mai sognato di riferirsi al caso di un *extraneus donaturus*: che il trattamento di costui non si discostasse dalla regola generale, che il suo foro interno non avesse spiraglio alcuno per risaltare alla luce del diritto era, in epoca classica, tanto evidente, che Nesselio aveva dovuto far ricorso (per sentirsi tuttavia dare una netta risposta negativa!) allo stratagemma espositivo dianzi esaminato in Ab. Io ritengo che il SIEBER si preoccupi eccessivamente del fatto che la citazione del rescritto del divo Pio non è giustiniana. Certo su ciò deve assolutamente convenirsi: se le stesse parole che appaiono in Ac per richiamare il rescritto e la sua decisione rispetto al donante ricompaiono in D. 50, 17, 28, se esse appaiono essere tratte dallo stesso autore, dalla stessa sua opera e — con ogni verosimiglianza — dallo stesso libro di quella (Ulp. 36 Sab.), ciò vuol dire che Triboniano non ne è dunque stato l'autore. Ma il fatto che la citazione del rescritto sul *beneficium competentiae* del donante non sia giustiniana non deve necessariamente indurre alla credenza che quella citazione sia classica, cioè di Ulpiano: tutto lascia credere invece — sia in punto di critica sostanziale, che di critica formale — che siamo di fronte ad un ampio ed elaborato glossema postclassico, generato da intenti falsamente equitativi, e che i giustiniani non hanno esitato ad incorporare il glossema nel testo di Ulpiano.<sup>82</sup>)

<sup>79</sup>) V., per la letteratura critica su Ac, l'*Index interp.*

<sup>80</sup>) AG. 56, 15 s.

<sup>81</sup>) ZSS. 49, 563.

<sup>82</sup>) Cade, con questo rilievo, l'ipotesi del PAMPALONI che nel primo periodo

B) Una glossa di pari ampiezza e di non meno scarso valore scientifico è stata aggiunta dal commentatore postclassico alla seconda parte di Ac ed ancor più evidente è la incorporazione di essa nel testo ulpiano, operata presumibilmente dai compilatori. Che Giuliano volesse tener ferma anche nel caso della *promissio dotis* del *socer* la responsabilità in *exigendo* del marito può agevolmente comprendersi, ma che egli abbia esteso questo suo principio persino al caso di *promissio* della moglie (cui par voler accennare lo „*ipsa*“ del primo periodo) è addirittura insensato. Era naturale, invece, che in quest'ultima ipotesi il *periculum nominis* non potesse gravare sul marito, sì che il carattere adiettivo di „*si vel pater vel ipsa promiserunt*“ non deve negarsi, come non deve essere negato il carattere spurio di tutto il periodo „*neq enim — convenit*“. Io suppongo che ambedue le aggiunte siano derivate dalla incorporazione nel testo di un'unica nota marginale, la quale si diffondeva con compiacenza a demolire con povera argomentazione la opinione di Giuliano, previamente ampliata per tipica pedanteria scolastica. Si trattava dello stesso commentatore della prima parte: l'„*urserit ad exolutionem*“, tanto simile al „*praecepitavit ad solutionem*“ che ivi si legg, non pare lasciar adito a dubbi.<sup>83</sup>)

C) Se quanto ho detto prima risponde al vero, non dovrà esitarsi ad attribuire la integrazione della terza parte del testo allo stesso lettore postclassico, che è stato autore delle altre glosse. Egli ha voluto, di certo, armonizzare il dettato di Sabino con la sua estrosa distinzione, basata sulla antiggiuridica considerazione della posizione della *mulier* nei confronti dell'*extraneus promissor*: è perciò che egli ha ristretto il significato di „*alius*“ a quello di *extraneus donaturus*, ha inserito di conseguenza a ipotesi dell'*extraneus debitor*, ed ha infine spiegato, per dar base alla propria opinione, che *is, cui dos acquiritur* è la *mulier*, perché ad essa „*vel commodum respicit*“. <sup>84</sup>)

Io propongo, in conclusione, la seguente ricostruzione di Ac:

Ulp. 36 Sab.

Glosseni postclassici

*Si extraneus sit qui dotem promiserit itaque defectus sit facultatibus, impotabilis marito, cur cum non convenit (I)*

*(II) sed (a) Iulianus quidem libro secundo decimo digestorum scribit, etiam si pater promiserit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. (III)*

(I) *mazime si — condemnandos* (II) (a), *si vel pater vel ipsa promiserunt*, (III) *debet igitur mulieris esse periculum; nec enim — convenit* (IV)

di Ac abbiano comunque posto mano i compilatori. A questi spetta al massimo la incorporazione formale della glossa nel testo di Ulpiano. — Un ulteriore notevole argomento di forma contro la tesi dell'emblema è che „*praecepitavit*“ non viene mai usato da Giustiniano.

