

Cercando di assumere un punto di vista il più possibile oggettivo⁴², nell'intento di di-

come soggetti non i singoli individui, bensì i loro gruppi di appartenenza e si realizza secondo modalità che impegnano valori economici, politici e culturali». Condivide l'impressione, che la dote rivesta anche altri scopi a parte quelli tradizionalmente posti in luce, il GUARINO (*Recensione* ad A. SOELLNER, *Zur Vorgeschichte*, cit., 692) che si esprime in questi termini: «Sono soltanto alcune e scarse suggestioni, le mie. Suggestioni che nascono dopo anni di lavoro, dall'insoddisfazione degli angusti confini che, per timore di svalutare il nostro tecnicismo, noi romanisti ancora segniamo ai nostri studi. Eppure anche noi dovremmo avere finalmente il coraggio di mirare ad una 'nuova frontiera'. Molti di noi lungo la strada, probabilmente cadrebbero. Ma l'importante è che vi sia qualcuno che arrivi».

⁴² Volendo assecondare l'illuminante considerazione di P. BOURDIEU, uno dei più grandi sociologi e teorici sociali del Novecento, *Il senso pratico*, Roma, 2005, 228 nt. 2: «Gli errori inerenti al giuridismo non sono mai così evidenti come nei lavori degli storici del diritto e delle consuetudini, spinti da tutta la loro formazione e dalla natura dei documenti che utilizzavano (quali gli atti notarili, combinazione delle precauzioni giuridiche prodotte dai notai professionisti, conservatori di una tradizione colta, e delle procedure effettivamente proposte dagli utenti dei loro servizi) a canonizzare in forma di regole formali le strategie di successione e matrimoniali» e 230: «Il discorso giuridico, al quale ricorrono volentieri per descrivere la norma ideale o per rendere conto di un caso singolare trattato o rein-

DE DOTE QUANTITATE A PROPOSITO DI CELS. D. 23.3.60 E 32.43

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Matrimonio e dinamiche familiari. 3. Esegesi di D. 23.3.60. 3.1 *Dignitas*. 3.2 *Facultas*. 4. Esegesi di D. 32.43. 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente studio nasce dall'intento di rileggere alcuni frammenti relativi alla quantificazione della dote. In particolare, due passi celsini tratti dai libri *Digestorum*¹:

Cels. 11 *dig.* D. 23.3.60: *Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti adultae mulieri <curator> tutor consensum accomodare debeat. Respondit: modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quo usque ratio patitur.*

¹ Su Celso cfr. M. BRETONE, *Note minime su 'Celsus Filius'*, in *Labeo*, IX, 1963, 331 ss.; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'*, in *AUPA*, XXXVIII, Palermo, 1985; F. WIEACKER, *'Amoenitates Iuventianae'. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura*, XIII, 1962, 1-21; F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980. Circa il temperamento aggressivo di Celso cfr. Plin. *Ep.* 6.5.4-5.

Cels. 15 dig. D. 32.43: *Si filiae pater dotem arbitrato tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitrato legetum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitrato constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.*

Obbiettivo della mia indagine è verificare e ricostruire l'esistenza di criteri per l'individuazione della corretta quantità di dote² e, conseguentemente, l'esistenza del concetto stesso di una corretta misura di dote. La questione appare centrale nello studio della materia dotale. Difatti essa si interseca con molteplici tematiche, di capillare importanza che, vista la specificità dell'argomento che si è scelto di affrontare, non potremo approfondire, ma che terremo in debito conto.

La ragione per cui si è inteso attribuire rilievo centrale ai frammenti celsini testè citati, pur in presenza di ulteriori testimonianze nell'ambito del *Corpus Iuris*, risiede, innanzitut-

² Sul tema P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, 410, l'A. precisa che «la dote va commisurata alle sostanze del padre, al numero dei figliuoli, alla dignità del maritaggio»; ivi vd. nt. 1.

tempo dello stesso, tale assunto è direttamente riconducibile alla evidente connessione che caratterizza dote e matrimonio, ma è anche sintomatica della funzione cui veniva ricondotta la costituzione di dote.

Peraltro, accettando la rilevata connessione tra dote e *onera matrimonii* finché permane la *dotis causa*⁴⁰, cioè finché perdura il vincolo coniugale, è nell'interesse dei soggetti che partecipano alla costituzione di dote regolare gli interessi correlati alla stessa e più direttamente alla gestione familiare, anche se in un primo momento nulla si era pattuito.

Il rilievo della posizione socio-economica delle famiglie di entrambi i nubendi, ai fini della determinazione della dote, sembra coerente con quella reciprocità dei vantaggi scaturenti dall'alleanza matrimoniale già riscontrati in dottrina⁴¹.

⁴⁰ Paul. 14 *ad Sab.* D. 23.3.1: *Dotis causa semper perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.*

⁴¹ Cfr. A. ROMANO, *Matrimonio*, cit., 64, secondo l'A. vi sarebbe: «L'esigenza comune di concludere, attraverso la reciprocità, un'alleanza che confermi il ruolo da entrambe occupato nella scala sociale»; 67: «Chiari- te le mie riserve su questo specifico punto, mi sembra che l'intuizione di Hanard sulla non unilateralità dei vantaggi dello scambio matrimoniale possa essere utilizzata, ma nella prospettiva di una reciprocità che ha

rappresentano il luogo deputato a regolare e a dar rilevanza, secondo le esigenze dei paciscenti, non solo alla quantità dei beni costituiti in dote ma anche alla modalità della consegna, cioè a tutte quelle circostanze che contribuivano alla modifica dell'assetto patrimoniale familiare e che accompagnavano le trattative matrimoniali³⁸.

Il rapporto dotale può essere modificato anche durante il matrimonio³⁹ e per tutto il

avverte un'ingerenza esterna, l'autonomia privata viene limitata dall'intervento pubblico, teso a privare di validità quelle pattuizioni che esorbitando dalla causa dotale siano tali da rendere la donna *prope indotatam*.

³⁸ Non appare conducente obiettare che la dote potesse essere costituita anche dopo il matrimonio, o che essa potesse essere consegnata in un momento posteriore o anche non essere mai consegnata. Infatti, in primo luogo, nulla impedisce che si voglia, o si possa, regolare l'assetto patrimoniale della famiglia, in un momento successivo, alla costituzione del vincolo matrimoniale; in secondo luogo, anche le modalità e i tempi di consegna possono essere ricondotti a quelle circostanze che tendono a quantificare in termini economici la misura della dote, cfr. A. ROMANO, *Matrimonio*, cit., 68.

³⁹ Vd. Iav. 4 *ex Cass. D. 23.4.1: Pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet. 1. Pacta quae de reddenda dote fiunt, inter omnes fieri oportet qui repetere dotem et a quibus repeti potest: ne ei, qui non interfuit, apud arbitrum cognoscen- tem pactum non prosit.*

to, nella rilevanza e centralità che assume, a nostro parere, l'opinione celsina, nel dibattito relativo alla quantificazione della dote. Celso, infatti, appare il più fedele interprete della prassi sociale del tempo.

Deve, in più, essere rilevato che la dottrina ha un po' trascurato i frammenti in esame; invero, in genere, il giudizio sulla genuinità di tali testimonianze è stato ricavato in via deduttiva, in calce a più vasti studi in materia di *arbitrium boni viri*, alla fine dei quali si decideva di volta in volta se salvare o considerare frutto dell'intervento giustiniano l'uso dei termini *dignitas* e *facultas*.

Per questa ragione pensiamo che possa risultare fruttuosa una rilettura dei contributi esistenti in materia, al precipuo scopo di rivisitare la tematica in esame muovendo da una nuova prospettiva, incentrata sull'analisi del punto di vista celsino³.

³ Si parla di punto di vista, in quanto si ammette la possibilità che durante il II secolo d.C. i principi espressi da Celso non siano ancora pacifici, o meglio non siano ancora stati formalizzati, ma di questo si dirà dopo.

2. *Matrimonio e dinamiche familiari.*

Mi permetto di richiamare alcune considerazioni note ma utili ai fini dell'esposizione. Trattando della dote, infatti, non ci si può esimere dal fare, almeno, un cenno ad alcune note problematiche, cui si sono già dedicati molti romanisti, che rappresentano un essenziale tassello logico nella ricostruzione della materia di cui trattasi. Appare, invero, conducente fare un breve riferimento alle conclusioni, cui è pervenuta la dottrina con riferimento alla sussistenza di un obbligo giuridico di dotare, senza tralasciare di specificare quale fosse il peso attribuito alla disciplina giuridica nell'ambito di quelle concitate dinamiche familiari, innescate dall'approssimarsi dell'età da marito. Più in generale, si può rilevare che sia la disciplina 'familiare'⁴, sia la disciplina ma-

⁴ Cfr. P. BONFANTE, *La 'gens' e la 'familia'*, in *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1916, 8 ss. *contra* E. VOLTERRA, *Sui 'mores' della 'familia' romana*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, 516-534. Appare, inoltre, opportuno rilevare che la considerazione dei doveri derivanti dal matrimonio come doveri non giuridici non è estranea neanche al nostro ordinamento. Infatti, secondo una tesi tradizionale, da poco sconfessata dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 9801/2005, non è possibile risarcire la violazione degli obblighi familiari ai sensi degli artt. 2043 e 2059 cod. civ., in quanto, i doveri

non può escludersi che nel momento genetico (del matrimonio) svolgesse anche un'altra funzione, che, peraltro, rimane immutata nel passaggio dal matrimonio *cum manu* al matrimonio *sine manu*; la dote crea un equilibrio tra le famiglie degli sposi, tale dato, da alcuni negato perché privo di alcun appiglio nelle fonti in nostro possesso, potrebbe, infatti, trovare conferma proprio nei frammenti oggetto del nostro studio³⁶.

Ciò non basta, in quanto, l'assoluta rilevanza degli accordi economici, *rectius* degli accordi inerenti alla dote, trova corrispondenza nella diffusione dei patti dotali³⁷. I patti dotali

³⁶ *Contra* A. MANZO, *Un'ipotesi*, cit., 310 ss.

³⁷ Prima manifestazione storica di autonomia privata incidente sulla regolamentazione degli effetti patrimoniali scaturenti dal matrimonio sono le *cautiones rei uxoriae*, ovvero quelle pattuizioni aggiunte alla costituzione di dote, di cui Servio Sulpicio Rufo raccomandava la stipula, per garantire la restituzione delle sostanze dotali, in un momento in cui pur sopravvivendo un'esigenza di restituzione connessa alla fragilità del vincolo coniugale il diritto non aveva ancora apprestato efficace rimedio. Introdotta l'*actio rei uxoriae*, garantita così la restituzione della dote, ove allo scioglimento del matrimonio sopravvivevano i soggetti legittimati, l'esercizio della autonomia dei privati non si arresta; viene anzi a condensarsi in quelle convenzioni dotali che finiscono per rappresentare il paradigma dell'incontro tra *voluntas* e *ius*. Al contempo si

Grazie alla dote che, come sappiamo, esiste solo se sussiste il matrimonio viene regolata anche, per così dire, la relazione tra le due famiglie e tra gli stessi coniugi. Il matrimonio dà origine ad un'alleanza ma anche ad uno scambio; senza un giusto corrispettivo³⁵ si verifica una sorta di sottomissione della famiglia della donna a quella del marito, nel caso di una dote non congrua, del marito alla moglie, nel caso di una dote eccessiva.

Se è vero che la funzione della dote in costanza di matrimonio è in un primo momento quella di compensare le aspettative ereditarie e, poi, quella di sostenere i pesi matrimoniali,

³⁵ Cfr. A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1975, 53, secondo l'A. : «Occorreva, insomma, per sposarsi ad un certo livello sociale, trattare l'affare. Il marito (o il relativo *paterfamilias*) chiedeva da un lato ciò che poteva (o, se riduceva le pretese, era solo per i vantaggi di alleanza sociale, politica, economica che dal matrimonio gli sarebbero potuti derivare) e, dal suo canto, la moglie (o per lei il relativo *paterfamilias*, oppure anche un *extraneus* interessato, ... , a che il matrimonio si facesse) cercava, nei limiti del possibile, di tirare sul prezzo ed eventualmente di garantirsi in vista di una fine del matrimonio ... A sua volta, la moglie aveva interesse solo sino ad un certo punto a ridurre l'entità del suo contributo, perché la sua 'cifra', in famiglia e di fronte alla società, era in relazione alla cifra di quel suo contributo».

rimoniale⁵ romana, per molto tempo furono determinate da regole sociali; il diritto ebbe solo un ruolo marginale.

La superiore considerazione, tutt'altro che apodittica, trae origine dalla valutazione della natura delle regole che disciplinano i rapporti di natura familiare, in quanto, pur riconoscendo la sussistenza di una disciplina giuridica atta a regolare, in particolare, la dote, non può tralasciarsi l'evidenza di un forte, se non maggiore ruolo, affidato alla morale, al costume ed alla religione⁶.

familiari sarebbero rilevanti solo sul piano etico, morale e sociale.

⁵ Per una bibliografia essenziale sul matrimonio romano vd. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002; *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2006; P. BONFANTE, *Corso*, cit., 253 ss.; M.J. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1979-1980; M. LAURIA, *Matrimonio – dote*, Roma, 1936; R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, in *BIDR*, LV-LVI, 1952, 185 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990; S. TREGGIARI, *Roman marriage, 'Iusti coniuges' from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1991; E. VOLTERRA, voce *Matrimonio in diritto romano*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 726-804; *'Iniustum matrimonium'*, in *Scritti giuridici 'Antiqua'* 59, III, Napoli, 1991, 177-206.

⁶ Il matrimonio e la dote trovano origine nella società e, solo in un momento successivo, diventano oggetto

Posto che la materia dotale si connota per il particolare rilievo attribuito alla prassi sociale, nel prosieguo si farà, più volte, riferimento ad alcune fonti non giuridiche pervenuteci, per avere un'idea, seppur parziale, dell'atteggiamento dei Romani al cospetto di problematiche inerenti ai rapporti patrimoniali fra i coniugi e, più in particolare, all'istituto dotale.

Per quanto attiene all'obbligo di dotare, si ricorda, sinteticamente, che in epoca postclassica-giustiniana come attestato dal Digesto⁷ e, più in generale, dall'inclinazione

di disciplina giuridica, la quale il più delle volte si limita a recepire norme di carattere etico, morale, religioso. Per questo, tanti furono i tentativi di arginare l'involutione dei valori familiari che iniziò a tormentare Roma fin dal periodo della crisi della *res publica*. La dimostrazione di quanto fosse avvertito il problema è data non solo dall'intervento pubblico, teso per lo più a sanzionare comportamenti contrari ai valori previsti dai *mores maiorum*, ma anche dalla sensibilità di poeti e commediografi che finivano così per mescolare ispirazione artistica ed impegno sociale. Cfr. Horat. *Carm.* 3.6.1: *Delicta maiorum inmeritis lues, / Romane, donec templa refeceris / aedisque labentis deorum et / foeda nigro simulacra fumo. / / Fecunda culpa saecula nuptias / primum inquinavere et genus et domos: / hoc fonte derivata clades / in patriam populumque fluxit.....*

⁷ Cfr. Paul. 64 *ad ed.* D. 23.3.2: *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt.* Tale

formulario, entrambi diversi da quelli a noi noti e propri della *mancipatio* descritta in Gai. 1.119, dalla quale conseguiva non una vendita reciproca ma l'assunzione contestuale di ruoli giuridicamente rilevanti da parte del *vir* e della *uxor* che partecipano all'atto. Sulla ricostruzione della formula della *coemptio* cfr. S. RANDAZZO, *Leges mancipii*, *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 50, il quale ritiene che: «da peculiarità dei risultati da conseguire doveva far seguito alla pronuncia di *verba* particolari che, modificando il formulario della *mancipatio*, consentivano alle parti di acquisire quegli speciali effetti giuridici che queste si erano prefisse di ottenere ricorrendo all'atto negoziale». Vd. pure A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana: lezioni.*, Torino, 1994, 16 ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 65 ss. In ultimo, circa la possibilità respinta dalla dottrina maggioritaria di riscontrare nella formula della *coemptio* una traccia di una originaria vendita reale ed effettiva, mediante *mancipatio*, della figlia ad opera del padre, che in questo modo la dà in sposa, si vuol precisare la sostanziale differenza tra il concetto di vendita e il concetto di alleanza, cui si è fatto riferimento. Sulla *coemptio* come vendita vd. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 305 nt. 444: «Il fatto che ... le donne non siano state considerate *servarum loco*, quando fossero state mancipate con la *coemptio*, indica che la *coemptio*, forse, non fu mai vendita effettiva. Invece, la condizione di *servi loco* della persona in *mancipio* indica che, in origine, la *mancipatio* di questo tipo di persone fu una vendita vera e propria, e non un negozio simbolico come divenne più tardi».

mento alle modalità in cui la donna *usu in manum conveniebat* e, poi, con riferimento alla *coemptio* una nuova lettura dell'istituto. In particolare, la nuova ipotesi ricostruttiva trae spunto da una rilettura di Gai 1.113. Oggetto di attenta analisi è l'espressione *emit eum mulierem*, che secondo una prima ricostruzione lungamente accolta dalla dottrina andrebbe corretta in *emit is mulierem*, rendendo così la *coemptio* una *mancipatio* attraverso la quale il marito acquista la moglie. Altra ipotesi ricostruttiva propone, invece, dopo *libripende*, '*emit eum <mulier et is> mulierem cuius in manum convenit*', intendendo, così, la *coemptio* come un atto di acquisto reciproco, in cui intervenivano attivamente entrambi i coniugi. L'Autrice rivaluta la testimonianza di Boezio (Boeth. Cic. top. 3,14, *Tribus enim modis uxor habebatur: usu farreo coemptione. Sed confarreatio solis pontificibus conveniebat. Quae autem in manum per coemptionem convenerant, eae matresfamilias vocabantur: quae vero usu vel farreo minime. Coemptio vero certis sollemnitatibus peragebatur, et sese in coemendo invicem interrogabant: vir ita, an sibi mulier matresfamilias esse vellet? Ille respondebat velle. Item mulier interrogabat, an vir sibi paterfamilias esse vellet? Ille respondebat velle. Itaque mulier viri conveniebat in manum, et vocabantur hae nuptiae per coemptionem, et erat mulier, matresfamilias viro loco filiae. Quam sollemnitatem in suis Institutis Ulpianus exponit*), dalla quale si ottiene un contributo per una migliore conoscenza del rito della *coemptio*, così come descritto nelle istituzioni ulpianee e dal quale si apprende che tra le formalità dell'istituto vi erano anche delle reciproche interrogazioni effettuate dal *vir* e dalla *uxor*. Attraverso l'analisi delle fonti che spinge l'A. all'elaborazione di una ipotesi paleografica, si deduce che la *coemptio* aveva un suo schema formale e un suo

del diritto giustiniano verso il *favor dotis*, la natura di tale *officium* era, sicuramente, mutata trasformandosi in obbligo giuridico. Incerta l'esatta determinazione del recepimento normativo; tre⁸ sono le ipotesi prospettate: a) l'età augustea⁹, in particolare la *lex Iulia de maritandis*

frammento prova la rilevanza che la dote aveva per il diritto giustiniano.

