

## « EXTRANEUS »

1. — In altre sedi<sup>1</sup>, esaminando i passi relativi al così detto *beneficium competentiae* del *promissor dotis*, io ho espresso il convincimento che il termine *extraneus* (*promissor dotis*) significhi, nei testi classici, « chi è fuori da ogni rapporto di parentela con la moglie ».

In un recente scritto, il Solazzi ha manifestato tuttavia dei dubbi circa questa interpretazione<sup>2</sup>. Egli concorda con me nel ritenere che *extraneus*, se classico, altra significazione non possa avere se non quella dianzi accennata<sup>3</sup>, ma appunto perché gli pare di dover escludere la mia interpretazione, sia in D. 23.3.84 che in D. 23.3.33, egli sospetta che in detti testi *extraneus* sia insiticio e che al loro posto si trovasse nell'originale classico o un *alius* o una circonlocuzione, del genere, verbigrazia, di *is qui pater non est*<sup>4</sup>. *Extraneus*, nel senso di costituente la dote, adombrerebbe necessariamente, specie se si trova unicamente accostato a *pater* (o *socer*), tutti coloro che, ad eccezione del *pater* stesso, danno dicono o promettono la dote<sup>5</sup>.

\* In ZSS. 61 (1941) 378 ss.

<sup>1</sup> Sul *beneficium competentiae* dell'*extraneus promissor dotis*, in *Fs. Koschaker* (1939) 2.55 s. (in seguito: *Extraneus*); Il *beneficium competentiae* del *promissor dotis*, in *RISG.* n.s. 14 (1939) 169 s. (in seguito: *Promissor*). V. anche *Über den Begriff der Kollation*, in *ZSS.* 59 (1939) 534 s.

<sup>2</sup> *Pater vel extraneus*, in *St. Scorza* (1940) 809 s.

<sup>3</sup> Cfr. 809: « nessuno più di me gradirebbe di essere certo che questa interpretazione colga il vero... Con questa parola i classici dovevano indicare una persona estranea ad un rapporto, ad un negozio, ad una cerchia determinata. Se nei testi della *promissio dotis* ha il senso che gli dà il Guarino, *extraneus* sarà classico; non potrei dire altrettanto se dovesse riferirsi a tutti i costituenti la dote diversi dal padre della dotata, perché la qualificazione di estraneo al rapporto di paternità è una sciocchezza ».

<sup>4</sup> Cfr. le ricostruzioni che il Solazzi propone dei vari testi (ricostruzioni che saranno riferite e discusse in seguito). V. anche 814: « giova domandarsi se *alius* ripeta il linguaggio classico meglio che non *extraneus* »; 815: « Vi sono altre possibilità, per es. che *extraneus* abbia sostituito *alius* ».

<sup>5</sup> Già l'ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* 1.291 nt. 2, ha sostenuto essere « post-

L'alta autorità del mio oppositore e la consueta acutezza dei suoi rilievi mi hanno indotto a rimeditare l'argomento specifico della *condemnatio* limitata del *promissor dotis*, nonché quello più ampio relativo ai soggetti che possono costituire la dote. Ma devo dire che le mie convinzioni non sono per nulla cambiate: *extraneus* è un termine classico anche in tema di dote ed il suo significato, anche in questa materia, è, in ordine al diritto classico, quello letterale e naturale di « non parente della *mulier* ». Il che mi riprometto di dimostrare nelle pagine seguenti.

2. — Non insisterò sul significato naturale del termine *extraneus*, nel quale conviene pienamente anche il Solazzi. In un testo classico « *extraneus* » non può significare che « estraneo »: se ciò non significa sorge il sospetto che il testo sia interpolato<sup>6</sup>.

Ma da chi può essere stato interpolato un testo, nel quale *extraneus*, nel senso di costituente la dote, adombri non solamente un terzo, ma anche un parente della *mulier* o la *mulier* stessa? Non certo dalle scuole postclassiche, che amavano invece riassumere tutti i casi di *dos non profecticia* nella categoria da esse stesse coniata della così detta *dos adventicia*<sup>7</sup>. Quindi evidentemente dai giustinianeî, i quali ripudiarono la denominazione *dos profecticia-dos adventicia* siccome una *veteris iuris nominatio* e furono indotti da una tassativa disposizione imperiale a conferire alla parola *extraneus* una significazione pregnante e affatto innaturale<sup>8</sup>.

classici o alterati» i testi che contrappongono al *pater* costituente la dote l'*extraneus*: così D. 23.3.33, 23.3.84, 37.7.1.7, C.I. 5.13.1.13 c, 5.12.31.3. Ma v. *contra Extraneus* 58 s., ove è avvertito che ciò sarà vero solo se necessariamente *extraneus* includa in sé, in questi testi, ogni costituente di *dos non profecticia*. Il SOLAZZI, *cit.* 809, pensa ora che « allo stato delle fonti le ansie del dubbio ci tormenteranno lungamente » e getta nella disputa alcuni testi « dove la coppia *pater vel extraneus* non ha ancora attirato le cure dei critici ».

<sup>6</sup> Cfr. 809. V. anche in *Glosse a Gaio IV*, di prossima pubblicazione, la critica che il Solazzi muove a Gai 2.220, critica basata anche sull'uso anomalo di *extraneus*.

<sup>7</sup> La dimostrazione della non genuinità della denominazione (*dos*) *adventicia* è dell'ALBERTARIO, *Studi* 1.281 s. Dal mio canto ho tenuto altrove a precisare che essa denominazione ha carattere postclassico, sí, ma pregiustiniano e che il diritto classico non conobbe, accanto alla categoria *dos profecticia* (originariamente: caso della *dos* costituita dal *paterfamilias*, v. *infra* nt. 10), categorie di doti, ma solo singoli casi di costituzione dotale, a seconda della persona del costituente: cfr. *Extraneus* 55 s., *Promissor* 168 s., ZSS. 59 *cit.* 534 s.

<sup>8</sup> In una parola, la terminologia *extraneus* sarà da ritenere giustiniana quando avrà il preciso senso che il diritto giustiniano le affida; sarà da ritenere postclas-

È una costituzione di Giustiniano, datata il novembre 530, che, dopo aver implicitamente ripudiata la *veteris iuris nominatio* di cui sopra<sup>9</sup>, dichiara, con interpretazione autentica, quale sia il senso del termine *extraneus* nella materia dotale:

CI. 5.13.1.13 c: *Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotandam personam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.*

*Extraneus* è colui che costituisce una dote che non possa dirsi *profecticia*, colui che non sia cioè l'avente potestà sulla moglie<sup>10</sup>: quindi la madre, il fratello, lo zio, un terzo, la stessa *mulier*.

