



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Fausto Giumetti

**Prime riflessioni sulla *culpa discidii* e sul
regime giuridico delle *retentiones***

Numero XI Anno 2018

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Ceccarelli Morolli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

PRIME RIFLESSIONI SULLA *CULPA DISCIDII* E SUL REGIME GIURIDICO DELLE *RETENTIONES*

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Cenni sull' 'actio rei uxoriae'* – 3. L'oscuro '*iudicium de moribus*': profili ricostruttivi – 4. *Giudizio di fatto e riflessione retorica: i casi della 'mala tractatio' e dell' 'iniustum repudium'* – 5. *Considerazioni conclusive*.

1. *Premessa*

Cumque [...] matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret [...] divortiis modum imposuit, con queste parole Svetonio (*Div. Augu.* 34), nel narrare l'attività riformatrice con cui, sotto molteplici aspetti¹, venne innervato il Principato per mano del suo fondatore, ricorda un 'freno' che il Divino Augusto avrebbe posto alle frequenti condotte elusive attuate in spreto alle rigide prescrizioni contenute nella legislazione *de maritandis ordinibus*². L'inciso di Svetonio è tutt'altro che di poco conto, basti riflettere sul ruolo che la novella della disciplina matrimoniale giocò nella *cura morum* attuata dal *Princeps* e da questi fortemente coltivata tanto da

¹ Lo stesso biografo dei potenti, poche righe prima, ci informa che: [...] *leges retractavit et quasdam ex integro sanxit, ut sumptuariam et de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus [...]* (Suet. *div. Augu.* 34), riprendendo una politica riformista iniziata da Cesare e da questi lasciata, giocoforza, interrotta, v., nella magmatica produzione scientifica sul tema, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La repubblica restaurata e il prestigio di Augusto. Diversioni sulle origini della cognitio imperiale*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano, 2007, 521-543 (ora in ID., *'Imperium mixtum'*. *Scritti scelti di diritto romano*, con una nota di lettura di F. Grelle, Napoli, 2013, 397-419).

² Cfr. Dio Cass. 54.16; Mon. Ancyr. gr. 3.11.21; Hor. *carm. saec.* 17-20. In dottrina v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *'Casta domus'*², Napoli, 2002, spec. 22 ss.

preoccuparsi di portarla lui stesso all’approvazione dei *concilia plebis* al fine di scongiurare imprevisti dell’ultimo minuto. L’appunto del biografo resta però criptico circa la natura giuridica e l’effettiva applicazione di tale *modus*.

Il presente contributo si propone di acquisire informazioni utili che possano offrirci una ipotesi risolutiva circa il significato della notizia trasmessaci da Svetonio e per fare ciò tenterà di approfondire il tema relativo alla ricostruzione della *culpa viri e mulieris* nei processi aventi come oggetto la restituzione della dote³. Più specificamente, ci si soffermerà sui parametri decisionali assunti dal giudice privato nel vagliare, all’interno dell’agone processuale, l’imputabilità dello scioglimento del vincolo matrimoniale e la conseguente applicazione della normativa sulle *retentiones* dotali.

2. *Cenni sull’ ‘actio rei uxoriae’*

È noto che l’*actio rei uxoriae*, sorta⁴, all’incirca nel II secolo a.C.⁵, per ovviare ai casi nei quali non era stata preconstituita

³ Nella politica augustea sembra doversi inserire, per l’appunto, una dettagliata disciplina sulla dote, ad esempio il *favor dotis*, così come lo conosciamo attraverso le fonti pervenuteci, risalirebbe alle riforme varate da Augusto per contrastare il forte calo demografico in atto: J.F. STANGL, *‘Favor dotis’. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, 27 ss.; sul volume v. la recensione fattane da L. SOLIDORO, in *TSDP*, 5, 2012, 1-26.

⁴ Alcuni studiosi ne fanno un portato della giurisprudenza o della consuetudine, altri, invece, pensano a una legge istitutiva o all’intervento editale, sul punto v. P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, I. Diritto di Famiglia. Ristampa corretta della I edizione*, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1963, 240.

⁵ Sulla datazione dell’*actio rei uxoriae* v. M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der ‘actio rei uxoriae’*, in *RIDA*, 2, 1949, 544. Circa la riferibilità al II secolo a.C., farebbe pensare la lettura di alcuni passi della Compilazione giustiniana, tra i quali Pomponius 16 *ad Sab. D.* 24.3.18.1 in cui Papiniano, nel commentare l’opera di Sabino, cita un parere di Ofilio

l’esperibilità di un’apposita *actio ex stipulatu*, pur non essendo inserita da Cicerone nell’elenco dei *iudicia bonae fidei* (Cic. *de off.* 3.17.70)⁶, fosse da annoverarsi, sempre stando a quanto riferisce

in ordine al criterio di responsabilità del marito convenuto con l’*actio rei uxoriae*: *Licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio de dote an facere possit, dolum dumtaxat comprehenditur, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda. quamquam eum dumtaxat dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit, ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium. ofilius autem aiebat, si dolo mariti res dotalis interisset et alioquin solvendo non esset, quamvis nihil dolo fecisset, quo minus solvendo esset, perinde tamen eum dammandum eius rei dotalis nomine in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset, quo minus facere possit. ceterum si circa interitum rei dotalis dolum malum et culpa mariti absit, actiones solas, quas eo nomine quasi maritus habet, praestandas mulieri, veluti furti vel damni iniuriae.* Come è stato sottolineato da Roberto Reggi «non v’è invero alcuna certezza sopra l’origine e la funzione dell’*actio rei uxoriae* e le nostre perplessità aumentano notevolmente per il fatto che, come è noto, Giustiniano ha fuso questa azione con l’*actio ex stipulatu*, così che nel *Corpus Iuris* essa appare completamente trasfigurata»: R. REGGI, *Origini e funzioni dell’‘actio rei uxoriae’*, in *Index*, 3, 1972, 1-14, spec. 1. In rapporto alla *legum permutatio* «fa le numerose costituzioni giustinianee ricordate anche nelle Istituzioni per la loro portata riformatrice compare pure quella che diede una nuova disciplina all’azione in personam diretta ad ottenere la restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio»: F. GORIA, *‘Bona fides’ ed ‘actio ex stipulatu’ per la restituzione della dote: legislazione giustinianea e precedenti classici*, in *Diritto romano d’Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, a cura di P. Garbarino, A. Trisciunglio, E. Sciandrello, Alessandria, 2016, 409-431, spec. 409. Il maestro torinese si riferisce alla CI. 5.13.1: IMPERATOR IUSTINIANUS. *Rem in praesenti non minimam adgredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam, tam super rei uxoriae actione quam ex stipulatu, earum communiones et differentias resecantes et in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae ius, quod dignum esse valere censemus, concludentes.* IUST. A. AD POP. URB. CONSTANTINOPOLITANAE ET UNIVERSOS PROVINCIALES. D.K.NOV.LAMPADIO ET ORESTE CONS.S. Incertezza persiste sulla datazione della costituzione, collocabile all’1 novembre del 530 o forse del 531, sulle posizioni assunte dalla dottrina v. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, spec. 186 nt. 85.

⁶ Cic. *de off.* 3.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint “boni” et quid sit “bene agi,” magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis,*

l’Arpinate in *Topica* 17.66⁷, confermato negli scholî di Boezio⁸, nell’alveo di quelle *actiones* la cui formula concedeva al *iudex* la possibilità di fissare la condanna secondo un principio equitativo. In ragione di questa connotazione, la dottrina romanistica ha distinto simili azioni dai *iudicia bonae fidei*, designandole con il termine di *actiones in bonum et aequum conceptae*⁹, nelle quali il

conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. Sui giudizi di buona fede, nella vasta letteratura dedicata al tema, v. P. VOICI, ‘*Ars boni et aequi*’, in *Index*, 27, 1999, 1-22; E. STOLFI, ‘*Bonae Fidei Interpretatio*’. *Ricerche sull’interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, spec. 143 nt. 53; da ultimo, L. FRANCHINI, *La recezione nel ‘ius civile’ dei ‘bonae fidei iudicia’*. *Questioni di merito e di metodo*, Napoli, 2015, spec. 5 s.

⁷ *Cic. top.* 17.66 : *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, [ubi] vero etiam ut inter bonos bene agere oportet in primisque in arbitrio rei uxoriae. In quo est quod eius aequius melius, parati esse debent.* Il giudice avrebbe così dovuto emettere la propria decisione, secondo Alan Watson, attraverso due passaggi argomentativi: «first, he has apparently to decide whether the dowry or part of it has been returned in accordance with the *ius civile*. si paret Nm Nm Aae Aae dotem partemve eius reddere oportet. Then he has to decide how much of that should be returned in accordance with equity: quod eius melius aequius erit»: A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 68.

⁸ Boeth. in *Cic. top.* 17.66.

⁹ Sulle quali v. A. GUARINO, “*Actiones in aequum conceptae*”, in *Labeo*, 8, 1962, 7 ss. (ora in ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, 21-38). Antonio Guarino ritiene che dalle azioni con condanna *in quantum aequum videbitur* sarebbero germinate, nel corso del Principato, tutte le *actiones* concepite *in bonum et aequum* (v. A. GUARINO, voce *Equità (Diritto romano)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, 620. Laura Solidoro ha evidenziato la problematicità di una simile evoluzione in ‘*Aequitas*’ e ‘*ius scriptum*’. *Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 1, 2012, 207-320, spec. 259 (ora in EAD., *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, 1-27). Scrive la studiosa: «se pure è vero che Papiniano, discutendo un caso pratico, sottolinea *dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est* (Pap. 8 *quaest.* D. 47.12.10), è altrettanto vero che per l’*actio sepulchri violati* la giurisprudenza classica continuò a prevedere la *condemnatio* nel *quanti ob eam rem aequum videbitur* (Ulp. D. 27.12.3 pr.)» *ibidem* 259 = (*Tra morale*, cit., 76). A detta di A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der ‘actio rei uxoriae’*, Köln-Wien, 1969, spec. 135 ss. una pietra angolare utile per individuare la natura dell’azione sarebbe costituita dalla *exceptio doli*. Pur essendo detta *exceptio* immanente nei *bonae fidei iudicia* e pur avendo il giudice la possibilità di colpire contegni dolosi, ciò non risulta dal contenuto della formula dell’azione. In altri termini l’*exceptio doli* non vi

giudicante era perfettamente libero di apportare l’ammontare della condanna a criteri personalissimi e per tale motivo insindacabili¹⁰. Il giudice, seguendo quanto scrisse al riguardo Moriz Wlassak, «konnte es allenfalls überlassen bleiben, die Höhe der Condemnationssumme nach seinem billigen Ermessen zu bestimmen»¹¹. Pur volendo dare per buona la ricostruzione leneliana della *formula*, per la quale sarebbe stata così strutturata:

Si paret N.m N.m A.ae A.ae dotem partemve eius reddere, oportere, quod eius melius aequius erit (scil.: N.m N.m. A.ae A.ae condemnari), eius iudex N.m N.m A.ae A.ae condemnato; s.n.p.a.,

compare. Ora se l’*exceptio doli* è nelle fonti espressamente menzionata in unione con una azione, questo esclude siffatte azioni dai *iudicia bonae fidei*. Nel Digesto vi sono alcuni frammenti che sembrano parlare di un *actio rei uxoriae* unita con una *exceptio doli*. Ma detta unione, a dire dello studioso, si rivela del tutto apparente. Sulla rilevanza della *exceptio doli* nel caso specifico v. M. LAURIA, *Matrimonio – dote in diritto romano*, Napoli, 1952, 105 ss. Sulla monografia di Söllner v. la recensione fattane da Guarino su *Iura*, 20, 1969, 688 ss. Per una ricognizione generale sulla categoria delle azioni qui prese in esame v. J. PARICIO, *Estudio sobre las “actiones in aequum conceptae”*, Milano, 1986, 75 ss.