⁸ Le teorie prospettate appaiono ugualmente verosimili, infatti, non possediamo notizie sufficienti per datare correttamente l'origine dell'obbligo; in particolare, le prime due tesi si basano su una diversa interpretazione del medesimo frammento: Marc. 16 *inst.* D. 23.2.19: *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonio collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.* Sul brano vd. C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote*, Catania, 1959, 47 ss.; R. ASTOLFI, *La 'lex Iulia et Papia'*, Padova, 1995, 152 ss. Sull'argomento: G. CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, pubblicato per la prima volta in *Filangieri*, 1-2, LVII, 1913, rielaborato in *BIDR*, XXVI, 1913, 164, e ora raccolto in *Scritti*, 129. G. BESELER, *Beiträge*, 3,14; 30; 202; 4, 127; *Studi Bonfante*, II, 69 n. 7; *Iuristische Miniaturen*, 1930, 124; *TR*, VIII, 1928, 322.

⁹Cfr. A. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, I, Erlangen, 1863-1864, 41; C. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Giessen, 1870, 172.

*ordinibus*¹⁰; b) l'età dei Severi¹¹ e precisamente una costituzione di Severo e Caracalla (Marc. 16 *inst.* D. 23.2.19); c) l'età giustiniana¹², nel presupposto che i frammenti in materia siano stati interpolati.

Il suddetto dibattito, invero, mai sopito, rileva solo in parte ai nostri fini; per i romani, infatti, almeno fino ad un certo momento storico, fu sufficiente la pressione della morale comune; l'introduzione di uno specifico obbligo giuridico si rese necessario, invece, a seguito del mutare del sentire sociale¹³.

¹⁰ La *lex Iulia de maritandis ordinibus*, che venne presto trasfusa nella *lex Iulia et Papia*, mirava a promuovere i matrimoni e la nascita di figli legittimi. Chi riconduce l'introduzione dell'obbligo alla *lex Iulia* ritiene che lo stesso fosse finalizzato al raggiungimento degli scopi della legge. Sulla *lex Iulia et Papia* vd. R. ASTOLFI, *La 'lex'*, cit.; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 400 ss.

¹¹ Cfr. F. MANCALEONI, *L'origine storica dell'obbligo di dotare in diritto romano*, in *Archivio giuridico 'F. Serafini'*, XLVII, 1891, cui si rinvia per la letteratura precedente.

¹² Cfr. G. CASTELLI, *Intorno all'origine*, cit.; P. BONFANTE, *Corso*, cit., 405; tale opinione è diventata comune successivamente agli studi del Castelli e del Beseler.

¹³ Sul tema vd. G. CASTELLI, *Intorno all'origine*, cit., 173: «finché la compagine della famiglia romana si tenne salda, il dovere di dotare la figlia, posto sotto la sanzione venerata del *mos*, fu profondamente sentito e

da altre considerazioni, volte all'individuazione di quelle che potrebbero essere le prove di una, ciclicamente, ipotizzata parità tra la condizione del marito e quella della moglie e il conseguente rifiuto di una descrizione in termini potestativi della *conventio in manum*. In particolare, il campo d'analisi prescelto da chi tende ad enfatizzare le peculiarità della condizione della donna romana, rifiutando che questa fosse considerata quale oggetto di scambio, è quello della disciplina della *conventio in manum* (sul tema è possibile consultare: E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in *RISG*, X, 1963; E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla 'conventio in manum'*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli 1991; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., e letteratura ivi citata, in più vd. *infra*) nella forma della *coemptio*. Posto che le tracce della sussistenza di un ruolo attivo della donna, in quelle che erano la formalità necessarie per la costituzione della *manus* attraverso *coemptio*, non sono necessariamente prova di una effettiva reciproca vendita posta in essere tra i coniugi, appare sicuramente più equilibrata la tesi di Albanese (*Note sulla 'coemptio'*, in *Iura*, LII, Napoli, 2001), il quale premettendo che allo stato delle nostre conoscenze è impossibile ricostruire la disciplina della *coemptio*, si sofferma su alcuni dati acquisiti (ad esempio il ruolo della donna ad un tempo soggetto ed oggetto della *coemptio*), escludendo che la stessa consistesse in reciproche mancipazioni. Sull'argomento cfr. I. PIRO, *Gai 1.113 ed il formulario della 'coemptio'*, in *Iuris Vincula – Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2001, 361-391. La dottrina specialistica ha per lungo tempo sostenuto che l'istituto avesse una chiara logica potestativa. L'autrice ha, invece, offerto, prima con riferi-

sume il ruolo di esca per ottimi matrimoni se cospicua, di grande iattura, invece, per i padri incapaci di offrirne una congrua alle proprie figlie. La dote, in altri termini, poteva compensare, riequilibrare l'assenza di una pari condizione sociale.

Come abbiamo già ricordato è possibile ravvisare nel matrimonio romano un valido strumento di alleanza tra famiglie³². Dal racconto di Dionigi di Alicarnasso³³ apprendiamo, infatti, che Romolo, per conciliarsi con i popoli che vivevano intorno a Roma, fece ricorso ai matrimoni, che secondo i *veteres* erano uno dei metodi più sicuri per stringere amicizia.

Attraverso il matrimonio si stringono alleanze o, comunque, si crea un legame tra due famiglie e la donna acquisisce la stessa *dignitas* del marito³⁴.

³² Cfr. A. MANZO, *Un'ipotesi*, cit., 309; cfr., inoltre, G. MAC CORMACK, 'Coemptio' and marriage by purchase, in *BIDR*, LXXXI, 1978, e letteratura ivi citata.

³³ Dion. 2.31.1; 6.1.2, in tal senso cfr. Plut. *Rom.* 29.5.6.

³⁴ Per ragioni di completezza appare opportuna una breve precisazione. Ciò che si è fin qui voluto sostenere, ovvero la visione della dote, o meglio della sua misura (o quantità), quale esito della valutazione della consistenza patrimoniale, nonché dello *status* sociale, di entrambi i coniugi, deve essere tenuto ben distinto

generalmente rispettato. Ma con l'allentarsi dei vincoli domestici e col deformarsi degli antichi concetti dell'*officium* e del *mos*, le cose mutarono di sana pianta, onde il legislatore finì per imporre come obbligo giuridico ciò che prima era abbastanza garantito dalla *pietas* paterna.» Anche R. D'ANCONA, *Il concetto della dote nel diritto romano*, 1889, 10 ss., analizza la connessione tra corruzione dei costumi e introduzione di nuovi obblighi giuridici in materia dotale; in particolare, l'A. ritiene che: «La norma giuridica sorge quando una condizione consuetudinaria di cose non è più rispettata dalla morale positiva, e viene violata; la norma o eleva a diritto il fatto che fu violato, o lo muta, o lo distrugge secondo che hanno forza, autorità, giustificazione i violatori» (p. 14). Inoltre, R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, Padova, 1964, 242, dice: «All'inizio, in Roma, il dovere di dotare, fortemente sentito dalla coscienza sociale, è sufficientemente garantito dal profondo senso della famiglia e dalla venerazione per i *mores*. Ma quando l'evolversi dei costumi rende insufficienti queste forze extragiuridiche, intervengono la giurisprudenza del principato e gli stessi imperatori a dare rilevanza giuridica a tale dovere. Giustiniano sottolinea il fondamento morale di questi interventi e li estende, trovandoli conformi alla propria formazione culturale e spirituale e alle sue direttive in materia di legislazione dotale». L'autore espone, poi, la propria ricostruzione dell'obbligo giuridico di dotare, concentrandosi sulla distinzione tra padre e *pater familias*. Nello stesso senso M. LAURIA, *Matrimonio-dote*, cit., 66; 130. Vd. anche P. COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, 1885, 109.

3. *Esegesi di D. 23.3.60.*

Il primo frammento che si è scelto di affrontare, ribaltando così l'ordine, in genere, scelto dalla letteratura precedente, al fine di affrontare il testo in maniera obiettiva, adottando un punto di vista scevro da eventuali pregiudizi, relativi alla validità di una disposizione che rinvii all'*arbitrium boni viri* e nello specifico di una costituzione indeterminata di dote, è il seguente:

Cels. 11 *dig.* D. 23.3.60: *Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti adultae mulieri <curator> tutor consensum accomodare debeat. Respondit: modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quo usque ratio patitur.*

In questo modo si segue l'ordine del Digesto e dei libri *Digestorum* di Celso, ma si sceglie anche un ordine di priorità logica. Il frammento, infatti, costituisce un *prius* logico rispetto a quanto affermato in D. 32.43. Ci si propone, primariamente, di valutare la classicità dei criteri di determinazione enunciati da Celso per, poi, stabilire se sia verosimile un riferimento agli stessi in sede di analisi del legato indeterminato di dote.

famiglie, ovvero la dote poteva assumere il ruolo di fattore di equilibrio³⁰.

Il matrimonio romano rappresenta, infatti, un rilevante strumento di alleanze³¹, nasconde innumerevoli interessi politici e patrimoniali, che si appalesano proprio nel momento della costituzione della dote, che per questa via as-

³⁰ Vd. A. ROMANO, *Matrimonio 'iustum'*, Napoli, 1996, 62 ss.; A. GUARINO, *Recensione ad A. SOELLNER, Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, 1969, in *Iura*, XX, 1969, 692.

³¹ Cfr. E. CANTARELLA, *Passato prossimo*, Milano, 1998, 111 ss., la quale definisce il matrimonio come accordo-alleanza. L'Autrice esclude che si possano applicare all'istituto concetti come 'coppia' 'amore'. Il matrimonio romano rappresenta l'estrinsecarsi di una relazione tra famiglie, è un accordo che suggella un'alleanza, motivata prevalentemente da ragioni di carattere economico. Spesso le fonti letterarie ci mostrano come il consenso al matrimonio fosse prestato per la presenza di una dote ingente, ma anche per un interesse sociale e politico. L'Autrice sottolinea tale aspetto ponendolo a fondamento della prassi della cessione dei ventri, il fine di organizzare una ordinata e razionale riproduzione dei gruppi familiari veniva perseguito attraverso la cessione delle mogli gravide. Infatti, la comunanza di figli, così costituita, garantiva i rapporti di alleanza e di amicizia tra le due famiglie e le alleanze familiari a loro volta rinsaldavano lo Stato. Tale argomentazione tra l'altro era stata usata da Ortensio nella vicenda che lo legò a Marzia e Catone (Plut. *Cato minor* 25).

Cic. *pro Cluent.* 35: *Nibil posse iam ad hanc improbitatem addi videtur: attendite exitum. Quae mulier obtestatione viri decem illis mensibus ne domum quidem ullam nisi socrus suae nosse debuit, haec quinto mense post viri mortem ipsi Oppianico nupsit. Quae nuptiae non diuturnae fuerunt. Erant enim non matrimonii dignitate, sed sceleris societate coniunctae.*

Peraltro, che il termine *dignitas* debba essere riferito alla posizione sociale della famiglia di appartenenza, oltre ad apparire chiaro dal frammento in analisi e dagli altri che si citeranno, può desumersi anche dall'uso che di esso si fa in alcune opere non giuridiche²⁹.

Il ricorso al criterio della *dignitas* appare verosimile anche in considerazione della funzione di scambio attribuita in epoca romana al matrimonio, invero, la presenza di una congrua dote finiva per agevolare le unioni tra

²⁹ Cfr. Ap. *Met.*, 3.15: *Sed melius de te doctrinaque tua praesumo, qui praeter generosa natalium dignitatem.* In altri casi il termine è riferito non tanto al contesto familiare quanto alle caratteristiche del soggetto, Ap. *Met.* 9.26: *iamque perdita nuptae dignitate prostitutae sibi nomen adsciverit*; Plin. *ep.* II. 4: *Sunt quidem omnino nobis modicae facultates, dignitas sumptuosa*; Ap. *De magia* 75.1: *et omnia insignia dignitatis abicit.*

Ad una prima lettura, si rileva, immediatamente, che il frammento, nella versione giustiniana, utilizza il lemma *curator*. Pacificamente¹⁴, si ritiene che si tratti di una sostit-

¹⁴ Cfr. E. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri' del debitore*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 292 s.; *Promessa generica e legato generico di dote*, in *Mélanges Cornil*, I, 1926, ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, 345 s.; R. ASTOLFI, *Studi*, cit., 266. Cfr. *Vat. Fragm.* 110: *Paulus respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore.* Vd. pure G. CERVENCA, *Osservazioni sul 'curator' della donna minore di venticinque anni*, in *Iura*, XL, 1989, 24-40, circa la sostituzione di *tutor* con *curator* da parte dei Compilatori, nonché con riferimento all'origine classica del *curator ad dotem* della donna minore, l'A. (34 ss.) ritiene che «un indizio in favore dell'origine classica del *curator ad dotem* della donna minore lo si può ricavare indirettamente da un noto testo di Paolo, tratto dai *Vaticana Fragmenta* 110 ... appare quanto meno eccessiva la tesi secondo la quale in tutti i testi della Compilazione in cui è nominato un curatore a proposito di una costituzione di dote la menzione del curatore sarebbe stata sostituita a quella del tutore»; sul *curator ad dotem* vd. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 526 nt. 495; secondo P. ZANNINI, *Studi sulla 'tutela mulierum'*, I, Torino 1976, l'*auctoritas tutoris* era, invece, richiesta in ogni ipotesi di costituzione di dote, in qualunque modo venisse fatta, e qualunque ne fosse l'oggetto. A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *'Dotis dictio'*, Bologna, 1975, 98, con riferimento a *Tit. Ulp.* 11.20;

tuzione operata dai compilatori dei *Digesta* al fine di adeguare¹⁵ la testimonianza celsina al

Gai 1.178; *Vat. Fragm.* 110, dice: «Textos estos de Ulpiano, Gayo y Paulo, que habiendo llegado hasta nosotros al margen de la compilación justiniana, no es probable que hayan sufrido manipulaciones, y en los que se afirma la necesidad de dar un tutor y no curator a la mujer que debe constituirse una dote, ya sea a través de una datio, mediante una promissio, o bien a través de una dictio, y cuyo tutor habitual esté imposibilitado por razones de edad, ausencia, o enfermedad». Su *Vat. Fragm.* 110 vd. anche S. SOLAZZI, *Le nozze della minorene*, in *Scritti di diritto romano*, II, 162, il frammento sarebbe l'eco di un contrasto «probabilmente alimentato dalle consuetudini giuridiche provinciali, fra il tutore del sesso, un istituto in decadenza, e il curatore della minorene, un istituto in piena evoluzione progressiva ... Il curatore tende già a sostituire il tutore, aggiungendo alle sue funzioni di amministratore quelle anticamente riservate al tutore. E più tardi il curatore ha vinto: donde il problema se il diritto di consentire alle nozze della minorene, che non compete invece al tutore del diritto greco, sia sorto primieramente nel curatore dell'epoca romano-ellenica o sia stato da lui raccolto insieme con l'eredità trasferitagli dal tutore».

¹⁵ Viene generalmente riconosciuto come frutto di un'interpolazione anche il termine *adultae*, cfr. S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, in *BIDR*, XXV, 103; vi è anche chi sostituisce *auctoritas* a *consensum*, cfr. E. ALBERTARIO, *Promessa*, cit., 345 s.; *L'arbitrium*, cit., 292 s.; S. SOLAZZI, *Le azioni del pupil-*

Una testimonianza di quest'ultimo tipo di impiego, nonché della classicità del ricorso al termine *dignitas* con riferimento al matrimonio si trova in Cicerone:

in sposa senza dote. Un'unione senza dote, infatti, era percepita nel sentire comune come concubinato. Cfr. Plaut. *Trin.* 688-691: *Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves sed ut inops infamis ne sim, me mihi hanc famam differant me germanam sororem in concubinatum tibi sic sine dote dedisse, magis quam in matrimonium*. Sempre sulla rilevanza sociale della dote. Cfr. Val. Max. 4.4.10, *Itaque, cum secundo Punico bello Cn. Scipio ex Hispania sanatus scripsisset petens ut sibi successor mitteretur, quia filiam virginem adultae iam aetatis haberet, neque ei sine se dos expediri posset, senatus, ne res publica bono duce careret, patris sibi partes desumpsit consilioque uxoris ac propinquorum Scipionis constituta dote summam eius ex erario erogavit ac puellam nuptum dedit*. L'episodio dimostra quanto fosse avvertito tale *officium* paterno. Cneo Scipione chiese, infatti, di poter rientrare in patria per costituire la dote alla figlia, il Senato, al fine di non pregiudicare il buon andamento delle operazioni belliche, decise di dare alla donna una dote a spese pubbliche. Interessante sottolineare che il senato costituì la dote con il parere della moglie e dei parenti. L'antichità della rilevanza sociale della dote è attestata anche da Dionigi (2.10.2) che attribuisce a Romolo una legge secondo la quale i clienti avrebbero dovuto contribuire alla formazione della dote delle figlie dei patroni nel caso che questi non avessero avuto sufficienti ricchezze.