Ancora nell'aprile 530, prima dell'emanazione della costituzione famosa di cui abbiamo riportato più sopra un paragrafo, Giustiniano dimostrava, in un'altra sua costituzione, di intendere la significazione di *extraneus* nel senso ovvio della parola:

CI. 5.12.31 pr.: *Cum quidam dotes pro mulieribus dabant sive matres sive alii cognati vel extranei, recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant...*

Bisogna dunque presumere che, se vi son casi di vera contrapposizione, nei testi delle Pandette, fra *pater* ed *extraneus*, in ordine alla costituzione di dote, questi casi non siano classici, ma denuncino l'emblema compilatorio, reso necessario dalla costituzione riformatrice del novembre 530<sup>11</sup>. Ma questo criterio deve soccorrere ove concorrano le seguenti cir-

sica, ma non giustiniana, quando apparirà adoperata in un significato improprio, diverso da quello suo più naturale (es.: Gai 2.210, su cui *retro* nt. 6); altrimenti sarà da ritenere, e non potrà non essere ritenuta, perfettamente classica. Naturalmente, aggiungo, non è detto che i postclassici abbiano sempre adoperato *extraneus* in senso inesatto: bisogna presumere anzi il contrario. La mia tesi è che i classici non abbiano potuto non attribuire, neanche eccezionalmente, ad *extraneus* il suo senso più ovvio.

<sup>9</sup> CI. 5.13.1.1 b: *... et dos sive adventicia sive profecticia sit secundum veteris iuris nominationem.*

<sup>10</sup> È noto che in materia di costituzione dotale (agli effetti della restituzione) Giustiniano operò un ritorno al diritto arcaico, definendo *profecticia* la *dos* costituita dal *paterfamilias*. Il diritto classico invece intese per *dos profecticia* quella costituita da qualsiasi ascendente maschile della moglie: cfr. JÖRS-KUNKEL, *Röm. Recht*<sup>2</sup> 180 nt. 1, ARANGIO-RUIZ, *Ist.*<sup>4</sup> 455; v. anche *Extraneus* 55 nt. 31.

<sup>11</sup> L'ALBERTARIO, *Studi* 1.291 nt. 1, cita come esempio di contrapposizione tipicamente postclassica (io preciso: giustiniana) fra *extraneus* e *pater*: 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 nupturae dedit mulieri...* Ma in questo paragrafo non si parla di *extranei* costituenti la dote, bensì di *extranei* che abbiano

costanze: 1) che l'*extraneus* non appaia come elemento di casistica o comunque come elemento necessariamente giustapposto al termine *pater*<sup>12</sup>; 2) che il termine *extraneus*, oltre che la madre, lo zio o il fratello della sposa, possa abbracciare in sé anche la stessa *mulier*, nonché l'ascendente maschile di essa che non sia titolare della *patria potestas*<sup>13</sup>.

Per i classici e per i pregiustiniani *extraneus* significava, insomma, terzo estraneo alla parentela con la moglie. Per i giustiniani *extraneus* significa « terzo estraneo al rapporto di *patria potestas* con la *mulier* »<sup>14</sup>. Quando, per una ragione o per l'altra, questa specifica significazione non sia reperibile in testi ove pur sussiste, almeno in apparenza, una contrapposizione tra *pater* ed *extraneus*, dobbiamo pur concludere che *extraneus* non è interpolato, che esso si trova menzionato accanto al *pater* unicamente perché nel diritto classico la costituzione di dote da parte dell'ascendente maschile della moglie (*paterfamilias* o meno) e quella da parte di un terzo, oltre che da parte della moglie stessa, sono i casi più frequenti<sup>15</sup>, che esso significa e può continuare tranquillamente a significare « colui che non sia legato da vincoli di parentela alla sposa ».

fatto alla moglie la *donatio ante (propter) nuptias* pel marito. Ribadisco, comunque, in questa sede, l'opinione manifestata in *Extraneus* 59 nt. 33, che *id est qui eum pro quo dat non in potestate habeat* sia una autointerpolazione di Giustiniano nel *Codex repetitae praelectionis*: il nuovo senso di *extraneus* (determinato dalla costituzione del novembre 530) ha indotto l'imperatore ad adottarne uno analogo in tema di *donatio ante (propter) nuptias*. Due obiezioni potrebbero farmisi: 1) perché nel *principium* della costituzione Giustiniano parla ancora di *extranei* nel vecchio significato?; 2) perché nel paragrafo 3 *extraneus* non ricomprende anche la moglie? Rispondo: 1) Giustiniano ha probabilmente ommesso di modificare il senso di *extranei* nel primo periodo perché ivi parlava dell'antico diritto (*quidam dabant, mariti suscipiebant*): il che è riprova, se mai, di ciò, che prima di Giustiniano *extraneus* era usato nel senso che noi sosteniamo; 2) Giustiniano ha creato, in tema di *donatio ante (propter) nuptias*, un significato analogo, non identico a quello adottato per la *dos*, in quanto che la *donatio ante (propter) nuptias* era un istituto analogo e non identico alla dote: la dote poteva essere costituita dalla stessa moglie al marito, la *donatio ante (propter) nuptias* era fatta alla moglie, e quindi non poteva essere costituita dalla moglie a se stessa.

<sup>12</sup> V. *retro* nt. 5.

<sup>13</sup> Questo secondo punto può anche non risultare dalla lettura dei testi della compilazione, i quali parlano di *pater* e non di *paterfamilias* costituente la *dos profecticia*; ma occorre, in ogni caso, che risulti il primo punto.

<sup>14</sup> Il che giustifica, in fondo, la terminologia giustiniana. Non è da approvare invece la significazione *extraneus* = « estraneo al rapporto di paternità »: v. *retro* nt. 3.

<sup>15</sup> Basta un'occhiata al *Vocab. iurispr. rom. sv. pater, mulier, extraneus*. Raramente appare, ma appare, la citazione della *mater*: v. D. 34.5.16 pr., su cui *infra* n. 5.

Non bisogna dimenticare, da ultimo, che i giuristi classici erano eminentemente tradizionalisti e pratici. La tradizione dell'antico matrimonio *cum manu* li spingeva a non parlare che di tre tipi di dote: quella costituita dalla sposa *sui iuris* in favore di sé stessa<sup>16</sup>, quella costituita dal *paterfamilias* della moglie<sup>17</sup>, quella costituita da un estraneo al rapporto di patria potestà, cioè praticamente da un non parente della moglie<sup>18</sup>. D'altra parte, erano questi i casi che più di frequente si verificavano nella pratica del diritto classico: è ben raro di fatti incontrare nei testi un accenno alla dote costituita da altre persone<sup>19</sup>. Noi riteniamo pertanto che, anche nell'epoca del matrimonio *sine manu*, non deve stupire che i casi « tipici » cui i giuristi si riferiscono siano i tre sopra accennati, perché quei casi sono in sostanza gli unici cui valga praticamente la pena di riportarsi.

3. — Veniamo ora all'esame dei testi.

D. 24.3.22 pr. (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si, cum dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium vel in mortem, dicendum est in eum casum, in quem non pepigit, esse mulieri actionem.*

Il caso prospettato da Ulpiano non è difficile da ricostruire. Il padre o un estraneo hanno costituito la dote in favore della moglie ed hanno inoltre pattuito la restituzione di essa in vista di uno solo dei due casi di scioglimento del matrimonio<sup>20</sup>: o il divorzio o la morte (evidentemente del marito)<sup>21</sup>. Qui non interessa il contenuto del patto, ma interessa invece di vedere se possa dirsi oppur no del tutto escluso il diritto che alla moglie

<sup>16</sup> Caso che, secondo me, fu quello originario: cfr. *Extraneus* 64 nt. 55 e citazioni *ivi*.

<sup>17</sup> Nel diritto classico è invece *profecticia* la *dos* costituita dall'ascendente maschile in genere. Ma la vecchia terminologia del diritto arcaico (*pater*) rimane ad indicare ogni altro ascendente in linea maschile: cfr. *Extraneus* 55 nt. 31.