¹⁰ A detta di F. GORIA, ‘*Bona fides’ ed ‘actio’*, cit., 426 e nt. 46, invece, fin dall’epoca del Principato un obbligo di restituire *quod ex dote melius aequius esset* era evidentemente considerato vincolato da criteri sufficientemente obiettivi da non apparire indeterminato, la valutazione del *melius aequius* era infatti rimessa al debitore stesso, il quale però era vincolato da criteri obiettivi e comunque avrà dovuto comportarsi come *bonus vir* (cfr. Celsus 12 *dig.* D. 38.1.30 pr.; Ulpianus 80 *ad ed.* D. 50.16.73).

¹¹ M. WLASSAK, ‘*Negotiorum gestio*’, Jena, 1879, 161 s. Cfr. M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift für Fritz Schulz*, Weimar, 1951, II, 42 s. a detta del quale: «im Gegensatz an den festen Busstaxen des alten *ius civile*, die mit Ungleichem vergelten, soll der Richter hier eine wahre Ausgleichung vollziehen (*aequum*) und, wo dies nicht möglich ist, nach Gutdünken (*bonum*) schätzen» *ibidem* 42; G. PUGLIESE, *Il processo formulare (Lezioni)*, I, Torino, 19458, 128 s.: «il giudice non veniva invitato a condannare a una somma determinata o determinabile con criteri obiettivi, bensì a quella che gli sembrasse *bonum et aequum* stabilire in rapporto alle circostanze»; A. GUARINO, «*Actiones*, cit., 7 (= ID., *Pagine*, cit., 21 nt. 6), il quale ritiene assai discutibile il tentativo di precisazione operato da Kaser pur notando che, comunque, si risolve nel «nach Gutdünken schätzen»).

la natura dell'*actio rei uxoriae* rimane tutt'oggi oggetto di contrastanti posizioni dottrinali¹². Autorevoli studiosi, si pensi ad Antonio Guarino¹³ e Mario Varvaro¹⁴, mettono in discussione la riferibilità dell'azione a quelle *in bonum et aequum conceptae* per più motivi, tra i quali, quello per cui al giudice, dispiegata la *formula*, da intendersi come *incerta*¹⁵, non fosse concesso di condannare parte convenuta al pagamento di una cifra superiore all'ammontare della stessa dote¹⁶; questione, tra l'altro, di non poco conto se si pensa all'incombenza di una eventuale *pluris petitio*¹⁷. Per Guarino ci troveremmo davanti, dunque, a «un *unicum* che, come non può essere perfettamente ragguagliato agli ordinari *iudicia bonae fidei*, così non può essere esattamente inquadrato nel paradigma delle nostre azioni [*in aequum conceptae*]»¹⁸. Si deve registrare come dalla struttura dell'*actio* emerga una accentuata discrezionalità riservata all'*officium*

¹² V. M. KASER, *Die Rechtsgrundlage*, cit., 511 ss.

¹³ A. GUARINO, *'Actiones'*, cit., 11 s. (ora in ID., *Pagine*, cit., 25 s.).

¹⁴ M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, spec. 62 ss.

¹⁵ Così la intende M. VARVARO, *Studi*, cit., 62; *contra* M. LAURIA, *Matrimonio*, cit., 99.

¹⁶ Così come il marito, godendo del *beneficium competentiae*, non poteva essere condannato a pagare oltre i limiti del suo patrimonio, come è dato leggere in Ulpianus 36 *ad Sab.* D. 24.3.12; sul punto cfr. Inst. 4.6.37: *Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est [...]*

¹⁷ G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, Torino, 1958, 12 ss.; G. SACCONI, *La 'pluris petitio' nel processo formulare: contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, 52 ss.

¹⁸ A. GUARINO, *'Actiones'*, cit., 12 (ora in ID., *Pagine*, cit., 26).

*iudicis*¹⁹ circa l’entità dell’oggetto dell’*obligatio*²⁰, che coinvolgeva sia l’ammontare delle *retentiones* che quello delle *impensae dotales*. Sottolinea al riguardo Varvaro che, diversamente da quanto sostenuto da Otto Lenel, «si deve credere che in sede di *actio rei uxoriae* l’*officium iudicis* non si limitasse alla verifica della sussistenza dell’obbligazione, ma comportasse anche un apprezzamento relativo all’entità dell’oggetto di tale obbligazione»²¹. Il problema circa il perimetro decisionale nel quale il giudice investito della controversia avrebbe potuto muoversi nell’emissione della propria *sententia* è di particolare rilevanza, in particolar modo quando, con il passare del tempo, nella sensibilità giuridica romana il divorzio cessò di essere valutato alla stregua di un provvedimento

¹⁹ Proprio in quanto *in bonum et equum concepta* non era fondata, dunque, sull’esigenza di piena corrispondenza tra *intentio* e *condemnatio*. In questo caso più che in altri rilevava la discrezionalità dello *iudex* volta a far in modo che attraverso l’*aequitas* si potessero superare le insufficienze del *ius civile*, sebbene l’esercizio di questa discrezionalità fosse ampiamente orientato dalla giurisprudenza: furono proprio i giuristi, invero, a garantire che l’esercizio concreto della discrezionalità dei giudici non rischiasse di essere asservito al potere politico o ad interessi di parte. Sui meccanismi e sulla evoluzione dell’*officium iudicis* v. A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, spec. 95-129; S. PULIATTI, ‘*Officium iudicis*’ e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell’impero d’ Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno. Modena, 21-22 maggio 1998*, a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, 43-152, spec. p. 85 ss. Sulla attività decisionale del giudice e sul rapporto di questi con la giurisprudenza v. i contributi raccolti in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012; P. GIUNTI, ‘*Iudex*’ e ‘*iurisperitus*’. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione, in *Iura*, 61, 2013, 47-85.

²⁰ Sulla determinabilità della *obligatio* v. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 106 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell’obbligazione*, I, 1, Milano, 1969, 190 ss.; 281 ss.; G.P. SOLINAS, *A proposito dell’“arbitrium boni viri”*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, 539 ss.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (diritto romano)*, in *ED*, XXIX, Milano, 1979, 32 ss.

²¹ M. VARVARO, *Studi*, cit., 50.

sanzionatorio²² e venne posto in diretto rapporto con la mera volontà individuale di conseguire lo scioglimento del coniugio (cioè con la cessazione di quella che verrà definita *affectio maritalis*), sia da parte dell'uomo, alla cui *potestas* i figli restavano in ogni caso sottoposti²³, che della donna. Ciò fece sì che la problematica relativa alla cessazione di quello che sarebbe dovuto essere nella visione di Erennio Modestino un *consortium omnis vitae*²⁴ restò limitata al destino della dote. Si aprì tuttavia, sotto questo profilo, una complessa riflessione giuridica, in quanto le *stipulationes* contratte prima o durante il matrimonio²⁵, o, addirittura, in occasione del suo scioglimento non potevano prescindere –

²² La celebre vicenda di Spurio Carvilio Ruga (che si svolse nel 231 o nel 227 e dovette la propria notorietà non all'essere il primo caso di divorzio - un caso precedente rimonta al 304 - ma ad un impiego abusivo del *consilium domesticum*, utilizzato, con un ragionamento cavilloso già illustrato da Savigny, per espellere dalla *familia* una donna *in manu* sterile ma priva di colpe) inaugurò (Gell. *noct. Att.* 4.3) l'ingresso nell'ordinamento giuridico delle *cautiones rei uxoriae*, dirette a garantire, in caso di divorzio, il recupero, in tutto o in parte, della dote. Prendendo le mosse dall'episodio di Carvilio Ruga, Alfred Söllner considera tali *cautiones* come *cautiones de restituendo*. Lo studioso, infatti, cerca acutamente di dimostrare che i *pacta dotalia* sono dei *pacta de non petendo* e non possono quindi essere stati all'origine dell'*actio rei uxoriae*, in questo senso, dopo aver accennato agli accordi contro agli eredi di colui che ha costituito la dote, passa ad individuare lo scopo delle stipulazioni di restituzione. Tali stipulazioni, che si incontrano nell'età classica, mirano ad uno scopo che è estraneo all'*actio rei uxoriae*. Invero, quando esse hanno per contenuto l'obbligo di restituzione in capo al marito per il caso di morte della moglie, debbono correggere una particolarità dell'*actio rei uxoriae* sentita come lacuna nella protezione della legge. Quando esse trasmettono il diritto alla restituzione della dote della donna al costituente la dote, esse servono a scavalcare l'*actio rei uxoriae*. Ne consegue, pertanto, che tale azione non può provenire da queste stipulazioni di restituzione, oppure essere stata creata sul loro modello, v. A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, cit., 134 ss.

²³ V. F. FASOLINO, *L'affidamento dei figli a Roma*, in *'Civis et civilitas'*. *Studi in onore di Francesco Guizzi*, a cura di A. Palma, I, Torino, 236-249.

²⁴ Modestinus 1 Reg. D. 23.2.1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Sul passo v. E. ALBERTARIO, *Studi di Diritto Romano, volume primo, Persone e famiglia*, Milano, 1933, 179-193.

²⁵ Iavolenus 4 ex Cass. D. 23.4.1 pr.: *Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet*.

giacché né l’uomo né la donna avrebbero potuto, in caso contrario, accettarle – dall’intervento della *culpa* che aveva dato origine allo scioglimento.

La *sententia iudicis* non poteva essere slegata dall’apprezzamento dei motivi concreti che avevano determinato il venir meno dell’unione matrimoniale e che erano, di necessità, controversi tra le parti, stante la validità del principio enunciato da Papiniano e tradito dai *Vaticana Fragmenta* nel quale si afferma che:

De re uxoria ac dotibus 121: *Papinianus libro VIII responsorum. Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui discidiū necessitatem inducit,*

e per cui la responsabilità dello scioglimento del matrimonio non doveva essere imputata automaticamente sul coniuge che aveva provveduto ad inviare il *nuntium divortii*, bensì su chi avesse effettivamente provocato la *necessitas discidiū*²⁶.

