

Alto Ill. mo signora Urvvovvovv davis quv

Omaggio dell' Autore

Romario

IL CONCETTO DELLA DOTE

NEL DIRITTO ROMANO

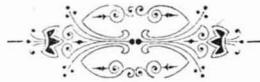


Roi
S.

IL
CONCETTO DELLA DOTE
NEL DIRITTO ROMANO

STUDIO STORICO-GIURIDICO

dell' Avvocato **RAFFAELLO D'ANCONA**



FIRENZE
TIPOGRAFIA COOPERATIVA
Via Monalda, 1

—
1889

A. 80. 161

ALLA CARA MEMORIA

DI MIO PADRE

AVVERTENZA

In questo lavoro stampato nell'imminenza d'un concorso, mancarono all'autore il tempo ed il modo di far tesoro di alcune recenti ed importanti pubblicazioni, che trattano il medesimo soggetto, o più o meno direttamente vi si connettono.

L'autore deplora altresì, che della fretta con cui dovè dare alle stampe il suo scritto, si risentano gli effetti nell'ordine della trattazione non sempre scrupolosamente mantenuto, e nell'omissione o nel poco diffuso esame di alcuni punti del diritto dotale romano, che col concetto della dote sono strettamente collegati.

Firenze, 15 Aprile 1889.



INDICE

Della dote in generale, *pag.* 1.

L'actio rei uxoriae, 60.

Cambiamento nel concetto della dote, 82.

Sullo scopo della *retentio propter liberos*, 87.

Il marito era proprietario delle cose dotali, 90.

Durante il matrimonio non esisteva obbligazione dotale, 107.

La dote considerata come universalità, *pag.* 122.

Ragione della limitata responsabilità del marito rispetto alle cose dotali, 124.

Ragione del divieto di restituire la dote durante il matrimonio, 128.

Confronto del concetto di dote con quello di donazione, 136.

INDICE ANALITICO

- Actio adjuncta filiae persona**, *pag.* 4
nota 1, 75 e segg.
- Actio iniuriarum**, 75.
- Actio ex stipulatu**, 85 e segg., 120 e
segg.
- Aequius melius (L')** della formula del-
l'actio rei uxoriae, 74 e 75.
- Affezione (Interesse d')**, 98 e segg.
- Avventizio (Peculio)**, 49 e segg.
- Azione dotale**, 10, 16, 18, 60 e segg.
- Azione Pauliana**, 143 e segg., 153 e
segg.
- Baccanali (S. C. dei)**, 16.
- Beneficium abstinendi**, 11 nota 2.
- Bonorum possessio unde cognati**, 46.
- Bonorum possessio unde vir et uxor**, 11
nota 3.
- Castrense (Peculio)**, 48 e segg.
- Cautiones rei uxoriae**, 82 e segg.
- Cauzione (Liberazione dall'obbligo di
prestare)**, 101.
- Collazione del figlio emancipato**, 100,
117.
- Confisca dei beni del marito**, 59.
- Datio in adoptionem**, 59.
- Divieto d'alienare il fondo dotale**, 2.
- Divorzio**, 10, 15, 16, 65.
- Donazione**, 136 e segg.
- Editto de alterutro**, 11 nota 2, 18, 68
e segg.
- Emancipazione del figlio di famiglia
ammogliato**, *pag.* 58 e segg.
- Evizione del fondo dotale**, 96, 111.
- Fideiussione**, 118.
- Figlio di famiglia (Dote costituita pel
matrimonio del)**, 47 e segg.
- Frutti dotali**, 40 e segg.
- Giustiniano (Diritto)**, 79, 85, 86, 90,
106, 119 e segg., 156.
- Judicium domesticum**, 74.
- Julia (Lex) et Papia Poppaea**, 87, 129
nota 2.
- Maenia (Lex) de dote**, 2 e segg.
- Manomissione degli schiavi dotali**, 2,
113.
- Matrimoni colla manus**, 4 e segg., 11,
17, 65 e segg., 72 e segg.
- Matrimoni liberi**, 6, 11, 12, 17.
- Mora del marito nella restituzione
della dote**, 78 nota 3.
- Morte del marito**, 11, 17, 18, 67 e
segg., 72.
- Morte della moglie**, 79, 119.
- Obbligazione dotale**, 107 e segg.
- Obbligo di dotazione del padre**, 2,
151 nota 3.
- Oppia (Legge)**, 16.
- Orfiziano (S. C.)**, 25, 46.
- Origine dell'actio rei uxoriae**, 61 e
segg.

- Pactum de lucranda dote**, *pag.* 146 e segg.
- Peculio del figlio di famiglia, 93 e segg.
- Pegno, 118.
- Perpetuità della causa della dote, 21, 51, 60 e segg.
- Pesi del matrimonio (Destinazione della dote ai), 29 e segg., 44, 51.
- Profecticia* (Azione dell' ascendente paterno per la restituzione della *dos*), 79 e segg.
- Proprietà sulle cose dotali, 26, 86, 90 e segg.
- Querela inofficiosi testamenti*, 75.
- Recepticia (Pecunia)*, 6 e segg.
- Responsabilità del marito rispetto alle cose dotali, 116 e segg., 124 e segg.
- Restitutio propter minorem aetatem, *pag.* 99.
- Restituzione della dote durante il matrimonio, 128 e segg.
- Retentio propter liberos*, 2, 87 e segg.
- Retenzioni dotali, 18, 19, 20.
- Revoca della donazione per ingratitudine, 159.
- Società, 56 e segg.
- Tavole (XII), 1.
- Termini per la numerazione della dote, 2.
- Termini per la restituzione della dote, 2.
- Tertulliano (S. C.), 25.
- Tesoro trovato nel fondo dotale, 102.
- Testamento del marito, 11, 14, 17.
- Università dotale, 122 e segg.
- Voconia (Lex)*, 7, 16.

TESTI PRINCIPALMENTE ESPLICATI

Fonti antigiustiniane.

- Boezio, ad Cicer. Topica, XVII, 66,
(pag. 63, 74).
Cicerone, Topica 4, (66).
Gellio, Noctes Atticae IV, 3, (61).
Vaticani (Frammenti) § 115. (67.)
» » §§ 305, 306, (156).

Fonti giustiniane.

Digesti:

- II, 8: qui satisfacere cogantur:
L. 15, § 3, (100).
IV, 4: de minoribus:
L. 3, § 5, (99).
IX, 2: ad l. Aquiliam:
L. 56, (126, nota 2).
X, 2: familiae erciscundae:
L. 20, § 2, (53).
L. 46, (55).
L. 51 pr., (53).
XI, 7: de religiosis:
L. 27, § 1, (134 nota 2).
XII, 6: de conditione indebiti:
L. 32, § 2, (138 e segg.).
XIII, 5: de pecunia constituta:
L. 1, § 6, (115 nota 2).
XVII, 2: pro socio:
L. 66, (56).
L. 65, § 16, (57).

- XX, 1: de pignoribus:
L. 5 pr., (pag. 118).
XXI, 2: de evictionibus:
L. 71, (98).
XXIII, 3: de iure dotium:
L. 1, (21 e segg.).
L. 4, (34 e segg.).
L. 6 pr., (79 e segg.).
L. 7 pr., (40 e segg.).
L. 19, (115 nota 2).
L. 20, (36 e segg.).
L. 42, (119 nota 3).
L. 56, § 1, (47 nota 1, 51
e segg.).
L. 67, (21 nota 3).
L. 73 pr., (118, nota 4).
L. 73, § 1, (134).
L. 75, (96, 111).
L. 85, (135 nota 2).
XXIII, 4: de pactis dotalibus:
L. 4, (42).
L. 7, (114).
L. 11, (36 nota 3).
XXIV, 3: soluto matrimonio:
L. 7, § 12, (102).
L. 20, (132 e segg.).
L. 22, § 6, (77 nota 2).
L. 24, § 5, (102, 126 nota 2).
L. 31 pr., (59).
L. 37, (77 nota 2).
L. 66 pr., (126 nota 1).

XIV

- XXVI, 7: de admin. et periculo:
L. 43, § 1, (*pag.* 112, 153,
nota 1).
- XXXIII, 4: de dote praeleg.:
L. 1, § 9, (55).
- XXXVII, 6: de collatione:
L. 4, (100).
- XL, 1: de manumiss.:
L. 21, (113).
- XLII, 8: quae in fraudem credi-
torum:
L. 10, § 14, (143 e segg.).
L. 25, (143, 153 e segg.).
- XLVII, 2: de furtis:
L. 49, (104 nota 7).

- XLIX, 17: de castrensi peculio:
L. 16 pr., (*pag.* 49).
- L, 1: ad municip.:
L. 21, § 4, (103).
Codice:
- V, 12: de iure dotium:
L. 24, (159).
L. 30, (106).
L. 31 pr., (156 e segg.).
- V, 13: de rei uxoriae actione:
L. unica, (85, 120 e segg.).
- VII, 8: de serv. pign. dat.:
L. 1, (105 nota 3).
- VIII, 15: in quib. caus.:
L. 4, (103).

ERRATA-CORRIGE

A pag.	2	not. 2	si legge:	1886 . . .	—	Va letto:	1866
»	»	15 l. pen. ^a	»	e i. . . .	—	»	» e il
»	»	62 lin. 2	»	por . . .	—	»	» per
»	»	62 » 22	»	invalsa . .	—	»	» invalso
»	»	65 » 11	»	casuale . .	—	»	» causale
»	»	65 » ult.	»	si inaconciliabile	—	»	» sia inaconciliabile
»	»	71 » 19	»	conteuente .	—	»	» contenute
»	»	72 » 8	»	disconosciuto.	—	»	» disconosciuto
»	»	95 » 16	»	partare . .	—	»	» parlare
»	»	130 » 20	»	por . . .	—	»	» per
»	»	136 » 6 (nota)	»	della . . .	—	»	» delle

A pag. 27 è omessa la nota 2, che suona così: Vedi pag. 129 e segg.