<sup>18</sup> È evidente che nel diritto arcaico, se la moglie non fosse stata essa stessa *sui iuris* prima del matrimonio e se la costituzione dotale non fosse fatta da un *extraneus* al rapporto di patria potestà (che in quel diritto equivale a non parente, cioè non *adgnatus*), la costituzione non poteva essere fatta che dal *paterfamilias*, perché egli era l'unico che avesse capacità piena (non la *mater*, non il padre di sangue, non lo zio ecc.: tutti sottoposti alla *patria potestas*).

<sup>19</sup> V. *retro* nt. 15.

<sup>20</sup> E quindi di obbligo del marito di restituire la dote alla moglie, cui l'editto concedeva appunto l'*actio rei uxoriae* per la restituzione.

<sup>21</sup> Le regole circa la restituzione della dote si sogliono in generale sistemare in base a tre ipotesi: divorzio, morte del marito, morte della moglie. Ma in verità va rilevato che il principio era unico: la dote doveva essere restituita dal marito (o,

competere, in base all'editto pretorio<sup>22</sup>, di agire per la restituzione della dote. E Ulpiano risolve giustamente il caso, dichiarando che la moglie conserva la possibilità di esperire l'*actio rei uxoriae*, qualora il matrimonio si sciogla per la causa non contemplata nel patto.

Il Solazzi non pensa, con noi, che questo frammento ulpiano sia sufficientemente chiaro, ma lo trova pieno di oscurità e di sottintesi<sup>23</sup>.

Anzitutto, egli sostiene che è poco probabile che il giurista classico abbia unito nella medesima proposizione e decisione il patto del *pater* e quello dell'estraneo: il patto dell'estraneo non può che essere diretto alla restituzione, in caso di divorzio o di morte del marito, della dote, su cui oramai egli non avrebbe più alcun diritto; il patto del padre, invece, « mancherebbe di ogni scopo, se non attribuisse al marito il diritto di conservare in tutto o in parte la dote ». Senonché l'osservazione non mi pare esatta. A prescindere da ciò, che — come ho detto — non ha rilevanza in questo testo il contenuto del patto e che quindi Ulpiano opera saggiamente a non precisarlo, io osservo che, in caso di scioglimento di matrimonio per divorzio (senza colpa della moglie) o per morte del marito, la dote costituita dal *pater*, così come quella costituita dall'*extraneus*, deve essere restituita dal marito (o dai suoi eredi) alla moglie: solo se la moglie sia *alieni iuris* l'azione spetta al padre, *adiuncta filiae persona*<sup>24</sup>. È ben possibile dunque che il patto del padre, così come quello dell'*extraneus*, prevedesse la restituzione al padre stesso, anziché alla *filia sui iuris*; anzi, dato che il testo non precisa se la *filia* sia o meno *sui iuris*, è ben possibile con formulazione più generale, che il patto del *pater* fosse diretto ad evitare la restituzione alla *filia* o comunque la necessità da parte del *pater* di dover esperire l'azione *adiuncta filiae persona*<sup>25</sup>. Si noti infine che qui si

in caso di sua premorienza, dagli eredi del marito) alla moglie (o, in caso che fosse *alieni iuris*, al *paterfamilias* di lei, che agiva però *adiuncta filiae persona*). È evidente che, se il matrimonio si scioglieva per morte della moglie, la *dos* non poteva essere restituita alla *mulier* (come era la regola) e quindi rimaneva al marito; in questa ipotesi, valeva tuttavia il principio eccezionale *mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur* (Ulp. *reg.* 6.4). Come si vede, dato il presupposto che la restituzione della dote va fatta alla moglie, i casi normali in cui poteva farsi questione della restituzione della dote erano quello del divorzio e quello della morte del marito.

<sup>22</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*<sup>3</sup> 303 s.

<sup>23</sup> Cfr. 810 s.

<sup>24</sup> V. *retro* nt. 21.

<sup>25</sup> Ad evitare cioè che il *pater* dovesse ottenere il consenso della figlia per poter esperire l'*actio rei uxoriae*. Sul punto cfr. WOLFF, in ZSS. 53.301 s.

parla del *pater* costituente la *dos profecticia*, il quale non è necessariamente il *paterfamilias* della moglie<sup>26</sup>: altra possibilità da considerare è che il padre di sangue della *mulier* abbia pattuito col marito la restituzione della dote a sé stesso, anziché al *paterfamilias* di lei (ad es.: l'*avus*).

I sottintesi cui allude il Solazzi son dunque, non solo giustificati, ma anche facilmente intuibili. Né è un altro sottinteso necessario, come il Solazzi ritiene, che la donna sia *sui iuris*, perché altrimenti Ulpiano non avrebbe potuto decidere « *esse mulieri actionem* ». Già il fatto che Ulpiano parli di un'*actio* che compete alla *mulier* e non al *pater* (*adiuncta filiae persona*) potrebbe agevolmente far comprendere che la *mulier* è *sui iuris*, e quindi il sottinteso sarebbe anch'esso di assai facile intuizione. Ma a me pare che Ulpiano abbia volutamente ommesso la specificazione « *sui iuris* », desiderata dal Solazzi, e ciò perché, come ho detto, egli vuol riferirsi tanto al caso che la *mulier* sia *sui iuris* quanto a quello che essa sia *in potestate patris*. Non si dimentichi che Ulpiano commenta le parole dell'editto e che questo concedeva l'*actio rei uxoriae* alla *mulier* (*soluta matrimonio solvi mulieri dos debet*: D. 24.3.2 pr.): mettersi a specificare una cosa del resto ovvia, quale quella che per la moglie *alieni iuris* agisce *de re uxoria* il suo *paterfamilias*, era in questo punto inopportuno.

Possiamo dunque concludere che gli appunti di sostanza mossi al nostro frammento non reggono e che infondato è quindi il sospetto del Solazzi circa « una più vasta alterazione » del passo.

In ogni caso, mediante questi appunti di indole sostanziale, il Solazzi vuol solo dare una prima giustificazione, di carattere generico, all'attacco diretto che egli muove alla locuzione *pater vel extraneus*. Vediamo se perlomeno in questo la sua critica possa dirsi giustificata.

Ora, gli argomenti per la critica di *pater vel extraneus* sono i seguenti: 1) *daret e pepigit* fanno pensare che Ulpiano nominasse un solo costituente della dote, non due; 2) stilisticamente preferibile sarebbe che *pater vel extraneus* precedesse il *cum dotem daret* (anzi *darent*); 3) *dotem dare pro muliere* è una amenità, perché certo la dote non viene costituita *pro viro*.

I primi due argomenti sono tenui: tutti sanno che Ulpiano non è un maestro di stile e che, se da lui deve pretendersi che la sintassi non sia violata, non è giustificato richiedere ai suoi scritti la mirabile armonia di un discorso di Cicerone. Ulpiano ha delle caratteristiche, probabilmente deteriori, di stile: nell'elenco di tali caratteristiche è gio-

<sup>26</sup> V. retro nt. 17.



coforza inserire l'uso del verbo al singolare, quando due soggetti (al singolare anch'essi) siano uniti dalla congiunzione *vel*<sup>27</sup>.