Si tenterà, di seguito, di indagare la normativa afferente la restituzione della dote articolantesi attraverso la complessa disciplina delle *retentiones*. Tale disciplina verrà inquadrata nella ricostruzione del giudizio, squisitamente di fatto, relativo alla *culpa mulieris* o *virii* o, più generalmente, della responsabilità del soggetto cui imputare, come ricorda il testo papiniano, la *necessitas discidiū*. Per fare ciò sarà indispensabile soffermarsi sul pressoché sconosciuto *iudicium de moribus* cui fanno riferimento più fonti²⁷,

²⁶ V. C. VENTURINI, *La ripudianda (un margine a CTh. 3.16.1)*, in *BIDR*, 91, 1988, 253-276 (ora in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, VIII, 1988, pubb. 1990, 343-365; ID., *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, a cura di A. Palma, Napoli, 2014, 77-100, spec. 85).

²⁷ Per quanto riguarda le fonti giuridiche v. Gai 4.102; Paulus 7 *ad Sab.* D. 23.4.5 pr.; Paulus 7 *ad Sab.* D. 24.3.15.1; CTh. 3.13.1; C. 5.17.11.2b. Dubbie le allusioni a simile *iudicium* in Papinianus 11 *quaest.* D. 24.3.39; Scaevola 19 *quaest.* D. 24.3.47. Per Pietro

Bonfante sarebbero estranee e piuttosto allusive alle *retentiones propter mores*: Tit. Ulp. 6.13; Paulus 7 *ad Sab.* D. 24.3.15.1; Marcellus *l. s. resp.* D. 24.3.38; C. 5.13.1, come si legge in P. BONFANTE, *Corso*, cit., 471. Secondo alcuni studiosi farebbe riferimento al *iudicium de moribus* un passo di Catone tratto dalla sua orazione De dote e riportatoci da Gell., *noct. Att.* 10.23.4: *Verba Marvi Catonis adscripti ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: “Vir” inquit “cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet, si quid perverse taetrequae factum est a muliere; multatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur”*. Nelle parole di Catone, dunque, si farebbe riferimento ad una funzione censoria del giudice (*iudex pro censore est*) nel valutare la condotta della *uxor* in caso di scioglimento del matrimonio. Secondo alcuni il giudice sarebbe stato equiparato al censore proprio in quanto avrebbe dovuto giudicare *de moribus*, come ritengono G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, II. *Il primo divorzio nel diritto romano*, Bologna, 1887-1889, 183; P. NOAILLES, *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains: communication faite à l’Institut Français de Sociologie*, in *Annales sociologiques. Série C. Sociologie juridique et morale*, 2, 1937, 6-34, spec. 26 s.; E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 85, 1948, 103-153, spec. 114 s. (ora in ID., *Scritti giuridici*, II. *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, 127-177); R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova, 1994, 21 ss.; ID., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, 156 ss. A detta di quest’ultimo studioso l’inciso *iudex pro censore est*, oltre a significare che il giudice avrebbe dovuto giudicare la *uxor* come un censore avrebbe un diverso significato: «il pretore si sostituirebbe al censore non solo per il contenuto della decisione, ma anche nell’avvicendamento storico degli organi giudicanti», *ibidem* 156. Una diversa interpretazione viene data alle parole di Catone: *vi [...] cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est* da quegli studiosi che ritengono che il termine *iudex* attribuito a *vir*, per cui il marito, quando divorzia per colpa dalla moglie, ne diventa lui stesso il giudice, come se fosse un censore. Sul punto v. G. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova, 1876, 164, a detta del quale: «il marito che faceva divorzio, giudicava la donna, quasi fosse un censore, e il suo arbitrio era legge», dunque ci saremmo trovati davanti ad un caso di *iudicium domesticum*; sul punto cfr. W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, 219-251 (ora in ID., *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974, 117-149); A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, cit., 71; O. ROBLEDA, *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in *ANW*, 2.14, 1982, 347-390, spec. 359; S. TREGGIARI, *Roman Marriage*.

avente natura comparativa tra la condotta tenuta del marito e quella della moglie in costanza di matrimonio e teso, di conseguenza, all'accertamento della responsabilità sullo scioglimento del vincolo coniugale.

3. L'oscuro ‘*iudicium de moribus*’: profili ricostruttivi

L'oscuro *iudicium de moribus* venne soppresso da Giustiniano nel 533 d.C.²⁸ come si legge nella seguente costituzione imperiale:

CI. 5.17.11.2b: IMPERATOR IUSTINIANUS. *Iudicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur, penitus abolito: omnibus etenim causis requisitis et perlectis, quas antiquitas introducebat, nihil validum praeter eas, quas anteriores constitutiones et praesens dispositio introduxit, invenimus.* D.XV K.DEC.CONSTANTINOPOLI DN. IUSTINIANO PP. A. III CONS. [a. 533].

‘Iusti Coniuges’ from the time of Cicero to the time of Ulpian, Oxford, 1991, 359; R. FIORI, *‘Homo sacer’. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 487; C. FAYER, *La Familia Romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato, divorzio, adulterio*, III, Roma, 2005, 83 s. Per ulteriore bibliografia sul *iudicium domesticum* v. A. PALMA, *‘Iura vicinitatis’. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, 102 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *‘Iudicium domesticum’ e ‘iudicium publicum’ in Cic. de fin. 1,7,24*, in *SDHI*, 75, 2009, 515-534; N. DONADIO, *‘Iudicium domesticum’, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla ‘patria potestas’*, in *Index*, 40, 2012, 175-195.

²⁸ Già con Teodosio II il *iudicium de moribus* venne di fatto eliminato restando solo una vana formalità, ciò a detta di E. LÖHR (von), *Civilistische Bemerkungen*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 7, 1835, 270.

Sulla struttura e sulla funzione dell’istituto, che convisse con le riforme dell’età postclassica, poiché queste, dirette a reprimere lo scioglimento unilaterale del vincolo, lasciarono verosimilmente impregiudicata la possibilità del divorzio *communi consensu*, è dato ben poco sapere. I *verba imperiali* che ne dispongono l’abolizione, infatti, ci informano solo che esso era regolato da norme di natura legislativa (*Iudicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequetabatur, penitus abolito*). Circa la sua natura, sappiamo siamo edotti del fatto che Costanzo, in una tarda *constitutio* del 349 d.C., conservata in CTh. 3.13.1²⁹, rese tale *iudicium* passivamente intrasmissibile agli eredi e che venne valutato da Paolo come produttivo di una *publica coercitio*:

Paulus 7 *ad Sab.* D. 23.4.5 *pr.*: *Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur*³⁰.

²⁹ CTh. 3.13.1: *MPP. CONSTANT(IUS) ET CONSTANS AA. AD PHILIPPUM P(RAEFECTUM) P(RAETORIO) De moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur nec tribuetur heredi.* (a. 349).

³⁰ Più autori ritengono che il passo sia stato interpolato dai compilatori cfr. E. VOLTERRA, s.v. ‘*Iudicium de moribus*’, in *NNDI*, 9, Torino, 1963, 344. Sulla rilevanza pubblica della *dos* cfr. Paulus 60 *ad ed.* D. 23.3.2: *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*, per cui corrisponde ad un interesse pubblico la salvaguardia della dote a favore delle donne, in quanto questa incrementa la loro possibilità di contrarre matrimonio. Sul punto J.F. STANGL, ‘*Favor*’, cit., 310 ss. ha riflettuto recentemente su un passaggio di B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano, 1939, 141 ss., in cui lo studioso sottolineava la consistenza del «regime dotale come un sistema giuridico di interesse pubblico», *ibidem* 141. Stagl aggiunge, alle considerazioni di Biondi, che la legislazione augustea in materia dotale non si può considerare escogitata per la sola tutela della donna, quanto piuttosto, come già segnalato da K. CZYHLARZM, *Das römischen Dotalrecht*, Giessen, 1870, 331, per assicurare alla donna una dote, nel pubblico interesse. Obiettivo delle riforme augustee sarebbe stato pertanto l’incoraggiamento e l’agevolazione dei matrimoni mediante il varo di una disciplina di netto favore per la dote, come già aveva pensato M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, Milano, 1972, 26, il quale insiste sul carattere d’ordine pubblico del regime legale della dote.

Stante l'esiguità delle notizie sulla reale funzione di una simile misteriosa procedura sono state avanzate dagli studiosi le ipotesi più varie.

Lenel la riteneva diretta a far valere talune conseguenze pecuniarie, oggetto o meno di riserva al momento della restituzione della dote, derivanti da cattivi *mores* della donna³¹; Hans Julius Wolff suppose una possibile confusione postclassica tra *actio de moribus* e sanzioni collegate al divorzio³²; Pietro Bonfante la collegò all'*actio ex stipulatu*³³ e ritenne un simile *iudicium* che rappresentasse il primo vero ingresso dello Stato in questa materia; Siro Solazzi ha pensato ad una sorta di surrogato dell'antico *iudicium domesticum* nel caso della donna non *in manu*³⁴ e ne ha ricollegato l'instaurazione con l'esperimento di una presunta *actio male tractationis* ricordata da Quintiliano³⁵. Ma quest'ultima ipotesi è stata decisamente esclusa da Edoardo Volterra, il quale pensò ad una interconnessione tra il rimedio processuale in questione e l'*actio rei uxoriae*, sottolineando, tuttavia, l'impossibilità di precisarne i modi³⁶. Un valido aiuto per comprendere più profondamente tale *iudicium* si crede possa venire dalla lettura di un passo delle *Institutiones* di Gaio e più precisamente

Gai 4.102: *Quod si proprio nomine aliquis iudicium aliquid accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet, quas ipse praetor significat.*

³¹ O. LENEL, *Das ‘Edictum Perpetuum’*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, rist. Aalen, 1974⁵, 310.

³² H.J. WOLFF, *Das ‘iudicium de moribus’ und sein Verhältnis zur ‘actio rei uxoriae’*, in *ZSS*, 54, 1934, 315 ss.

³³ P. BONFANTE, *Corso*, cit., 65.

³⁴ S. SOLAZZI, *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello, 1899, 266.

³⁵ Quint. *inst.* 7.4.

³⁶ E. VOLTERRA, s.v. ‘*Iudicium*’, cit., 344. Cfr. M. HUMBERT, *Le remariage*, cit., 132 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, München, 1971, 323; F. KLINGMÜLLER, s.v. ‘*Iudicium de moribus*’, in *RE*, 9.2, 1916, 2483 ss.

quarum satisfationum duplex causa est; nam aut propter genus actionis satisfatur aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis, velut iudicati dependens aut cum de moribus mulieris agitur; propter personam, velut si cum eo agitur, qui decoxerit cuiusque bona a creditoribus possessa proscripserunt, siue cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimaverit.