Il diritto dotale romano deve il suo svolgimento all'opera della consuetudine e della giurisprudenza, non a quella della legislazione (1). È naturale che la legge delle XII Tavole non contenesse alcuna disposizione di diritto dotale, perchè questo diritto incominciò a svolgersi soltanto nel secolo VI, quando cioè fu introdotto l'obbligo di restituire la dote, e la dote cessò d'essere un ente patrimoniale che passava perpetuamente ed irrevocabilmente nel patrimonio del marito. Ma neppure dopo la legislazione decemvirale furono emanate leggi riformatrici l'istituto dotale romano, piuttosto allorquando questo si era nelle sue parti principali sviluppato, alcuni punti di secondaria importanza del diritto dotale, ebbero regola o conferma in leggi delle quali probabilmente non costituivano l'oggetto esclusivo.

Alcune di queste disposizioni però, pure essendo della natura suddetta, non mancarono di esercitare un'influenza grandissima sull'ulteriore sviluppo del diritto dotale e confermarono,

(1) Vedi CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (Giessen, 1870), pag. 1 e segg. — CAMICI, *Del regime patrimoniale nel matrimonio romano* (Firenze, 1882), pag. 25 e segg.

consacrarono e dettero la spinta a che fosse sempre più dal diritto riconosciuto, quel sentimento, per il quale la dote non è tanto patrimonio del marito, quanto della famiglia e della donna in particolare; sentimento, che anche presso i giureconsulti romani dell'epoca classica, trovò riconoscimento e può dirsi trionfasse all'epoca di Giustiniano, il quale lo tradusse in principio giuridico almeno nelle sue conseguenze.

Fra queste disposizioni legislative è prima di tutto da menzionare il divieto d'alienazione del fondo dotale, che portò un così forte colpo al diritto di proprietà del marito e sanzionò e riconobbe, per così dire, autenticamente, quel sentimento per il quale il marito era piuttosto depositario, che assoluto ed insindacabile padrone delle cose dotali. Così si spiega l'apparente stranezza d'una legge che vieti ad un proprietario di alienare senza il consenso d'un'altra persona (1). Il divieto d'alienare il fondo dotale deve la sua origine alla legislazione d'Augusto, e lo stesso deve dirsi dell'obbligo di dotazione del padre e delle disposizioni concernenti la manomissione degli schiavi dotali. Invece la fissazione dei termini per la restituzione, e probabilmente quella dei termini per la numerazione della dote e la determinazione delle quote di ritenzione *propter liberos*, appartengono a leggi antecedenti, che non è possibile precisare con certezza e neppure con una qualche probabilità. Il VOIGT (2) ha sì tentato di provare l'esistenza d'una *lex Maenia de dote* dell'anno 568 di Roma, che avrebbe contenute le disposizioni summentovate ed effettuata una radicale riforma del diritto dotale di quel tempo, ma per quanto mirabili siano gli sforzi d'ingegno coi quali il sommo giureconsulto tedesco cercò di dar fondamento alla sua ipotesi, e per quanto questa abbia avuto a rallegrarsi dell'approvazione di egregi romanisti

(1) COGLIOLO, *Archivio giuridico*, XIX, pag. 183, nota 5.

(2) *Die l. Maenia de dote vom Jahre 568 der Stadt*. Weimar, 1886.

forestieri (1) e nostrani (2), non ci sembra che tale tentativo sia riuscito. Contro l'esistenza d'una *lex Maenia de dote*, parlano invero, oltre l'insufficienza degli argomenti addotti dal VOIGT messa in evidenza dalla critica dello CZYHLARZ (3), i risultati della quale non valse a infirmare la replica risentita del VOIGT (4), anche argomenti d'ordine generale, che in mancanza d'una prova positiva dell'esistenza di quella legge, autorizzano a respingere risolutamente l'ipotesi del VOIGT ed a qualificare col DERNBURG (5) la *lex Maenia de dote* per un parto di fantasia (*ein Fabelwesen*). Il diritto dotale romano si è sviluppato, come tutti gl'istituti giuridici romani, ma specialmente questo, gradatamente ed a seconda che i tempi mutati richiedevano modificazioni. Ad ogni modo una legge che avesse esercitata un'influenza profondamente modificatrice sul diritto dotale romano, come sarebbe il caso della *lex Maenia de dote* secondo il VOIGT, dovrebbe trovarsi spesso rammentata in diretta relazione colla dote, negli avanzi della letteratura giuridica che possediamo, ciò che non avviene. Se i giureconsulti romani non trascurarono di citare e riportare le leggi su cui si fondavano principii di diritto dotale d'importanza secondaria, quanto non sarebbero stati solleciti di citare una legge, che avrebbe portata una completa rivoluzione non tanto nel campo del diritto dotale, quanto in quello dei sentimenti e delle idee romane, sostituendosi all'opera lentamente progressiva degli organi creatori del diritto presso i Romani!

Il migliore argomento contro l'ipotesi del VOIGT si può de-

(1) ARNDTS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VII, pag. 1 e segg. — VERING, *Geschichte und Inst. des Röm. Privatr.* Mainz, 1870. — KUNTZE, *Cursus d. R. R.* 1879, p. 548.

(2) COGLIOLO, *Quaestiones vexatae de dotibus*. Bologna, 1883 (*Archivio giuridico* XXIX, fasc. 1-5).

(3) Op. c., pag. 1-6.

(4) *Jus naturale*, III, pag. 1187 e segg.

(5) *Pand.*, III, pag. 23, nota 1 (Berlin, 1887).

vivare appunto dal modo in cui gl' istituti giuridici nacquero e si svilupparono specialmente presso i Romani, e questo modo di svolgimento del diritto romano nessuno ha saputo mettere in evidenza meglio dell' illustre COGLIOLO in molti punti dei suoi pregevoli scritti, di modo che egli deve accagionare se stesso, se a chi nello studio del diritto romano a questi si ispira, ripugna l' ammettere un' ipotesi, che a tal modo di svolgimento direttamente si oppone, e finisce col respingerla senza esitazione, quando si accorge della deficienza degli argomenti speciali in favore di essa portati (1).

In ogni tempo e presso ogni popolo l' istituto dotale corrispose alla organizzazione propria della famiglia, per la quale la dote in modo più o meno diretto fu sempre destinata. Due organizzazioni famigliari tanto diverse tra loro come la romana e la nostra, dovevano condurre a due differenti regimi dotali (2). Era concetto radicato nella coscienza del popolo romano, che tutto il patrimonio famigliare fosse concentrato nel padre di famiglia attorno al quale era essa imperniata, e che tanto di questa poteva dirsi rappresentante, in quanto a lui solo incom-

(1) Non vogliamo dilungarci nell' esame di questi argomenti che già sono stati ribattuti dallo CZYHLARZ, le cui ragioni possono leggersi egregiamente riassunte nel CAMICI (l. c.); qui ci preme soltanto notare essere cosa più facile ad asserire che a dimostrare, che l'*adjunctio filiae* a causa delle sue particolarità ed anormalità non possa essere parto della consuetudine e giurisprudenza (VOIGT, *de l. Maenia* cit., pag. 78); ci sembra invece che le peculiarità dell'*actio adjuncta filiae persona* aventi la ragione d'essere nel concetto stesso della dote, e nei rapporti famigliari, siano perfettamente conciliabili con quella giurisprudenza e consuetudine, che seppero incontestabilmente dar vita all'obbligo della restituzione in caso di divorzio e posero così le basi dell' istituto dotale.

(2) GIDE, *Du caractère de la dot en droit romain*, pag. 502 dell'*Étude sur la condition privée de la femme*. Paris, 1885.

beva l'obbligo di soddisfarne i bisogni e le legittime aspirazioni, senza che per altro si potesse parlare di diritti proprii della famiglia, la rappresentanza dei quali al padre spettasse (1). In ogni tempo dovette apparire giusto e conveniente, che la donna concorresse essa pure al sopportamento dei pesi del matrimonio, e presso i Romani non era possibile che essa portasse il suo contributo che indirettamente, rafforzando, per così dire, il patrimonio del marito, che solo era capo della famiglia e depositario del bene famigliare. A questo sentimento per il quale era giusto, e necessario a che la donna occupasse nella casa coniugale un posto conveniente, che essa portasse il suo contributo al patrimonio del marito, soddisfaceva il passaggio di proprietà, che per necessità di diritto avveniva in conseguenza della *manus*, di tutto ciò che la donna *sui juris* avesse per avventura posseduto (2). Se non che nella maggioranza dei casi, la donna che andava a marito era *filiafamilias* e come tale non poteva possedere cosa alcuna in proprio; era dunque necessario, affinchè il marito ricevesse qualche cosa in compenso dei pesi del matrimonio, che un terzo (e questi era generalmente il padre della donna a cui il costume ne faceva obbligo) procurasse al marito con un atto speciale, quell'aumento di patrimonio, che altrimenti non sarebbe avvenuto. In quest'aumento di patrimonio, che a differenza di quello verificantesi per necessità di diritto, allorquando la donna *sui juris* e provvista di patrimonio proprio passava nella mano del marito, era soltanto destinato a portare al marito un contributo a sopportare i pesi del matrimonio, e conseguentemente ad assicurare alla donna un posto conveniente nella casa di lui, abbiamo il primo esempio

(1) Vedi COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, pag. 118, 1885.