Rimane il terzo argomento, ma è lo stesso Solazzi a darci il modo di dimostrarne l'infondatezza. Egli riconosce difatti che non è lecito respingere la classicità della locuzione *pro muliere dotem dare*, ma desidera che almeno tale menzione sia giustificata, magari da un semplice motivo stilistico<sup>28</sup>. Ma un motivo stilistico, nei riguardi di Ulpiano, è appunto il fatto che egli non è un maestro di stile: dire che la dote è data *pro muliere* può essere una prolissità, ma non è certo l'amenità additata dal Solazzi.

Vediamo, ad ogni modo, quali siano i casi in cui il mio illustre contraddittore ammette la classicità di *pro muliere dotem dare*. Uno ce ne addita egli stesso, a mo' d'esempio:

D. 24.3.66.7 (Iavol. 6 *ex post. Lab.*): *Si quis pro muliere dotem viro promisit, deinde herede muliere relicta decesserit...*

« La dichiarazione *pro muliere* esime dalla necessità di spiegare che la *mulier* erede è la stessa a cui favore si è promessa la dote ». Ma se un simile argomento è sufficiente a giustificare la classicità di *pro muliere dotem dare* nel frammento di Giavoleno, eccone uno non meno forte per giustificare l'analoga locuzione nel frammento di Ulpiano: la dichiarazione *pro muliere* esime dalla necessità di spiegare che la *mulier* che agisce *de re uxoria* è la stessa a cui favore si è costituita la dote<sup>29</sup>. In verità, *pro muliere* è non meno superfluo nel frammento di Giavoleno, di quanto non lo sia in quello di Ulpiano: a me pare logico che la *mulier* erede è la stessa in cui favore la dote è stata promessa; non v'è bisogno del *pro muliere* per chiarirlo, o meglio ancora non è certo il *pro muliere* che lo chiarisce. Perché qualificare insulsa questa innocente superfluità dello stile di Ulpiano, tanto più che la si giustifica in Giavoleno?

La restituzione del Solazzi, che vuol sostituire a *pater vel extraneus* la circonlocuzione *is qui mulieris pater non erat*, non appare, insomma, giustificata.

<sup>27</sup> Cfr. D. 37.7.1.7, *infra* n. 10. Io contesto addirittura che questo uso possa essere qualificato fra le caratteristiche deteriori dello stile di Ulpiano: esso è comune a tutti i giuristi classici, ivi compreso il Gaio delle Istituzioni, come uno sguardo al Vocabolario dello Zanzucchi mi ha dimostrato.

<sup>28</sup> Cfr. 811 nt. 4.

<sup>29</sup> L'argomento è tenue, d'accordo, ma non meno tenue è, in fondo, l'argomento portato dal Solazzi per il testo di Giavoleno.



Vi è di piú. Io nego che *extraneus* sia potuto scorrere, nel nostro frammento, dalla penna di un compilatore giustiniano. La costituzione riformatrice del novembre 530 parla chiaro: *extraneus* è chiunque non sia il *paterfamilias* della sposa, dunque anche la sposa<sup>30</sup>. È impossibile ammettere, di conseguenza, che Triboniano abbia parlato di *extraneus*, proprio in relazione ad una ipotesi in cui viene escluso implicitamente che la dote possa essere stata costituita dalla *mulier*, e che egli inoltre si sia compiaciuto di aggiungere che la costituzione della dote avviene *pro muliere*. Appunto Triboniano, se si fosse impiccato del testo ulpiano, avrebbe fatto ricorso ad una circonlocuzione (es.: *pater et is qui pater non est*, oppure *paterfamilias et is qui mulierem in potestate non habet*), come vediamo che ha fatto in altri casi<sup>31</sup>.

Una cosa è dunque, a mio credere, certa: che i compilatori non hanno posto mano a D. 24.3.22 pr. Ed un punto può ritenersi sicuro: che i classici possono aver parlato di *pater vel extraneus*, senza dare a questo ultimo termine un significato innaturale e pregnante, ma unicamente, ed evidentemente, perché accanto al caso di *dos profecticia* (*a patre data*) gli altri due casi normali di costituzione dotale erano quelli della *mulier* e del terzo estraneo alla *mulier* stessa.

4. — D. 12.4.6 (Ulp. 3 *disput.*): *Si extraneus pro muliere dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, [quia de his casibus solummodo fuit conventum qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint,] quaerendum erit, utrum mulieri condictio an ei qui dotem dedit competat. [et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi causa non secuta habere potest conductionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato, nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret] (et verius est conductionem competere). sed et si pater pro filia det et ita convenit, [nisi evidenter aliud actum sit,] conductionem patri competere Marcellus ait.*

Il brano è fortemente sospetto di interpolazioni. Non genuini sono, con tutta evidenza, i periodi *quia — non sint, et verisimile — prospi-*

<sup>30</sup> V. *retro* n. 2.

<sup>31</sup> Es.: nel caso analogo (non identico!) dell'interpolazione di CI. 5.12.31.3, su cui v. *retro* nt. 11.

*ceret, nisi — sit*<sup>32</sup>. Un rimaneggiamento postclassico, ma non certo compilatorio, del dettato di Ulpiano è piú che probabile. Certa pare, comunque, la decisione: se l'estraneo abbia pattuito la restituzione della dote da lui costituita in vista di qualunque causa di scioglimento del matrimonio, e se invece il matrimonio non si sia avverato, indubbiamente gli competerà la *condictio*; similmente avviene se la costituzione sia avvenuta ad opera del *pater*, come Marcello conferma.

La critica del Solazzi<sup>33</sup> va tuttavia ancora oltre. *Sed et si pater vell.* sarebbe interpolato. « Il padre, che pattuisce la restituzione della dote *quoquo modo finitum esset matrimonium*, vuole evidentemente assicurarsi un diritto maggiore di quello che gli compete per l'*actio rei uxoriae*; ed è assurdo il quesito se, mancate le nozze, la *condictio* spetti a lui o alla figlia ». La sconcordanza dei modi e dei tempi fra i due periodi (*si extraneus dotem dedisset et pactus esset — si pater det et ita convenit*) assume per il Solazzi carattere decisivo per l'uncinamento dell'ultimo periodo. E siccome, infine, si ripresenta in questo testo l'inciso *pro muliere*, la ricostruzione complessiva proposta è la seguente:

*Si is qui mulieris pater non erat dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, conductionem ei competere Marcellus ait.*

Questi risultati non mi paiono accettabili.

Non giova ripetere perché il *pater* (costituente la dote) possa avere un pratico e sensibile interesse a pattuire con il marito che a lui stesso venga restituita la dote, in caso di scioglimento del matrimonio<sup>34</sup>. In ogni caso, tutt'altro che assurdo è il quesito se a lui spetti la *condictio*.

Il pensiero del parafraste ha forse fuorviato il Solazzi: il nucleo della *disputatio* non consiste nel dubbio se la *condictio* spetti al costituente la dote oppure alla moglie, ma è invece se la *condictio* spetti oppur no, *nuptiis non secutis*, al costituente. Tanto nel caso dell'*extraneus* quanto nel caso del *pater* Marcello ed Ulpiano rispondono che la *condictio* spetta al costituente la dote, perché, trattandosi nel nostro caso di *dotis datio ante nuptias*, questa è, in diritto classico, una *datio ob causam*, la quale importa l'acquisto immediato delle cose costituite

<sup>32</sup> Cfr. *Index interpolat. e Suppl. I.* Non vedo perché la critica debba coinvolgere *quaerendum erit—competat*, che è a mio parere genuino.