Il brano può essere facilmente frainteso se si crede che fosse la donna in tale giudizio a dover prestare garanzia³⁷ quando fosse convenuta *propter mores*. Appare più logico pensare, al contrario, che fosse il *vir* ad essere tenuto a offrire una garanzia durante la litispendenza, qualora la donna, il di lei *paterfamilias* o, più genericamente, il costituente la dote avesse chiesto la restituzione di quest’ultima una volta che il matrimonio fosse venuto meno e il marito avesse eccepito il diritto a trattenerla per colpa della moglie. Si può dire, pertanto, che nel testo il giurista antonino chiarisca come l’*agere de moribus mulieris* presupponesse, per un verso, un precedente *accipere iudicium in personam proprio nomine* e, per l’altro, la prestazione di idonea *satisfatio*. Con ciò la parte attrice avrebbe dovuto tenere la stessa condotta processuale prevista tanto per l’*actio iudicati* quanto per l’*actio dependens*. E poiché sappiamo che la *satisfatio* costituiva una garanzia incombente sulla parte che resisteva in giudizio contestando la pretesa attorea diventa verosimile ricostruire l’ipotesi accennata da Gaio nel senso dell’esperimento contro il marito di un’*actio rei uxoriae*³⁸ o, anche, di

³⁷ Per le fattispecie edittali richiamate e tutte raggruppate da Gaio con l’espressione *certis ex causis*, l’inerenza della garanzia all’azione processuale si spiega *propter genus actionis*, come evidenzia A. SALOMONE, *‘Iudicati velut obligatio’*. *Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 311.

³⁸ Siro Solazzi ha messo in luce come per il diritto classico l’*actio rei uxoriae* fosse negata al *paterfamilias*, se la figlia non gliene avesse consentito l’esercizio dinanzi al magistrato nel momento della *litis contestatio*; per il diritto giustiniano il consenso della figlia potrà essere prestato in qualunque luogo e momento, purché il padre ne provi *in iudicio*

un’*actio ex stipulatu* diretta alla restituzione della *dos* e sull’affermazione – da parte di lui – di un diritto alle *retentiones propter liberos*³⁹ giustificate dal collegamento del divorzio alla *culpa mulieris*⁴⁰. Circostanza, questa, in genere contemplata anche in sede di *actio ex stipulatu* e che nell’*actio rei uxoriae* era imprescindibile per il conseguimento delle *retentiones* medesime, come ci informa il pur confusionario e tardo

Tit. Ulp. 6.9-13: [9] Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas. [10] Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt non in petitione. [11] Dos quae semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit. [12] Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulterium tantum; leviores omnes reliqui. [13] Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae annua die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit.

Pesistenza, v. S. SOLAZZI, *Sul consenso della ‘filia familias’ all’actio rei uxoriae’ esercitata dal padre*, in *Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 70, 1937, 1-6.

³⁹ Escluse solo in alcuni specifici casi: cfr. Cic., *top.* 4.19-20: ... *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet* ... [20] *Si mulier, cum fuisset nupta cu meo, quicum conubium non esset, nuntium remisit; quoniam, qui natu sunt, patrem secuntur, pro liberis manere nihil oportet*. Sul passo di cicerone v. M. LAURIA, *Matrimonio – dote*, cit., 109; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, 1964, Roma, 60 e nt. 1.

⁴⁰ V. C. VENTURINI, *Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad*, in *Nova Tellus*, 31, 2013, (ora in ID., *Studi*, cit., 463-477, spec. 470).

Il testo che unifica assieme le *retentiones* che non *ad pecuniariam causam respiciunt* (Paulus 7 *ad Sab.* D. 24.3.15.1)⁴¹ con quelle *propter impensas, propter res donatas* e *propter res amotas*, le quali costituiscono più correttamente delle trattenute⁴², che avendo natura schiettamente pecuniaria erano trasmissibili agli eredi, contiene l’indicazione preziosa secondo cui *sextae in retentione sunt, non in petitione*, la quale calza a pennello con l’esigenza della *satisfactio* da parte del convenuto⁴³.

Sia nell’*actio rei uxoriae* che nell’*actio ex stipulatu* si affacciava, dunque, il problema di stabilire l’esistenza della *culpa mulieris* o della speculare *culpa viri*. Pare opportuno precisare come quest’ultima, sebbene sia equivalente di fatto all’assenza della precedente, venga, comunque, posta dai *Tituli* ulpiane in simmetria a quella *mulieris*, e ciò in ossequio ad un’ispirazione ideologica tardo antica, non ancora presente sul finire della repubblica, basti leggere i *Topica* ciceroniani:

⁴¹ Paulus 7 *ad Sab.* D. 24.3.15.1: *Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas: morum vero coercionem non habet.* P. BONFANTE, *Corso*, cit., 469 nt. 5, crede che i compilatori abbiano sostituito *compensationes* e *coercitionem* a *retentiones* o *retentionem*.

⁴² Ipotesi tutte contemplate, a fianco dell’*agere de moribus*, in Paulus 7 *ad Sab.* D. 23.4.5.1-2 che, letto per intero, suona: *Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur.* [1] *Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur.* [2] *Et si convenerit, ne ob impensas necessaria ageretur, factum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.*

⁴³ V. C. VENTURINI, *Innovazioni postclassiche in materia di ‘accusatio adulteri?’*, in *‘Crimina’ e ‘delicta’ nel tardo antico.* (*Atti del Seminario di Studi: Teramo, 19-20 gennaio 2001*), a cura di F. Lucrezi e G. Mancini, Milano, 2003, 19-35 (ora in ID., *Studi di diritto*, cit., 271-290, spec. 279 nt. 16).

Cic. *top.* 4.19: *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit*⁴⁴, *tamen pro liberis manere nihil oportet*,

⁴⁴ Numerose sono le fonti che testimoniano l'atto del *mittere / remittere repudium* o *nuntium*, cfr., ad es., Ulpianus 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.19; Ulpianus 26 *ad Sab.* D. 24.2.4; Ulpianus 33 *ad ed.* D. 24.3.22.7; *nuntium remittere*: Cic. *de or.* 1.183; 238; *ad Att.* 1.13.3; 11.23.3; *fam.* 14.13; *Apul. met.* 9.28; *repudium mittere*: Suet. *Cal.* 36.2; Ulpianus 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.20; Paulus 7 *resp.* D. 24.1.57; Paulus 35 *ad ed.* D. 24.2.3; Papinianus 2 *de adult.* D. 24.2.8; Marcellus *l.s. resp.* D. 24.3.38; Iulianus 2 *ad urs. ferozem.* D. 24.3.59; Ulpianus 1 *de adult.* D. 48.5.17(16); Gaius 3 *ad l. XII Tab.* D. 48.5.44(43); Gai 1.137b; *Fragm. Vat.* 107; *repudium remittere*: Suet. *Tib.* 11.4; Modestinus 9 *diff.* D. 50.16.101.1. Circa le forme di espressione del *modus divortii* v. P. GIUNTI, *Il ‘modus divortii?’ nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, 323-348, per la quale: «intorno ai problemi ricostruttivi legati al divorzio ed al suo funzionamento nel diritto di Roma antica la dottrina ha da sempre profuso un grande sforzo critico nel quale tutti gli aspetti rilevanti dell'istituto matrimoniale sono stati valutati al fine di dar conto dell'operatività di un'eventuale vicenda risolutiva»: *ibidem* 323. La studiosa, inoltre, ricorda come «la mancanza di un preciso requisito formale non significasse, sul piano della prassi, una generalizzata anarchia in ordine alle modalità di esternazione della volontà di sciogliere il matrimonio»: *ibidem* 325 nt. 4. Sulle esteriorizzazioni dello scioglimento del vincolo v. S. TREGGIARI, *Roman Marriage. ‘Iusti Coniuges’ from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991, 161 ss.; C. FAYER, *La ‘Familia’*, cit. 60 ss.

e ben più matura in Iulianus 16 *dig.* D. 24.3.30.1⁴⁵, in Paulus 5 *quaest.* D. 24.3.44.1⁴⁶ nonché in Papinianus 8 *resp.* D. 35.1.101.3⁴⁷.

Nulla di strano, dunque, che il marito, di fronte alla richiesta della dote, reagisse, in presenza di figli, provocando un *iudicium de moribus*, cioè, in pratica, una valutazione della condotta femminile che si può solo ipotizzare venisse ad inserirsi in via incidentale nel giudizio complessivo. Si credono nel giusto, pertanto, autori come August Bechmann⁴⁸ e Karl Czyhlarz⁴⁹, i quali ipotizzano che *l’actio de moribus* fosse, ad esempio, uno strumento per paralizzare parzialmente la pretesa della donna di una restituzione integrale della dote, qualora il *discidium* fosse stato causa dai costumi di lei. È da aggiungere che l’individuazione o meno della *culpa mulieris* si basava su un giudizio soggettivo dello *iudex* fondato sulla comparazione della condotta dei due coniugi.

⁴⁵ Iulianus 16 *dig.* D. 24.3.30.1: *Quotiens culpa viri accidit, ne dos a socero aut a quolibet alio, qui mulieris nomine promiserat, exigeretur: si aut in matrimonio filia decesserit aut mater familias facta eum qui dotem repromiserat heredem instituerit, satis constat nihil amplius virum praestare debere, quam ut eos obligatione liberet.*

⁴⁶ Paulus 5 *quaest.* D. 24.3.44.1: *Lucius titius filiae suae nomine centum doti promisit gaio seio: inter gaium seium et lucium titium patrem mulieris convenit, ne dos a viro vivo lucio titio id est patre mulieris, peteretur: postea culpa mariti divortio facto solutum est matrimonium et pater mulieris decedens alios heredes instituit filia exheredata: quaero, an ab heredibus soceri maritus exigere dotem potest, cum eam mulieri redditurus est. respondi: cum filia aliis a patre heredibus institutis actionem de dote sua recipienda habere coeperit, necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei praestare: nec ullam exceptionem habebunt soceri heredes adversus eum, cum absurde dicitur dolo videri eum facere, qui non ipsi quem convenit sed alii restitutus petit: alioquin et si post mortem patris divortisset nondum exacta dote, excluderetur exactione dotis maritus, quod non est admittendum. sed et si ex parte filia heres patri suo exstiterit, debebit maritus coheredes eius pro parte virili exigere et mulieri reddere aut actiones ei praestare.*

⁴⁷ Papinianus 8 *resp.* D. 35.1.101.3: *Socrus nurui fideicommissum ita reliquerat: “si cum filio meo in matrimonio perseveraverit”: divortio sine culpa viri post mortem socrus facto defecisse condicionem respondi. nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori coeperit nupta vel maritus, et ideo nec nucianam cautionem locum habere, quia morte viri condicio possit excidere.*

⁴⁸ A. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, Erlangen, 1867, 88 nt. 4.

⁴⁹ K. CZYHLARZ, *Das römischen Dotalrecht*, cit., 338.