(2) Vedi la nostra nota (a) a pag. 35 del lib. XXIV del GLÜCK, *Commentario alle Pandette*. Milano, 1889.

della dote (1). Venuti i matrimoni liberi, la donna non passava più nella famiglia e potestà del marito, e, se *sui juris* e fornita di proprio patrimonio, lo conservava; mancava dunque sempre quell'aumento di patrimonio del marito verificantesi per necessità di diritto, e così mirabilmente corrispondente al giusto riguardo alla condizione del marito ed alla conveniente posizione della donna maritata; epperò fu necessario che la donna aumentasse con un atto speciale il patrimonio del marito se a lui voleva dare un compenso pei pesi del matrimonio (2). Così la dote che nei matrimoni colla mano si aveva soltanto quando la donna era *filiafamilias*, o, pure essendo *sui juris*, non possedeva niente in proprio, divenne l'unico mezzo nei matrimoni liberi, per far sì che la donna partecipasse indirettamente ai pesi del matrimonio, aumentando il patrimonio del marito.

Nei primi tempi la dote, come quella che surrogava quel passaggio di proprietà che per necessità di diritto si verificava nel matrimonio con la mano, abbracciava probabilmente tutto quanto il patrimonio della donna (3). Come tutto il patrimonio del marito costituiva il patrimonio familiare, così era naturale che anche tutti i beni che la donna possedeva andassero ad aumentarlo. Per qual ragione doveva essa riservarsi come bene parafernale una parte del proprio patrimonio, che è quanto dire impedire che andasse a far parte del patrimonio familiare,

(1) Anche lo SCHEURL, *Krit. V. J. Schr.* di BRINZ, VI, 11, dice di non trovare alcuna ragione per ritenere che la dote fosse un istituto proprio esclusivamente del matrimonio libero. — Vedi pure il DEVILLA, *Il carattere della famiglia ed il regime patrimoniale dei coniugi*. Sassari, 1885, p. 391, 397 e seg. — D'altra opinione è il CAMICI, op. cit., p. 21 e seg.

(2) CZYHLARZ, op. cit., p. 13.

(3) SCHENK, *Das Recht der Dos vor Justinian*, 1812, p. 68. — SCHEURL, l. c., VI, p. 15. — BECHMANN, *Das römische Dotatrecht*, I, p. 44 e seg. — CZYHLARZ, op. cit., p. 13, nota 16. — ESMEIN, *Melanges d'histoire du droit et de critique*. Paris, 1886, p. 40. — Cfr. anche D'HAUTHUILLE, *Étude historique sur l'origine et les progrès du régime dotal chez les Romains*. *Revue de législ. et de jurispr.*, VII, p. 305 e seg.

mentre era certo che il marito non avrebbe considerato tutto quanto il suo patrimonio che come un bene familiare, e non avrebbe mancato di amministrarlo e d'impiegarne i proventi in modo conforme a questa destinazione? Soltanto quando i costumi cominciarono a corrompersi, i mariti cessarono di aver coscienza dei propri doveri e d'ispirare fiducia alle mogli, e queste dall'altra parte sentirono il desiderio di procurarsi piaceri e divertimenti senza sottoporsi al controllo dei mariti, potè introdursi l'uso di non costituire tutto il patrimonio in dote; onde CATONE dalla frequenza ed entità della *pecunia recepticia* poteva derivare un argomento per raccomandare la *lex Viconia* (1). L'espressione *pecunia recepticia* non stava ad indicare quel patrimonio che la donna espressamente si riservava per impedire che tutti quanti i suoi beni passassero al marito a titolo di dote, perchè a questo scopo non faceva mestieri d'un espressa riserva. Bensì questa denominazione dei beni della moglie non dati in dote al marito, stava a denotare che quella parte di patrimonio che la donna non si costituiva in dote, sembrava sottratta alla sua destinazione naturale, e che una costituzione parziale di dote appariva come qualche cosa di eccezionale.

Vero è che l'espressione *pecunia recepticia* significa semplicemente ciò che la donna ha ritenuto, e questo *recipere* può essere la semplice conseguenza del fatto che qualche cosa non fu data in dote; infatti GELLIO identifica *recipere* con *retinere* e perciò intende per *dos recepticia*, semplicemente ciò che non

(1) BECHMANN, op. cit., I, pag. 45. Quest'autore cita molto a proposito il seguente passo di PLAUTO:

« . . . peculi probam nihil habere addeceat
Clam viro et quod habet partum ei haud commode est,
Quin viro aut subtrahat aut stupro invenerit.
Hoc viri censeo esse omne quidquid tuum est. »
Casina II, 2, 25 e seg.

fu dato in dote, il patrimonio ritenuto di fatto (1). Ma tutte queste giuste osservazioni non tolgono che l'espressione *recepticia*, pur non supponendo un'espressa riserva, stia ad indicare qualche cosa di riservato, sottratto a ciò che di solito avviene.

La dote non costituiva che una parte del patrimonio familiare, ed al pari delle altre parti doveva essere affidata al padre di famiglia, depositario più che proprietario nella coscienza e nell'opinione comune del patrimonio familiare; epperò la dote mentre era data al marito allo scopo di metterlo meglio in grado di sopportare i pesi del matrimonio, indirettamente serviva all'interesse dei figli e della donna stessa, in quanto aumentava quel patrimonio familiare, del quale il padre, in realtà e secondo il concetto morale e naturale, era più depositario che proprietario. Questo concetto morale e naturale ottenne col tempo un certo riconoscimento giuridico; ma dove specialmente si riconobbe giuridicamente il sentimento pel quale il padre di famiglia era depositario del patrimonio che aveva in proprietà, fu in riguardo di quella parte di patrimonio che gli era stata procurata a titolo di dote, che è quanto dire, coll'espressa destinazione di contributo a sopportare i pesi del matrimonio.

Era specialmente riguardo a questa parte del suo patrimonio, che il padre di famiglia doveva avere coscienza dei doveri che gl'incombevano. Da principio ciò non doveva avere per effetto d'assoggettare la dote ad un trattamento giuridico differente da quello delle altre parti del patrimonio del marito, alla coscienza del quale erano tutte affidate; e certo il buon padre di famiglia non impiegava i beni che componevano il suo patrimonio, a qualunque titolo gli fossero pervenuti, che a van-

(1) CZYHLARZ, op. cit., pag. 13, nota 16; contro BECHMANN, op. cit., I, pag. 44 e seg.

taggio della moglie e dei figli, nè escludeva quella e questi dall'eredità se non per giuste ragioni. Nella coscienza e nell'opinione comune le doti erano però il patrimonio per eccellenza delle singole famiglie per le quali erano state date, a differenza del patrimonio in genere del padre, che era sì, esso pure, secondo quel concetto, patrimonio familiare, ma di tutta la famiglia della quale il *paterfamilias* era capo. Chiaro è. In seno all'antica famiglia si formavano nuove famiglie minori; il padre di famiglia riceveva le doti come corrispettivo dei pesi di queste nuove famiglie che si andavano formando; alla sua coscienza era rimesso l'impiegare queste doti in modo rispondente ai bisogni delle singole famiglie per le quali erano state date, e così questi aumenti di patrimonio del padre, benchè non divisi, ma confusi nel patrimonio di lui, erano distinti di fronte alla coscienza del padre di famiglia ed alla pubblica opinione; ogni dote doveva da lui essere considerata come patrimonio speciale di quella famiglia pel bene della quale era stata costituita; in vita egli non trascurava di usarne in conformità di questo carattere, ed alla sua morte era solito legare le singole doti ai singoli figli, che divenivano per la sua morte padri di famiglia; così questo deposito sacro si trasmetteva di capo di famiglia in capo di famiglia, conforme alla sua destinazione ed al suo concetto. A quest'obbligo morale del padre di famiglia si sostituì in seguito la norma giuridica, accordando al figlio il diritto di prelevare la dote.

La dote era un patrimonio destinato alla famiglia, non meno al marito che alla donna ed ai figli; nè questa era una destinazione temporanea e limitata alla durata del matrimonio, ma *perpetua*. Che la dote per sua natura dovesse rimanere sempre presso il marito, era allora tanto naturale, quanto è naturale adesso che la sua destinazione sia temporanea; era una conseguenza necessaria delle leggi dell'organismo dell'antica famiglia romana, nella quale la dote non avrebbe potuto essere restituita alla moglie o agli eredi di questa, senza essere per sempre perduta pei figli e sottratta così alla sua destinazione; è appunto ri-

mantenendo sempre presso il marito, che la dote poteva essere impiegata in modo conforme alla sua destinazione; i figli ne erano avvantaggiati durante la vita del padre, e vi partecipavano dopò la morte di lui. Con questo non neghiamo, che la dote fosse costituita nell'interesse principale del marito; era quest'ultimo infatti che sopportava e solo doveva sopportare i pesi del matrimonio, e certo ogni padre di famiglia ha interesse a che il patrimonio destinato ai pesi del matrimonio sia il più grande possibile; se non che egli doveva avere la coscienza di essere più depositario che padrone della dote. Finchè i costumi romani si mantennero puri, ed i mariti, ossequienti ai doveri che loro incombevano, usarono della dote nell'interesse della famiglia, non poteva essere accentuato che l'interesse del marito, perchè sopportando questi i pesi del matrimonio sempre in proporzione delle sue forze, in qualunque condizione economica si fosse trovato, la costituzione di dote non doveva apparire che come un atto col quale gli era alleggerito questo onere. Ma quando i mariti cominciarono a disconoscere i loro doveri tanto in confronto delle mogli che dei figli, il diritto dovette prender piede là dove fino allora tutto era stato rilasciato alla coscienza del padre di famiglia, e mano a mano che dalla coscienza di questo scompariva il sentimento che la dote era un patrimonio familiare, rafforzarsi questo sentimento nel campo del diritto e prendere forma di principio giuridico; vedremo in seguito come ciò avvenisse principalmente nel senso di accentuare maggiormente la relazione della dote con quel membro della famiglia dal quale la dote stessa era provenuta.