3.1 ‘*Dignitas*’.

Per quanto attiene alla *dignitas*, occorre porre in rilievo un dato particolarmente interessante. Già ad una prima lettura dei lessici latini emerge in tutta evidenza come il ricorso al termine sia il più delle volte associato alla descrizione di qualità maschili²⁷.

L’uso del lemma con riferimento all’universo femminile è, invece, sempre riconducibile alle particolari qualità derivate alla donna dall’inserimento in un determinato contesto familiare²⁸.

²⁷ Cfr. *Reth. Her.* 3.12.22, *ad muliebre[m] potius vociferationem quam ad virile[m] dignitatem in dicendo*; *Cic. de off.* 1.130, *Cum autem pulchritudinis duo genera sint, quorum in altero venustas sit, in altero dignitas, venustatem muliebre[m] ducere debemus, dignitatem virile[m]*.

²⁸ Cfr. *Vat. Fragm.* 104 *Paulus respondit dignitatem mulierum ex honore matrimonii et augere et minui solere*. Celebre, poi, la formula rituale *Ubi tu Gaius ego Gaia*. La formula, a noi nota grazie al racconto di Plutarco (*Quaest. Rom.* 30), veniva recitata dalla *uxor* durante il rito della *deductio in domum*, per indicare l’assunzione da parte della moglie della dignità familiare del marito. La dote, che nasce come istituto sociale, era utile a verificare la sussistenza del matrimonio e l’assunzione da parte della donna della *dignitas* maritale, costituire un’adeguata dote per le donne della propria famiglia era sì un dovere morale, ma particolarmente sentito, era segno di estrema miseria che una donna andasse

mutato assetto giuridico, ovvero all’involuzione della tutela del sesso ed alla assimilazione della condizione femminile a quella maschile (cura dei minori dei venticinque anni). Dunque, è lecito ritenere che originariamente si analizzasse l’ufficio del tutore¹⁶, quindi, la consistenza del suo dovere, individuando dei parametri atti a quantificare il giusto ammontare della dote.

A tal proposito, è bene ricordare che la tutela¹⁷ del sesso, nel corso dei secoli, ha subito

lo e contro il pupillo, in *BIDR*, XXIII, 126 nt. 1; 25, 103; F.P. BREMER, *Jurispr. antebadr.*, II, 2, 499.

¹⁶ Tale libro doveva essere, intuitivamente, destinato all’analisi dell’istituto tutelare visto il tenore e l’argomento trattato dagli altri frammenti presenti nel Digesto anch’essi ricondotti al l.11 *dig.* (D. 16.3.22; 23.3.60; 26.1.3.4; 26.5.11; 26.5.12.1), tale considerazione è condivisa da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Roma, 2000, col. 142, che raccoglie i frammenti sotto la rubrica *de tutelis*.

¹⁷ Sulla tutela: B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 431 s.; B. BIONDI, *Aspetti morali della tutela*, in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951; G. MELILLO, *Le istituzioni di Giustiniano e la storia della tutela*, in *‘Iuris Vincula’*, V, Napoli, 2001, 351 ss; P. ZANNINI, *Studi*, cit.; G. CERVENCA, *Osservazioni sul ‘curator’ della donna minore di venticinque anni*, in *Iura*, XI, 1989; S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1912; P. BONFANTE, *Corso*, cit., 551 ss.; A. WATSON, *The law of persons in the later roman republic*, Oxford, 1967, 149 ss.

una completa involuzione¹⁸, fino alla totale dissoluzione. L'istituto nasce come un potere,

¹⁸ Il processo di involuzione cui si faceva cenno ebbe inizio nel 210 a.C. con la *lex Atilia* che introdusse il tutore dativo, proprio a questo momento può ricondursi la nuova funzione assunta dall'istituto, ovvero il passaggio dalla funzione potestativa alla funzione assistenziale. Cfr. B. BIONDI, *Aspetti*, cit., 53: «A misura che questi arcaici concetti tramontano, la tutela è organizzata nell'interesse della persona che vi è soggetta, come dimostra, tra l'altro, la introduzione della tutela dativa e la progressiva decadenza della tutela muliebre ... ». Intervenne, poi, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, che conferì a determinate condizioni il *ius liberorum* e di conseguenza la liberazione dalla tutela (Gai 1.145; 1.194). Efficacia sostanziale e rigore si conservò solo per i *legitimi tutores*, in epoca storica questi sono i veri e genuini rappresentanti dell'antico istituto, ma come attesta sempre Gaio (Gai 1.171), la tutela legittima ridotta ai soli agnati fu abolita dall'imperatore Claudio (La *lex Claudia*, 44-49 d.C., abolì la tutela legittima dell'*agnatus proximus*, cfr. Gai 1.157). Cicerone (Cic. *pro Mur.* 12.27: *Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur.....*), poi, commentando l'attività dei giureconsulti, lamenta la presenza di nuove categorie di tutori soggetti alla volontà della donna più di quello che essa sia soggetta alla loro autorità. Ma con l'abolizione della tutela agnatizia non v'è altro tutore legittimo all'infuori del patrone o del *parens manumissor*. Ogni altro tutore,

Il giurista all'esito delle proprie considerazioni individua due criteri di riferimento: la *dignitas* e la *facultas*. Ciò detto, diventa indispensabile, ai nostri fini, ricostruire il significato dei termini *dignitas* e *facultas* per comprendere in quali altri luoghi dei *Digesta* ricorra l'uso di tali lemmi e verificare, inoltre, se gli stessi vengano adoperati nella medesima accezione al di fuori della compilazione giustiniana. Cercherò, quindi, di comprendere quale sia stato il campo indagato dal giurista per trarre i suddetti termini di riferimento.

ro *auctoritas* per la costituzione della dote»; inoltre, 263 «A differenza del *pater familias*, i tutori non possono giustificare il rifiuto, adducendo il motivo che le nozze non sono convenienti alla donna: manca, infatti, nel testo la limitazione *iniuria* che invece compare in D. 23.2.19. Inoltre, se il magistrato costringe i tutori a prestare l'*auctoritas*, non potranno eluderne praticamente l'intervento, assegnando alla donna una dote, che secondo le convenienze sociali risulti insufficiente. Saranno cioè costretti a usare, nella determinazione della quantità, gli stessi criteri che avrebbero usato, se avessero deciso spontaneamente di prestar l'*auctoritas*. Ciò significa, anche, che come non possono scendere sotto il minimo, così non possono oltrepassare il massimo che la consuetudine stabilisce, tenendo conto del patrimonio e della posizione sociale dei due coniugi».

indispensabile la sua *auctoritas*. Può ipotizzarsi che il giurista si domandasse quando il rifiuto del tutore a prestare il proprio consenso fosse ‘legittimo’ e non potesse, quindi essere forzato dal pretore²⁶.

1971, 581: «Com'è noto, nel periodo classico, il *paterfamilias* era tenuto moralmente o socialmente a dotare le figlie. Dal canto loro i tutori sostituivano, per quanto era possibile, il *paterfamilias* anche in tutto ciò che concerneva l'educazione, la sistemazione, in una parola, l'avvenire dei figli» e ivi nt. 14-15. Cfr. Paul. 38 *ad ed. D.* 26.7.12.3: *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, inprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi alter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servenda arbitrio pupilli est.* Cfr. A. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, cit., II, 64; E. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore, nella determinazione della prestazione*, in PUC, 1924, 9: «Il costume sociale, come faceva obbligo al padre di costituire una dote alla figliuola che andava sposa, così gli faceva obbligo di costituirgliela in relazione al suo patrimonio e alla posizione sociale dello sposo».

²⁶ Sul tema cfr. R. ASTOLFI, *Studi*, cit., 262, secondo l'A. «Analogamente la costrizione, che può subire il *paterfamilias* a dotare la donna *in potestate*, trova il suo corrispondente nella costrizione, cui possono essere sottoposti i tutori della donna *sui iuris* a prestare la lo-

un diritto dell'investito, non, quindi, una funzione esercitata nell'interesse della persona protetta, ma una *potestas* non dissimile a quella del *paterfamilias*. La tutela muliebre, almeno in un primo periodo, si distingue dalla tutela *impuberum*, invero, per un carattere spiccatamente potestativo ed egoistico¹⁹; non possono ravvisarsi, infatti, profili altruistici nella

quando si fosse rifiutato, avrebbe potuto essere costretto dal magistrato ad interporre l'*auctoritas*, sicché l'intervento del tutore rappresentava un puro cerimoniale compiuto *dicis causa* (Gai 1.190, *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*).

¹⁹ Cfr. Paul. 38 *ad ed. D.* 26.1.1 pr.: *tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac promissa*. Il frammento, presumibilmente, nella versione genuina doveva fare riferimento anche alla tutela muliebre, in questo senso: P. BONFANTE, *Corso*, cit., 553 e nt. 1; per una completa citazione della letteratura conforme cfr. F. BRIGUGLIO, *Servio Sulpicio e la definizione di tutela*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano, 2009, 164 nt. 3 e 178 nt. 43.

volontà di un gruppo di impedire la dispersione del patrimonio familiare²⁰.

Nel diritto romano classico, in particolare, la funzione essenziale del tutore può identificarsi nell'*auctoritas*, ovvero nell'integrazione della volontà della donna con il proprio intervento all'atto²¹.

La donna *sui iuris*, pur amministrando da sé il proprio patrimonio, non poteva, senza l'*auctoritas* del tutore compiere alcuni atti²² tra cui la costituzione di dote²³. Il tutore legittimo

²⁰ Gaio evidenzia proprio tale caratteristica, 1.192 *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuorum hereditates pertinent, neque per testamentum excludandur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.* Cfr. R. ASTOLFI, *Studi*, I, cit., 264.

²¹ In origine, quindi, la tutela poteva essere considerata come un surrogato della *patria potestas*, cfr. A. MANZO, *Un'ipotesi sull'origine della dote*, in *Index*, XCVII, 318.

²² Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 560.

²³ Ulp., *Frag.* 11.27; Cic. *pro Caecina* 25.73: *Iste vester testis qui ausus est dicere fecisse videri eum de quo ne cuius rei argueretur quidem scire potuit, is ipse numquam auderet iudi-*

non poteva essere forzato dal pretore ad interporre la sua *auctoritas* se non per gravi motivi²⁴.

Ciò premesso, possiamo immaginare che Celso approfondendo le tematiche relative alla tutela si sia preoccupato di ricostruire il contenuto dei doveri attribuiti al tutore, anche con riferimento a quegli atti come la costituzione di dote²⁵, per cui era assolutamente

care deberi viro dotem quam mulier nullo auctore dixisset. Cfr. A. WATSON, *The law of persons*, cit., 149.

²⁴ I descritti caratteri si conservarono nella tutela legittima e patronale, vd. Cic. *Ad. Att.* 1.5.6; *Pro Fl.*, 34.84; Gai 1.192; inoltre, Gaio ci informa che le *res Mancipi* alienate senza l'*auctoritas* degli agnati non erano *res habiles* per l'usucapione quindi non potevano essere usucapite né dal primo acquirente né da un terzo cui fossero pervenute (come per le *res furtivae* o *vi possessae*, le *res sacrae* o *religiosae*). Gai 2.47-49, *Res mulieris quoque, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: et ita lege XII tabularum cautum est. Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est. Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessorum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quique per vim possidet, usucapere possit – nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet - ; sed nec ullus alius quamquam ab eo bona fide emerit usucapiendi ius habeat.*

²⁵ Cfr. F. GALLO, *Nuovi spunti nell'interpretazione di C. 5.11.1*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, IV, Milano,

prodotto dell'equità pretoria, troverebbe la sua unica ragione giustificatrice nell'*adfinitas*, ovvero nel vincolo che, successivamente alla conclusione del matrimonio, legava gli ascendenti paterni e materni della moglie nonché la moglie stessa al marito⁸⁶.

In altri termini, il pretore avrebbe ritenuto di fornire un rimedio a tutela del *promissor dotis*, teso a mitigare gli effetti scaturenti dalla *stipulatio*, infatti, secondo il *ius civile*, il costituente avrebbe dovuto essere condannato a quanto promesso. La condanna avrebbe potuto avere conseguenze infamanti, per evitare le quali, caso per caso, il pretore poteva decidere, *manente matrimonio*, di limitare la condanna all'*id quod facere potest*.

et Proculus scribunt hoc iustum esse. Paul. 6 ad Plaut. D. 42.1.21: Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur. an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest dammandus sit? quod et id aequum esse videtur: sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit. Con riferimento alla mulier: Paul. 7 ad Sab. D. 24.3.17.1: Item si mulier ex promissione dotis conveniatur, magis placuit defendendam eam per exceptionem: idem et Proculus ait: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata.

⁸⁶ A. GUARINO, *Il 'beneficium competentiae'*, cit., 28, «l'*adfinitas* non fu uno dei motivi che spinsero alla concessione del nostro beneficio, bensì il motivo fondamentale, unico, determinante di esso».

mostrare come l'assegnazione di tale ruolo alla dote, nascondesse un motivo antropologico⁴³,

terpretato dal notaio, riduce a regole formali le strategie complesse e sottili di cui si servono le famiglie, uniche competenti in queste materie ... ».

⁴³ Bourdieu si è occupato di sociologia familiare ed ha studiato la società cabila algerina e la società contadina del Béarn. Dalla lettura dell'analisi, effettuata dallo studioso, di una società semplice per molti versi simile a quella romana, emergono molti dati che portano a ritenere che i fattori individuati da Celso, lungi dall'essere espressione del *favor dotis* tipico della legislazione giustiniana siano piuttosto espressione di una tendenza per così dire umana, evidentemente fagocitata dal diritto, che si limita in questo caso a recepire un fattore sociale. Il capitale simbolico e sociale caratterizza anche le strategie matrimoniali della società algerina studiata dall'autore, *Il senso*, cit., 229: «poiché le strategie matrimoniali mirano sempre, almeno nelle famiglie più agiate, a fare un 'buon matrimonio', e non solo un matrimonio, cioè a massimizzare i profitti economici e simbolici associati all'instaurazione di una nuova relazione, esse sono determinate in ogni caso dal valore del patrimonio materiale e simbolico che può essere impegnato nella transazione, e dal modo di trasmissione, che definisce i sistemi d'interessi dei pretendenti alla proprietà del patrimonio assegnando loro diritti diversi su di esso secondo il sesso e il rango di nascita. In breve, il modo di successione specifica in funzione del sesso e del rango di nascita, le possibilità matrimoniali genericamente legate ai discendenti di una stessa famiglia in funzione della sua posizione sociale, individuata prin-

prima di assumere forma giuridica, nonché la

cialmente, ma non esclusivamente, con il valore economico del suo patrimonio». Interessante, poi, la seguente notazione: «una ‘piccola casa’ può dissanguarsi per sposare una delle sue figlie a un ‘grande primogenito’, mentre il primogenito di una ‘grande casa’ può respingere un partito più vantaggioso dal punto di vista economico per sposarsi secondo il proprio rango». Tale affermazione ricorda il rapporto di proporzionalità inversa, sussistente tra consistenza economica e posizione sociale di cui si parlerà oltre. Infine, l’autore descrive le conseguenze che si profilano per un ragazzo che si sposi ‘dal basso in alto’: egli sarà soggetto all’autorità della moglie e si esporrà ad un serio pericolo, la restituzione della dote in caso di scioglimento del matrimonio, queste considerazioni ricordano moltissimo i moniti di Plauto (cui davano voce i suoi personaggi) e di Catone, vd. oltre. Bourdieu si esprime così, *Il senso*, cit., 241: «Infatti, il matrimonio ‘dal basso in alto’ minaccia la preminenza che il gruppo riconosce ai membri maschi, tanto nella vita sociale che nel lavoro e negli affari domestici», inoltre, 242: «la società di Béarn suggerisce che la sociologia della famiglia, così spesso abbandonata ai buoni sentimenti, potrebbe essere solo un caso particolare della sociologia politica: la posizione dei congiunti nei rapporti di forza domestici e le loro possibilità di successo nella concorrenza per l’autorità familiare, cioè per il monopolio dell’esercizio legittimo del potere negli affari domestici, non sono mai indipendenti dal capitale materiale e simbolico (la cui natura può variare secondo le epoche e le società) che detengono o che hanno portato».

il marito che pretendeva l’adempimento della *promissio*, infatti, gli spettava il beneficio della *condemnatio in id quod facere potest*. In particolare, l’ordine di condanna conteneva una *taxatio* avente lo scopo di limitare la sentenza alle possibilità economiche del debitore⁸⁴.

Sembra coerente con la lettura da noi proposta quanto ipotizzato da Guarino circa la disciplina del *beneficium competentiae*⁸⁵. L’istituto,

ficium competentiae’, in *Studi in onore di Andrea Arena*, III, Padova, 1981; J. GILDEMEISTER, *Das ‘beneficium competentiae’ im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986 (recensito da Marrone, *Iura*, XXXVII, 1986); A. WACKE, *Zur Einrede des Notbedarfs (‘ne egeat’) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, IV, Milano, 2010, 447-479; il quale ipotizza l’interpolazione di Paul. 6 *ad Plaut.* D. 50.17.173 pr.