Criterio, questo, che poteva portare anche a pronunzie eterogenee come si legge in

Ulpianus 33 *ad ed.* D. 24.3.22.7: *Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus. et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. an autem illa repudianda est, considerandum est. et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse dirempas: quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, et sit circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris sibi timet vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat,*

e in

Papinianus 11 *quaest.* D. 24.3.39: *Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.*

Nel primo caso il divorzio era stato determinato *nullius culpa*, trattasi, infatti, del caso in cui uno dei due coniugi abbia mostrato i primi segni di follia *constante matrimonio*. Il giurista evidenzia come sia indiscutibile che la persona che è in preda alla pazzia, in quanto carente di senno, non possa essere considerata in grado di inviare alcun libello con cui manifestare la volontà di sciogliere il

matrimonio. Trattasi invece di *ius controversum* il caso in cui ad essere ripudiata sia la persona *furore detenta*. In questa evenienza sarà lecito per l'altro coniuge ottenere il divorzio ove la pazzia del coniuge raggiunga una tale intensità, ferocia e pericolosità tali da non lasciare speranza alcuna di guarigione. Innanzi ad una simile situazione il coniuge sano che temi la folle violenza dell'altro o coltivi il legittimo desiderio di avere figli potrà *nuntium mittere*⁵⁰, restando indiscusso, al fine di non arrecare nocumento a nessuno, *ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum*.

Nel secondo caso, escerpito dai *libri quaestionum* di Papiniano, il divorzio è stato determinato dalla colpa di entrambi i coniugi *utriusque culpa*, con conseguente venir meno delle *retentiones*. La vicenda è del tutto diversa alla precedente: accusandosi vicendevolmente la moglie e il marito *de moribus* ossia di cattivi costumi, il giudice ritenne che entrambi abbiano concorso ad offrire una causa di ripudio e che, pertanto, nessuno dei due avrebbe potuto chiedere l'aggiudicazione della dote in quanto *delicta* di pari gravità si elidono, l'un con l'altro, per effetto di mutua compensazione (*mutua pensatio*). *Ratio decidendi* quest'ultima che veniva applicata anche in caso di adulterio, stando a quanto si riscontra in

Ulpianus 2 *de adult.* D. 48.5.14[13].5: *Iudex adulterii ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore*

⁵⁰ Il ruolo usualmente riservato al liberto come *nuncius* in rapporto all'iniziativa del *repudium mittere* da parte del coniuge divorziante è ampiamente documentato nella tradizione antica: talché si è potuto affermare che l'intervento del *nuncius*, di cui è conferma Cic. *de orat.* 1.238, rappresentava sicuramente una «prassi profondamente radicata nel costume sociale»: C. VENTURINI, *Divorzio informale e ‘crimen adulterii?’*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 4, 1992, 139 nt. 22 (ora in *Iura*, 41, 1990, 25)

exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare,

per cui il giudice investito della procedura di adulterio doveva operare una comparazione tra i *boni mores* tenuti da ciascuno dei coniugi. Il passo è di particolare interesse in quanto esprime in modo chiaro la completa parità tra moglie e marito circa l'eventuale imputabilità dell'adulterio, e infatti appare del tutto sperequato *ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat*.

4. *Giudizio di fatto e riflessione retorica: la ‘mala tractatio’ e l’‘iniustum repudium’*

Ritornando ai *Tituli* ulpiane⁵¹, questi, nella loro vana tensione ad uniformare, in una materia tanto articolata, fattispecie ontologicamente divergenti in una medesima *regula iuris*⁵², vanno guardati con una certa diffidenza in quanto riproducono, a nostro giudizio, tutto riversando indifferentemente nel concetto di *retentio*, i risultati cristallizzati attraverso una tradizione giudiziaria che, in origine, ammetteva una discrezionalità molto maggiore del giudicante.

⁵¹ Che rappresentano verosimilmente una compilazione postclassica di *vetera iura* munita di titolo aprocrifo. Il codice pergamenaceo è diviso in 25 *tituli*, ordinati secondo lo stesso schema delle *Institutiones* di Gaio. Per Antonio Guarino si tratta di uno dei manoscritti del *liber singularis regularum* attribuito ad Ulpiano, ma di cui il Maestro partenopeo mette in dubbio la paternità, A. GUARINO, *Storia del Diritto Romano*¹², Napoli, 1998, 582 s.

⁵² Sulla formazione delle *regulae iuris*, sia a livello di riflessione giurisprudenziale che in seno alla *disputatio fori*, v. A. PALMA, *Il Luogo*, cit., spec. 75-92, nonché i contributi raccolti in AA. VV., *‘Regulae iuris’*. *Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016, 1 ss.

Tale circostanza sembra confermata da due testimonianze, l’una di Plutarco, l’altra di Valerio Massimo.

Plutarco nella vita di Gaio Mario combinando qui elementi storici, costruzione narrativa e valutazioni etiche,⁵³ evidenzia come il grande condottiero, durante il suo sesto consolato, svolse con equilibrio e buon senso la funzione di *iudex*:

Plut. *Mar.* 38: ἦν γὰρ ἀνὴρ τῆ Φαννία Τιτίνιος: τούτου διαστᾶσα τὴν φερνὴν ἀπῆτειλαμπρὰν οὔσαν. ὁ δὲ μοιχείαν ἐνεκάλει: καὶ γίνεται Μάριος ὑπατεύων τὸ ἔκτονδικαστῆς, ἐπεὶ δὲ τῆς δίκης λεγομένης ἐφαίνετο καὶ τὴν Φαννίαν ἀκόλαστονγεγονέναι καὶ τὸν ἄνδρα τοιαύτην εἰδότα λαβεῖν καὶ συμβιῶσαι πολὺν χρόνον, ἀμφοτέρους δυσχεράνας τὸν μὲν ἄνδρα τὴν φερνὴν ἐκέλευσεν ἀποδοῦναι, τῆς δὲ γυναικὸς ἀτιμίας ἔνεκα τῆ καταδίκη χαλκοῦς τέσσαρας προσετίμησεν.

Sullo stesso episodio si sofferma Valerio Massimo nelle pagine *de privatis iudiciis insignibus*

Val. Max. 8.2.3: *Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat se in consimili genere iudicii C. Marius gessit: nam cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam inpudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex in conspectu habita quaestione seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem inpudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit, praefatus idcirco se hunc indicandi modum*

⁵³ Sulla genuinità delle informazioni fornite da Plutarco v. G. ZECCHINI, *Storia della storiografia romana*, Roma-Bari, 2016, 175-178, per una più ampia ricognizione sull’opera plutarchea e i suoi fruitori v. P.A. STADTER, *Plutarch and his Roman Readers*, Oxford, 2015, spec. 119 ss.

secutum, cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coningium expetisse.

Innanzitutto, l’episodio come narrato da Valerio Massimo, rileva Solazzi, fornisce notizie di non scarsa rilevanza, come quella per la quale nell’anno 654 a.C. dalla fondazione di Roma, e dunque un secolo ancora dopo la pretesa *lex Maenia*, la quale come ha sottolineato Moritz Voigt⁵⁴ non può aver fissato il tasso delle *retentiones*, la pena della *inpudicitia* della donna poteva arrivare alla perdita dell’intera dote⁵⁵. Le due fonti, oggetto da tempo di acceso contrasto interpretativo⁵⁶, sono relative all’operato di Gaio Mario come *iudex*, il quale, di fronte ad un altrimenti sconosciuto Titinnio Minturnensis che aveva sposato *de industria* (conoscendone l’immoralità) una donna, certa Fannia, di cattivi costumi e l’aveva, poi, ripudiata per questo mirando a trattenere la dote di lei, dopo aver esortato l’uomo (con chiarezza citato con *l’actio rei uxoriae*) *ut incepto desisteret et mulieri dotem redderet*, aveva multato di un sesterzio Fannia e condannato Titinnio a restituire l’intera dote, non ravvisando la *culpa mulieris* su un piano, evidentemente, comparativo.

D’altra parte, l’*actio rei uxoriae* prevedeva una trattenuta fondata sul *melius aequius* ed è credibile che sia stata l’evoluzione successiva ad irrigidire i criteri di computo nelle *sextae* in presenza di *culpa mulieris*. Proprio in ragione della libertà decisionale concessagli il giudice, è intuibile dedurre dalla vicenda citata, si sentiva ancor più vincolato a farsi garante di una giustizia

⁵⁴ M. VOIGHT, *Die ‘lex Maenia de dote’*, Weimar, 1865, 44; G. ROTONDI, *‘Leges Publicae Populi Romani’*, estr. EGI, Milano, 1962, 286 s.

⁵⁵ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 252 s. Sul significato di *inpudicitia* v. C. MASI DORIA, *‘Civitas Operae Obsequium’*. *Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, 48 ss.

⁵⁶ V.A. WATSON, *The Law*, cit., 69.

sostanziale adottando criteri equitativi⁵⁷. Il giudicante era, infatti, profondamente vincolato «ai principî dell’onesto»⁵⁸, realizzabile solo attraverso una scrupolosa disamina dei fatti e un sapiente vaglio della condotta dei contendenti fino quasi, se fosse possibile, a sondare il loro animo e scoprirne le più segrete intenzioni. Proprio per sottolineare la gravosa carica valoriale del dovere del giudice in una simile occasione, Valerio Massimo si riferisce alla condotta adottata da Mario con il vocabolo, gravido di complessità semantica: *religio*⁵⁹.

Di estremo interesse è l’esegesi che del passo dello storico ha offerto Solazzi, relativamente al rapporto tra *actio rei uxoriae* e *iudicium de moribus*. Lo studioso evidenzia come se le azioni fossero state due – appunto *de moribus* e *de re uxoria* – Mario avrebbe dovuto emettere, di conseguenza, due *sententiae*. Se, invece, si trattasse unicamente dell’*actio de moribus* intentata da Titinio contro Fannia è comprensibile che questa fosse condannata *sestertio nummo*, ma non si spiega, in tal caso, una condanna contro l’attore. Volendo pensare che il memorialista non abbia peccato di inesattezza e che cioè «parlando di condanna di Titinio alla *summa totius dotis* non volesse significare altro se non la conseguenza di fatto che derivava per lui dalla condanna della moglie a quel modo che avvenne, e che riguardo alla restituzione della dote equivaleva ad una assoluzione»⁶⁰, si crede di poter convenire con la ricostruzione proposta da Solazzi per la quale: due furono le azioni esperite e che Mario venne chiamato a giudicare su entrambe.

⁵⁷ Nell’ampia produzione scientifica stratificatasi sul giudizio di equità v. ‘*Aequitas*’. *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno – Trento, 11 e 12 aprile 2012*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, 21 ss.; L. SOLIDORO, *Tra morale*, cit., spec. 67 ss.; 122 ss.; D. MANTOVANI, L’*‘aequitas’ romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Quante equità*, a cura di D. Mantovani e S. Veca, Milano, 2017, 15-60.