L'assenza d'ogni azione dotale nei primi secoli di Roma è un fatto naturale, una conseguenza necessaria dello stato generale dei costumi e delle leggi di quell'epoca; se la donna usciva dalla famiglia del marito in conseguenza del divorzio, il marito non mancava di assegnarle quello che credeva che essa meritasse, e fosse proporzionato ai bisogni di lei. Com'era affidato al marito l'impiegare la dote in conformità della sua destinazione, cioè fare risentire alla moglie ed ai figli i van-

taggi derivanti dal fatto che il suo patrimonio era stato aumentato colla costituzione di dote, così gli era rimessa la cura di provvedere alla sorte della donna, che usciva in conseguenza d'un fatto a lei non imputabile, dalla famiglia della quale fino allora aveva fatto parte. Quanto al caso di morte del marito, la posizione della donna nei matrimoni colla *manus* era sufficientemente garantita, perchè la moglie aveva sui beni del marito gli stessi diritti che spettavano alla figlia sulla successione del padre (1), e così nel patrimonio del marito, al quale in tutto o in parte succedeva, ritrovava il patrimonio dotale, che vi si era confuso continuando a servire anche dopo sciolto il matrimonio alla sua destinazione, cioè a dar modo alla moglie ed ai figli di convenientemente mantenersi (2). Lo stesso non avveniva nei matrimoni liberi, nei quali la moglie non aveva alcun diritto sulla successione del marito (3). Qui era rilasciato alla coscienza del padre di famiglia il provvedere alla sorte della moglie, e finchè i costumi si mantennero puri, la moglie poteva essere sicura di non essere dimenticata nel

(1) Lo stesso dicasi della moglie d'un figlio di famiglia, la quale era *neptis loco* in confronto del *paterfamilias*.

(2) Qui non esisteva dunque alcuna ragione per concedere alla donna il diritto di prelevare i beni, che aveva portati al marito. Il VOIGT pretende che la moglie avesse la scelta fra la dote e la porzione intestata in conformità dei principi dell'editto *de alterutro*; ma prescindendo dal fatto che quest'opinione presuppone (nota bene lo CZZHLARZ, o. c., p. 35, n. 4) un diritto della donna alla restituzione della dote, che nel tempo di cui trattiamo non ancora esisteva, è da notare che l'editto *de alterutro* si riferiva, stando alle scarse testimonianze delle fonti, alle disposizioni testamentarie e non anche alle successioni intestate. Inoltre questo diritto di scelta mal si sarebbe conciliato col fatto che la moglie era erede necessaria, e neppure il VOIGT ammette che così presto valesse il *beneficium abstinendi*. Vedi ARNDTS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. VII, pag. 19, not. 27. — CZYHLARZ, o. c., pag. 35, nota 4.

(3) La *bonorum possessio unde vir et uxor* è, oltre che troppo sussidiaria, di data troppo recente perchè possa essere presa qui in considerazione. V. LEIST, *Die bon. poss.*, vol. II, pag. 25.

testamento del marito. È difficile pensare che allorquando l'unione coniugale era stata troncata soltanto dalla morte, il marito non provvedesse nel testamento alla sorte della moglie, ed infatti l'uso di lasciare alla moglie un legato, che ne assicurasse l'esistenza dignitosa ed indipendente, era tanto invalso, che non cessò neppur quando ne venne meno la necessità (1).

Il padre di famiglia proprietario e depositario del patrimonio familiare, nel quale si trovavano confusi i beni dalla moglie portati, al pari di quelli risultati dal lavoro dei figli, aveva il dovere morale di provvedere alla sorte dei membri della famiglia per il tempo successivo alla sua morte, e di distribuire equamente il patrimonio familiare fra coloro, che avevano contribuito ad ingrossarlo (2). Per il padre di famiglia romano il fare testamento era pagare un gran debito morale, il trascurare di farlo era agire da uomo senza coscienza, da depositario infedele; ecco perchè i romani consideravano come quasi disonorato chi moriva intestato (3). Non era affatto fuori d'uso che il marito istituisse erede la moglie (4) nel matrimonio libero, ma sembra che il modo più comune (ed era invero il più adattato e rispondente allo scopo) col quale i padri di fa-

(1) Vedi il titolo 4° del libro XXXIII dei Dig.: *de dote praelegata*.

(2) Di qui anche l'uso di legare al figlio il peculio (l. 26, D., *de pec. leg.* 33, 8; *cfr.*, l. 10, *ibid.*; l. 89 pr., D., *de leg.* I; l. 7, D., *de manumiss.*, 40, 1). Il peculio, che il figlio amministra, è in gran parte frutto del lavoro di lui e legandoglielo il padre compie un atto di giustizia distributiva. Vedi ESMEIN, o. c., pag. 44.

(3) ESMEIN, o. c., pag. 39. — È interessante il seguente passo d'una lettera di Frontone a Marco Aurelio, riportato dall'Esmein (pag. 39, nota 1): « Qui mos si fuerit inductus ut defunctorum testamenta ex provinciis transmarinis Romam mittantur, indignius et acerbius testamentorum periculum erit quam si corpora mittantur defunctorum qui trans maria testantur. Nam his quidem nullum fere gravius periculum perveniet. . . . At ubi testamentum naufragio submersum est, illa demum et res et domus et familia naufraga atque insepulta est. » Lettere di M. Aurelio e di Frontone, edizione Cassan, t. I, pag. 155.

(4) Vedi ESMEIN, o. c., pag. 41 e segg. e le leggi ivi citate.

miglia adempivano il dovere di provvedere agli interessi delle mogli per il tempo successivo alla propria morte, fosse quello di lasciare a quest' ultime un legato (1).

Non era necessario che oggetto del legato fossero appunto i beni che il marito aveva ricevuti a titolo di dote; il buon marito poteva legare una parte qualunque del suo patrimonio, e purchè questa fosse stata idonea a procurare alla donna quella posizione, che era conveniente le fosse assicurata in relazione alla condizione sociale ed economica del marito e dei figli, il dovere di lui era soddisfatto. Poteva darsi bensì che nel fatto gli oggetti legati coincidessero con quelli, che la donna aveva portati in dote, ed era anzi naturale che il padre di famiglia credesse conveniente d'assicurare la posizione economica della donna, legandole in tutto o in parte quei beni, che per causa di lei gli erano pervenuti. Al tempo stesso era uso generale che il marito legasse alla moglie tutto ciò che era stato acquistato nella casa coniugale per l'uso particolare della donna, o messo dal marito a disposizione di lei (2), il che è una conferma di più del fatto che i Romani lasciavano affidato alla coscienza del *paterfamilias*, il distribuire giustamente il patrimonio familiare fra i membri della famiglia; nè il buon padre di famiglia mancava al proprio dovere sia in confronto dei figli, sia della moglie. Il legato lasciato alla moglie era generalmente un legato d'usufrutto, che il marito poteva ritenere giusto a seconda delle circostanze, che abbracciasse tutto il suo patrimonio, o una parte soltanto, fosse durevole per tutta la vita della donna (3) o limitato a un certo periodo di tempo (4).

(1) Vedi ESMEIN, o. c., pag. 43. — GIDE, o. c., pag. 513.

(2) l. 2, D., *de auro, argento, mundo*, 34, 2 *Uxorì (uti adsolet) legavit, quae eius causa parata erunt.*

(3) l. 22, D., *de usu et usufructu*, 33, 2; ll. 25, 27, 31, *ibid.*

(4) l. 35, D., *de usu et usufructu*, 33, 2; l. 32, § 4, l. 37, D., *eod.*; l. 12, l. 5, C. 3, 33.

Lo stesso scopo che col legato d'usufrutto, poteva il marito raggiungere lasciando erede o legataria la moglie, di quei beni di cui voleva assicurarle il godimento, e gravandola d'un fedecommesso a favore dei figli, o di altri parenti (1).

Ad ogni modo eredi del marito erano generalmente i figli nati dal matrimonio pel quale la dote era stata costituita, i quali ben difficilmente si sarebbero sottratti al dovere di provvedere ai bisogni della madre. È dunque evidente che finchè le leggi, che presiedevano alle funzioni dell'organismo familiare romano, rimasero inalterate, e i costumi puri, la dote non poteva essere sottratta alla sua destinazione. Che cosa poteva esserci di più giusto e naturale del passaggio della dote, destinata ai bisogni della famiglia, nel dominio irrevocabile del marito, capo e rappresentante di essa nel senso suindicato, e, lui morto, nei figli e nella moglie, che era *filiae loco* nella famiglia, sia che essa fosse chiamata a partecipare alla successione del marito dalla legge (matrimonio con la mano), o dalla previdenza del marito?