⁸⁴ Sul tema G. LONGO, *Diritto romano, diritto di famiglia*, Roma, 1953, 209 ss.; D. CAMICI, *Del regime patrimoniale nel matrimonio romano*, Firenze, 1882, 80 ss.; M. LAURIA, *Matrimonio-dote*, cit., 163.

⁸⁵ Rilevano ai nostri fini i frammenti che attestano la concessione del beneficio al *socer* ed alla *mulier*. Pomp. 21 *ad Q. Muc.* D. 42.1.22 pr.: *Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condmnetur, quam quantum facere potest*. Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.3.17 pr.: *Ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranorum*

tur⁸¹). Il fondamento della soluzione risiede nella considerazione di ciò che è più razionale e logico nella situazione determinata⁸².

Per questa ragione il curatore (*rectius* tutore) non potrà sicuramente oltrepassare il limite massimo dato dal patrimonio della donna. Nella cura degli interessi patrimoniali del gruppo agnatizio, prima, e della donna, poi, dovrà tener conto anche di altre variabili quali la *dignitas* del futuro sposo, in caso contrario il ruolo del tutore verrebbe svuotato di ogni contenuto. Questo riferimento alla capacità patrimoniale del padre (o della sposa) appare, peraltro, coerente con il beneficio accordato al *promissor dotis*. Infatti, il costituente la dote godeva del c.d. *beneficium competentiae*⁸³; contro

⁸¹ Cfr. P. CERAMI, *La concezione*, cit., 60 ss. L'A. ritiene che con il termine *ratio* Celso faccia riferimento alla rispondenza di ogni soluzione: «al principio dell'equilibrio fra gli opposti interessi e, più in generale dell'equilibrio fra utilità dei singoli e l'utilità comune».

⁸² Secondo M.D. PARRA MARTÍN, *La argumentación*, cit., 156: «El fundamento de la solución se encuentra en la consideración de lo que es más racional y lógico ante la situación determinada».

⁸³ Sul tema A. GUARINO, *Il 'beneficium competentiae' del 'promissor dotis', contributo storico-domatico alla teoria del così detto 'beneficium competentiae'*, in *RISG*, XVII, 1939; *La condanna nei limiti del possibile*, 1975, 2° ed. Napoli 1978; M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. 'bene-*

coerenza del riferimento alla *dignitas* nella quantificazione della misura della dote, appare particolarmente rilevante la produzione plautina⁴⁴.

⁴⁴ Prima di analizzare nello specifico i brani che ci interessano, è necessario, però, superare i problemi interpretativi che attengono alla affidabilità giuridica delle informazioni che ci offre Plauto, rinviando per una più attenta analisi a ricerche (ad. es.: U.E. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano, 1962) che hanno affrontato il tema nello specifico, sarà sufficiente evidenziare che: a) in primo luogo, è ormai accertato che Plauto, pur traendo la trama delle sue commedie da opere greche, adattasse le stesse alla società romana. Infatti, per raggiungere l'obiettivo di ogni commedia ovvero provocare l'ilarità degli spettatori (*risum movere*) è necessaria l'immediatezza del messaggio che può essere raggiunta solo grazie alla ricostruzione di situazioni familiari, dunque, deve ritenersi che la produzione plautina non sia un mero plagio, in quanto è pur sempre ravvisabile una innovazione dell'autore, seppure rivolta, esclusivamente, all'adeguamento del contesto. Quanto detto corrisponde all'opinione che i contemporanei ebbero di Plauto, le sue capacità comiche erano indiscusse, tanto da consentire la dedica di un epitaffio così formulato: *Postquam est mortem aptus Plautus, Comoedia luget, Scaena est deserta, dein Risus, Ludus Iocusque et Numeri innumeri simul omnes conlacrimarunt* (l'epitaffio ci è giunto attraverso Gellio, *Noctes Atticae* 1.24.3; Varrone attribuì l'epitaffio allo stesso Plauto, ma per opinione comune esso deve essere ascritto all'opera di altri); b) in secondo luogo, nel ca-

Infatti, più di una volta, Plauto, imbastendo le sue commedie manifesta attraverso i suoi personaggi le preoccupazioni che la dote procurava alla gente comune, ovvero testimonia l'importanza che la dote rivestiva a cavallo tra il III ed il II sec. a.C., periodo in cui, peraltro, non è ancora ravvisabile alcun tipo di obbligo giuridico di dotare e, ciononostante, avvertito come tale dai romani, tanto da considerare impossibile o quanto meno disdicevole un matrimonio senza dote.

In particolare, è possibile ricavare interessanti notizie, in merito alla questione che ci occupa, da alcune famose commedie annove-

so di specie, gli spunti offerti da Plauto non attengono ad istituti a noi sconosciuti, ma al contrario si innestano in un contesto già sufficientemente delineato da fonti giuridiche ed hanno il solo scopo di precisare le informazioni in nostro possesso, consentendoci di comprendere al meglio le istanze del vivere sociale che tanto influirono sull'istituzione matrimoniale. Non può tacersi l'opinione di chi considera Plauto mero traduttore di commedie greche, supportando la propria teoria attraverso dati testuali tra cui il riferimento, individuato nel corpo dell'*Aulularia*, ad una istituzione tipicamente greca come il protettore dei costumi delle donne, *gunaikonomos* (*Aul.* 503-504). Tale figura è assente nella società romana che affiderà il giudizio sulla morale femminile al *iudicium domesticum* prima ed al *iudicium de moribus* poi.

questo privo di razionalità (*quousque ratio pati-*

rimoniali, per questo un accordo che preveda la conversione dei frutti in dote è invalido. Per volontà delle parti non si può porre l'*iniquum* al posto dell'*aequum*; il nesso dote-oneri deve essere sempre presente nelle intenzioni dei contraenti indipendentemente dall'accertamento concreto che, durante il matrimonio, il marito di fatto disponga della dote e dei suoi proventi. Per far sì che non si disperda la *causa dotis* non potrà essere pregiudicata la condizione della donna, ma ove questa sia migliorata dovrà comunque raggiungersi un equilibrio tra le condizioni dei coniugi.

⁸⁰ Sul concetto di *aequitas* vd. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 396: «il senso di *aequitas* nella lingua latina e negli usi veramente romani non è, come comunemente viene inteso, ..., quello della nostra equità e della *Billigkeit* tedesca, ma semplicemente quello della giustizia, e ciò posto, l'argomento piuttosto evanescente, svanisce del tutto». Da ultimo, '*Aequitas*' *giornate in memoria di Paolo Silli*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006. Cfr. L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, Corso di lezioni*, Torino, 1989, 139: «Possiamo constatare che anche in questo periodo (classico) l'*aequitas* opera come criterio interno all'*interpretatio*, nel senso che non rappresenta un fattore di eterointegrazione dell'ordinamento giuridico ma si esplica come criterio ispiratore delle soluzioni giurisprudenziali, interno al diritto, nel momento in cui i giuristi individuano la necessità di superare la lettera delle disposizioni normative vigenti per affermare soluzioni che siano maggiormente conformi alla natura dei fatti, quale risulta dalla valutazione sociale e giuridica di quel momento».

*redduntur. 2. Si usus fructus in dotem datus sit, videamus, urum fructus reddendi sunt nec ne. Et Celsus libro decimo digestorum ait interesse, quid acti sit, et nisi appareat aliud actum, putare se ius ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur, dove si afferma che la destinazione dei frutti dotali è quella di sostegno agli oneri del matrimonio. Secondo l'*aequitas* i frutti della dote spettano al marito. L'interrogativo cui deve rispondere Ulpiano è il seguente: è valido un patto con il quale le parti convenivano che i frutti vengano convertiti in dote? Il giurista, così come era già stato affermato da Marcello (libro *octavo digestorum*) afferma seccamente che il patto è invalido. Non è concesso convertire i frutti in dote perché la donna sarebbe come indotata. Ulpiano non si limita ad una lapidaria enunciazione di un principio, precisa, infatti, che devono essere operati dei distinguo, ciò che rileva anche qui è che vi sia la volontà dei contraenti di costituire una dote. Quindi, un accordo di questo tipo sarà nullo se si è costituito in dote un fondo, sarà, invece, corrispondente alla *causa dotis* se oggetto della dote sono i frutti di questo. Il marito potrà, infatti, provvedere alle spese familiari con gli interessi maturati sui frutti capitalizzati. Validò è pure il patto che preveda la conversione dei frutti in dote quando la donna si sia impegnata a provvedere al proprio mantenimento (sul punto vedi anche Imp. Antoninus A. Theodotae C. 5.14.2, a. 213: *Fructus praediorum in dotem datorum, si secundum pactum sumptibus tuis tuorumque servierunt, repeti non posse, ambigere non debes*. Ed in relazione allo stesso, F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 925 ss.). La dote non solo deve essere costituita ma deve anche essere idonea al raggiungimento del suo scopo principale, il sostegno degli oneri ma-*

rate tra le cosiddette *fabulae Varronianae*⁴⁵: l'*Aulularia*, l'*Asinaria*, il *Miles Gloriosus* e il *Trinummus*.

Da una attenta analisi dell'*Aulularia* è possibile trarre molteplici spunti utili ad una più profonda comprensione della materia *de qua*.

Già nell'*argumentum* acrostico⁴⁶, che precede il prologo, sintesi della trama della commedia, viene dato adeguato rilievo agli elementi fondamentali della narrazione. Tra essi oltre all'elemento che dà il nome alla commedia, ovvero la pentola d'oro, ritrovata dall'avarò Euclione, vengono poste in luce quelle vicende che angosciano il protagonista in quanto padre. Proprio attraverso le preoccupazioni di Euclione percepiamo l'importanza dell'istituto dotale, nonché della stessa quantità della

⁴⁵ Gli antichi attribuirono a Plauto molte commedie (erano centotrenta, tra originali, falsi ed imitazioni). Varrone cercò di individuare le commedie realmente riconducibili a Plauto, ne riconobbe ventuno che per giudizio unanime furono considerate autentiche. Il canone varroniano è il risultato di questa classificazione. Le commedie ritenute autentiche furono raccolte in un *corpus* sotto l'imperatore Adriano, prendendo il nome di *fabulae Varronianae*. Sull'argomento *Le commedie di Tito Maccio Plauto*, a cura di G. Augello, Torino, 1995, 9 ss.

⁴⁶ L'autore degli *argumenta* acrostici presenti in alcune commedie Plautine è un grammatico del I sec.d.C.

dote. Infatti, il protagonista, il cui più grande vizio è l'avarizia, si lamenta della sua miseria e dell'impossibilità di dotare la propria figlia in età da marito che, quindi, non sa come collocare; in tal senso appare interessante il sintagma utilizzato: *dote cassam atque inlocabilem*⁴⁷.

Il dato incontestabile che si evince dalla narrazione è l'imprescindibilità della dote nel sentire sociale. La dote era un elemento necessario per il matrimonio, una donna non adeguatamente dotata con difficoltà avrebbe trovato marito.

Interviene nel tessuto narrativo un ulteriore personaggio, Megadoro, che si offre di sposare la figlia di Euclione.

Attraverso il personaggio di Megadoro⁴⁸, Plauto introduce nella commedia un motivo caro agli antichi; il comico latino osserva che se le mogli non avessero dote sarebbero di costumi migliori e che le grandi doti portano spese intollerabili, solo la donna senza dote è sottoposta al marito, quelle che hanno dote gli portano, invece, oltre al danno anche le beffe.

⁴⁷ Plaut. *Aul.* 190-192: *EUCLIO Meam pauperiem conqueror. Virginem habeo grandem, dote cassam atque inlocabilem, neque eam queo locare quoquam.*

⁴⁸ Plaut. *Aul.* 238-239: *EUCLIO At nihil est dotis quod dem. Megadorus: Ne duas. Dum modo morata recte veniat, dotata est satis.*

et si usum fructum in dotem pacto dedit. quod si convenisset de fructibus reddendis, hoc est ut in dote essent fructus quosque percepisset, et fundus vel fructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros, cogendum [de dote] <rei uxoriae> actione fructus reddere. erunt igitur in dote fructus et fruere iste usuris, quae ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt. ego utrobique arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data, ut, si ob hoc ei maiorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia quae ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. finge quadragesima annua esse reditus apud eum, qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum: uti boni consuleret tam uberem dotem consecutus. et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tueretur et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere? Sul frammento: P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., 393, 396, 439; M.J. GARCIA GARRIDO, 'Ius uxorium', cit., 65 nt. 32; M. LAURIA, *Matrimonio – dote*, cit., 152; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 101; P.E. CORBETT, *The roman law of marriage*, Oxford, 1969, 199; sull'interpretazione del frammento cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XXIII, Milano, 1898, 925 ss., M. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici*, Padova, 2002, 95 ss. Il frammento, secondo la ricostruzione palinogenetica del Lenel (*Palinogenesia*, II, cit., 1133), è immediatamente successivo a Ulp. 31 *ad Sab. D.* 23.3.7 pr.: *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. 1. Si fructus constante matrimonio percepti sint, dotis non erunt: si vero ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertuntur. Nisi forte aliquid inter maritum futurum et destinatam uxorem convenit. Tunc enim quasi donatione facta fructus non*

fermato da Celso⁷⁹ è il risultato di una interpretazione conforme all'*aequum*⁸⁰ ma non per

irrita sit. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent. Ciò per significare che difficilmente potevano essere individuate ulteriori fonti di reddito della donna *sui iuris* che avesse costituito in dote l'intero patrimonio. Vi è, inoltre, un'ulteriore profilo di interesse; l'istituto sembra, infatti, tendere alla tutela dell'*honor* dell'istituto matrimoniale. L'*honor* come la *dignitas* sembra ancora una volta ispirare il diritto di famiglia, in altre parole, la centralità riconosciuta all'istituzione matrimoniale influisce anche sulle conseguenze patrimoniali delle unioni coniugali. Cfr. M.G. SCACCHETTI, *La presunzione Muciana*, Milano, 2002; U. VINCENTI, *Presunzione Muciana e divieto di donazione tra coniugi*, in *Opuscola*, XV, 1997, 11-30.

⁷⁹ Il motivo dell'*aequum*, ricorre spesso in materia dotale o, comunque, familiare (vd. *infra*), ad esempio in tema di conversione dei frutti in dote. Dall'analisi della materia tra l'altro apprendiamo che la dote, quando consistesse nell'intero patrimonio muliebre, non poteva accrescersi neanche ricorrendo alla conversione dei frutti in dote. Le pattuizioni concernenti la conversione dei frutti in dote incidono direttamente sul regime dotale, in particolar modo sulla dote stessa, sulla sua consistenza. Ulp. 31 *ad Sab.* D. 23.4.4: *Si conuenerit, ut fructus in dotem converteretur, an valeat conventio? et Marcellus ait libro octavo digestorum conventionem non valere: prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri. Sed ita distinguit, ut, si quidem fundum in dote dederit mulier ita, ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum: idemque esse*

Ricche doti corrispondono ad ingenti spese, in quanto le mogli riccamente dotate hanno maggiori pretese⁴⁹, che fondano sulla loro superiorità economica rispetto ai mariti.

Si contrappongono così due modelli: da una parte la donna che si sposa senza dote dipendente interamente dal marito, dall'altra quella che riccamente dotata lo danneggia⁵⁰.

La fondamentale rilevanza della dote tra il III e il II sec. a.C. è, perfettamente, testimoniata dalla sorpresa e dal sospetto con cui Euclione accoglie la proposta di Megadore, tanto da precisare più volte che l'accordo veniva concluso in assenza della dote.

Euclione⁵¹ riconosce la propria inferiorità sociale, rispetto all'ipotetico futuro genero, e

⁴⁹ Plaut. *Miles Gloriosus*, 685-701.

⁵⁰ Plaut. *Aul.*, 534-536: *Nam quae indotata est, ea in potestate est viri; dotatae mactant et malo et damno viros. Sed eccum adfinem ante aedis. Quid agis, Euclio?*

⁵¹ Plaut. *Aul.* 226: *EUCLIO Venit hoc mihi, Megadore, in mentem, ted esse hominem divitem, factiosum, me item esse hominem pauperum pauperrimum; nunc si filiam locassim meam tibi, in mentem venit te bovem esse et me esse asellum: ubi tecum coniunctus siem, ubi onus nequeam ferre pariter, iaceam ego asinus in luto, tu me bos magis hau respicias, gnatus quasi numquam siem. Et te utar iniquiore et meu' me ordo inrideat, neutrubi habeam stabile stabulum, si quid divorti fuat: asini me mordicibus scindano, boves incurserit cornibus. Hoc magnum est periculum, ab asinis ad boves transcendere.*

replica alle rassicurazioni di Megadoro rilevando che egli non è neppure in grado di dare una dote alla figlia, tale unione avrebbe dei rischi enormi. Manifestare l'intenzione di elevarsi ad un'altra classe sociale potrebbe avere, infatti, conseguenze dannose, interessante l'immagine usata da Plauto «*nunc si filiam locasim meam tibi, in mentem venit te bovem esse et me esse asellum*».

Dal dialogo appare chiaro come, fin dall'età repubblicana, si riconoscesse una connessione tra classe sociale (o meglio la differenza di classe sociale dei nubendi) e consistenza della dote.