⁵⁸ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 253.

⁵⁹ Sulla etimologia della parola *religio* cfr. Cic. *nat. deor.* 2.27.72; Aug. *vera relig.* 111-113.

⁶⁰ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 253 s.

Come coniugare ciò con l’esistenza di una sola *sententia*?

Ebbene si crede potersi superare l’*empasse* grazie alla natura accessoria del *iudicium de moribus* all’interno del processo radicato *de re uxoria*. Ciò può trovare conferma nella consustanziale simmetria tra le due *actiones*. Entrambe, infatti, erano volte a conseguire una pena lasciata all’arbitrio del giudice; l’*actio de moribus*, inoltre, era passivamente intrasmissibile agli eredi ugualmente a quella *rei uxoriae*, come si legge in CTh. 3.13.16¹:

IMPP. CONSTANT(IUS) ET CONSTANS AA. AD PHILIPPUM P(RAEFECTUM) P(RAETORI)O. *De moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur nec tribuetur heredi. DATA XII KAL. OCTOB. LIMENIO ET CATULLINO CONSS.*

Appare altamente probabile, dunque, rinviando alle magistrali ricerche di Adhémar Esmein⁶², poter sussumere l’*actio de moribus* nel *genus* delle *actiones in bonum et aequum conceptae*. In seno all’unico *iudicium* radicato attraverso l’esperimento dell’*actio rei uxoriae*, *in bonum et aequum concepta*, e probabilmente penale⁶³, avrebbe trovato, dunque, sfogo l’accertamento *de moribus* per

⁶¹ F. GORIA, ‘*Bona fides*’, cit., 419 nt. 27, ricorda come l’*actio* fosse trasmissibile agli eredi dopo lo scioglimento del matrimonio solo in caso di mora del marito: cfr. Tit. Ulp. 6.7; Vat. Fragm. 95; 112. Diversa è ovviamente l’ipotesi in cui, al momento dell’interruzione dell’unione, la donna fosse ancora nella potestà del *pater*: in tal caso l’azione spettava a costui (sia pure *adiuncta filiae persona* (come si legge in Tit. Ulp. 6.6; Ulpianus 35 *ad Sab* D. 24.3.2.1-2; Ulpianus 33 *ad ed.* D. 24.3.22.2; 6-6) e non veniva meno per l’eventuale decesso della figlia.

⁶² A. ESMEIN, *La nature originelle de l’action ‘rei uxoriae’*, in NRH, 17, 1893, 145-171, spec. 153 nt. 4.

⁶³ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 254.

mezzo di una azione indiscutibilmente penale⁶⁴ e riconducibile, anche questa, nell'insieme di quelle *in bonum et aequum conceptae*.

In ragione di queste ultime considerazioni può avere in certo interesse approfondire i parametri utilizzati dal giudice nello stabilire l'entità delle *retentiones*.

Già abbiamo detto della discrezionalità di cui parla Cicerone in *top.* 17.66⁶⁵ in merito al giudizio riguardante la restituzione della *res uxoria*, per la quale il giudice avrebbe potuto quantificare la portata delle *retentiones* solo ricorrendo al suo libero convincimento, come si legge in uno scolio al passo ciceroniano comunemente attribuito al poeta Boezio⁶⁶:

⁶⁴ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 254.

⁶⁵ V. E. COSTA, *Cicerone*, cit., 179 e nt. 1; 181.

⁶⁶ P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur der Römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 375, imputa allo scoliaste una assoluta impreparazione giuridica. Cfr. M. GALDI, *Saggi boeziani*, Pisa, 1938, 57-58 e soprattutto T.A.C. BUCHOW, *Notice sur Boece*, in *Choix d'ouvrages mystiques*, Paris, 1835, 14; sulla formazione e sul pensiero retorico di Boezio, si veda anche L. OBERTELLO, *Boezio e dintorni. Ricerche nella cultura altomedievale*, Firenze, 1989, 125-155. Un periodo più ristretto, compreso tra il 520 e il 522, per la stesura del Commentario ai *Topica* ciceroniani è invece ipotizzato da H. CHADWICK, *Boethius. The Consolations of Music, Logic, Theology and Philosophy*, Oxford, 1981, (tr. it.), Bologna, 1986, 161-163, il quale appunto ritiene che il commento di Boezio a Cicerone sia stato stilato intorno al 520-522, ossia in un periodo ormai maturo della propria vita: «con il pensiero rivolto all'amico Patrizio e ai suoi colleghi avvocati» scrive lo studioso «Boezio abbellisce il commento a Cicerone con esempi dell'ambito legale, e inserisce importanti citazioni dei giuristi, da Ulpiano e dalle *Istituzioni* di Gaio. I mutamenti costituzionali del 476 avevano dotato questi problemi di un interesse non puramente antiquario. Il diritto romano restò in vigore nell'Italia dominata da Teodorico, e i Romani continuarono a essere governati secondo l'antico sistema imperiale». Insomma, se pure Boezio, come affiora in diversi aspetti del suo pensiero e della sua stessa biografia, vagheggiava – senza peraltro averla mai portata a termine – una sorta di enciclopedia dell'antichità classica, il commento ai *Topici* di Cicerone deve essere collocato in ben altro orizzonte, di una sorta di recupero e di reimpiego di un apparato che rischiava di finire definitivamente incompreso.

Boeth., *scholia ad Cic. top.* 17.66: *dos interdum his condicionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, ‘quod melius aequius esset’ apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est ut, quod ex dote indicatum fuisset melius aequius esse, ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset melius aequius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet. In quo iudicio non tantum boni natura spectari solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam quod bonum, sed quod melius aequiusque est, id sequendum sit.*

Lo scoliaste fa espresso riferimento al fatto che nel giudizio dotale *non tantum boni natura spectari solet, verum autem comparatio bonorum fit*, in quanto il giudizio di fatto in mano al *iudex* si sarebbe imperniato, per l'appunto, *non tantum* nel censurare o meno lo specifico comportamento di ciascuno dei coniugi, indipendentemente l'uno dall'altro, quanto, piuttosto, nella comparazione tra le loro condotte alla luce della *discidii necessitas*. Appariva, pertanto, di stringente utilità redigere una tipizzazione delle condotte incidenti sulla quantificazione delle *retentiones*. Come individuare i *mali mores* rispettivamente della donna e dell'uomo ai fini della determinazione della restituzione dotale? In merito, esisteva una casistica molto elaborata come ci informa la tradizione retorica, tradizione che, si può ipotizzare, i giudici ben conoscessero e di cui tenessero conto nella formazione del proprio convincimento nel momento decisionale. La sentenza sarebbe stata, pertanto, configurabile come una sintesi giudiziale delle opposte reazioni dei litiganti attraverso la lente della retorica che sul punto si era interrogata. Prova di ciò ne è Quintiliano, il quale, è bene ricordarlo, oltre ad essere immerso nella riflessione sui principi dell'*ars rhetorica* era consueto frequentare, come *advocatus*, le aule di giustizia⁶⁷.

⁶⁷ Stando all'apprezzamento riservato da Marziale a Quintiliano secondo cui:

Di particolare interesse appaiono, infatti, tre luoghi tratti dalle *Institutiones oratoriae*⁶⁸, in particolare dal settimo libro nel quale

Quintiliano, vagae moderator summe iuventae, Gloria Romanae, Quintiliane, togae (Marz. epigr. 2.90.1) è possibile ritenere che l'esercizio dell'avvocatura costituì una parte di non poco conto nella vita professionale che assicurò al retore non solo le insegne consolari, che furono propiziate dall'intervento di Flavio Clemente (Auson. *Grat. act.* 7), ma anche fama imperitura. Nell'*Institutio* lo stesso Quintiliano, con una punta di civetteria da consumato principe del foro, ricorda alcuni processi che conobbero diffusa attenzione di pubblico e che lo videro protagonista, tra i quali: la difesa di una donna *quae subiecisse dicebatur mariti testamentum* (Quint. *inst.* 9.2.73) e il patrocinio assunto in difesa della regina Berenice di Giudea (Quint. *inst.* 4.1.19), cfr. G.A. KENNEDY, *Quintilian*, New York, 1969, 20 ss.; M.R. YOUNG-WIDMAIER, *Quintilian's Legal Representation of Julia Berenice*, in *Historia*, 51, 2002, 124 ss. Il retore tiene, inoltre, a sottolineare che anche quando si trovava in giudizio come parte di un collegio difensivo *fere ponendae a me causae officium exigebatur* (Quint. *inst.* 4.2.86). La sua attività di *togatus* fu, inoltre, così nota che circolavano a Roma alcuni libelli di orazioni che portavano il suo nome, ma dei quali Quintiliano disconosceva la paternità fatta eccezione per una fatica giovanile in difesa di Nevio di Arpino (Quint. *inst.* 7.2.24), sul punto v. G.A. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World 300 B.C. - A.D. 300*, New Jersey, 1972, 492. Sull'impegno di Quintiliano nella professione legale ponevano l'accento già TH. FROMENT, *Quintilien avocat*, in *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 2, 1880, 224 ss.; J. COUSIN, *Études sur Quintilien I-II*, II, Paris, 1935-1936, (rist. Amsterdam 1967), 658 ss., tuttavia entrambi questi studiosi inclini a privilegiare soprattutto i riflessi delle cognizioni giuridiche del retore ricavabili dall'opera. Di recente, la necessità di valorizzare il carattere pratico dell'*Institutio* e in particolare il suo stretto rapporto con la prassi delle corti è stata avvertita da J. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London, 1995, 120 ss.; in quest'ottica cfr. pure I. MASTROROSA, *Appunti per un lessico giudiziario in Quintiliano*, in *Atti del II Seminario Internazionale di Studi sui Lessici Tecnici Greci e Latini*, Napoli-Messina, 1997, 233 ss.; nonché i contributi raccolti in *Quintilian and the Law. The art of Persuasion in Law and Politics*, edited by O.E. Tellegen-Couperus, Leuven, 2003.

⁶⁸ I. LANA, *La teorizzazione della collaborazione degli intellettuali con il potere politico in Quintiliano. 'Institutio oratoria', Libro XII*, Torino, 1973, 17 ipotizza che «verso la fine del 93, Quintiliano inizia la composizione dell'*Institutio oratoria*; verso la metà del 94 (Quintiliano ha già scritto i primi tre libri dell'*Institutio*) [...]»; nei primi mesi del 96 l'opera è compiuta; dopo pochi mesi – press'a poco tra la primavera e l'estate – egli la consegna all'editore Trifone per la pubblicazione. L'opera si è così diffusa prima del 18 settembre 96, data dell'assassinio di Domiziano»; L. COUSIN, *Introduction a Quintilien, Institution oratoire I.I*, Paris. 1975, XXIII ss. giudica «des années 93-95 employées aux recherches et à la rédaction» e la pubblicazione avvenuta verosimilmente «aux abords de septembre 96»; G.A. KENNEDY, *A New History*, cit., 179 s., pensa che Quintiliano

il retore, trattando delle partizioni oratorie⁶⁹, approfondisce la *dispositio* con la quale deve essere articolato il discorso persuasivo. Più specificamente, Quintiliano si sofferma sulla *qualitas* degli argomenti da trattare, nella convinzione che *non quisquis loquitur orator est*⁷⁰, ma solo colui che ha studiato con cura i precetti della *doctrina dicendi*.