La destinazione della dote non aveva in questi tempi altra garanzia che la coscienza del marito, perchè i beni dotali passavano irrevocabilmente nella proprietà di lui, che poteva disporne a suo piacimento, senza limitazione di sorta, e senz'altra responsabilità all'infuori di quella a cui era sottoposto davanti al tribunale della pubblica opinione; ma allora questa garanzia e responsabilità erano bastevoli più che nol fossero in seguito il cumulo delle leggi, che intervennero a convertire in norma giuridica il dovere morale dei padri di famiglia in confronto delle mogli e dei figli. I costumi erano a quell'epoca abbastanza severi da potere tenere il luogo delle leggi. La norma giuridica sorge quando una condizione consuetudinaria di cose non è più rispettata dalla morale positiva, e viene violata; la

(1) l. 59 (57), § 2, D., ad S. C. TREBELL., 36, 1; l. 39, D., *de usu et usufructu*, 33, 2; l. 41, § 14, D., *de leg.*, III.

norma o eleva a diritto il fatto che fu violato, o lo muta, o lo distrugge secondo che hanno forza, autorità, giustificazione i violatori (1). La norma giuridica nel punto di che trattiamo non poteva spiegare la sua azione, che nel senso di sempre più dare riconoscimento giuridico a quel sentimento, per il quale il padre di famiglia era considerato più depositario che padrone insindacabile della dote. L'affievolirsi di questo sentimento era un effetto della invadente corruzione dei costumi, alla quale la norma giuridica doveva porre un argine, non dare incremento. Lo svolgimento del diritto dotale romano ci presenta un fedele specchio, dove si riflettono le varie fasi delle condizioni morali e sociali dei Romani. Fu prima di tutto in favore della moglie che la norma giuridica dovette prendere il posto della morale, perchè più forti le passioni e gli stimoli nei mariti ad essere ingiusti verso le mogli; più tardi essa dovrà intervenire in favore dei figli, limitando sempre più le facoltà del padre. Ed in favore della moglie dovette la norma giuridica prima di tutto intervenire pel caso di divorzio. Finchè puri furono i costumi, ogni donna ripudiata poteva essere pel solo fatto del ripudio reputata colpevole, giacchè questo era conseguenza non d'una arbitraria decisione del marito, ma d'un vero e proprio giudizio, che il marito pronunziava chiamando ad assistervi i parenti e gli amici (2), e ad ogni modo il marito non mancava d'assicurare la posizione della donna in conformità dei bisogni di lei e dei riguardi ch'essa meritava. Ma verso la metà del secolo VI di Roma, i costumi semplici e severi dei Romani cominciavano a corrompersi, il lusso e la mollezza penetravano in Roma colle ricche spoglie di Cartagine (3), e i ripudio appariva ormai un mezzo comodo e facile per liberarsi

(1) COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, pag. 109, 1885.

(2) GELL, X, 23, XVII, 21, 44. — VALERIO MASSIMO, II, 9, 2. — Vedi SCHUPFER, *La famiglia secondo il D. R.*, pag. 164 e seg.

(3) SALLUSTIO, *Hist. fragm.*, I, 3.



da una molesta compagna e godersi in pace le ricchezze da questa portate. Di qui la necessità di convertire in norma giuridica l'obbligo morale del marito, l'origine dell'*actio rei uxoriae*, al sorgere della quale seguono molto davvicino le leggi Oppia, Voconia ed il S. C. de' Baccanali. La nascita dell'*actio rei uxoriae* non fu che il prodotto della necessità di garantire giuridicamente la destinazione propria della dote, come patrimonio speciale della famiglia, fra i membri della quale era da considerare in particolar modo la donna; e questo patrimonio, perchè era portato al marito colla speciale destinazione di contributo a sopportare i pesi del matrimonio, poteva essere sottoposto ad un trattamento diverso da quello delle altre parti del patrimonio del marito.

È naturale che col corrompersi dei costumi si sentisse più presto il bisogno di garantire la posizione della donna nel caso di divorzio, che non in quello di morte del marito; l'invadente scostumatezza faceva risentire i suoi effetti col rallentare il vincolo coniugale e dar vita a divorzi arbitrari, ed era quindi prima di tutto nel caso di divorzio che si sentiva imperiosa la necessità dell'intervento della norma giuridica. Nella generalità dei casi l'uomo, che fino a morte rimaneva unito alla moglie, era un buon marito e dato che avesse trascurato nel testamento la sorte della moglie, poteva presumersi che questa sel fosse meritato; ad ogni modo eredi del marito erano generalmente i figli comuni, ai quali si poté per lungo tempo affidare senza tema la sorte della madre. Invece nel caso di divorzio, il marito, che scacciava senza giusta ragione la moglie dalla casa coniugale, si dimostrava già con quest'atto un cattivo padre di famiglia, e non poteva ritenersi degno giudice dei riguardi, che meritava quella persona verso la quale s'era mostrato ingiusto. È dunque naturale che troviamo collegata col divorzio la nascita dell'azione dotale (1), e questa colle-

(1) GELLIO, *Noct. Att.*, IV, 3: « Memoriae traditum est, quingentis fere

ganza non è atta di per sè sola a provare, come crede lo CZYHLARZ (1), che nel tempo di cui trattiamo il matrimonio colla mano fosse la regola ed il matrimonio libero rara eccezione; anche se quest'ultimo fosse stato la forma comune del matrimonio in questo periodo di tempo, l'*actio rei uxoriae* avrebbe dovuto egualmente nascere prima di tutto pel caso di divorzio. Non neghiamo dunque il fatto, che molto probabilmente i matrimoni liberi erano rara eccezione nel tempo in cui l'*actio rei uxoriae* si sviluppò (2), ma soltanto la necessità di ricorrere a questo fatto, come unico mezzo di spiegare la colleganza dell'origine dell'*actio rei uxoriae* col caso di scioglimento del matrimonio per divorzio.

Corrotti sempre più i costumi e divenuti frequenti i matrimoni liberi, si senti il bisogno d'estendere l'obbligo della restituzione al caso di morte del marito. I mariti, che avevano cominciato a curarsi sì poco delle mogli da ripudiarle senza giusto motivo e negar loro il bisognevole mentre le cacciavano di casa, erano ben capaci di dimenticarle nel testamento; d'altronde anche un buon marito poteva morire improvvisamente prima di aver fatto testamento, o credere sufficientemente garantita la posizione della moglie dallo stretto legame che l'univa cogli eredi, i quali erano generalmente i figli comuni. E certo i figli non mancavano nei primi tempi al sacrosanto dovere di provvedere ai bisogni delle madri, ma col tempo all'indebolimento del sentimento del dovere dei mariti in confronto delle mogli, doveva unirsi quello dei figli in confronto

annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius . . . divortium fecit. » — XVII, 21, 44.

(1) Op. cit., pag. 37 e 39.

(2) Vedi ROSSBACH, *Unters. über die röm. Ehe*, pag. 44.

delle madri; di qui la necessità della norma giuridica a favore della vedova, alla quale fu accordata l'*actio rei uxoriae* per supplire alla mancanza od insufficienza delle disposizioni testamentarie del marito, come mostra chiaramente l'antico editto *de alterutro* secondo il quale la vedova erede o legataria del marito, doveva scegliere fra la disposizione testamentaria e l'*actio rei uxoriae* (1).

Tornando al caso di scioglimento del matrimonio per divorzio, la donna domandava coll'*actio rei uxoriae* che il marito le restituisse quella parte della dote, che secondo le circostanze particolari del caso era giusto le fosse assegnata. Il giudice determinava quanto era giusto che il marito restituisse, ed era naturale che lo condannasse a restituire tanto meno, quanto maggiore era il numero dei figli, quanto più forti ragioni il marito aveva avute di ripudiare la moglie, anzi questa, se colpevole, non poteva pretendere parte alcuna della dote. Queste circostanze di fatto, che determinavano l'arbitro ad assegnare alla donna una parte maggiore o minore della dote, furono poi classificate; di qui le *ritenzioni dotali*, colle quali fu ristretto il campo dell'arbitrio del giudice nella determinazione del *quid aequius melius est ex dote reddi*. Questa è la vera natura delle ritenzioni dotali. È falso il concetto che alcuni interpreti si fanno delle ritenzioni, mentre credono che queste non siano che una speciale applicazione dei principii generali regolanti la compensazione; secondo questo modo d'intendere le ritenzioni, il marito, sciolto il matrimonio, sarebbe debitore verso la donna di tutta la dote, ed avrebbe soltanto il diritto di dedurre quello di cui la moglie fosse debitrice verso di lui. Ma che le ritenzioni non abbiano a che fare colla compensazione risulta senz'altro dal fatto che GIUSTINIANO, il quale mantenne la compensazione anche nel campo del diritto do-

(1) Vedi BECHMANN. op. cit., I, pag. 58 e segg., II, pag. 422. — GIDE, op. cit., pag. 513.

tale (1), abolì le *retentiones*, che essendo collegate colla natura propria dell'*actio rei uxoriae*, dovevano sparire con questa (2).

Se il marito riteneva una parte della dote, ciò non avveniva in virtù d'un qualche credito, ch'egli avesse avuto verso la moglie, ma in virtù dell'antico principio, che gli conferiva sulla dote un diritto perpetuo. Fissando le quote di ritenzione, la consuetudine e poi la legge, non fecero che determinare in qual misura l'equità esigeva che si deviasse da questo principio. Dapprincipio il giudice non determinava la parte che il marito poteva ritenere, ma quella che la donna aveva il diritto d'esigere; perchè la determinazione di ciò che il marito poteva ritenere della dote, presuppone che questa debba essere per principio restituita per intero. Soltanto quando la restituzione della dote divenne nel fatto la regola, ed il principio stesso, che la dote non andava restituita, cominciò col corrompersi del concetto della dote, a cedere il posto ad un principio contrario, potè dirsi che il marito riteneva in certi casi una parte della dote, mentre che prima doveva dirsi che la moglie poteva pretendere una parte di essa.

Tale era il concetto non soltanto della *retentio propter mores* e della *retentio propter liberos*, ma anche di quella *propter impensas*; migliorando il bene dotale, che era bene suo proprio, il marito faceva il suo affare e non quello della moglie, non acquistava quindi alcun credito verso di lei (3); ma nella determinazione di ciò che era giusto che il marito

(1) Ne è fatta menzione in molti testi tanto più significativi in quanto la parola *compensatio*, che vi si legge, non è che un' interpolazione dei compilatori; II. 7, § 5, 15, § 1, 66, § 1, D. S. M., XXIV, 3; I. 1, C., *ver. amot.*, V, 21. Vedi DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation*, Heidelberg, 1860, pag. 167. — GIDE, o. c., pag. 528.

(2) I. unica, § 5, *Cod. de rei uxoriae actione*. V, 13.