EUCLIONE: Caro Megadoro sto considerando che tu sei un uomo ricco, pieno di relazioni importanti, mentre io sono il più povero tra i poveri. Se io ti concedessi mia figlia, mi immagino che tu faresti la parte del bue e io quella dell'asino. Quando fossimo aggiogati insieme, e io non potessi portare un carico uguale al tuo, io, povero asino, cadrei lungo disteso nel fango, e tu, il bue, non mi degnaresti nemmeno di uno sguardo, come se non esistessi. I miei rapporti con te peggiorerebbero e la classe dei miei pari si farebbe beffe di me. Se dovessimo separarci non troverei da nessuna parte un rifugio sicuro: gli asini mi dilanierebbero a morsi e i buoi mi assalirebbero a cornate. È un rischio enorme volersi elevare dalla classe degli asini a quella dei buoi. (Trad. it. *Le commedie di Tito Maccio Plauto*, cit.).

sto, è anche vero che tali criteri più che regole di validità sono regole di comportamento. Infatti, nulla impedirà alla donna di costituire in dote l'intero patrimonio, come avveniva di diritto nei matrimoni *cum manu*, ma non potrà mai costituire una dote superiore alle sue capacità, ciò sarebbe contrario al *ius* e non sono ammesse convenzioni che travolgano principi di diritto inderogabili o contrastanti con il *ius civile*. Inoltre, non si vede quale altra fonte di reddito avrebbe consentito alla donna di adempiere a quella parte della *promissio* esorbitante rispetto al suo patrimonio⁷⁸. Quanto af-

⁷⁸ A tal proposito, appare opportuno ricordare la *praesumptio muciana*, istituto che, secondo un'interpretazione, avrebbe la funzione di proteggere l'onorabilità della donna e in base al quale nel caso in cui non si riesca a dimostrare la provenienza delle cose nella disponibilità della moglie, si ritiene che queste provengano dal marito o da chi abbia la potestà su di lui. In questo senso: Pomp. 5 *ad Q. Mucium* D. 24.1.51, *Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.* Imp. Alexander A. Nepotiano C. 5.16.6 (a. 229): *Etiam si uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem exceptit*

sio è nulla perché supera il patrimonio muliebre ed è espressione del dolo del tutore», che unico criterio di riferimento per il diritto classico fosse la *facultas*, equivale a dedurre dalla seguente affermazione: «il contratto è nullo in assenza di causa», che il contratto sia nullo solo in assenza di causa.

Invero, tale frammento è fondamentale per la corretta lettura dell'opinione di Celso per cui se consideriamo quale limite superiore, in nessun caso superabile, nella determinazione della dote, il patrimonio complessivo della donna, il criterio della *dignitas* soccorrerà quale limite ulteriore che nel caso concreto impedirà la costituzione di una dote che, pur congrua rispetto al patrimonio muliebre, appaia del tutto sproporzionata in relazione alla *dignitas* del marito. Tale ricostruzione, peraltro, è tutt'altro che estranea al pensiero classico ove si consideri che già Catone esigeva che le donne non portassero doti eccessive, inoltre, ciò è anche coerente rispetto alla funzione dotale di sostegno ai pesi matrimoniali. Ciò po-

l'Albertario, il fatto che tutto il patrimonio sia stato costituito in dote. Questo non prova, però, che il tutore fosse sempre obbligato a prestare l'*auctoritas* e quindi il suo intervento potesse essere privo di ogni intervento pratico, quando si trattava di costituire la dote».

Peraltro, una delle motivazioni, della parametrizzazione della dote alle sostanze del marito, potrebbe riscontrarsi anche nella possibilità che avrebbero in questo modo le donne di ricattare i propri mariti, forti del conferimento di una dote molto maggiore rispetto alle sostanze di questi⁵².

Anche nel *Miles Gloriosus*, ritorna la connessione tra matrimonio e condizione sociale e patrimoniale dei nubendi, il vecchio Periplectomeno precisa, infatti, che avrebbe potuto sposare una donna assai nobile e ricca (*uxorem dotatam genere summo ducere*) grazie alla propria ricchezza (*propter divitias meas*), ma che ha preferito non farlo per non dover assecondare i capricci di una donna⁵³.

⁵² Plaut. *Aul.* 498: MEGADORUS *Nulla igitur dicat «Equidem dotem ad te attuli maiorem multo quam tibi erat pecunia; enim mihi quidam aequomst purpuram atque aurum dari, ancillas, mulos, muliones, pedisequos, salutigerulos pueros, vehicla qui vebar».*

⁵³ Plaut. *Miles Gloriosus*, 673: PERIPLECTOMENUS *Morus es. Nam in mala uxore atque inimico si quid sumas, sumptus est, in bono hospite atque amico quaestus est quod sumitur: et quod in dinis rebus sumas sumpti sapienti lucrost. Deum virtute est te unde hospitio accipiam apud me comiter: es, bibe, animo opsequere mecum atque onera te hilaritudine. Liberae sunt aedes, liber sum autem ego; me volo vivere. Nam mihi, deum virtute dicam, propter divitias meas licuit uxorem*

La rilevata connessione tra l'autorità maritale e l'entità del patrimonio muliebre viene ribadita esplicitamente anche in un'altra commedia plautina: l'*Asinaria*. L'autore attraverso i suoi personaggi afferma che gli uomini finiscono per vendere la propria autorità in cambio dei quattrini⁵⁴.

Dai testi di Plauto, fin qui esaminati, emergono, quindi, due elementi. Gli uomini nello scegliere le proprie mogli davano peso alla consistenza della loro dote che, dunque, in piena età repubblicana⁵⁵, rappresenta un elemento imprescindibile per il matrimonio.

dotatam genere summon ducere, sed nolo mi oblatricem in aedis intro mittere.

⁵⁴ Plaut. *As.* 87-90: *DEM Argentum accepi, dote imperium vendidi. Nunc verba in pauca conferam quid te velim viginti iam usust filio argenti minis: face id ut paratum iam sit.*

⁵⁵ Anche da una commedia di Terenzio (190/185 a.C.-159 a.C.), commediografo appartenente al circolo degli Scipioni il quale abbracciava ideali filoellenici, percepiamo la rilevanza della dote. La commedia che ci interessa è il *Phormio*: un servo asseconda gli amori di Fedria ed Antifone i ragazzi che gli vengono affidati, uno di questi si innamora di una fanciulla priva di dote, nonostante ciò rappresenti un problema viene combinato con uno stratagemma il matrimonio, il lieto fine arriva grazie ad una scoperta: la ragazza non è povera, non rimarrà quindi indotata, ed è di condizione libera.

trebbe essere indice di una soluzione dubbiosa la presenza della parola *quaero*, termine che introdurrebbe un'ipotesi con carattere di ambiguità retorica⁷⁶.

Ritengo, però, che l'opinione di Terenzio Clemente sia suscettibile di un'altra interpretazione. Il giurista, infatti, nel commentare la legge *Iulia et Papia Poppaea* afferma la nullità della *promissio dotis* della donna che abbia ad oggetto una dote superiore al patrimonio della stessa; non dice, invece, che l'unico parametro da osservare per individuare il giusto ammontare della dote sia la *facultas*. Ciò significa, semplicemente, che la norma augustea, in considerazione delle particolari caratteristiche che contraddistinguono l'ufficio del tutore e dei generali principi di diritto (sanzione delle condotte dolose), riteneva invalide le promesse di dote che eccedevano il limite delle facoltà patrimoniali della donna, quando il tutore avesse prestato l'*auctoritas*, 'sapendo' che la dote costituita fosse superiore alla *facultas* della donna⁷⁷. Dedurre dall'affermazione: «la *promis-*

⁷⁶ Cfr. M.D. PARRA MARTÍN, *La argumentación retórica en Juvenio Celso*, Madrid, 2005, 243.

⁷⁷ Cfr. R. ASTOLFI, *Studi*, I, cit., 265: «Il tutore presta l'*auctoritas* per la costituzione di una dote che egli sa essere superiore al patrimonio della donna. Il dolo del tutore inficia la costituzione: non, quindi, osserva

te indeterminata considerandola corrotta, o meglio espressione della politica giustiniana ispirata al *favor dotis*. L'opinione dell'Albertario, celebre esponente dell'indirizzo interpolazionistico è stata più volte confutata⁷³. Invero, molti studiosi hanno denunciato l'errore prospettico compiuto dall'Albertario⁷⁴, il quale dimentica che non di rado si registrarono forti contrasti tra i giuristi classici, insomma era molto frequente in materia il c.d. *ius controversum*. Non vi è, infatti, alcun dubbio che la risposta di Celso manifesti una certa ambiguità, conseguente alle incertezze che caratterizzavano la questione, ma non solo, il giurista manifesta ancora una volta il proprio tratto personale di scrittore non conformista⁷⁵.

Soprattutto in materia dotale, i molteplici interessi in gioco – sociali, economici, giuridici – e la scarsa regolamentazione legislativa hanno dato adito ad una molteplicità di interpretazioni tutte, peraltro, conformi al dato normativo. Inoltre, come è stato rilevato, po-

⁷³ S. RICCOBONO, *'Traditio ficta'*, in *ZSS*, XXXIV, 1913, 180 ss.; P. CERAMI, *La concezione*, cit., 60 ss.

⁷⁴ Singolare che l'Albertario, abbia in altri suoi scritti sostenuto la classicità dei riferimenti alla *dignitas*, vd. *'Honor Matrimonii'* e *'affectio maritalis'*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1933, 200 ss.

⁷⁵ M. BRETONI, *Note minime*, cit., 345.

Altro dato che emerge con forza è, poi, l'influenza che la misura della dote acquistava nei rapporti coniugali tanto da poter determinare un capovolgimento dei ruoli; le donne, infatti, forti della loro ricchezza tendevano a sottomettere i mariti.

La rilevanza di una congrua dote, di una dote che tenesse conto del peso sociale delle famiglie che, attraverso il matrimonio, venivano in contatto, è attestata anche dal *Trinummus*. La commedia spesso citata per suffragare l'esistenza di un dovere sociale di dotare le donne della propria famiglia, affinché tali unioni non fossero considerate concubinato, credo possa fornire ulteriori spunti di riflessione, peraltro, coerenti con quanto già detto a proposito dell'*Aulularia*.

Invero, appaiono estremamente significativi i timori associati alle conseguenze sociali di un'unione senza dote, il motivo di apprensione non è, peraltro, esclusivo della famiglia della sposa⁵⁶ ma riguarda anche lo sposo⁵⁷. Se

⁵⁶ Tale apprensione si avverte dal citatissimo passo, in cui Lesbonico esprime il proprio timore che l'unione tra l'amico e la sorella sia ritenuta concubinato: Plaut., *Trin.* 688-69: *LESBONICUS Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves, sed ut inops infamis ne sim, me mihi hanc famam differant, me germanam sororem in concubinatum tibi, sic sine dote, dedisse magis quam in matrimonium. An-*

da una parte Callicle si preoccupa di conservare, quanto meno, la somma necessaria per dare una dote alla figlia dell'amico, che le consenta di sposare una persona di condizione degna di lei⁵⁸, dall'altra Lisitele amico di Le-

cor più rilevante il seguito: *Quis me improbior perhibeatur esse? Haec famigeratio te honestet, me conlutulentet, si sine dote duxeris: tibi sit emolumentum honoris, mihi quod obiectent siet.* Socialmente un'unione senza dote da quanto ci dice Lesbónico, farebbe guadagnare rispettabilità allo sposo mentre la famiglia della sposa sarebbe vista con disprezzo.

⁵⁷ Secondo Lisitele accettare in dote l'unica fonte di sostentamento di Lesbónico sarebbe segno di grande avarizia, in altre parole, è socialmente riprovato accettare in dote più di quanto la famiglia della sposa possa permettersi in relazione alla effettiva capacità patrimoniale.

Plaut. *Trin.* 698-704: *LYSITELES Scio equidem te animatus ut sis; video, subolet, sentio: id agis ut, ubi adfinitatem inter nos nostram astrinxeris atque eum agrum dederis nec quicquam hic tibi sit qui vitam colas, ecfugias ex urbe inanis, profugiens patriam deseres, cognatos, adfinitatem, amicos factis nuptiis: mea opera hinc proterritum te meaque avaritia autument. Id me commissurum ut patiar fieri ne animum induxeris.*

⁵⁸ Plaut. *Trin.* 152-159: *CALLICLES Nummorum Philippeum ad tria milia. Id solus solum per amicitiam et per fidem. Flens me obsecravit suo ne gnato crederem. Neu quoquam unde ad eum id posset permanascere. Nunc si ille huc saalvos revenit, reddam suom sibi; si quid eo fuerit, certe illius filiae, quae mihi mandatast, **habeo dotem unde dem, ut***

che il Solazzi⁷¹: «I tutori muliebri non amministravano né potevano essere costretti a prestazioni patrimoniali; neppure vi era ragione di impedire che la donna si costituisse in dote l'intero patrimonio Ma nella dote quantitativa Celso doveva riconoscere al tutore il diritto di controllare che la pecunia promessa corrispondesse al valore del patrimonio posseduto dalla donna».

In passato, partendo dal presupposto che D. 23.3.61 pr. fosse espressione del pensiero classico, si è arguito che conseguentemente la testimonianza celsina (D. 23.3.60) fosse portatrice del pensiero giustiniano, ovvero del principio della *dos moderata*. L'opinione è stata espressa con forza dall'Albertario⁷², il quale rifiutando l'assunto che il diritto classico abbia ammesso la validità di una promessa indeterminata o di un legato generico di dote, ha cercato di espungere dal *corpus iuris* ogni traccia che potesse considerarsi testimonianza di criteri oggettivi per la determinazione della dote e, quindi, della possibilità di costituire una do-

⁷¹ S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena*, IX, 1925, e XIII, 1926, ora in *Scritti*, III, Napoli, 1960, 147 nt. 6.

⁷² E. ALBERTARIO, *Promessa*, cit., 345 s.; *L'arbitrium*, cit., 292 s.

renzio Clemente *ad legem Iuliam et Papiam* ed è, probabilmente, riconducibile al titolo *De tutore dotis constituendae causa dato*⁶⁹ o *de dote constituenda*⁷⁰. Nel merito appare verosimile che la *lex Iulia* avesse previsto l'invalidità dell'*auctoritas*, se prestata con dolo. Terenzio Clemente analizza le ricadute conseguenti alla condotta del tutore (*generalis* o *dotis dandae causa*) che abbia prestato l'*auctoritas* per una dote superiore a quanto le facoltà della donna consentano. Tale pattuizione appare invalida di diritto; subito dopo il giurista motiva tale affermazione: non ha alcun valore l'*auctoritas* prestata con dolo. Si esprime così una sorta di equivalenza; dunque, sembra ritenersi che la promessa di una dote superiore al patrimonio della donna debba considerarsi condotta dolosa. Circa l'esistenza di tale limite in relazione alla costituzione della dote rappresentato dalla consistenza patrimoniale della donna concorda an-

den». cfr. C. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., 165 ss. La ricostruzione dell'autore è facilmente confutabile attraverso l'esame di Gai 1.190, cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 529 ss. ed ivi nt. 564 dove l'Autore ipotizza l'interpolazione di D. 23.3.60.

⁶⁹ R. ASTOLFI, *La 'lex'*, cit., 367 ss.

⁷⁰ O. LENEL, *Pal.*, II, cit., col. 336.

sbonico in segno di amicizia si offre di sposarne la sorella senza dote.

Lisitele, in un primo momento, nonostante abbia indicato l'ottima famiglia da cui proviene la sposa, incontra le resistenze del padre, il cui stupore emerge con estrema chiarezza dal dialogo con il figlio, cui continua a chiedere «*Sine dotem uxorem?*»⁵⁹

eam in se dignam condicionem conlocem. CALLICLE Si tratta di circa tremila filippi. Carmide mi ha scongiurato piangendo, da solo a solo, in nome della nostra amicizia e fedeltà, che non confidassi il segreto a suo figlio né ad alcun altro, da cui potesse trapelare e giungere al ragazzo. Ora, se il mio amico torna in patria sano e salvo, gli riconsegnerò quel che è suo; se invece gli capita qualcosa, **ho almeno il modo di dare la dote a sua figlia, in modo da poterla maritare a una persona di una condizione degna di lei.** (Trad. it. *Le commedie di Tito Maccio Plauto*, cit.).

⁵⁹ Lo stesso sdegno e la stessa incredulità, all'idea di una unione senza dote, verranno espressi da altri personaggi della nostra commedia, ritenendo addirittura un fatto scandaloso (*flagitium*) che non venga data una dote alla ragazza, ancor più grave che la ragazza venga collocata senza dote in una famiglia così ricca. Plaut. *Trin.* 606: CALLICLES *Sine dote ille illam in tantas divitias dabit? Non credibile dicis.* 612-614: CALLICLES *Flagitium quidem hercle fiet, nisi dos dabitur virgini. Postremo edepol ego istam rem ad me attinere intellego. Ibo ad meum castigatorem atque ab eo consilium petam -*

Lisitele riuscirà a convincere il padre ad acconsentire al matrimonio, sostenendo che da tale unione otterrà grande riconoscenza, è, infatti, un modo per aiutare un amico, e porterà alla famiglia una bella fama⁶⁰.

Lesbonico invita Filtone, padre di Lisitele, a cercare una parentela diversa⁶¹, in quanto la sua posizione e le sue condizioni economiche non possono essere paragonate a quelle del suo interlocutore⁶²; emergono – così anche se in termini diversi, Plauto usa, infatti, il costrutto *'factiones atque opes'* – i concetti di *dignitas* e *facultas* e della *comparatio* tra le famiglie dei nubendi.