<sup>33</sup> Cfr. 812.

<sup>34</sup> V. *retro* n. 3.

in dote al marito, ma implica anche la risolubilità dell'acquisto stesso per il non verificarsi della *causa (nuptiis non secutis)*<sup>35</sup>.

Fu solo il pensiero postclassico, come lucidamente ha dimostrato l'Albertario<sup>36</sup>, ad introdurre nella questione della *dotis datio ante nuptias* la considerazione dell'intenzione del costituente; ed è a quell'indirizzo di pensiero che occorre riferire la questione se e come debba risultare che il costituente la dote abbia piuttosto voluto *prospicere* alla *mulier*, per il caso di *nuptiae non secutae*, anziché a se stesso.

Il brano è stato dunque ampiamente rimaneggiato da un glossatore, ma la sostanza della decisione è classica, né vi è motivo per credere che non sia classico l'accento alla costituzione da parte del padre. La sconcordanza dei tempi e dei modi, che impressiona il Solazzi, non deve forse stupire se si pensa che Ulpiano ha prima risolto la *disputatio*, relativa all'*extraneus*, ed ha poi addotto a suo sostegno l'analoga decisione di Marcello, relativa al *pater*, a mo' di citazione. Del resto, che la decisione di Marcello non si riferisse al caso dell'*extraneus*, è reso probabile da questa considerazione: che noi l'avremmo trovata, altrimenti, anche nel testo rimaneggiato, in calce al periodo che si occupa dell'*extraneus*, e non certo in calce a quello, che il Solazzi dichiara di nuovo conio, ove si parla del *pater*. Perché il glossatore non avrebbe citato Marcello per l'una e per l'altra ipotesi? Perché comunque non l'avrebbe citato là dove ne trovava la menzione nell'originario contesto di Ulpiano?

Ma infine, anche a voler concedere che il secondo periodo sia insitico nella menzione del *pater*, mancano ancora una volta le prove per ritenere che *extraneus* abbia surrogato *is qui pater non erat*. Al contrario, il carattere piuttosto glossatorio che non emblematico delle alterazioni al fr. 6<sup>37</sup>, spinge a ritenere che *extraneus* non sia stato inserito dai giustinianeî, che esso sia classico, e che abbia quindi la sua significazione naturale di « terzo estraneo alla moglie ».

<sup>35</sup> È la teoria dell'ALBERTARIO, *Sulla « dotis datio ante nuptias »*, in *Studi* 1. 317 s., già accennata in parte dall'ARANGIO-RUIZ, *Ist.*<sup>2</sup> 417. L'esame dei testi compiuto dall'Albertario non è completo, ma è egualmente decisivo. V. anche EHRHARDT, *Iusta causa traditionis* 79 s.

<sup>36</sup> Cit. nella nt. precedente.

<sup>37</sup> Il Beseler ha spesso manifestato l'opinione che i *libri disputationum* di Ulpiano non siano classici: v. ad es. *Beiträge* 5.16, 36, 54, 87. Ma v. *contra* LENEL, in *ZSS.* 50.15.

5. — D. 34.5.16.1 (Marcian. 3 regul.): *Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit vel cum ea, propter quam stipulatus esset, an ad heredem suum actionem transmittat.*

Tutto il paragrafo è giudicato spurio dal Solazzi<sup>38</sup>: 1) perché non si vede quale difficoltà potesse generare la commorienza dello stipulante col marito, cioè del creditore col debitore; 2) perché « quanto alla commorienza dello stipulante con la donna *propter quam stipulatus esset*, il dubbio è comprensibile nell'ipotesi che *ea dos ab ipsa profecta sit, quam alius permissu eius stipulatus est* », ma questa ipotesi « non è genuina in D. 23.3.63 (Modest. *l.s. de heuremat.*) e di regola l'*extraneus, qui dotem stipulatus est*, intende assicurarsi la restituzione della dote da lui costituita »; 3) perché « in un libro elementare certe questioni non si pongono perché straordinarie e troppo minute, ma, poste che siano, bisogna risolverle secondo l'opinione dominante o più probabile ».

Ma, prima di rispondere a queste critiche, rileggiamo il *principium* del fr. 16.

D. 34.5.16 pr.: *Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est. ut ecce si mater stipulata est dotem a marito mortua filia in matrimonio sibi reddi et simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu (transmittitur, cui filia post matrem mortua non potest actio ex stipulatu)*<sup>39</sup> *competere? et divus Pius rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit.*

Una madre, avendo costituito la dote al marito, si fa *promittere* da costui che la dote sarà restituita a lei stessa (*sibi*), qualora la figlia muoia durante il matrimonio, e questo per conseguenza si sciogla<sup>40</sup>; avviene che la madre e la figlia muoiano nel medesimo istante; sorge pertanto la questione se il marito sia tenuto a restituire la dote agli eredi della suocera o se piuttosto egli sia liberato dal suo obbligo, in quanto che non può dirsi che la moglie sia morta prima della madre sua. Giustamente il divo Pio risolve la questione, stabilendo che non può dirsi verificato il presupposto della stipulazione — che cioè la

<sup>38</sup> Cfr. 813.

<sup>39</sup> L'integrazione è del MOMMSEN, *Editio maior* ahl.

<sup>40</sup> Si ricordi (*retro* nt. 21) che, dato che la regola è che la dote deve essere restituita dal marito alla moglie, la morte della moglie prima del marito implica evidentemente che la *dos* rimane al marito (salvo il caso della *dos profecticia*, che *ad patrem revertitur*).

madre sopravviva alla figlia —, e che quindi il marito non è tenuto a restituire la dote agli eredi della suocera<sup>41</sup>.

Si noti che la decisione del divo Pio, da me qualificata « giusta », potrebbe tuttavia anche essere qualificata « ingiusta » da chi preferisse considerare che presupposto della stipulazione tra la *mater* e il *maritus* si era, non che la madre sopravvivesse alla figlia, ma « che la figlia non premorisse alla madre ». La *res* è dunque ben *dubia*: ben degna di essere accolta in D. 34.5 (*de rebus dubiis*) e di essere trattata in un'operazione elementare quanto si vuole, ma indubbiamente destinata alla pratica, quale le *regulae* di Marciano<sup>42</sup>.

Ora, si rifletta su ciò: che la fattispecie risolta dal divo Pio (ma che Marciano ben ha fatto a citare) era praticamente rara, perché rara era l'ipotesi che la costituzione della dote fosse fatta dalla *mater*. Naturale è pertanto che Marciano, esposta la importante decisione di specie del divo Pio, riprospetti, nel paragrafo 1, la questione in ordine all'ipotesi più frequente in pratica, che è quella che la *stipulatio* per la restituzione della dote (così detta *dos recepticia* dei postclassici)<sup>43</sup> sia fatta da un *extraneus*, e sia fatta da lui, non solo per il caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, ma anche per il caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito<sup>44</sup>.