(3) BECHMANN, o. c., II, pag. 258. — CZYHLARZ, o. c., pag. 346. — GIDE, o. c., pag. 528.

restituisse, era naturale che si tenesse conto delle spese, ch'egli aveva fatte a causa delle cose dotali.

Diversa era la cosa quanto alle *retentiones propter res donatas* e *propter res amotas*; qui al marito spettava accanto al diritto di ritenzione, un'azione, di modo che le ritenzioni ammesse per questi casi, erano affatto prive del carattere specifico di ritenzioni del diritto dotale, e potevano dirsi una forma speciale, colla quale si realizzavano certi diritti del marito aventi il loro fondamento al di fuori del rapporto dotale (1).

Da quanto abbiamo finora detto risulta, che la dote era un aumento di patrimonio procurato per sempre, irrevocabilmente, a quella persona alla quale incombeva l'obbligo di sopportare i pesi del matrimonio, cioè al padre della famiglia, della quale la sposa andava a far parte, sia che questi fosse stato il marito stesso, o il padre, o l'avo di lui; e ciò si accordava col concetto morale, naturale, pel quale il padre di famiglia era il solo depositario del patrimonio familiare.

A questo concetto non può dirsi che stasse in vero e proprio contrapposto il concetto giuridico; piuttosto la forma giuridica, che il patrimonio considerato come familiare dalla coscienza comune, assumeva nei suoi rapporti col padre di famiglia, era l'unica possibile e al tempo stesso perfettamente rispondente, secondo l'idea ed i sentimenti dei Romani, a questo concetto.

Ciò posto dovremmo molto meravigliarci se trovassimo espresso nelle fonti il principio, che la dote deve essere per natura sua restituita, se cioè l'obbligo della restituzione ci fosse presentato come un momento del concetto della dote romana, siccome è un momento del concetto della dote moderna, che ha compiuta la sua storica evoluzione.

(1) Vedi la nostra nota (a) a pag. 33 del lib. XXIV delle *Pandette* del Glück in fondo.

Invece deve apparirci affatto naturale che nel frammento postò a capo del titolo *de jure dotium*, sia nettamente espresso il principio che la causa della dote è perpetua: *Dotis causa perpetua est* (1); con le quali parole poste nell'introduzione al diritto dotale, volevasi certo esprimere un principio fondamentale del diritto medesimo (2).

La maggioranza degli scrittori ha fin ora inteso il rapporto degli *onera matrimonii* colla dote, in modo da credere, che questa sia data soltanto per il tempo che durano questi pesi, e però solo finchè dura il matrimonio debba rimanere presso il marito. La dote sarebbe quindi una causa temporanea d'acquisto; secondo la sua stessa natura la dote dovrebbe essere restituita una volta cessati i pesi del matrimonio (*ob causam finitam*). Contro questo modo d'intendere la dote sta il fatto che il diritto romano non conosce per la dote una *condictio ob causam finitam*. Se una cosa era data in dote in vista d'un futuro matrimonio, che poi non era conchiuso, aveva sì luogo una *condictio ob causam datorum*; ma in nessun caso nasceva una *condictio* quando la cosa era diventata effettivamente dote (3).

(1) Leg. 1 D. *de jure dot.*, XXIII, 3.

(2) Vedi per quel che segue BECHMANN, o. c., I, p. 17 e seg. — CZYHLARZ, o. c., pag. 20 e seg. — SCHUPFER, o. c., pag. 289 e seg.; p. 335. — Vedi anche DEVILLA, o. c., pag. 394 e seg. — CAMICI, o. c., pag. 47 e seg.

(3) La leg. 67, D. *de jure dotium*, XXIII, 3, non prova la possibilità della concorrenza dell'azione dotale e della *condictio*, come crede il SAVIGNY, *System*, V, pag. 517. Questa legge suona così: *Proculus nepoti suo salutem.* « Ancilla, quae nupsit, dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere: eaque nihilominus mansit ejus, cujus fuerat, antequam eo nomine viro traderetur; nisi forte usucapta est; nec postea, quam apud eundem virum libera facta est, ejus pecuniae causam mutare potuit. Itaque nec facto quidem divortio, aut dotis jure, aut per conditionem repetere recte potest: sed is, cujus pecunia est, recte vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse: propius est, ut existimem eum lucrificisse: utique, si antequam matrimo-

Non meno decisiva contro la teoria che pone come un momento del concetto della dote romana, l'obbligo della restituzione, è la già citata leg. 1, D. *de jure dotium*. *Dotis causa perpetua est: et cum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*. I sostenitori di questa teoria, non possono sfuggire alle difficoltà che loro presenta questa legge, se non, ricorrendo ad arbitrarie interpretazioni, o passandola sotto silenzio, o limitandosi ad asserire ch'essa non prova nulla (1).

nium esse inciperet, usucepit. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos fieret: ita ut nec possideat eam, nec dolo fecerit, quominus eam possideret. » Il caso è questo: Una schiava si era unita in matrimonio (putativo) con un uomo libero ed aveva data al marito una somma di denaro a titolo di dote. Questa somma di denaro rimaneva naturalmente nella proprietà di quello a cui apparteneva allorquando ne fu fatta la tradizione; se la donna poi era manomessa, ciò aveva per effetto di dar vita ad un valido matrimonio, non già di far diventare proprietario il marito di quei denari, che continuavano ad appartenere a colui che della schiava fu già padrone. Perciò se aveva luogo il divorzio, alla donna non spettava nè l'*actio rei uxoriae*, nè la *condictio*. « Itaque nec facto quidem divortio aut dotis jure aut per conditionem repetere recto potest: sed is cujus pecunia est, recte vindicat eam. » Ma poteva darsi che la persona con cui la schiava si era congiunta in rapporto quasi coniugale, avesse usucapito il denaro del quale le era stata fatta la tradizione. Allora bisognava distinguere se l'usucapione era stata compiuta prima o dopo la manomissione della schiava, cioè prima o dopo l'esistenza del matrimonio. Nella prima ipotesi l'aumento di patrimonio procurato a Tizio non era dote, ma puro lucro di lui, e alla donna non spettava l'*actio rei uxoriae* contro il marito, che aveva usucapito pro suo e non pro dote. Nella seconda ipotesi, la donna, sciolto il matrimonio, poteva agire coll'*actio rei uxoriae* contro il marito, che aveva usucapito pro dote. È dunque evidente che dalla leg. 67 cit. non è, nè punto nè poco, provata la possibilità d'una concorrenza della *condictio* coll'*actio rei uxoriae*. — Vedi CZYHLARZ, o. c., p. 20, nota 2. — BECHMANN, o. c., II, p. 7, nota 2.

(1) Così il nostro illustre maestro SERAFINI (nell'*Arndts-Serafini* § 395, nota 3), il quale si richiama allo SCHEURL e al BRINZ, da cui dice quell'asserzione essere stata provata. Con molta più ragione può asserirsi che lo SCHEURL e il BRINZ hanno nulla provato a favore dell'opinione dominante, che dalla leg. 1, D. cit., può dirsi ricevere il colpo di grazia.

Chi, senza idee preconcepite, si faccia a spiegare il principio *dotis causa perpetua est*, può intenderlo soltanto nel senso, che la dote non è una causa temporanea d'acquisto, ma definitiva (1).

Il passo di PAOLO, ci dice assolutamente e decisamente, che la causa della dote è perpetua. La perpetuità in relazione ad un rapporto giuridico, significa, a differenza della perpetuità in senso metafisico o teologico, che la fine di questo rapporto, non può prevedersi come necessaria conseguenza d'un avvenimento futuro immancabile e sin da principio determinato; se d'un rapporto giuridico possiamo dire che un determinato futuro avvenimento ne segnerà la fine, si possa o no precisare il momento cronologico in cui quell'avvenimento succederà, tale rapporto non è perpetuo (2). Ora, se la dote fosse data soltanto per il tempo del matrimonio, in modo che del suo stesso concetto, fosse necessaria conseguenza l'obbligo della restituzione, allora la fine del rapporto dotale, sarebbe determinata, fin da principio, da un avvenimento che non può non verificarsi (3), e la dote sarebbe per la sua natura giuridica, una *causa temporalis*, non già *perpetua*.

La maggioranza degli scrittori, riferisce le parole *perpetua est* alla durata del matrimonio e intende il *votum ut semper apud maritum sit*, nel senso che chi dà la dote desidera per certo che essa rimanga il più a lungo che sia possibile presso il marito, cioè fino alla morte di lui, e che il matrimonio non sia sciolto da divorzio. Ma è evidente, che con questa interpretazione

(1) Vedi anche HASSE, *Güterrecht der Ehegatten*, pag. 212.

(2) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 17.

(3) Poco importa che il matrimonio sia per la sua natura conchiuso in *perpetuum*, in modo che la fine di esso non ha la sua causa nell'essenza dell'unione coniugale, ma soltanto nella temporaneità dei presupposti di questa; noi pure riconosciamo la verità di quest'osservazione del VOET, ma non per questo è men vero che il matrimonio ha una durata di tempo limitata. Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 21, nota 5.

si viene ad aggiungere al passo di PAOLO le parole *durante matrimonio*, mentre, come già notammo, il passo stesso sta alla testa dell'esposizione del diritto dotale, senza intrinseca connessione coi passi seguenti, come espressione d'un principio generale (1).

La dote era data sì a causa dei pesi del matrimonio, ma non per il solo tempo in cui questi pesi duravano; la cessazione di questi, non aveva per conseguenza logicamente necessaria, la separazione della dote dal rimanente patrimonio del marito, appunto perchè corrispettivo di quei pesi, qualunque essi fossero e per qualunque tempo fossero stati per durare, era l'aumento stesso di patrimonio procurato al marito e non il provento, i frutti che il marito avesse potuto ritrarne.