Filtone cerca di convincere Lesbonico ad acconsentire alle nozze, spiegando che si tratta di un caso particolare; dice, infatti, che 'in

⁶⁰Plaut. *Trin.* 373-379: *LYSITELES Scin tu illum quo genere natus sit? PHILTO Scio, adprime probo. LYSITELES Soror illi est adulta virgo grandis: eam cupio, pater, ducere uxorem sine dote. PHILTO Sine dote uxorem? LYSITELES Ita; tua re salva hoc pacto ab illo summam inibis gratiam neque commodius ullo pacto ei poteris auxiliari. PHILTO Egone indotatam te uxorem ut patiar? LYSITELES Patiundumst, pater; et eo pacto addideris nostrae lepidam famam familiae.*

⁶¹Plaut. *Trin.* 451-453: *LESBONICUS Mearum me rerum novisse aequomst ordinem cum vostra nostra non est aequa factio. Adfinitatem vobis aliam quaerite.*

⁶²Plaut. *Trin.* 466-467: *PHILTO Ita tu nunc dicis, non esse aequiparabilis vostras cum nostris factiones atque opes?*

ducaires, et l'on sait que l'une d'elles, la loi *Julia de maritandis ordinibus*, prescrivait de nommer un tuteur à la femme pour lui permettre de constituer une dot à son mari». *Contra* A. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, cit., che ritiene il termine *curator* non interpolato, 22: «Dagegen handeln von dem Consense des Curators zum Dotalversprechen der minderjährigen Frau zwei Pandektenstellen, die Ll. 60 und 61 D. h.t., jene von Celsus, diese von Terentius Clemens. Zum Zwecke einer näheren Erörterung derselben ist vor allem die Vorfrage zu erledigen, ob sie, insofern sie vom *Curator* sprechen, als interpolirt zu betrachten seien oder nicht. Nach meiner Meinung ist diese Frage entschieden zu verneinen. Zunächst wird uns für die entgegengesetzte Ansicht der Umstand nicht bestimmen können, dass in der zweiten Stelle von *auctoritas* die Rede ist, wo vielmehr nach correkter Redenauen Sprachgebrauches liegt ja doch wohl zu nahe, als dass diesem Argumente eine andere als höchstens adminiculirende Bedeutung zukommen könnte Nun ist aber nach dem oben Gesagten klar, dass alle diese Bestimmungen auf die *auctoritas* des Geschlechtstutors keine Anwendung finden können, da diesen die materielle Seite des Geschäftes durchaus nichts angeht, da er vielmehr gar nicht einmal in der Lage ist, jene Prüfung, welche in den beiden Stellen angeordnet ist, vorzunehmen. Denn als *Tutor* hatte er gar keine Gelegenheit, sich einen genügenden Einblick in die Vermögensverhältnisse der Frau zu verschaffen, und wenn er daher bei einem Versprechen, welches die Kräfte derselben übersteigt, gleichwohl auctorirte, so konnte daraus wohl in keiner Weise der Vorwurf des dolus oder der culpa lata gegen ihn abgeleitet wer-

Ter. Clem. 3 *ad legem Iuliam et Papiam* D. 23.3.61 pr. *Sive generalis curator (tutor) sive dotis dandae causa constitutus sit et amplius doti promissum (dictum) est quam facultates mulieris valent, ipso iure promissio (dictio) non valet, quia lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta. quaerendum tamen est, utrum tota obligatio an quod amplius promissum est, quam promitti (dici) oportuit, infirmetur? Et utilius est dicere id quod superfluum est tantummodo infirmare.*

Come si evince dall'*inscriptio*, il frammento⁶⁸ è stato escerpito dal commentario di Te-

⁶⁸ Il frammento presenta sicure tracce di interpolazione, tra parentesi le correzioni proposte dal O. LENEL, *Pal.*, II, col. 336 nn 2-5. Tra le possibili ricostruzioni del testo genuino cfr. C. FERRINI, *I commentari di Terenzio Clamente e di Gaio 'ad legem Iuliam et Papiam'*, in *Opere*, II, Milano, 1929, 253, il quale ricalca la critica proposta dal Lenel. Si riporta la ricostruzione proposta dal Ferrini: *sive legitimus tutor sive dotis constituendae causa datus sit et amplius doti dictum sit quam facultates mulieris valeant, ipso iure dictio non valet, quia lege (Iulia?) rata non habetur auctoritas dolo malo facta. quaesitum tamen est, utrum tota obligatio an quod amplius dictum est, quam dici oportuit, infirmetur....*; H. APPLETON, *Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres a les découvrir*, rist. anast. 1895, 1967, 144, «Dans le pr., où la commission des Pandectes remplace tutuer par curateur, elle laisse subsister le mot *auctoritas*, qui est révélateur. Puis ce text est tiré d'un commentaire sur les lois ca-

questo caso' non contano prestigio e ricchezza, contano solo i buoni rapporti⁶³, in altre parole, 'in genere' la dote e le valutazioni necessarie alla quantificazione della stessa erano di fondamentale importanza.

Dalle parole di Lesbonico, fratello della sposa, emerge anche il dovere di non comportarsi con leggerezza nei confronti dei propri familiari, da ciò deduciamo che tra i doveri di un fratello figura anche la costituzione di una dote per la propria sorella⁶⁴.

Appare, inoltre, opportuno rilevare come, in tutte le commedie, la ragazza indotata si scopra, alla fine, sempre, ricca e di ottima famiglia; tale nota non fa che confermare l'assurdità, per i romani, di un matrimonio senza dote e con una donna di diverso ceto sociale.

Come si è potuto constatare le battute pronunciate dai personaggi plautini tendono, molto spesso, ad evidenziare il vuoto forma-

⁶³ Plaut. *Trin.* 497-500: *PHILTO Nunc ut scias hic factiones atque opes non esse neque nos tuam neglegere gratiam, sine dote posco tuam sororem filio. Quae res bene vortat – habeon pactam? Quid taces?*

⁶⁴ PLAUT. *Trin.* 681-683: *LESBONICUS ... Meam ut sororem tibi dem suades sine dote. Aha! Non convenit me, qui abusus sum tantam rem patriam, porro in ditius esse agrumque habere, egeré illam autem, ut me merito oderit ...*

tosì nella morale romana e la dissolutezza dei costumi, fattori che vengono ricondotti alla diffusione dei modelli greci nella *civitas*. L'esigenza di introdurre opportune norme giuridiche, a tutela dei membri della *familia proprio iure* conseguirà proprio alla constatazione dell'intervenuta insufficienza della sola morale.

Autorità maritale e ricchezza della donna e di conseguenza *facultas* e *dignitas* si troverebbero, quindi, in un rapporto di proporzionalità inversa; il marito, scelta la moglie in ragione delle sue sole sostanze senza trovare un giusto equilibrio che tenesse in opportuna considerazione rango sociale e patrimonio, vedeva lesa la propria autorità perché le donne, forti della propria superiorità patrimoniale, finivano per voler sottomettere gli uomini.

3.2 'Facultas'.

Il termine *facultas* deriva da *facilitas*⁶⁵, in altre parole, fa riferimento a qualcosa che il soggetto può fare senza eccessivo aggravio di

⁶⁵ Paul. Fest. *de significatione verborum* 87, *Facul antiqui dicebant et faculter pro facile; unde facultas et difficultas videntur dicta. Sed postea facilitas morum facta est, facultas rerum.*

mezzi e di tempo; con riferimento ad una *res* assume, invece, il significato di patrimonio⁶⁶.

Nei frammenti *de quibus* il termine ricorre proprio in tale ultima accezione.

Non vi sono particolari dubbi in dottrina circa la classicità della parametrizzazione della dote al patrimonio familiare o muliebre⁶⁷; ulteriore conferma di tale commisurazione deriverebbe tra l'altro dal frammento che segue immediatamente D. 23.3.60, specifico oggetto del nostro lavoro. Il fr. 61 pr., infatti, la cui paternità è attribuita a Terenzio Clemente, può essere considerata una conferma della rilevanza di uno dei parametri già individuati da Celso, ovvero la *facultas* del costituente.

Nel commentare la legge *Iulia et Papia Poppaea*, il giurista descrive una delle possibili cause di invalidità della *promissio dotis*.

⁶⁶ ERNOUT & MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris, 1959, 210.

⁶⁷ In tal senso, G. VIARENGO, *Il caso e la legge in Nov. 97.5*, in *D@S*, VI, 2007, nt. 24: «Il principio che la quantificazione della dote si dovesse basare sulle facoltà del costituente ha radici antiche, e la sua applicazione nella legislazione giustiniana ne rappresenta una continuazione, pur con l'accentuazione dei profili costrittivi relativi all'obbligo di costituzione della stessa».

Questa scelta, come si diceva, appare perfettamente coerente con quei dati che abbiamo prima messo in evidenza, analizzando l'opera di Plauto, in particolare, torna alla mente un brano del *Trinummus*:

Plaut. *Trin.* 698-704:

LYSITELES Scio equidem te animatus ut sis; video, subolet, sentio: id agis ut, ubi adfinitatem inter nos nostram astrinxeris atque eum agrum dederis nec quicquam hic tibi sit qui vitam colas, ecfugias ex urbe inanis, profugiens patriam deseres, cognatos, adfinitatem, amicos factis nuptiis: mea opera hinc proteritum te meaque avaritia autument. Id me commissurum ut patiar fieri ne animum induxeris.

Anche il pretore, dunque, traendo ispirazione dal sentire sociale, ha ritenuto di correggere gli effetti dell'applicazione del *ius civile*.

I criteri individuati da Celso non devono essere considerati alternativi. Essi mirano ad una valutazione globale del costituendo rapporto coniugale che tenga in debito conto non solo la capacità patrimoniale della nubenda o del di lei *pater familias*, ma anche, ponendo nel giusto rilievo la funzione sociale della dote, nonché gli effetti sociali del matrimonio, la *dignitas* del marito, dunque, la nuova posizione sociale assunta dalla *nupta*.

Quindi, al fine di determinare nel caso di specie la giusta misura della dote dovranno essere prese in considerazione più variabili⁸⁷.

Per cui l'effettivo ammontare della dote tenderà, in funzione della concreta valutazione della *dignitas* paterna nonché di quella del marito⁸⁸, verso il limite minimo ogni qual volta al marito sia riconosciuta una *dignitas* per così dire minima (minore), verso il limite massimo quando non vi sia differenza tra *dignitas natalium* e *dignitas* del marito o quando

⁸⁷ In altre parole, se poniamo come limite massimo l'ammontare del patrimonio muliebre (p.m.) saremo in presenza di un ventaglio di soluzioni che andranno da 0 a p.m.. Secondo l'opinione del Cujacio (*Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta auctoritate atque emendatoria in tomos X distributa, tomus quartus, ad tit. de legat. III ad l. XLIII, 697*), rigettata, però, dalla dottrina, anticamente sarebbe stato vietato portare in dote più di diecimila centinaia in rame. Tale opinione appare far riferimento a Giovenale, *Satyr. X*; Marziale, *Epigram.*, 2, 65 e 11, 24; Seneca *ad Helv.* 12; D. 22.1.6.1.

⁸⁸ GOTHOFREDUS, *ad legem D. 23.3.60, Modus is dicitur, censeturve, quem ratio patitur omnibus circumstantiis putatis*; BALDI UBALDI PERUSINI, *ad lib. XXIII Digestorum, tit. de iure dotium, l. LXI: Nobiles mulieres indigent maiori dote quam ignobiles, hoc est verum nubendo pari, secus se inferiori no.*

ful relation between families and in preserving alliances build through marriage.

Keywords: indeterminate dowry; indeterminate dowry 's legacy; family alliances.

MARIA TERESA NICOTRI

Assegnista di ricerca

Università degli Studi di Palermo

E-mail: m.teresanicotri@alice.it

ABSTRACT

Il contributo approfondisce l'opinione celsina in materia di quantificazione della dote. Dalla ricerca emerge che il termine 'dos' indicava non un'entità astratta ed indeterminata, bensì un'entità concettualmente determinata. Appaiono, invero, chiari i criteri cui ispirarsi nella quantificazione della dote: la *dignitas* e la *facultas* degli sposi. La misura della dote veniva stabilita a seguito di un procedimento di comparazione delle sostanze e della classe sociale dei nubendi, ciò affinché rimanesse stabile il rapporto di forza tra le due famiglie e si preservassero le alleanze costituite attraverso il matrimonio.

Parole chiave: dote indeterminata, legato indeterminato di dote, alleanze familiari.

This study analyzes Celso's opinion about dowry quantification. From the research rises up that the word 'dowry' means not an abstract or indeterminate entity but a conceptually determinate entity. Indeed the criteria to quantificate dowry are clear: spouse's *facultas* and *dignitas*. Dowry's measure is the result of a comparison between spouses's heritage and social class; the reason in maintaining a peace-

quest'ultima sia addirittura superiore⁸⁹. Il giurista si limita ad estendere l'applicazione dei

⁸⁹ Grazie ai *Fragmenta Vaticana* conosciamo un episodio paradigmatico, che appare utile ai nostri fini: *Vat. Fragm.* 115.... L<u>cia Titia cum pubere Septicio maioris dign<itatis viro, ei> ... milia in dotem dedit, cum non amplius in bonis ha<beret ... num> ve<r>um est, quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem da<ri posse? Paulus respondit recte dotem> da<ta>m; dari posse argumento esse in manu<m> conventione<m>. È il caso di una donna che sposa un uomo di condizione sociale superiore e che costituisce in dote il suo intero patrimonio. Ci si interroga, quindi, se lo possa fare, Paolo propende per la soluzione affermativa e motiva la propria opinione con un riferimento alla *conventio in manum*. Cfr. R. ASTOLFI, *La 'lex'*, cit., 120 s.; *Studi*, cit., 264; vd. anche C. 5.12.4: *Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem dare*; Cic. *pro Flacco* 34.84: *At enim Androni Sextilio gravis iniuria facta est et non ferenda, quod cum esset eius uxor Valeria intestato mortua, sic egit eam rem Flaccus quasi ad ipsum hereditas pertineret. in quo quid reprehendas scire cupio. Quod falsum intenderit? Qui doces? «Ingenua» inquit «fuit». O peritum iuris hominem! Quid? Ab ingenuis mulieribus hereditates lege non veniunt? «In manum» inquit «convenerat». Nunc audio; sed quaero usu an coëmptione? Usu non potuit; nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui. Coëmptione? Omnibus ergo auctoribus; in quibus certae Flaccum fuisse non dices. 35.86: «Doti» inquit «Valeria pecuniam omnes suam dixerat». Nihil istorum explicari potest, nisi ostenderis illam in tutela Flacci non fuisse. Si fuit, quaecumque sine hoc auctore est dicta dos, nulla est. Sul tema anche E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla 'conventio in manum'*, in *Scritti giuridici*, III, 342 ss. e nt. 147.*

criteri comuni, cui ogni *pater familias* faceva riferimento in sede di costituzione della dote.

Per ragioni di completezza, è necessario soffermarsi, almeno un attimo, su un altro frammento. Invero, l'intreccio tra materia tutelare e individuazione della giusta misura della dote ritorna in un altro passo⁹⁰, questa volta attribuito a Papiniano:

⁹⁰ Secondo R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1994, 101, il frammento avrebbe una forma sufficientemente corretta, l'A. dice: «Ma la forma del testo è perfetta. Esso ha una struttura logica e sintattica così unitaria e coerente, che non permette di sopporvi intrusioni di estranei, a meno che non l'abbiano totalmente riscritto e riformulato. Il che sembra un assurdo». Vd. pure R. ASTOLFI, *Studi*, cit., 266; inoltre P. VOCI, *Le obbligazioni romane*, Milano, 1969, 223, così si esprime: «Ed entra nella sua (del tutore) competenza stabilire l'ammontare della dote, secondo i criteri che il testo menziona: si tratta di criteri oggettivi, e di una determinazione che il tutore compie sotto sua responsabilità, giacché essa deve risultare giustificata in sede di rendiconto tutelare. Il padre e il tutore debbono costituire la dote per la figlia o per la pupilla: il primo perché a ciò che detta l'affetto paterno si aggiunge un obbligo giuridico; il secondo perché, tra i doveri di provvedere nel miglior modo possibile agli interessi della pupilla, rientra anche quello di costituire la dote. La prassi degli organi addetti alla sorveglianza sull'adempimento di questi doveri deve aver reso stabili alcuni criteri, che sono quelli cui alludono genericamente i giuristi».

principio, poi, applicato nei vari casi di specie: tutela, legati.

Credo, dunque, si possa ritenere che il termine '*dos*' indichi non un'entità astratta ed indeterminata, bensì una quantità concettualmente determinata. Sono chiari, infatti, i criteri cui ispirarsi nella quantificazione della dote: la *dignitas* e la *facultas* degli sposi. Peraltro, è mia opinione che individuare la misura della dote applicando i suddetti criteri, servisse, a salvaguardare, non solo i rapporti di forza tra le famiglie di provenienza degli sposi, ma anche la loro posizione all'interno della società civile.

Alla fine del presente contributo sembra, dunque, di aver formulato un'ipotesi che potrebbe, quanto meno, essere un punto di partenza nella ricostruzione dell'articolato pensiero celsino in materia dotale.

L'*interpretatio* del giurista interviene per perpetuare il ricorso a quei criteri (*facultas, dignitas*) che appaiono del tutto ovvi, finché permane la tutela muliebre, tutta tesa alla protezione degli interessi patrimoniali del gruppo di appartenenza; Celso opera, infatti, una sorta di interpretazione estensiva di quelle coordinate, che come abbiamo dimostrato apparivano, già in epoca risalente, consolidate nella prassi, applicandole al fine di determinare, *a contrario*, la giustezza di un eventuale rifiuto da parte del tutore di prestare la propria *auctoritas* alla costituzione di dote.