*Extraneus* è un non parente della moglie, il quale può costituire in suo favore una dote o in quanto ne sia debitore o in quanto voglia farle una donazione. Orbene, soprattutto nel caso dell'*extraneus donaturus*, è evidente che la sua volontà è diretta a far profittare della dote la moglie e non il marito: sciogliendosi il matrimonio per morte del

<sup>41</sup> Si immagini che la formula della *promissio* fosse la seguente: *Mater: Quod dotis causa tibi dedi, id mortua filia in matrimonio mihi reddere promittis? — Maritus: Promitto.*

<sup>42</sup> Le *regulae* di Marciano hanno l'indubbio carattere di un'appendice pratica alle Istituzioni, il cui scopo era già quello di servire principalmente alla pratica, sia che si acceda alla opinione del PERNICE, *Fg. Dernburg* 3 s., che a quella del FERRINI, *Opere* 2.285 s.

<sup>43</sup> Sul carattere postclassico di questa terminologia, cfr. SOLAZZI, in *SDHI.* 5.225 s.

<sup>44</sup> Ed invero, non solo nel caso della morte della *mulier* ma anche in quello della morte del marito la *dos* non ritornava all'*extraneus* (nel primo caso rimaneva al marito, nel secondo caso andava alla moglie). Al caso della morte del marito è analogo negli effetti (salvo il regime eccezionale delle *retentiones*) quello del divorzio, che non viene preso in considerazione da Marciano per l'ovvio motivo che qui si fa questione di premorienza.

marito (o per divorzio) la dote profitterà infatti alla moglie, ma sciogliendosi le nozze per morte della moglie la dote *non profecticia* rimane notoriamente al marito. Se nel primo caso è soltanto possibile che l'*extraneus* stipuli la restituzione della dote a se stesso, nel secondo caso è addirittura probabile che egli (soprattutto trattandosi di *extraneus donaturus mulieri*: caso di gran lunga più frequente) stipuli la restituzione della dote.

Io ritengo, in conclusione, che — quando si sia posto in chiaro che nel paragrafo I Marciano discorre delle sorti di una *stipulatio* intervenuta tra l'*extraneus* e il marito per la restituzione al primo della dote — qualche difficoltà possa sorgere nel caso di commorienza dell'*extraneus* col marito e che ancora più comprensibile, a causa dell'entità pratica degli effetti, sia il dubbio in ordine all'ipotesi di commorienza dell'*extraneus* (*debitor* o *donaturus*) con la *mulier*. La *stipulatio* cui accenna il nostro paragrafo è l'atto costitutivo della dote, la *promissio dotis*, ma non è per essa che sorge il dubbio additato dal giurista, sibbene, come il *principium* fa capire, per l'altra *stipulatio*, che si è accompagnata alla costituzione dotale e con la quale si è stabilito che la dote debba essere restituita all'*extraneus* nel caso di scioglimento del matrimonio.

Ancora una volta *extraneus* resiste impavido alla critica. Ancora una volta esso significa, nel testo di un giurista classico, quel che è naturale che esso significhi. Ma D. 34.5.16.1 mi permette di segnare un altro punto a mio favore: *extraneus* non è la *mater*, che pure rientra nel concetto di *extraneus* della costituzione giustiniana, più volte citata, del novembre 530.

6. — Altri testi in cui *extraneus*, sempre nella sua accezione più naturale, è insospettabile, anche a vista del Solazzi<sup>45</sup>, sono i seguenti.

D. 23.4.20.1 (Paul. 35 *ad ed.*): *Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest: legem enim rei suae dicit: postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet. 2. Si convenerit, ne a muliere neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem...*

*Extraneus* non è il *pater* e non è neanche la *mulier*. Si ricordi che da D. 34.5.16.1 risulta che *extraneus* non è neanche la *mater*<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. 814 nt. 11.

<sup>46</sup> Cfr. *retro* n. 5.

Si osservi ancora che, nel nostro testo, si parla di un *extraneus donaturus mulieri*, il quale si appresta a fare una *datio dotis* (*de suo . . . daturus dotem*). Egli può, prima della *datio dotis*, *pacisci* e *stipulari* col marito senza il consenso della moglie: essendo ancora proprietario dei beni che darà in dote, egli ha quindi la più ampia facoltà di pattuirne o stipularne la restituzione a se stesso (caso esaminato dianzi, a proposito del testo di Marciano), o comunque può pattuire che la dote non possa essere richiesta né dal *pater* né dalla *mulier* (e che pertanto essa rimanga in ogni caso al marito).

D. 23.3.71 (Paul. 13 *quaest.*): *Cum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est . . .*

*Extraneus* non è la *mulier*. Trattasi di un delegato di essa, che stipula *mulieris nomine*: improbabile è quindi che possa trattarsi di altri, se non di un terzo estraneo, debitore della moglie.

Fortemente sospetti sono D. 23.3.63 (Modest. *l.s. de heuremat.*) e D. 24.3.42.3 (Pap. 4 *resp.*), ove pur compare la menzione dell'*extraneus*: non val quindi la pena di prenderli in considerazione<sup>47</sup>.

Classica è, infine, la menzione dell'*extraneus* in D. 42.8.25.2 (. . . *si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit . . .*). Trattasi della stessa figura giuridica che è disegnata in D. 23.3.71, ma la *dotis datio* è fatta dall'*extraneus fraudandi causa*.

7. — Ma il Solazzi vorrebbe confondere le tre attestazioni testuali di un uso classico di *extraneus*, contro le quali egli riconosce che « la critica non ha argomenti speciali », mediante un ulteriore argomento generico — a parte quello che ogni altro testo con *extraneus* sarebbe interpolatizio —, e cioè che vi son testi in cui l'uso di *extraneus* sarebbe stato facile, « ma è stato rigorosamente evitato »<sup>48</sup>.

Egli cita, a riprova di quest'asserto:

D. 23.3.5.14 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si quis pro aliena filia dotem promiserit et promissori pater heres extiterit . . .*

Ma l'affermazione stupisce in chi, pur contrastando l'uso di *extraneus* da parte dei giuristi classici, ammette tuttavia che questi, se avessero parlato di *extraneus* costituente la dote, ne avrebbero parlato secondo il significato più ovvio e corretto, di « non parente della mo-

<sup>47</sup> Cfr., su questi testi, *Index interpolat.* e particolarm. LEVY, *Ehescheidung* 12 nt. 6. Tralascio di prendere in considerazione anche D. 23.3.43.1 (Ulp. 3 *disputat.*), attaccato dal SOLAZZI, *cit.* 813, con buoni argomenti.

<sup>48</sup> Cfr. 814.



glie »<sup>49</sup>. Colui *qui pro aliena filia dotem promiserit* non è né il *pater*, né la *mater*, né la stessa *filia*, ma può essere chiunque altro, e non solo un non parente della *filia*: può essere un terzo, ma può essere anche il fratello, lo zio, l'ava ecc. Un classico non poteva parlare, in tal caso, di *extraneus*.

Ecco dimostrato come i giuristi classici, quando vogliono alludere al complesso dei casi di costituzione dotale (che non siano cioè solo quelli tipici, più frequenti del *pater*, della *mulier* e dell'*extraneus*), sanno ricorrere alla circonlocuzione adatta.

Né può credere il mio illustre contraddittore che io, affermando la classicità di *extraneus* nel significato di « terzo », abbia voluto garantire la tecnicità esclusiva di questo vocabolo per indicare il non parente della *mulier*. Quanto io ho sostenuto e sostengo è che *extraneus*, nella materia dotale, in diritto classico, non abbia e non possa avere una significazione tecnica diversa da quella sua più naturale. Ovviamente io ammetto, dunque, che il terzo possa essere qualificato in qualunque modo, oltre che con il termine *extraneus* (es.: con il termine *alius*).