Si leggano i seguenti passi:

Quint. *inst.* 7.4.10: *Nam et filius patri in iudicio abdicationis et maritus uxori si malae tractationis accusabitur et pater filio si dementiae causa erit non invecunde dicet multum sua interfuisse. In quo tamen incommoda vitantis melior quam commoda petentis est causa;*

Quint. *inst.* 7.4.11: *Quibus similia etiam in vera rerum quaestione tractantur. Nam quae in scholis abdicatorum, haec in foro exheredatorum a parentibus et bona apud centumviros repentium ratio est: quae illic malae tractationis, hic rei uxoriae, cum quaeritur utrius culpa divortium factum sit [...];*

Quint. *inst.* 7.4.38: *Simpliciores illae iniusti repudii, sub qua lege controversiae illud proprium habent, quod a parte accusantis defensio est et defendentis accusatio.*

abbia iniziato a scriverla forse nel 93 e la concluse «probably before the end of 95, certainly before the murder of Domitian in 96». Per una rassegna dei diversi pareri sulla data di composizione dell'*Institutio oratoria* cfr. G. ZUCHELLI, *Quintiliano*, cit., 583 ntt. 58 e 59. Zucchelli rileva come le proposte di datazione tardiva dell'*Institutio* hanno trovato scarsa accoglienza nei manuali di letteratura latina, ove sono indicati per lo più termini assai lati (tra il 90 e il 96) per la composizione (diverso il problema della pubblicazione), oppure piuttosto alti (92-93), *ibidem* 583 nt. 58.

⁶⁹ V. A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, 'actor veritatis'. Studi di retorica e deontologia forense*, Bologna, 2016, 35 ss.

⁷⁰ Quint. *inst.* 2.17.11; cfr. Tac. *dial.* 32; Cic. *part. or.* 3.

L’oratore fa riferimento ad un giudizio per *mala tractatio* (*inst.* 7.4.10-11) e ad uno di *iniustum repudium* (*inst.* 7.4.38). Circa l’effettiva esistenza e la reale natura di questi rimedi processuali, al netto della testimonianza quintiliana e di poche altre⁷¹, nulla sappiamo. Neppure i presupposti di questi giudizi appaiono ben chiari né le caratteristiche per cui differivano. Parte della dottrina⁷² si limita a porre in relazione la *mala tractatio* con il *iudicium de moribus*; altri studiosi⁷³ hanno creduto di ravvisare nell’inciso *quae illic malae tractationis, hic rei uxoriae* (Quint. *inst.* 7.4.10) una sinonimia tra una presunta *actio male tractationis* e l’*actio rei uxoriae*⁷⁴. Autorevoli ricerche hanno ritenuto che ci troveremmo davanti ad azioni, sia quella *malae tractationis* che quella *iniustii repudii*, plasmate su archetipi greci⁷⁵. Simile ipotesi viene elaborata partendo dal famoso passo di Dionigi di Alicarnasso sulla più antica disciplina romana relativa alla dissoluzione dei matrimoni, dove si renderebbero in greco testualmente le designazioni retoriche delle due azioni:

Dion. Hal. *ant. Rom.* 2.25.1: ὁ δὲ Ῥωμύλος οὔτε ἀνδρὶ κατὰ γυναικὸς ἐγκλήματα δοῦς φθαρείσης ἢ τὸν οἶκον ἀδίκως

⁷¹ Per la *mala tractatio* cfr. Sen. *controv.* 3.7; 4.6; 5.3; per l’*iniustum repudium* cfr. Sulpit. Victor., I.O. 60.

⁷² F.W. (VON) TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht*, II, Berlin, 1832, 244 nt. 18

⁷³ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 346.

⁷⁴ Stante il tenore di Quint. *declam.* 383: *Thema: «Quae virum malae tractationis damnaverit, duplam dotem recipiat; si indotata nupserit; litem aestimet»*, A. ESMEIN, *La nature originelle*, cit., 154 s., ha pensato che vi sia stata un’*actio malae tractationis* con carattere penale, che veniva introdotta sotto forma di una *accusatio*, tanto che il marito, a volte, viene chiamato dai retori *reus malae tractationis*. Ora, osserva Esmein, dato che Quintiliano (*inst.* 7.4.11) fa un esplicito riavvicinamento tra la scolastica *actio malae tractationis* e l’*actio rei uxoriae* dei giuristi, esso è certamente dovuto al fatto che questa seconda azione doveva avere la tradizione di una azione penale. Anche se tale non era più al tempo di Quintiliano, continua tale autore, deve però ricordarsi che le vecchie concezioni giuridiche «persistent dans le peuple [...] alors qu’elles ont cessé d’être vraies, quelquefois depuis des siècles, pour les juristes de profession»: *ibidem* 155.

⁷⁵ S. SOLAZZI, *La restituzione*, cit., 347.

ἀπολιπούσης οὔτε γαμετῆ κατ'ἀνδρὸς αἰτιωμένη κάκωσιν ἢ ἄδικον ἀπόλειπιν οὔτε περι προικὸς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς νόμους θεισοὔτε ἄλλο τῶν παραπλησίων τούτοις διορίσας οὐδ' ὅτιον, ἓνα δὲ νόμον ὑπὲρ ἀπάντων εὗ ἔχοντα, ὡς αὐτὰ τὰ ἔργα ἐδήλωσε, καταστησάμενος εἰς_σωφροσύνην καὶ πολλὴν εὐκοσμίαν ἤγαγε τὰς γυναῖκας.

Nella ricostruzione prospettata, la κάκωσις⁷⁶ non sarebbe altro che la *mala tractatio* e l'ἄδικον ἀπόλειπιν corrisponderebbe

⁷⁶ Un caso di κάκωσις si verifica ogni qual volta l'adulterio del marito rivesta un carattere particolarmente ingiurioso per la moglie, la quale può esperire una *δικη κακώσεως* al fine di ottenere il divorzio. Vi sono ampie attestazioni che dimostrano come in diritto greco la dote, in forza di una norma prescritta dalla legge, dovesse essere rimborsata dal marito in caso di scioglimento del matrimonio, basti v. Demosth. 40.59. tale principio vale in modo generale, ma vi sono casi eccezionali in cui il rimborso della dote era condonato al marito. La dote doveva essere rimborsata nel caso di divorzio, indipendentemente dal fatto che fosse stato l'uomo o la donna a iniziare la procedura e quasi di sicuro anche dai motivi che le due parti adducevano. Un esempio riportato da Iseo (3.35) presuppone necessariamente la prima regola, mentre la seconda è stata oggetto di discussione anche sulla base di due testimonianze non particolarmente probanti. Per quanto concerne Atene, non vi è alcuna testimonianza diretta sulla sorte della dote di una donna divorziata per adulterio. D'altro canto, ancora sulla scorta di un passo di Demostene (59.52), è possibile dedurre con una certa sicurezza che la legge imponeva all'uomo che aveva divorziato di rendere la dote o pagare gli interessi su questa. Il rispetto delle norme concernenti la restituzione della dote era garantito da due azioni legali speciali, la *δικη προικὸς* e la *δικη σίτου*. Sulla prima azione, non è possibile svolgere molte considerazioni, tranne che essa poteva essere intentata per il valore di tutta la dote e che, sebbene un passo di Demostene (40.50) dimostri come un figlio poteva contare di ricevere sostentamento durante la minore età dagli interessi della dote materna, è ignoto quali fossero i mezzi legali onde egli potesse vedere riconosciuta questa sua prerogativa. D'altra parte, non vi è alcuna allusione in questa orazione, né altrove, tale da suggerire che al raggiungimento della maggiore età il figlio potesse costringere il padre a pagargli il capitale derivante dalla dote della madre. La *δικη σίτου* riguardava l'interesse stabilito a norma di legge, al tasso del 18%, sul valore del capitale della dote. L'interesse aveva corso a partire dal momento in cui il matrimonio era sciolto, per qualsiasi ragione, e continuava a dover essere pagato sino a quando il valore totale del capitale della dote non fosse stato rifiuto: lo scopo

all'*iniustum repudium*. Sebbene non si possa escludere che Dionigi abbia qui trasfuso la memoria di analoghe esperienze repressive maturate nel mondo ellenico, Patrizia Giunti ha evidenziato come «il referente più immediato e consono, e quindi più plausibile, è dato proprio dalle vicende dei giorni suoi, da quella *lex Iulia de adulteriis* che, coeva alla stesura della *Romulusverfassung*, aveva scandito le formalità del ripudio, aveva perfezionato il sistema delle *retentiones* dotali e soprattutto [...] aveva predisposto un congegno processuale che, elevato l'adulterio a *crimen publicum*, lo rendeva giudizialmente perseguibile davanti ad un tribunale apposito»⁷⁷. Ma nell'incertezza circa la configurabilità effettiva di una specifica *actio malae tractationis* si crede ipotizzabile un'ulteriore interpretazione delle testimonianze in materia. La combinazione *illic ... hic* di Quint., *inst.* 7.4.11, a nostro avviso si riferirebbe ad una demarcazione che l'autore evidenzia tra ciò che accade *in foro* rispetto a quanto avviene *in scholiis*. Attraverso l'utilizzo di questo costruito sintattico, Quintiliano ci informa che quello che viene trattato nelle aule di retorica sono esercitazioni su casi di maltrattamento che nel foro si riversano in veri e propri giudizi *de re uxoria*⁷⁸. In via del tutto congetturale, dunque, si può ipotizzare che non esistessero due *actiones* autonome, ma che nei giudizi di divorzio, nei quali si doveva quantificare l'ammontare delle

principale di questa azione consisteva nel garantire il mantenimento della donna. V. A.R.W. HARRISON, *Il diritto ad Atene. La famiglia e la proprietà*, I, trad. it., premessa e aggiornamento a cura di P. Cobetto Ghiggia, Alessandria, 2001, 60.

⁷⁷ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990, 261 e v. nt. 106. Gaia Di Trollo ha sottolineato come Romolo «non emanò statuizioni normative volte a consentire all'uomo di accusare la moglie di adulterio o di aver lasciato la comune abitazione *sine iusta causa*, né tantomeno dirette a permettere alla moglie di incriminare il marito per i suoi maltrattamenti, o per l'ingiusto ripudio»: G. DI TROLLO, *Le ‘leges regiae’ in Dionigi di Alicarnasso*, I. *La monarchia latino-sabina*, Napoli, 2017, 110 s.