Possiamo ipotizzare che il discorso di Celso sia stato, poi, ulteriormente sviluppato per conferire validità alla costituzione di dote indeterminata. Infatti, l'individuazione dei sopra descritti parametri sembra causata dall'obiettività degli stessi, sono i criteri che un *bonus vir* saprebbe trovare; proprio per questa ragione vengono ripresi nel caso di dote indeterminata, cioè nella diversa, e sicuramente di più difficile soluzione, eventualità che il *pater familias* abbia disposto un legato di dote senza specificarne l'ammontare. Siamo, quindi, indotti ad ipotizzare che Celso abbia enunciato, in un primo momento, un principio generale, circa la determinazione della giusta quantità di dote,

Pap. 4 *respons.* D. 23.3.69.5: *Nuptiis ex voluntate patris puellae cum filio tutoris jure contractis, dos pro modo facultatum et dignitate natalium recte per tutorem constitui potest.*

Contratte le nozze conformemente al diritto per volontà del padre della fanciulla con il figlio del tutore, la dote, in ragione del patrimonio e della dignità dei natali, può essere correttamente costituita per mezzo del tutore.

In questo caso, si ritiene possibile la determinazione della dote ad opera del tutore (*impuerberum*) anche nel caso eccezionale, derogatorio del divieto introdotto da un senato consulto, emanato sulla base di una *oratio* di Marco Aurelio e Commodo⁹¹, di nozze con il figlio dello stesso, grazie alla preventiva individuazione del marito da parte del padre della sposa. Anche qui, vi è un esplicito riferimento al patrimonio ed alla dignità della donna e del marito; è necessario, quindi, temperare la posizione sociale della donna e la condizione sociale del marito per determinare il limite massimo del *modus*, ovvero dell'ammontare

⁹¹ Vd. D. 23.2.20; 23.2.60; 23.2.66 pr.; 23.2.67.3; 24.1.32.28; *Vat. Fragm.* 201 e 202; Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 481 nt. 268; C. FAYER, *La 'familia' romana. Aspetti giuridici e antiquari*, II, Roma, 2005, 205 ss.

della dote. Dunque, valutata la condizione sociale della donna, il *quantum* della dote era determinato con riferimento ad una forbice di valori che avrebbe visto una tensione verso l'alto proporzionale alla *dignitas* del marito.

Anche Papiniano, quindi, trattando della *tutor impuberum* ed, in particolare, dell'intervento del tutore in sede di costituzione della dote, fa riferimento ai criteri della *dignitas* e della *facultas*.

Il giurista ritiene idoneo l'uso di questi parametri di commisurazione della dote, anche in questo particolare caso, dove appare chiaro il conflitto di interessi tra il tutore, che partecipa con la sua *auctoritas* alla costituzione della dote ma che è anche padre del futuro sposo, e la donna soggetta alla sua tutela. Da questa ulteriore applicazione, possiamo, senz'altro, desumere, ancora una volta, l'obiettività dei criteri di cui ci stiamo occupando, che mutuati, in un primo momento, dalla prassi sociale, sono ormai assurti, al tempo di Papiniano, a indiscussi canoni giuridici.

La deroga al divieto matrimoniale sembra essere giustificata dalla preventiva designazione paterna. La volontà del padre, infatti, deve essere assecondata, perché questi è in grado di individuare ciò che è meglio per la propria figlia ed è, poi, in base ai medesimi criteri cui

ginariamente riservata al costume, le cui peculiarità conducevano di frequente ad elaborazioni eccentriche, ad un divergere dal sistema, ad un allontanamento dai principi generali.

Ciò premesso, ritengo, a termine dell'analisi esegetica fin qui condotta, di potere così concludere: partendo dall'analisi di due frammenti celsini (23.3.60 e 32.43) si è dimostrata la classicità del riferimento alla *dignitas* e alla *facultas* in materia dotale, questo risultato è stato raggiunto attraverso un'approfondita analisi di alcune testimonianze giuridiche e letterarie. Dal raffronto è emersa una sostanziale corrispondenza tra le opinioni giurisprudenziali e la prassi economico-sociale, ormai consolidata nel periodo classico, quale emerge ad esempio dalle opere di Plauto.

Si è, inoltre, appurata la coerenza dei frammenti nel mettere in evidenza la rilevanza dei criteri oggettivi individuati, in conformità alla prassi, nella *facultas* e nella *dignitas*.

Ricapitolando, il tutore ha il compito di preservare gli interessi della famiglia agnaticia e di ispirarsi a quegli stessi criteri cui avrebbe fatto riferimento lo stesso *pater familias*, prototipo del *bonus vir*¹¹⁷.

¹¹⁷ Hor. *Epist.* I 16, 40 s., il *vir bonus* è specificamente, *agricola, civis, pater familias, miles, orator, senator, imperator bonus*.

partire da singoli casi concreti, caratterizzati da particolari circostanze, conducevano al formarsi di un indirizzo comune. Giustiniano operò un tentativo di riordino sistematico della materia *de qua*¹¹⁶, scegliendo l'opinione idonea a supportare la propria visione dei rapporti familiari. La materia dotale e la disciplina per la stessa elaborata è caratterizzata dall'imbarazzo di dover incidere su una materia, ori-

¹¹⁶ Sul tema S. RICCOBONO, 'L'arbitrium', cit., 312, questa l'opinione dell'A.: «Io insisto nel ritenere, al contrario, che, essendo i motivi delle interpolazioni svariati, per necessità legislative, le alterazioni dei testi nulla provano in ordine alla genuinità delle regole e delle decisioni, le quali anzi si debbono ritenere sempre d'origine classica sino a che non sia data una precisa dimostrazione del contrario. Infatti l'ordinamento giuridico romano era assai complesso, le trattazioni dei giuristi varie, ampie, particolareggiate, e di riscontro le manipolazioni dei testi da parte dei Compilatori del sec. VI necessarie e multiformi a tal segno da non permettere un'illazione così semplice, dall'interpretazione formale all'innovazione sostanziale. Si debbono tener presenti, in primo luogo, i tre ordinamenti: *ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*, che avevano principi, norme, esigenze diversi. Si devono inoltre distinguere *iudicia stricta* e *iudicia bonae fidei*; e infine la valutazione degli atti e le decisioni che han luogo nel processo ordinario o in quello *extra ordinem*. Situazioni assai diverse, dunque, debbono essere considerate da cui derivavano decisioni multiple e contrarie».

sarebbe ricorso egli stesso, che il tutore determinerà la misura della dote. In altre parole, l'obiettività dei criteri, non consente al tutore di determinare la misura della dote in modo da pregiudicare le ragioni della donna sottoposta alla sua tutela.

4. *Esegesi di D. 32.43.*

L'altro frammento celsino di cui, come già anticipato, ho deciso di occuparmi, al fine di ricostruire il pensiero del giurista, circa la dote come entità determinata, è:

Cels. 15 *dig.* D. 32.43: *Si filiae pater dotem arbitrato tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitrato legatum sit. La-beo quaerit, quemadmodum apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitrato constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.*

Il fr. presenta molti profili di problematicità⁹². Si tratta, infatti, di un legato⁹³ di dote⁹⁴, la

⁹² Sul fr. vd. R. ASTOLFI, *Studi*, cit., 269; G. GROSSO, *Obbligazioni*³, Torino, 1969, 138; P. VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 220 ss.; F. GALLO, *Nuovi spunti*, cit., 577 s.; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, in

Studi in onore di Gaetano Scherillo, II, Milano, 1972, 539 s. Secondo G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *AUPA*, XI, 1923, 29 s., gli indicativi *apparet e oportet* avrebbero dovuto essere dei congiuntivi e l'ordine logico più ampio, nonostante alcune mende formali, l'A. reputa il fr. sostanzialmente genuino, da tale testimonianza si potrebbero intuire i termini del contrasto, tra scuola sabiniana e proculiana, in tema di *a.b.v.*; F. GALLO, *Nuovi spunti*, cit., 580, sospetta la parola *cuiusque*, l'inserzione sarebbe riconducibile all'esigenza di adeguare il testo alla nuova disciplina; E. ALBERTARIO, *Promessa*, cit., 345 s.; *L'arbitrium*', cit., 292 s., reputa, invece, che il testo sia completamente guasto.

⁹³ Sui legati vd. R. ASTOLFI, *Studi*, cit.; P. VOCI, voce *Legato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 707 s.; *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale*, Milano, 1963, 882, l'Autore a proposito della volontà del disponente, dopo aver affermato che la stessa deve essere personale, ammette che in alcuni casi ed in misura, comunque, assai limitata lo stesso possa rimettersi alla volontà di altri. «L'unico caso sicuro è quello del *leg. dotis* in favore della figlia, *arbitratu tutorum*: già Tuberone riteneva che l'arbitrio dovesse essere inteso nel senso di *arbitrium boni viri*; Labeone indicò alcuni criteri per l'interprete. D. 32.43 Celso 15 *dig.*, 116, connesso con D. 17.2.75: i due brani erano parte di una trattazione più ampia. Le mende formali del fr. 43 non possono condurre a negarne la genuinità». vd. D. CAMICI, *Del regime*, cit., 76: «La *causa dotis* in questi casi è un *modus* che bisogna adempiere: altrimenti si annulla il legato», ivi nt. 2; M. LAURIA, *Matrimonio-dote*, cit., 168: «L'oggetto della dote promessa o legata doveva-

rosimile che i compilatori abbiano scelto i frammenti celsini¹¹⁴, perché in quel dibattito giurisprudenziale, svoltosi durante l'età classica, circa la determinazione della prestazione e il ricorso all'*arbitrium merum* o *boni viri*, ed attestato, tra l'altro, dallo stesso D. 32.43 nel quale Celso riporta le opinioni di Tuberone e Labeone, l'opinione del giurista fosse effettivamente quella mediana.

Ai nostri fini, il riferimento all'*arbitrium* rileva, in quanto ci permette, ancora una volta, di individuare una spia dell'esistenza di criteri oggettivi, ovvero ci lascia intendere che con il termine '*dos*' si facesse riferimento ad una entità determinata¹¹⁵.

5. Conclusioni.

L'inclusione nella compilazione giustiniana priva, parzialmente, i frammenti, in esame, del significato originario e rende difficoltosa la ricostruzione della disciplina classica e del suo articolarsi in opinioni che sviluppate a

¹¹⁴ Peraltro, tutti tratti dai libri *Digestorum*, dato che ancora di più spinge a ritenere che fosse effettivamente quella l'opinione di Celso.

¹¹⁵ Cfr. A. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, II, cit., 68.

soprattutto per l'individuazione di criteri oggettivi¹¹², mutuati dalla pratica sociale, tali da permettere di cogliere il contenuto della prestazione che resta così valida.

Tali frammenti non sono rimasti esenti da dubbi circa la loro genuinità; in altre parole, è opinione di molti¹¹³, che attraverso questi testi i giustinianeî abbiano inteso preservare la volontà del disponente o delle parti, nonché la fiducia che questi riponevano nel terzo designato.

Appare, però, una strana coincidenza: tale ruolo di 'conciliatore' spetta, sorprendentemente, sempre al Nostro. Invero, appare ve-

32.43, nonché la circostanza che il giurista si occupasse della determinazione dell'obbligazione da parte del terzo mi spinge a ritenere che la rilevanza della determinazione del terzo fosse riconducibile, nel testo originale, a delle particolari qualità dallo stesso possedute.

¹¹² P. VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 191: «Rinvviare all'*arbitrium boni viri* significa rimettersi a una volontà, ma anche limitarla, stabilendo un adeguamento di essa al criterio prescritto: ciò vuol dire obbedienza a un precetto. L'*arbitrium boni viri* è dunque un modello di condotta Ciò significa: compiere un atto col criterio che è proprio del *vir bonus*. Più specificamente si dice, a volte, che a taluno è richiesto un comportamento che, giudicato da un *vir bonus*, sarebbe approvato».

¹¹³ Primo tra tutti l'Albertario, vd. sopra.

cui determinazione per espressa volontà paterna viene rimessa alla volontà dei tutori⁹⁵.

Il passo, viene, in genere, analizzato nella ricostruzione di quel dibattito giurisprudenziale, svoltosi in età classica e recepito nel *Corpus Iuris*, innescato dalla possibilità di ricorrere all'*arbitrium boni viri* nella determinazione della prestazione, con particolare riferimento alla costituzione della dote⁹⁶. La fonte viene

no determinarsi precisamente a pena di nullità, C. 5.11.1».

⁹⁴ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 417: «La dote viene costituita al marito o al suo *pater familias* o mediante la trasmissione effettiva dei beni o mediante l'assunzione di un obbligo. Al riguardo v'era nel diritto classico una tripartizione tecnica, la *dotis datio*, la *dotis dictio* e la *dotis promissio* (Ulp., *Fragm.* 6.1-2): la prima significava la costituzione reale di dote, le altre due erano forme della costituzione obbligatoria. Vi è però un modo che può costituire ora una trasmissione reale, ora un'obbligazione: il *legatum dotis* (32.43)».

⁹⁵ Cfr. S. SOLAZZI, *Tutoris 'auctoritas' e 'consortium'*, in *SDHI*, XII, 1946, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, 535 nt. 27, «l'*arbitratu* sull'ammontare della dote non sarà di uno qualunque dei tutori testamentari, ma di tutti; perché il padre mostra di volere così, discorrendo di *arbitratu tutorum*».

⁹⁶ Cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 137 s.; L. ARU, *Osservazioni sulla promessa generica di dote in diritto romano*, in *Scritti Mancaloni*, Sassari, 1938, 35 s.; R. ASTOLFI, *Studi*, cit., 269 s.; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 86 s.; P.

usualmente analizzata insieme a D. 23.3.69.4⁹⁷; C. 5.11.1⁹⁸ e C. 5.11.3⁹⁹ eviden-

VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 221 s., G. LONGO, *Diritto romano*, III, *Diritto di famiglia*, Roma, 1940, 167 ss.; D. JOHNSTON, *Roman law in context*, Cambridge, 34; K. VISKY, *La prova per esperti nel processo civile romano*, in *Studi Senesi*, LXXX, fasc.1, 1968, 59 s.; G. DONATUTI, *Mandato incerto*, in *BIDR*, XXXIII, 1924.

⁹⁷ Pap. 4 resp. : *Gener a socero dotem arbitrato soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit: dotis enim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constituti potest.* C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 88, adduce quale spia di interpolazione dal punto di vista formale la presenza di *nec videri* senza il dativo del termine di paragone e la superfluità del *constaret*. Non sarebbe, poi, logicamente coerente *arbitrio quoque detracto* perché ritenendo non apposta la menzione dell'*arbitrium* nella *stipulatio*, la obbligazione dotale risulterebbe assolutamente indeterminata, e quindi nulla. Il richiamo alle *facultates* del debitore e alla *dignitas* del creditore sarebbero, invece, dei compilatori. F. GALLO, invece, *Nuovi spunti*, cit., 584, ritiene il frammento sostanzialmente genuino. Vedi B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. C. Fadda e E. Bensa, II, Torino 1904, 519 nt. 4; G. BESELER, *Miszellen*, in *ZSS*, 1925, 443; S. RICCOBONO, *L'arbitrium boni viri nei fedecommessi*, in *Mélanges Cornil*, II, Gand, 1926, 314.

⁹⁸ Imp. Alexander A. Claudio (a. 231): *Frustra existimas actiones tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit,*

l'effettiva decisione del terzo è, infatti, presupposto indispensabile. Diversamente, in materia di legato indeterminato di dote, i vincoli derivanti dall'*officium* del tutore, nonché l'esistenza di criteri inequivocabili rendono, quasi automatica, la determinazione della dote. La diversa soluzione offerta dal giurista in materia di dote costituisce, invero, un'ulteriore conferma dell'obiettività dei criteri individuati da Celso attraverso l'osservazione della prassi sociale.

Accogliendo l'opinione del Grosso¹¹⁰, secondo il quale: «tutta questa materia (*arbitrium boni viri*) veniva elaborandosi in rapporto ai singoli negozi, alle loro esigenze, al carattere dei giudizi, anche attraverso notevoli divergenze di opinioni fra i giureconsulti», devono rilevarsi alcune peculiarità che sembrano caratterizzare l'opinione celsina. Il giurista pare, infatti, distinguersi non solo per la semplice presenza di un riferimento all'*arbitrium boni viri* o per il riferimento al soggetto cui è demandata la determinazione della prestazione¹¹¹, ma

¹¹⁰ *Obbligazioni*³, cit., 104.

¹¹¹ Infatti, nei testi celsini emerge sempre, in qualche modo, l'importanza delle qualità personali o, comunque, del rapporto tra i soggetti dell'obbligazione: *Pater-tutor-mulier; Titius-socii-societas*. La rilevata connessione (LENEL, *Palinnesia*, cit., 116) tra D. 17.2.75 e D.

Cels. 15 *dig.* D. 17.2.75 *Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur; nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit.*

Celso vincola l'efficacia del contratto di società all'effettiva determinazione delle quote sociali da parte di Tizio; dunque, se Tizio muore prima di determinare le quote sociali il contratto è inefficace. Il giurista ha un atteggiamento più cauto rispetto a quello assunto da Proculo¹⁰⁹; egli, infatti, non ammettendo che la decisione di Tizio possa essere sostituita da quello che avrebbe deciso un *bonus vir*, valorizza la circostanza che la determinazione sia rimessa ad uno specifico soggetto. Vengono così in rilievo i rapporti tra *a.b.v.* e *arbitrium* di un individuo determinato; per Celso

l'arbitrium boni viri, cit., 549: «sembra di poter sostenere ... che la riduzione all'*arbitrium boni viri* vada interpretata come sostituzione del criterio obbiettivo alla determinazione del terzo designato, per cui l'efficacia decisiva del criterio oggettivo non viene meno anche in mancanza di determinazione del terzo; qualora invece la riduzione si limiti ad una semplice correzione di una determinazione ingiusta, la determinazione della persona designata rimane presupposto indispensabile».