8. — La piena fungibilità di *extraneus* con ogni altro termine che possa significare « terzo estraneo » verrà ad essere, anzi, la prova più luminosa della bontà della mia tesi. Essa risulta dalla lettura di un testo da me già analizzato altrove<sup>50</sup>.

D. 23.3.33 (Ulp. 36 ad Sab.): *Si extraneus sit qui dotem promiserit isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit[, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat: nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem qui donaverat quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat. hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos]. sed [si vel pater vel ipsa promiserunt,] Iulianus quidem libro sexto decimo digestorum scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. [debebit igitur mulieris esse periculum: nec enim quicquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promiserit, non urserit ad exolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit.] recte itaque Sabinus*

<sup>49</sup> Cfr. le citazioni riportate retro nt. 3.

<sup>50</sup> Cfr. *Extraneus* 75 s.

[*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].*

Il Solazzi<sup>51</sup> si chiede se *alius*, nell'ultimo periodo, ripeta il linguaggio classico meglio che non *extraneus*; ma il dubbio mi pare illegittimo. La mano che ha alterato l'ultimo periodo non avrebbe mancato di sostituire *extraneus* al posto di *alius*, se è vero che essa, come il Solazzi opina, ha operato una sostituzione siffatta nel primo periodo.

I giuristi classici usavano, per indicare il « terzo » costituente la dote, sia *extraneus* che *alius*, cioè ogni termine che appunto « terzo estraneo » potesse significare. Nel caso del fr. 33 risulta nel più chiaro dei modi che Ulpiano adotta la terminologia *extraneus* e Sabino invece quella di *alius*<sup>52</sup>.

Si osservi, infine, che il passo ulpiano parla di tre costituenti la dote: l'*extraneus*, il *pater*, la *mulier*. Se anche non avessimo sufficientemente dimostrato, in altra occasione, che ad esso non han posto mano i commissari giustinianeî, ma glossatori postclassici<sup>53</sup>, risulterebbe tuttavia evidente che non certamente i giustinianeî han potuto sostituire, al principio, *extraneus* ad *alius*: qui *extraneus* non è il solito *is qui pater non est*, cui fa ricorso il Solazzi nelle sue restituzioni, ma *is qui nec pater nec mulier est*. Ma allora *extraneus* non ha una speciale significazione tecnica, perché è dimostrato che, mentre alcune volte pare ricomprendere in sé anche la *filia*, altre volte la esclude: la ragione vuole che ad esso si conferisca, dunque, il suo significato normale.

9. — Il discorso va ora portato su di un passo, che ha notevole importanza nella teoria del *beneficium competentiae* del *promissor dotis*.

D. 23.3.84 (Lab. 6 *pith.*): *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paulus: immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur...*<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. 814.

<sup>52</sup> Il che non significa affatto — si badi — che la terminologia *extraneus* sia esclusiva di Ulpiano e la terminologia *alius* sia esclusiva di Sabino.

<sup>53</sup> *Extraneus* l. c.

<sup>54</sup> Cfr., per il carattere glossatorio del seguito (qui non trascritto), *Promissor* 186 s.

Per Labeone il *promissor dotis* non doveva in nessun caso avere il beneficio della *condemnatio* limitata verso il marito agente *ex promissione*. Paolo, esponendo un diritto piú evoluto, dà ragione a Labeone per quel che riguarda l'*extraneus*, ma asserisce che il *socer* gode del *beneficium competentiae manente adfinitate*, cioè sin che il matrimonio non sia sciolto.

Ora si domanda il Solazzi<sup>55</sup>: « perché la questione della *condemnatio* nell'*id quod facere potest* è sollevata unicamente per il suocero e non anche per gli altri congiunti della sposa? ». Il silenzio delle fonti non pare chiaramente spiegabile al mio contraddittore, epperò egli propone la restituzione:

... *immo quod ad eum attinet, qui socer non sit, sempre hoc verum est...*

Io mi permetto di ritenere che ormai queste argomentazioni contro il termine *extraneus* non possono avere piú valore, dopo che abbiamo costantemente visto, nei testi esaminati prima, che *pater vel extraneus* è un binomio che indica i due casi piú frequenti, insieme con quello della *mulier* (volte citato e volte no), di costituzione dotale. *Extraneus* significa « terzo »; non vi sono motivi per attribuirgli un significato pregnante; possiamo noi ora attribuirgli la significazione pregnante in base al solo fatto che stupisce non sia menzionato da Paolo il caso della *mater*, dello zio ecc.? Io ritengo di no. Alla negativa labeoniana Paolo ha opposto un periodo in cui circoscrive nettamente la vecchia opinione al solo caso dell'*extraneus*; dopo di che egli passa ad esemplificare i casi e i limiti in cui s'ha da ammettere, secondo il nuovo diritto, la *condemnatio* limitata del *promissor dotis* ed indica, come è naturale, il caso piú frequente, quello del suocero, specificando che il *beneficium* può essere goduto solo *manente adfinitate*<sup>56</sup>.

Il *manente adfinitate* di Paolo è altamente significativo, perché indica che la ragione per cui il *beneficium* è concesso al *promissor dotis* è che fra lui e lo *stipulans* (marito) vi è un rapporto di *adfinitas*<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. 809.

<sup>56</sup> A chi volesse tuttavia ancora obiettare che era necessità di logica, per Paolo, non limitarsi ai due casi dell'*extraneus* e del *socer* ma ordinare tutti i possibili casi, io potrei ben rispondere che non è da escludersi l'eventualità che il testo originario continuasse appunto con l'enumerazione di quei casi. Detta enumerazione può essere stata cancellata dagli stessi commissari giustinianeî per abbreviare il testo, tanto piú che per essi chiunque non fosse il *socer* era da comprendersi nel concetto di *extraneus*.

<sup>57</sup> Cfr. *amplius Promissor* 156 s.

Ma come fra suocero e marito, un rapporto di *adfinitas* vi ha pure fra suocera e marito, fra moglie e marito<sup>58</sup>. La deduzione più logica è che anche fra suocera e marito, fra moglie e marito non possa la condanna essere ottenuta, nel processo intentato per l'adempimento della *dotis promissio*, che *in id quod (socrus, mulier) facere potest*.

Vi è, ad ogni modo, un testo che conferma in pieno la nostra logica deduzione, se esatta ne è stata l'esegesi altrove svolta<sup>59</sup>.

D. 24.3.17 pr. (Paul. 7 ad Sab.): *Ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc iustum esse (sed alio iure nos uti). 1. (idem dicendum esse,) [item] si mulier ex promissione dotis conveniatur, [magis placuit defendendam eam per exceptionem: idem et] Proculus ait [: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata].*

Va notato che Paolo non discuteva, in questo brano, se il *beneficium competentiae* spettasse al *socer* e alla *mulier manente matrimonio*, ma se spettasse loro anche *soluto matrimonio*<sup>60</sup>. Glossemi postclassici hanno travolto il discorso originale ed hanno fatto figurare il *beneficium competentiae* come probabilmente ammesso anche *soluto matrimonio*. I giuristi classici erano, in questo caso, per la negativa<sup>61</sup>: essi ammettevano invece che non solo al *socer*, ma anche alla *mulier* la *condemnatio* limitata dovesse essere concessa, nell'ipotesi che il marito agisse contro di loro *ex promissione dotis*, in costanza di matrimonio.