⁷⁸ G. BRINI, *Matrimonio*, cit., 47 ss; F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, 235.

retentiones eccpite dal marito, si attuassero strategie difensive che mutuavano dalla elaborazione retorica delle *declamationes* e che si riversavano, a ministero degli *advocati*⁷⁹, nella prassi giudiziale⁸⁰. Fabio Lanfranchi, che ha dedicato al diritto nella letteratura retorica preziose pagine, ricorda come in realtà il giudizio per *mala tractatio*, debba trovare applicazione ogni qual volta il marito commette alcunchè di ingiusto nei riguardi della moglie. I casi contemplati nelle *declamationes*, infatti, sono diversi e molti possono configurarsi come vicende di maltrattamenti morali⁸¹.

Si ricordi, per meglio corroborare la ricostruzione avanzata, come in età imperiale si assistette alla definitiva rottura tra impegno civile e oratoria giudiziaria⁸² con la conseguente diffusione delle *declamationes*, configuranti uno spazio squisitamente intellettuale dove lo *ius* veniva problematizzato a scopi didattici⁸³. Si trattava di

⁷⁹ Sull'esercizio dell'avvocatura in Roma antica v. gli ultimi contributi: A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., 117 ss.; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa)*. *Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino, 2017, 23 ss.; F. GIUMETTI, *'Per advocatum defenditur?'. Profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma antica*, Napoli, 2017, 3 ss.

⁸⁰ Proprio a esercitazioni retoriche sulla *mala tractatio* sembrano far pensare a nostro giudizio altri passi: Quint. *inst.* 4.2.30; 7.3.2; 9.2.79; *declam.* 363; 383, e specificamente sull'*iniustum repudium* v. Quint. *declam.* 251; 262; 327.

⁸¹ Quint. *declam.* 8; 18; 19. Per lo più la moglie chiede instaurarsi un *iudicium malae tractationis* quando ritiene che il marito l'abbia trascurata nei rapporti con i figli. Ma anche quando, come si legge in Quint., *declam.* 363, essa desidera vendicarsi contro il marito che l'abbia sospettata capace di adulterio.

⁸² Nella nuova dimensione politica, come ha osservato Carla Masi Doria, le capacità di impressionare il pubblico, infatti, non davano più frutti politici e i tribunali cessavano di essere una palestra civile. L'oratoria giudiziaria, differentemente da quella deliberativa, sopravvisse ai profondi sconvolgimenti costituzionali in condizioni del tutto diverse da quelle precedenti, perdendo quasi ogni valenza politica, C. MASI DORIA, *Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana*, I. *Dalle basi culturali al diritto classico*, in *'Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche'*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2013, 28.

⁸³ M. LENTANO, *La declamazione latina. Rassegna di studi e stato delle questioni (1980-1998)*, in *Bollettino di Studi Latini*, 29, 1999, 571; ID., *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della*

discorsi su temi fittizi, come appunto le angherie alle quali potevano essere sottoposte le mogli all’interno delle mura domestiche, che da esercizio propedeutico all’attività forense finirono per trasformarsi in un genere del tutto autonomo e slegato dal loro vero scopo, tramutandosi in una forma di *divertissement* culturale, ma che rivestirono e rivestirono particolare utilità. Sia perché allora, come accennato, producevano ipotesi interpretative che poi avrebbero guidato il compito dei *patroni* in udienza; sia in quanto, oggi, costituiscono, come sottolinea Dario Mantovani⁸⁴, la ‘proiezione’ dell’esperienza giuridica romana coeva.

declamazione latina, Lecce, 2014, 17 ss., dove si analizzano le declamazioni di scuola, ricordando che la declamazione nasce originariamente in Grecia, anche se di questa tradizione non è rimasta traccia. Nello stesso mondo romano – continua Lentano – esercizi retorici paragonabili alle controversie e suasorie sono attestati già in manuali risalenti agli anni Ottanta del I secolo a.C., sebbene essi non avessero assunto ancora le denominazioni con le quali siamo abituati a identificarli e a conoscerli. Lo stesso verbo *declamo* nel significato di “pronuncio una declamazione” sembra ignoto a Cicerone, anche se il grande oratore descrive talora una prassi didattica che sembra presupporre quell’esercizio.

⁸⁴ D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. ‘Ius controversum’ e natura nella ‘Declamatio maior’ XIII*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia 2007, 326. Lo studioso si stupisce, pertanto, della «perdurante marginalità, anzi quasi totale assenza delle *declamationes* dal novero delle fonti che vengono di solito messe a frutto per la storia del diritto» pur essendo ben consapevole che «la rilevanza sotto questo profilo delle *declamationes* è condizionata (a prescindere dalla dipendenza da modelli greci ed ellenistici) dall’essere prodotti di invenzione, condizione che implica una vera e propria trasformazione della materia, in ottemperanza alle regole di composizione retorico-letteraria che presiedono al genere» *ibidem* 326. Sul fenomeno delle *declamationes*, con ampia e aggiornata bibliografia, M. LENTANO, *La declamazione a Roma. Breve profilo di un genere minore*, Palermo, 2017, *passim*; G. RIZZELLI, *Declamazione e diritto*, in *La declamazione latina. Prospettive a confronto sulla retorica di scuola a Roma antica*, a cura di M. Lentano, Napoli, 2015, 211-270; E. BERTI, *Scholasticorum studia. Seneca il Vecchio e la cultura retorica e letteraria della prima età imperiale*, Pisa 2007, 100 ss.; più datate, ma fondamentali per una visione d’insieme del fenomeno, restano G. BOISSIER, *The Schools of Declamation at Rome. Tacitus and Other Roman Studies*, London, 1906, 163-194; D.L. CLARK, *Some Values of Roman declamatio*, in *QJS*, 35, 1949, 280-283. Per una esauriente bibliografia si veda C. MASI DORIA, *‘Libertorum bona ad patronos pertineant’: su*

La *mulier* che avesse inviato il *libellum repudi* come avrebbe potuto difendersi in giudizio avverso il marito ripudiato che pure avesse prestato la *satisfactio*? Ecco che allora nella pratica forense si cristallizzarono delle cause giustificative del ripudio volte ad escludere la *culpa* proprio in ragione della pretesa di eventuali *retentiones*. Ed, infatti, in queste cause di ingiusto ripudio, è lo stesso Quintiliano ad informarci, che *quod a parte accusationis defensio est et defendentis accusatio*, per cui, ad esempio, la *uxor* ingiustamente ripudiata si sarebbe trovata nella posizione di attrice processuale dovendosi difendere dalla richiesta di imputabilità del ripudio avanzata dal marito, che sarebbe stato l'accusatore sostanziale. Nell'esempio quintiliano, dunque, la *mala tractatio* non corrispondeva alla causa giustificativa del ripudio ma era piuttosto l'esimente che la difesa della donna avrebbe dovuto offrire al giudice avverso il *iudicium de moribus* radicato dal marito. D'altronde il diritto romano si trovava a dover costruire un concetto di *culpa mulieris* in assenza di una parametrizzazione dei doveri coniugali dell'uomo e della donna. Nella nostra visione, tali parametri verranno costruiti in sede giudiziale, e non giurisprudenziale, attraverso le *sententiae iudicum*. Era, infatti, la tradizione giudiziaria

Calp. Flacc. decl. exc. 14, in *Index*, 40, 2012, 313; M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce 2014, 17 ss., dove si analizzano le declamazioni di scuola, ricordando che la declamazione nasce originariamente in Grecia, anche se di questa tradizione non è rimasta traccia. Nello stesso mondo romano – continua Lentano – esercizi retorici paragonabili alle controversie e suasorie sono attestati già in manuali risalenti agli anni Ottanta del I secolo a.C., sebbene essi non avessero assunto ancora le denominazioni con le quali siamo abituati a identificarli e a conoscerli. Lo stesso verbo *declamo* nel significato di “pronuncio una declamazione” sembra ignoto a Cicerone, anche se il grande oratore descrive talora una prassi didattica che sembra presupporre quell'esercizio. Su Cicerone e le *declamationes* v. A. BORGIO, *Tra storia e retorica: il contrasto Cicerone – Antonio nella settima suasoria di Seneca il Vecchio*, in *Arte della parola e parole della scienza. Tecniche della comunicazione letteraria nel mondo antico*, a cura di R. Grisolia e G. Martino, Napoli, 2014, 9-24.

che configurava la realizzabilità dell’ingiusto ripudio e della *mala tractatio*, cercando criteri valutativi elaborati caso per caso.

5. *Considerazioni conclusive*

Le considerazioni sin ora esposte necessitano, certo, di ulteriori e più puntuali approfondimenti; si tratta, infatti, di suggestioni maturate dopo la lettura di fonti eterogenee all’interno di una materia estremamente complessa. Un tentativo di risposta, dunque, al quesito con il quale abbiamo aperto questo contributo, ovvero cosa intendesse Svetonio nel riferirsi al *modus* posto da Augusto alle numerose istanze di scioglimento del vincolo matrimoniale, può esprimersi nella proposta che per arginare le ripetute violazioni alla legislazione demografica il Principe favorì il cristallizzarsi di una disciplina, elaborata in sede retorica e riversata in sede giudiziale, afferente la restituzione dei beni dotali, assicurando la conservazione di parte della *dos* solo in caso di *culpa mulieris*.

ABSTRACT

Il contributo si propone di approfondire il tema della costruzione della *culpa discidii* all’interno del giudizio di separazione coniugale. Partendo dalla struttura e applicazione dell’*actio rei uxoriae*, lo studio opera una ricognizione sulla configurabilità del *iudicium de moribus* e sulla sua effettiva funzione per passare poi alle difese, di matrice retorica, esperibili da parte della *uxor* avverso le istanze del marito volte ad ottenere il riconoscimento delle *retentiones propter mores*. In caso di giudizio dotale emergeva spesso, infatti, un interesse della moglie a instaurare un procedimento di cognizione incidentale finalizzato ad una *comparatio morum* tra le

condotte dei coniugi in costanza di matrimonio. In un simile giudizio il giudice avrebbe avuto la possibilità di decidere sulla imputabilità della *culpa discidii* ai fini del riconoscimento o meno delle retenzioni dotali.

The contribution aims to deepen the theme of the construction of the *culpa discidii* within the judgment of conjugal separation. Starting from the structure and application of the *actio rei uxoriae*, the study makes a reconnaissance of the configurability of the *iudicium de moribus* and its effective function to then move on to the defenses, rhetorical matrix, experienced by the *uxor* against the requests of the husband to obtain the recognition of *retentiones propter mores*. In the case of a dotal judgment, it often emerged that his wife's interest in establishing a process of incidental cognition aimed at *comparatio morum* between the conduct of the spouses during the marriage. In such a judgment, the judge would have had the possibility to decide on the imputability of the *culpa discidii* for the purpose of the recognition or not of the dotal retentions.

FAUSTO GIUMETTI

Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze
Email: fausto.giumetti@unifi.it