Se però, l'obbligo della restituzione, non era una conseguenza del concetto della dote, quest'obbligo già esisteva ai tempi di PAOLO, il quale, mentre enunciava il principio, che la causa della dote era perpetua, non poteva non aver presente il fatto che la dote doveva essere restituita, nei casi di scioglimento del matrimonio per morte del marito e per divorzio; e però il giureconsulto, reputava bene mettere in rilievo, che il fatto che la dote, pure essendo per natura sua una causa perpetua

(1) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 18 e 19. — Il GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. XXIV, pag. 437, riconosce che la *causa perpetua* non ha nessun rapporto colla durata del matrimonio, ma limita arbitrariamente il valore della *causa perpetua*, al caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, quasi che PAOLO dicesse: *dotis adventitiae causa mortua in matrimonio muliere perpetua est*. — Non meno arbitrario è il limitare il principio *dotis causa perpetua est* allo scioglimento del matrimonio per morte d'uno dei coniugi; così il VOIGT, *Die l. Maenia*, pag. 32 e seg., 58, 84; cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 22, nota 7. — Le parole stesse *dotis causa perpetua est* ed il più preciso significato ch'esse ricevono da quelle che seguono, mostrano chiaro, come sia inammissibile l'opinione del NOODT (*Comment. ad h. t. § Accepisti*), secondo il quale le parole di PAOLO significherebbero semplicemente che gli oggetti dotali non passano nel solo possesso, ma nella proprietà del marito. Lo stesso dicasi dell'interpretazione dell'UNTERHOLZNER, *Schuldverhältniss*, II, 418.

d'acquisto, doveva ormai essere restituita in certi casi, non implicava una contraddizione, fra la causa della dote considerata in sè stessa obiettivamente e l'intenzione delle parti, al momento della costituzione di dote, perchè la dote andava sì restituita nel caso di morte del marito e di divorzio alla moglie e, se profettizia, al padre, nel caso di morte di lei durante il matrimonio, ma la donna virtuosa e saggia andando a marito non aveva certo il desiderio che il matrimonio si sciogliesse durante la sua vita, nè il padre poteva augurarsi di sopravvivere alla figlia (1); epperò l'obbligo della restituzione non era neppur lontanamente avuto in mira dalle parti al momento della costituzione della dote (2).

Ma diverse circostanze dovevano spiegare la loro azione coll'effetto di modificare il principio che la causa della dote era perpetua. Le mogli cominciarono a stipularsi la restituzione delle doti e nacque l'*actio rei uxoriae*. I cambiamenti avvenuti nei principii regolanti la successione ereditaria fecero sì, che potesse introdursi il principio, che la dote doveva essere restituita, senza urtar contro la destinazione di questa in favore della famiglia e dei figli. Ormai la madre succedeva ai figli ed i figli alla madre (S. C. Tertulliano reso sotto Adriano. — S. C. Orfiziano reso

(1) Arg. leg. 6, pr. D. *de jure dotium*, XXIII, 3.

(2) Vedi anche il WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 493, 1887. — Il SERAFINI (*Arndts-Serafini*, vol. III, § 395, nota 3) sembra poco propenso, ad escludere dal concetto della dote l'obbligo della restituzione; è giusta però la sua osservazione, che la dote non divenne un istituto proprio, se non quando ed in quanto essa doveva, almeno in certe eventualità, essere restituita. Ed invero se l'obbligo della restituzione della dote non costituisce un momento del concetto di questa, è certo, che soltanto quando quell'obbligo si fu introdotto la dote acquistò il suo speciale carattere giuridico; senza quest'obbligo di restituzione, essa sarebbe stata semplicemente una causa speciale d'acquisto e d'usucapione. Quando fu imposto al marito l'obbligo di conservare la dote per renderla dopo sciolto il matrimonio, il regime dotale cominciò a svolgersi con molti dei caratteri che lo distinguono anche fra noi. — Cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 33. — BECHMANN, o. c., I, pag. 209, nota 1. — D'HAUTHUILLE, l. c.

sotto M. Aurelio). Non già che funzione della dote, fosse il procurare ai figli una parte della sostanza della madre della quale prima non erano eredi (1); bensì la dote, destinata a portare un contributo al marito in vista dei pesi del matrimonio, serviva anche a quello scopo; avvenuti i cambiamenti accennati nelle norme regolanti la successione ereditaria, poteva stabilirsi tanto più facilmente il principio che la dote doveva essere restituita, in quanto quello scopo, a cui la dote accessoriamente e secondariamente serviva, poteva ormai raggiungersi indipendentemente dalla dote.

Il diritto alla restituzione della dote, fu sempre più garantito, mano a mano che l'esperienza mostrava che, il rimedio accordato alla donna, per assicurarne l'esistenza dopo sciolto il matrimonio, non sempre sortiva il suo effetto, a causa della condotta dei mariti, dalla coscienza dei quali era quasi totalmente scomparso il sentimento, d'essere semplici depositari del bene familiare. Di qui, la necessità di limitare le facoltà del marito sui beni dotali durante il matrimonio, limitazioni che pur non facendo sì, che il marito cessasse d'esserne proprietario, molto lo avvicinavano nella realtà delle cose ad un semplice depositario ed usufruttuario. A far sempre più assicurare la conservazione delle doti, e garantirne la restituzione, contribuì la circostanza, che l'obbligo di restituzione della dote, serviva al duplice scopo, di consolidare i matrimoni unendo gli sposi con un vincolo d'interesse, dove faceva difetto quello morale, e di dar modo alla donna, ciò nonostante ripudiata, di contrarre una nuova unione (2), perchè in quest'epoca s'incoraggiavano i secondi matrimoni, che nei primi secoli erano riprovati dai costumi (3), col cambiamento dei quali la dote divenne un

(1) Vedi pag. 30 e segg.

(2) Leg. 2, D. *de jure dotium*, XXIII, 3. — L. 1, D., S. M., XXIV, 3. — L. 18, *de rebus auct. jud. possid.*, XLII, 5.

(3) Val. Mass., II, 1, 3. — SCHUPFER, o. c., pag. 193 e seg.

istituto d'ordine pubblico servente a spingere al matrimonio e a distogliere dal divorzio (1).

Il marito era tenuto a provvedere alla sorte della moglie, con quel patrimonio che gli era stato affidato; e come prima della nascita dell'*actio rei uxoriae*, il marito non poteva essere liberato dall'obbligo morale di assicurare la sorte della moglie, per il solo fatto di averle donato durante il matrimonio dei beni che poi erano andati perduti, così dopo sviluppatasi l'*actio rei uxoriae*, egli aveva l'obbligo giuridico di restituire in tutto o in parte la dote, nonostante che ne avesse già fatta durante il matrimonio, una restituzione totale, o parziale. Ed invero, il solo marito era durante il matrimonio, depositario del patrimonio familiare ed in particolare della dote; se esso si spogliava in questo periodo di tempo, dei beni dotali in favore della moglie, faceva cosa contraria ai suoi doveri di padre di famiglia, e se, conseguenza di questo suo agire, era la dispersione dei beni stessi, egli solo ne era imputabile. Di questo patrimonio familiare per eccellenza, di questo deposito sacrosanto posto nelle mani del padre di famiglia, doveva questi render conto allo scioglimento del matrimonio, nè poteva dipendere dalla volontà del marito, o della moglie, nè dalla loro comune volontà, che la dote fosse consumata durante il matrimonio; il marito poteva sì alienarla, ma ne diveniva ciò nonostante debitore verso la moglie allo scioglimento del matrimonio. Sono queste le ragioni per le quali, non soltanto la moglie non poteva domandare durante il matrimonio la restituzione della dote, ma ben anco il marito non poteva restituirla efficacemente (2).

La dote, può definirsi come quell'aumento di patrimonio, che

(1) V. MARQUARDT, *Roem. Privat. altherth.*, not. 190 e 370. — FRIEDLAENDER, *Sittengesch.*, I, pag. 357.

la moglie, o altri per lei, procura al marito, qual contributo a sostenere i pesi del matrimonio (1).

La dote è un aumento di patrimonio, che la moglie od altri per lei procura al marito. La dote da qualunque persona provenga, è sempre costituita in nome della donna, e consiste così in un aumento di patrimonio, che il marito consegue per mezzo della moglie. Se un terzo, in occasione del matrimonio di Tizio, dà, o promette qualche cosa al marito, affinchè possa meglio far fronte alla spesa della famiglia, senza per niente intendere di agire in nome della donna, non costituisce una dote, ma fa una semplice donazione al marito.

Appare invero giusto e conveniente, che la persona con la quale il marito si unisce in matrimonio, e non altri, porti un contributo ai pesi del matrimonio, ed a questo postulato sociale soddisfa appunto la dote. È poi indifferente che questa sia data dalla donna stessa o da altri per lei, perchè *alio pro ea offerente dotem ipsa pro se videtur offerre* (2).

Questo rapporto della dote colla donna si palesa nell'espressioni « *dotare filiam, mulierem; dotata uxor,* » mentre in relazione al marito troviamo sempre detto « *marito dotem dare, promittere* » ecc. (3), non mai *dotare maritum*. In innumerevoli passi poi, il terzo costituente è rappresentato come una persona che agisce per la donna (4).

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 14. — SCHUPFER, o. c., pag. 288. — CENERI, *Lezioni su temi del jus familiae*, Bologna, 1881, pag. 151. — CAMICI, o. c., pag. 24.

(2) Leg. 9, Cod. *de pact. conv.*, V, 14. — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 14. — BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*. Rostock und Schwerin, 1852, pag. 93, § 10.

(3) Leg. 39 pr.; L. 48, § 1; L. 58, D. *de jure dot.*, XXIII, 3.