Testualmente contraddetta è dunque la restituzione solazziana del fr. 84, per cui il *beneficium* figurerebbe escluso per chiunque *socer non sit*. *Et de hoc satis*.

10. — Io posso ben concludere questa mia nota, osservando che nessun serio argomento può dunque, direttamente o indirettamente, valere a scalfire la mia fiducia nella genuinità di

<sup>58</sup> Cfr. GUARINO, *Adfinitas* 29 s., 51 s.

<sup>59</sup> Cfr. *Promissor* 190 s., 193 s., 198 s.

<sup>60</sup> Il che risulta chiarissimamente dall'esame della palinogenesi dell'opera di Paolo *ad Sabinum* (cfr. LENEL, *Pal.*, Paul. 1776; *Promissor* 191 s.). Paolo dunque ammetteva implicitamente che il *beneficium competentiae* spettasse al *socer* e alla *mulier manente matrimonio* (cioè *manente adfinitate*).

<sup>61</sup> Essi erano per la negativa perché la *ratio* della concessione della *taxatio in id quod facere potest* al *socer* e alla *mulier* consisteva nel fatto che ambo erano avvinati da un rapporto di *adfinitas* al *maritus* e che l'*adfinitas* durava quanto durava il matrimonio (cfr. *Promissor* 175 s.; *Adfinitas* cit. 77 s.).

D. 37.7.1.7 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Si sub condicione pater vel extraneus dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.*

Se *extraneus* significasse, in questo frammento, « costituente della *dos non profecticia* », cioè *is qui pater non est*, potremmo anche accedere alla tesi dell'interpolazione di *vel extraneus*, sostenuta dall'Alberario<sup>62</sup> e messa in dubbio dal Pringsheim<sup>63</sup>. Ma *extraneus*, in questo testo, ha perlomeno il significato di « né *pater* né *mulier* »: 1) perché, se si ammette, con la maggioranza della dottrina<sup>64</sup>, che il conferimento della dote doveva essere fatto unicamente dalla *sua heres*, è evidente che la costituzione dotale non ha potuto essere stata fatta dalla *mulier*; 2) perché, se si ammette che fosse tenuta alla *collatio dotis* anche la figlia *emancipata*<sup>65</sup>, allora è da notare che nel caso del fr. 1.7 la condizione della *dotis promissio* è ancora in istato di pendenza, cioè che la figlia emancipata è ancora proprietaria della dote promessa, e che essa pertanto è tenuta a conferirla non a titolo di *collatio dotis*, ma, insieme con tutti gli altri *bona quae moriente patre habuit*, a titolo di *collatio emancipati*.

Il Solazzi<sup>66</sup> accede alla mia argomentazione, ma giudica tuttavia « quasi disperato » il mio impegno: 1) perché la accezione di *extraneus* nel significato di terzo è stata messa in dubbio dalle sue indagini; 2) perché, se è vero che qui *extraneus* non equivale a « costituente la *dos non profecticia* », ciò può essere soltanto indizio che l'interpolazione del frammento non è giustiniana, ma pregiustiniana; 3) perché infine non farebbe meraviglia che i compilatori non avessero prestato troppa attenzione alla esattezza della propria interpolazione.

Circa il punto 3), io non lo nego, ma osservo unicamente che quando si fa della critica interpolazionistica noi romanisti ci si basa sempre su qualche presupposto: nel nostro caso il presupposto deve essere, io penso, che Triboniano, se interpolava, interpolasse con un certo criterio, specie quando presente alla sua memoria ed alla sua attività doveva essere il dettato della costituzione imperiale che definiva

<sup>62</sup> *Studi* 1.290.

<sup>63</sup> *SDHI.* 4.544.

<sup>64</sup> Cfr. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Röm. Recht*<sup>2</sup> 219.2.

<sup>65</sup> In questo senso, LAURIA, *Dote romana*, in *Atti Soc. Reale Napoli* 58 (1938) 37 nt. 9 s. (estr.).

<sup>66</sup> Cfr. 814: « L'osservazione è giusta, ma troppo sottile ».

nel piú tassativo dei modi il significato di « *extraneus* »<sup>67</sup>. D'altronde indizi formali o sostanziali di interpolazione del testo non ve ne sono, a parte il *pater vel extraneus* con il verbo al singolare, che può ben essere ed è una caratteristica (deteriore, sia pure) dello stile di Ulpiano<sup>68</sup>. Vi è anzi una presunzione di genuinità del testo determinata dal fatto che i giustinianei non curarono troppo di modificare, salvo che in punti essenzialissimi, i frammenti relativi alla *collatio bonorum* ed alla *collatio dotis*<sup>69</sup>.

Circa i due primi punti, io osservo — a conclusione di queste note — che non pare che le indagini del Solazzi abbiano gettato l'ombra del dubbio sul significato di *extraneus*. *Extraneus* significa « terzo », cioè, nel caso della costituzione della dote, « non parente della moglie »; esso si trova o da solo<sup>70</sup>, o insieme col *pater*<sup>71</sup>, o insieme con la *mulier*, o con tutti e due gli altri termini insieme<sup>72</sup>, perché i tre casi praticamente piú frequenti sono appunto quelli del *pater*, della *mulier* e di un *extraneus*; lo si trova anche con *mater*<sup>73</sup>, il che implica che meno che mai esso possa voler significare « costituente di *dos non profecticia* »; là dove è certo, o fortemente presumibile, che *extraneus* non includa il senso di *mulier*, o di *mater* o di altra persona, dobbiamo credere che *extraneus* non sia stato interpolato dai giustinianei<sup>74</sup>. Quanto ai pregiustinianei, stupisce che si possa credere che essi abbiano voluto dare ad *extraneus* un significato innaturale, mentre sappiamo dalla testimonianza stessa di Giustiniano che la loro terminologia era imperniata sul contrapposto della *dos profecticia* con la *dos adventicia* e che solo lo stesso Giustiniano, nel novembre 530, stabilì imperativamente che per *extraneus* si avesse ad intendere *omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotandam personam habentem*<sup>75</sup>.

<sup>67</sup> V. *retro* n. 2.

<sup>68</sup> V. quanto si è detto *retro*, n. 3, a proposito di D. 24.3.22 pr. Cfr. anche nt. 27.

<sup>69</sup> Su questo punto, cfr. principalm. GUARINO, *Über den Begriff der Kollation* cit. *passim*.

<sup>70</sup> Cfr. D. 23.4.20.1, 23.3.71, 42.8.25.2, su cui *retro* n. 6.

<sup>71</sup> Cfr., oltre D. 37.7.1.7 qui commentato, D. 24.3.22 pr. (*retro* n. 3), 12.4.6 (*retro* n. 4), 23.3.84 (*retro* n. 9).

<sup>72</sup> D. 23.3.33 (*retro* n. 8).

<sup>73</sup> D. 34.5.16.1 (*retro* n. 5).

<sup>74</sup> Il che non esclude che possa essere stato interpolato dai pregiustinianei, come nel caso di D. 23.3.43.1 (*retro* nt. 47).

<sup>75</sup> V. ancora *retro* n. 2.