<sup>83</sup>) Il PAMPALONI, cit. 6<sup>a</sup> loda invece (non sappiamo con quanto fondamento) la correttezza stilistica di „*urgere ad exolutionem*“, ritenendo in conseguenza genuino (p. 17) il dettato da „*neq enim*“ a „*exolutionem*“.

<sup>84</sup>) Anche stavolta la *synnema* dell'Anonimo riflette il testo già alterato. Dato che la tesi dell'inquinamento pregiustiniano, da me sostenuta, parmi si regga di per sé sola, adduco la coincidenza a riprova del mio modo di valutare il sunto dei Basilici (esposto retro nota 72): cfr. B. 29, 1, 29 (H. 3, 371).

(IV) recte itaque Sabinus [disposuit, ut diceret] quod pater vel ipsa mulier promiserit viri periculo non esse (b), quod alius (c) eius periculo aut, cui adquiritur (V).

(b) quod debitor, id viri esse  
(c) scilicet donaturus  
(V) — *adquiri autem mulieri accipimus, ad quam rei commodum respicit*

11. — III. I compilatori non si occuparono *ex professo* del *beneficium competentiae* dell'*extraneus*.

a) Che la riforma del *beneficium competentiae* dell'*extraneus* — nel senso della ammissione di lui alla *condemnatio* limitata, in caso che *ex voluntatem dotem promiserat* — sia stata opera di Giustiniano, è cosa molto poco probabile, sol che si osservi che due testi radicalmente in contrasto, come Aa ed Ac, sono affluiti nello stesso titolo (23, 3) dei Digesti. Vero è che essi appartengono a masse differenti (rispettivamente: *appendix* e *massa edictalis*), ma la contraddizione fra i due è ancor troppo violenta, per poter essere superata.

b) Tanto le alterazioni di Aa, quanto le alterazioni di Ac sono, inoltre, di mano sicuramente postclassica. La stessa ipotesi del PAMFALONI che un glossema pregiustiniano ad Ac sia stato poi ampliato ed elaborato dai compilatori mediante la confezione della intera frase „*maxime si — condemnaverat*“ è dimostrata priva di fondamento da ciò, che i compilatori hanno estratto proprio da questa frase la citazione del rescritto del divo Pio che si legge in D. 50, 17, 28.<sup>85)</sup>

c) Ma vi è, infine, questo argomento fondamentale. Già sappiamo che, se in Ac l'*extraneus* fosse contrapposto al *socer* potremmo seriamente dubitare di essere alla presenza di un testo alterato dai compilatori giustiniani, in seguito alla costituzione del novembre 530.<sup>86)</sup> Al contrario in Ac l'*extraneus* non è punto contrapposto al solo *socer*, bensì — anche in ordine alla questione della incombenza del *periculum dotis* — al *socer* e alla *mulier*. Vi è dippiù: la menzione della *mulier* nel secondo periodo di Ac è stata da noi riconosciuta spuria.<sup>87)</sup> Assume quindi apparenza di certezza la ipotesi che tutto il dettato di Ac non sia stato nè tocco, nè pur preso in specifica considerazione dai commissarii giustiniani.

<sup>85)</sup> V. retro n. 10 A.

<sup>86)</sup> V. retro n. 4 B.

<sup>87)</sup> V. retro n. 10 B.

Non la prevalenza, dunque, di un testo su un altro, ma il fatto obbiettivo che i compilatori non si occuparono *ex professo* del *beneficium competentiae* dell'*extraneus*, deve far concludere che la *condemnatio* limitata non fu concessa in nessun caso, nel diritto giustiniano, all'*extraneus* „*promissor dotis*“.

12. — IV. Solo il diritto postgiustiniano dette rilievo alla distinzione di Ac. Si legge, infatti, in calce a B. 29, 1, 79 (H. 3, 426), che è la *summa* greca di Aa, il seguente scolio di conciliazione del diniego contenuto in quel testo con la distinzione posta da Ac fra *extraneus debitor* ed *extraneus donaturus*:

Sch. 1) . . . τοῦτο δὲ νόησον, ἔνθα μὴ κατὰ φιλοτιμίαν χρεωστῶν ὁ ἐξωτερικὸς ἐπιρωτήθη προῖκα παρασχεῖν ὑπὲρ τῆς γυναικὸς. ἔγνωσ γὰρ ἐν τῷ λγ'. διγρεστ. τοῦ παρόντος τίτ. ὅτι ὁ κατὰ φιλοτιμίαν ἐπερωτῶμενος προῖκα ἰν quantum facere potest καταδικάζεται.

Berlin (Juristisches Seminar), Oktober 1938.