¹⁰⁹ D. 17.2.76; 78; 80.

cum neque species ulla nec quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quae nubebat dotem dare promiserit. La dicotomia tra le opinioni espresse con riferimento a questo rescritto possono essere efficacemente sintetizzate attraverso il rinvio alle tesi elaborate da Albertario e Gallo. Secondo l'ALBERTARIO, *Promessa*, cit., 345 s.; *L'arbitrium*, cit., 292 s., questo rescritto sarebbe l'unico genuino in materia, attraverso tale testimonianza l'autore ricostruisce il pensiero dei classici e giudica interpolati tutti gli altri testi che al fine di far salva l'obbligazione rinviano all'*a.b.v.* Gallo, invece, *Nuovi spunti*, cit., 575 s., sviluppando la tesi già espressa da A. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, cit., II, 71 ss. e C. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., 100 s., ritiene che nel rescritto non siano contemplati due diversi motivi di nullità, ma uno solo ovvero il mancato uso della *stipulatio*. Conseguentemente il rescritto non offre alcun elemento a favore dell'opinione secondo cui, durante tutta l'epoca classica, non si ammisero né la promessa né il legato generico di dote. Secondo l'A. sarebbe, dunque, inattendibile l'impostazione dell'Albertario, il quale aveva, invece, visto nel rescritto in esame il parametro per giudicare della classicità di ogni altro testo a noi pervenuto in materia. Secondo Gallo, nel sistema del codice, il rescritto assume un significato diverso da quello originario, 597 «Si spiega quindi come, almeno a partire dalla compilazione del secondo Codice, i maestri bizantini siano stati concordi nell'interpretare il rescritto di Alessandro Severo nel senso che esso disponeva la nullità della *promissio dotis*, da parte della donna, senza indicazione della *species* o della *quantitas*. Per essi la soluzione enunciata nel re-

ziando le incongruenze, allo stato presenti, tra le testimonianze pervenuteci grazie all'opera di Giustiniano.

Anche Celso partecipò a quel dialogo giuridico inerente alla possibilità di ricorrere all'*arbitrium boni viri*¹⁰⁰ nella determinazione della prestazione, non solo come si vedrà tra breve, in materia dotale.

scritto costituiva il logico corollario dell'esistenza, a carico del padre, e dell'inesistenza, a carico della donna, dell'obbligo legale di costituire la dote». Cfr. S. RICCOBONO, *'Traditio'*, cit., 180 s. Secondo Riccobono la decisione di Alessandro Severo (C. 5.11.1) negava l'azione per la dote in quella fattispecie, ma ciò solo perché: *hactenus nuptiali instrumento adscriptum*. Secondo l'A. Giustiniano avrebbe aggiunto una nuova motivazione al rescritto la frase: *cum neque species ulla nec quantitas promissa sit*. G. GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 137 s., invece, distingue la promessa del padre dalla promessa della figlia.

⁹⁹ Imp. Gordianus A. Claudio (a. 240): *Si cum ea quae tibi matrimonio copulata est nuberet, is cuius meministi dotem tibi non addita quantitate, sed quodcumque arbitratus fuisset pro ea daturum se rite promisit et interpositae stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum perveniens: videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse*. Per la bibliografia su questo rescritto vd. ntt. 96, 97 e 98. Vd. F. GALLO, *Nuovi spunti*, cit., 597 s.

¹⁰⁰ Sul tema vd. F. BONIFACIO, voce *Arbitrio e Arbitratore in diritto romano*, in *NNDI*, I, Torino, 1958, 927 s.

dal seguente frammento¹⁰⁷, in tema di società¹⁰⁸:

¹⁰⁷ Sul fr. vd. G. GROSSO, *Obbligazioni*³, Torino, 1969, 100 s.; P. VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 207; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, cit., 547 s.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi Grosso*, III, Torino, 1969, 479-542.

¹⁰⁸ Inoltre per ragioni di completezza si riferisce dell'esistenza di un altro testo celsino, escerpito dai libri *Digestorum*, in materia di *promissio iurata liberti*, anche questo fr. si occupa di *arbitratus*: Cels. 12 dig. D. 38.1.30 pr.: *Si libertus ita iuraverit dare se, quot operas patronatus arbitratus sit, non aliter ratum fore arbitrium patroni quam si aequum arbitratus sit. Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut, quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint*. La promessa è valida se il patrono *aequum arbitratus sit*, la richiesta delle opere deve quindi limitarsi al giusto e al normale. Cfr. G. LAVAGGI, *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, 82; G. GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 101 s.; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, cit., 548 nt. 23; E. ALBERTARIO, *Promessa generica e legato generico di dote*, in *PUC*, 1924, 11, ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 296, ritiene il frammento interpolato. Sembra venire in rilievo il particolare rapporto *patronus-libertus*. Ricordiamo, infatti, che anche dopo la liberazione si conserva un legame tra il liberto e il *patronus*, legame che impedisce che lo schiavo liberato possa essere considerato un *extraneus*. Cfr. inoltre R. QUADRATO, voce *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1983, 429. Secondo G.P. SOLINAS, *A proposito del-*

sua capacità di valutare gli interessi della famiglia e dei singoli, surrogando, così, come si ricordava trattando dell'istituto tutelare, la *patria potestas*.

Invero, il ricorso all'*arbitrium boni viri* è possibile proprio perché sono rinvenibili dei criteri oggettivi¹⁰⁶ che rendono, quanto meno mediatamente, determinata la prestazione. Da quanto detto, emerge in maniera decisa che è possibile rimettere la determinazione della dote all'*arbitrium tutorum*, proprio perché sono rinvenibili dei criteri oggettivi. Questa lettura del frammento è, peraltro, perfettamente coerente con la soluzione prospettata in D. 23.3.60. Possiamo ottenere un'ulteriore conferma di quanto abbiamo fin qui ipotizzato

¹⁰⁶ Possiamo ipotizzare l'esistenza di un percorso evolutivo teso ad individuare dei criteri obiettivi: tale processo potrebbe sovrapporsi idealmente a quello che ha caratterizzato l'istituto della *manumissio cum amico*, infatti, l'esistenza di criteri obiettivi nella determinazione della sfera degli amici impedisce lo sfruttamento del liberto (Cfr. B. ALBANESE, *L'amicitia' nel diritto privato romano*, in *Jus*, XIV, 1963, ora in *Scritti Giuridici*, I, 319). Da rilevarsi, però, una fondamentale differenza; ovvero mentre per la *manumissio* esistevano dei criteri precisi, definibili in modo certo, lo stesso non poteva dirsi per la quantità della dote, da qui l'affastellarsi delle opinioni dei giuristi classici.

Fin da subito, mi preme precisare che non mi occuperò, in modo specifico, dell'annoso dibattito in tema di *arbitrium boni viri*, quanto, piuttosto, dell'opinione celsina e del riferimento a tale principio nella determinazione della misura della dote. Non mancherò, ad ogni modo, di far riferimento ad alcune testimonianze celsine estranee alla materia dotale, ma utili nella ricostruzione dell'opinione del Nostro.

Con riferimento ai frammenti oggetto del presente studio, occorre, in primo luogo, sintetizzare l'esito dell'approfondimento di D. 23.3.60.

Come abbiamo ampiamente dimostrato, anche attraverso il confronto con fonti esterne alla Compilazione giustiniana, non è aliena al periodo classico l'idea che il matrimonio rappresenti lo strumento atto a costituire un'alleanza, in tale contesto la dote rappresenterebbe il mezzo attraverso il quale, anche a seguito di una comparazione¹⁰¹ del peso so-

¹⁰¹ Cfr. D. 39.5.31 pr.= *Vat. Fragm.* 253b (... *an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium*); D. 34.9.16.1. Cfr. E. ALBERTARIO, 'Honor', cit., 197 ss., R. ASTOLFI, 'Femina probosa concubina, mater solitaria', in *SDHI*, XXXI, 1965, 43 s.; *La 'lex'*, cit., 33 s.; G. CASTELLI, *Il*

cio-economico delle due famiglie, se ne regolano i rapporti.

La fattispecie descritta, nel fr. in analisi, è la seguente: un padre lega alla propria figlia la dote affidandone la determinazione all'arbitrato dei tutori. Ci si interroga a questo punto sulla validità di tale costituzione di dote, Tuberone¹⁰² risponde affermativamente all'interrogativo e a questa tesi sembra aderire Celso; Labeone chiede *quanta dos* possa essere costituita; la risposta non sembra essere difficile *ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare*. In questo caso, notiamo subito la presenza di un ulteriore crite-

concupinato e la legislazione augustea, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1923, 62 s.; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concupinato nel mondo romano*, Milano, 1940, 186; A. EHRHARDT, 'Consortium omnis vitae', in *ZSS*, LVII, 1937, 364; R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, in *BIDR XLVII*, 1940, 348; in *BIDR LV-LVI*, 245; A. SICARI, 'Leges', cit., 229 nt. 67; S. SOLAZZI, *Attorno ai 'caduca'*, in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, 345; 'Consortium omnis vitae', in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 315 nt. 10.

¹⁰² Vd. F. CASAVOLA, *Giuristi*, cit., 122: «Celso è un lettore ammirato di Tuberone. Di tredici citazioni e frammenti tuberoniani superstiti, ben cinque li dobbiamo a Celso». Sul legame del giurista con la tradizione giuridica più antica cfr. M. BRETONE, *Note minime*, cit., 336.

ni viri, così si riempie di contenuto questa formula cui, più volte, ricorre la giurisprudenza classica, sia nel caso di negozi di buona fede, sia nel caso di negozi peculiari come la dote, per far salva un'obbligazione che sarebbe, altrimenti, indeterminata. Ancora una volta, viene in rilievo il particolare ruolo del tutore, la fiducia che lo lega al testatore¹⁰⁵, nonché la

contribuire effettivamente al sostegno dell'economia familiare. È importante che nell'intenzione delle parti sussista il nesso dote-oneri del matrimonio, pur esistendo la possibilità, come nel caso esaminato in D. 23.4.11, che il marito non goda in concreto della dote (cfr. M. MAGAGNA, *I patti*, cit., 78). Dunque, deve ritenersi che questi criteri siano il frutto di una interpretazione giurisprudenziale cui contribuì certamente anche Celso piuttosto che il frutto di un esclusivo intervento dei compilatori ispirato al *favor dotis*.

¹⁰⁵ P. FREZZA, 'Ius gentium', in *RIDA*, II, 1949, 288 «Nel secondo caso la possibilità della decisione arbitrale è ammessa, a differenza che nel primo, perché la fattispecie consente la ricerca di un criterio oggettivo di decisione: presenza di tutori (testamentari) di fiducia del testatore e non direttamente interessati nel patrimonio ereditario. Labeone approfondisce la ricerca, suggerendo gli elementi da tener presenti nell'arbitrato. La conseguenza dell'aver ammesso l'*arbitrium boni viri* è, se non m'inganno, la possibilità di *non parere* all'arbitrato iniquo; e questa possibilità trovava verosimilmente la sua protezione giudiziale nell'*accusatio suspecti tutoris*».

rescritto è adeguatamente motivato con riferimento alla *pietas* paterna ed alla *voluntas contrahentium* (torna quindi il criterio che Ulpiano aveva già introdotto per i patti in generale in D. 2.14.7.8). Una diversa opinione avrebbe separato i frutti della dote dagli oneri del matrimonio, così da rendere la dote come non costituita. Dall'interpretazione adeguatrice effettuata dal principe scaturiscono le seguenti conseguenze: se vi è scioglimento del matrimonio per morte della donna o per divorzio non imputabile alla stessa nulla si potrà esigere dal *pater*, morto quest'ultimo durante il matrimonio la dote potrà essere pretesa. Il pericolo dell'inesistenza della dote è aggirato da un'interpretazione più favorevole; l'imperatore sceglie di alterare il significato letterale del patto, presumendo così, a prescindere da un qualsiasi accertamento effettivo della volontà, che le parti volessero che la dote ci fosse. I criteri ermeneutici cui si ricorre sono due: la *pietas* paterna e la *voluntas contrahentium*. La *pietas* paterna richiama i doveri familiari, quell'*officium* che compete al padre di dotare la figlia affinché possa sposarsi; in ragione di ciò, secondo l'*id quod plerumque accidit*, in ossequio ai costumi cittadini si ritiene, si presume, che la volontà delle parti fosse quella di costituire la dote. L'imperatore diventa interprete della verità verosimile (Cfr. P. VOCI, voce *Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 259 ss.). I *pacta de non petendo*, in alcuni casi, separano la dote dagli *onera matrimonii*, svilendo la causa dotale; il patrimonio dotale non è più idoneo al proprio scopo; la donna è quasi indotata. Dall'interpretazione offerta da Ulpiano si intravede quanto rilevasse per l'ordinamento che l'intenzione dei contraenti fosse quella di

rio, che manca, invece, in D. 23.3.60: il *numerus liberorum*¹⁰³. L'aggiunta appare giustificabile con le diverse circostanze che caratterizzano il caso esaminato dal giurista. Celso, ricordando in qualche modo le opinioni di Tuberone e di Labeone, tiene conto delle peculiarità che caratterizzano le vicende successorie. In altri termini, il tutore per rispettare i doveri inerenti al suo *officium*, ovvero nel salvaguardare le ragioni della famiglia, preservando anche, per così dire, le possibilità per la donna di concludere un matrimonio consono alla sua posizione e alle sue sostanze, dovrà tenere in debito conto anche il numero dei figli, garantendo che la ripartizione delle sostanze rispetti la volontà, verosimile, del *pater*. Il *tutor* deve ricorrere agli stessi criteri cui farebbe riferimento il *pater* che secondo un'idea innata di *affectio* paterna non farà alcuna differenza tra i propri discendenti¹⁰⁴. In ciò si sostanzia l'*arbitrium bo-*

¹⁰³ Vd. F. GALLO, *Nuovi spunti*, cit., 585, secondo l'A. le differenze che si riscontrano in D. 32.43 e 23.3.69.4, ovvero l'assenza del riferimento, nel fr. papiniano, al *numerus liberorum*, sarebbe dovuta ad una evoluzione, sarebbero cambiati i criteri di determinazione tratti dal costume.

¹⁰⁴ Sull'*affectio* e sulla parità di trattamento riservata ai discendenti, cfr.: Tryph. 9 *disp.* D. 23.2.67.1: *De uno dubitari potest, si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato natae, an nepoti ex altero filio eam collocare possit sive emanci-*

pato sive manenti in potestate, quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet. sed etsi senatus consultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt; sull'argomento vd. A. SICARI, 'Leges', cit., 234 s. Invero, la *pietas paterna* o *affectio paterna* emerge spesso in materia matrimoniale e dotale. A questi criteri interpretativi fa riferimento anche Alessandro Severo, con riferimento ai *pacta de non petendo*. Ulpiano approfondisce il caso di un patto *de non petendo* apposto ad una costituzione obbligatoria di dote (Ulp. 34 *ad ed.* D. 23.4.11): *Cum pater dotem [pollicitus fuerit] <promiserit> et paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum Divus Severus constituit, quasi adiectum esset se vivo: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet quodque indignissimum est, inducat ut non habuisse dotem existimetur. quo rescripto hoc effectum est, ut, si quidem vivo patre decesserit filia aut sine culpa sua divorterit, omnimodo dos peti non possit, constante matrimonio mortuo patre peti possit.* (Secondo alcuna dottrina *promiserit* dovrebbe essere sostituito da *dixerit*. Sulla tematica G. ROMANO, 'Conventio e consensus' (a proposito di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3), in *AUPA*, XLIII, 2003, 260 nt. 71, con letteratura. Cfr. anche *Index itp., ad h.l.*) Il frammento descrive una *promissio dotis*, con la quale il padre si obbliga a dotare la figlia, cui si aggiunge un patto *de non petendo* con *conceptio in personam* (ciò si rileva dalla presenza della dizione 'se vivo' che rende chiaro il carattere personale dell'accordo, cfr. M. MAGAGNA, *I patti*, cit., 142), in base al quale la dote non sia pretesa nei suoi confronti, fin-

ché viva o durante il matrimonio. Secondo la formulazione del patto, dunque, il padre avrebbe potuto opporre l'*exceptio pacti* (con riferimento ai *pacta de non petendo* ed alla trasmissione della relativa eccezione all'erede cfr. Pomp. 26 *ad Sab.* D. 23.4.10: *Avus pactus est, cum dotem pro nepote suscepisset, ne a se, neve, a filio dos peteretur: ab alio vero, quam filio herede, ut dos peteretur: exceptionem conventionis filius tuendus erit: quippe heredi nostro cavere concessum est nec quicquam obstat, quo minus certae personae, si heres erit sibi, caveri possit: quod non idem et in caeteris heredibus cavetur: et ita Celsus scribit.* Sull'argomento vd. M. MAGAGNA, *I patti*, cit., 134 e dottrina ivi citata, vd. anche G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, in *Studi urb.*, I, 3-4, 1927, 29 ss., ripubblicato in *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, 58) se chiamato all'adempimento dell'atto costitutivo di dote, in vita e per tutta la durata del matrimonio. Ulpiano a questo punto riferisce un rescritto dell'imperatore Settimio Severo, in base al quale la seconda parte del patto andava interpretata come se fosse presente la dizione 'se vivo'. Ovvero, l'*exceptio pacti* avrebbe potuto essere opposta durante il matrimonio solo nel caso in cui fosse vivo il padre. Le due condizioni andavano intese, secondo l'interpretazione imperiale, congiuntamente e non alternativamente (il patto *ne dos constante matrimonio petatur* ha effetti liberatori, in quanto, sciolto il matrimonio la donna o il padre maturano il diritto alla restituzione; il marito, infatti, a questo punto non può più richiedere ciò che è obbligato a restituire. Sul punto si ravvisa una analogia tra la situazione descritta in D. 23.4.11 e quella di Iav. 6 *ex Post. Lab.* D. 23.4.32.1, cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 439 nt. 3 e 4; M. MAGAGNA, *I patti*, cit., 55 nt. 87). Il