(4) Per es. LL. 5 § 9, § 11, 9 pr., 29, 43, § 1, 44 pr., 48 § 1, 49, 58 pr., § 2, 59 § 2, 69 § 6, 71, 78 § 1, 79, 81, 85, D. *de jure dot.*, XXIII, 3. — LL. 1, 7, 19, 29 § 1, D. *de p. d.*, XXIII, 4. — LL. 22 pr., 29 § 1, 31 § 1, D. S. M. XXIV, 3. — L. 6 pr., D. *de c. c. d. c. n. s.* 12, 4. — L. 82, D. *de solut.*, 46, 3. — L. 1, Cod. *de pact. conv.*, V, 14. — LL. 6, 7, 14, 19, 22, 26, Cod. *de jure dotium*, V, 12. Chiaro è. Il terzo deve voler fare

La dote è data a causa dei pesi del matrimonio, che gravano necessariamente sul patrimonio del marito (1). Nel determinare il concetto della dote questa conseguenza economica del matrimonio deve essere specialmente rilevata; nè basta il dire che la dote è un « *datum matrimonii causa*, » perchè è appunto e soltanto per la ragione che il matrimonio ha per conseguenza questi pesi, che appare la convenienza che la moglie costituisca una dote al marito, il quale necessariamente li sopporta.

Questo stretto rapporto degli *onera matrimonii* colla dote ammesso universalmente, ed anche, come vedremo in seguito, esagerato, è stato disconosciuto dal BECHMANN, che, forse trascinato tropp'oltre dalla smania d'abbattere completamente la teoria fino al suo tempo dominante del diritto dotale romano, alla quale già nel 1861 aveva dichiarata guerra nel suo lavoro « *Ueber die s. g. dos tacita* (2) », ha impreso a sostenere nella sua magistrale opera sul diritto dotale romano, che la dote non aveva il solo scopo di portare al marito un contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio, ma era destinata ai più vari e differenti scopi. La dote sarebbe stata il mezzo col quale si procurava alla donna un matrimonio conveniente ed una dignitosa posizione nella casa coniugale; se proveniva dal padre della donna, avrebbe mirato a procurare anticipatamente alla figlia, la quota che era giusto le fosse assegnata del patrimonio

ciò che la moglie dovrebbe, ma non può, o non vuol fare. Già dal fatto che la dote può esser costituita (come vedremo) senza, o contro la volontà della donna, deriva che allorquando si dice che il terzo deve dare la dote *uxoris nomine*, non s'intende ch'egli debba agire come vero e proprio rappresentante della donna, come mandatario di lei (BUCHKA, l. c.). Invero, difficilmente si potrebbe concepire come rappresentante della donna, quanto alla costituzione di dote, il terzo, che, ad insaputa, o contro la volontà espressa o tacita della donna, prometta, o dia qualche cosa al marito a titolo di dote.

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 10, 12, 15 e nota 6.

(2) *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, V, 2, pag. 271 e seg.

paterno, rispetto al quale perdeva ogni diritto di successione, quando passava nella mano del marito; finalmente la dote sarebbe stata l'organo per mezzo del quale i figli potevano partecipare alla sostanza materna (1).

Che la dote fosse un mezzo comodo ed opportuno, per soddisfare a molti bisogni ai quali, a causa dei principii regolanti a costituzione dell'antica famiglia romana e la successione ereditaria, conveniva in qualche modo provvedere, è innegabile; ma è altrettanto certo, che il provvedervi non era la funzione essenziale della dote, e che questa, già esistente per lo scopo di portare al marito un contributo *propter onera matrimonii*, era utilizzata in altri rapporti, di guisa che fosse un istituto, che *accessoriamente* serviva in modo mirabile ai più differenti scopi (2).

Le fonti ci fanno sicura testimonianza dello stretto rapporto che intercede fra la dote ed i pesi del matrimonio «... nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est (3). — ... hereditas adventitio jure quaeritur: dos autem matrimonio cohaerens, oneribus ejus, ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur (4). — Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii (5). — Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii

(1) BECHMANN, o. c., I, pag. 41 e seg., 106 e seg.

(2) Esatta è la maniera in cui s'esprime il KEYSSER (*Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten*, Strasburg, 1878, pag. 4) per quanto la sua trattazione sia dominata dai concetti esposti dal BECHMANN: « Die dos erfüllte somit einen dreifachen Zweck: sie verschaffte, als Beisteuer zu den onera matrimonii, der Frau eine standesgemässe Ehe und eine würdige Stellung im Hause des Mannes; die Kinder erhielten durch die dos, wenn diese auch formell als Bestandtheil des väterlichen Vermögens zu betrachten war, materiell ein Muttergut, die Mutter aber eine Unterstützung für ihren Lebensunterhalt, wenn sie denselben durch den Tod ihres Mannes verlor.

(3) Leg. 76, D. *de jure dot.*, 23, 3.

(4) Leg. 16 pr., D. *de castr. pec.*, 49, 17.

(5) Leg. 8, § 13, D. *quibus. mod. pign.*, 20, 6.

sunt (1). » Tutti questi passi ci presentano il capitale dotale come dato pei pesi del matrimonio, dei quali anzi, secondo la L. 8, § 13, cit., la dote sarebbe addirittura un equivalente (2). Il BECHMANN (3) riconosce, che in moltissimi passi delle fonti si pone in uno stretto rapporto la *dos* cogli *oneri matrimonii* e che la dote esiste a causa del matrimonio, o, per meglio determinare la cosa, a causa dei pesi di cui il matrimonio suol essere causa al marito (4). Era naturale, che i Romani pensassero che fosse giusto e richiesto dalla dignità della donna, che questa non entrasse a mani vuote nella casa coniugale, ma portasse al marito un compenso per questi pesi collegati col matrimonio. In questo senso può dirsi a buon dritto, dice sempre il BECHMANN, che la dote esiste *pro oneribus* o *propter onera matrimonii*, ma ciò non significherebbe per lui se non che la dote esiste *matrimonii causa* (5), perchè matrimonio e pesi matrimoniali sono in questo senso, concetti affatto identici, ed il matrimonio stesso, secondo il concetto degli antichi, e specialmente dei Romani era un peso; dove è il matrimonio là sono ancora pesi matrimoniali, ed è affatto lo stesso il dire, che la dote esiste a causa del matrimonio o a causa dei pesi matrimoniali; tanto nell'un modo quanto nell'altro è indicata la base su cui posa l'istituto dotale, lo scopo che questo deve raggiungere. In questo ragionamento il BECHMANN trascura che, pur essendo i pesi matrimoniali la conseguenza economica, immediata, necessaria del matrimonio, in modo che dove è il matrimonio sono ancora i pesi matrimoniali, non basta il dire che la dote esiste a causa del matrimonio, che è un *datum*.

(1) Leg. 56, § 1, D. *de jure dot.*, 23, 3.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 16.

(3) Op. cit., I, pag. 22 e seg., pag. 31.

(4) Es wird Niemanden einfallen zu bestreiten, dass die Dos um der Ehe willen da ist, oder, um es näher und genau zu bezeichnen, um der Lasten willen, welche die Ehe dem Manne zu verursachen pflegt...., pag. 22.

(5) Vedi anche KEYSER, o. c., pag. 4 e 5.

matrimonii causa, ma bisogna specialmente insistere su questa necessaria conseguenza del matrimonio nel determinare il concetto della dote, perchè non a causa del matrimonio come tale, ma del fatto che il matrimonio ha per conseguenza questi pesi, conviene che la dote sia costituita (1).

Se nel determinare il concetto della dote, non si tiene conto dei pesi matrimoniali e si ha riguardo soltanto al matrimonio come tale, allora non si capisce, osserva giustamente lo CZYHLARZ (2), perchè non fosse considerata come dote anche la donazione, che in seguito il marito fu tenuto a fare alla moglie. Essa era certo un *datum matrimonii causa*! Se invece si pensa che la dote è data soltanto a causa dei pesi del matrimonio, si comprende subito che non può esser data che al marito, il quale solo deve sopportare i pesi del matrimonio (3).

Vero è che in alcuni frammenti (4) troviamo ricordato soltanto il matrimonio come un momento essenziale della dote, senza che vi si faccia particolare menzione degli *onera*; ma ciò si spiega facilmente se si tien conto del fatto che il matrimonio ha per conseguenza necessaria questi pesi dei quali la dote è quasi il corrispettivo, e perciò per indicare le condizioni d'esistenza della dote bastava far menzione del matrimonio. I giureconsulti romani non avrebbero certo mancato di ricordare i pesi del matrimonio, se fosse stato loro proposito quello d'espore l'intrinseca essenza della dote, e la ragione

1) CZYHLARZ, o. c., pag. 15 e seg.

(2) Op. c., pag. 16.

(3) GIUSTINIANO non volle identificare la *donatio ante nuptias* colla dote, allorquando disse che quella non differiva da questa nè quanto al nome, nè quanto alla sostanza (*et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*, Leg. 20, Cod. *de d. a. n.*, 5, 3), ma soltanto ricordare l'analogia dell'una coll'altra. Destinato a sopportare i pesi del matrimonio è tutto quanto il patrimonio del marito, e può esser dote soltanto ciò che va ad aumentarlo per renderlo più idoneo a questo scopo.

(4) Per es. leg. 3, l. 20, D. *de jure dot.*, 23, 3.

ultima per la quale il matrimonio era un presupposto di questa (1).

Gli argomenti che il BECHMANN desume dal fatto, che poteva esser data in dote una cosa non idonea a somministrare un provento durante il matrimonio, e dal fatto, che la dote già esisteva colla semplice promessa (promissio, dictio, pollicitatio), e non già soltanto coll' effettivo adempimento della promessa (numeratio), come si credeva prima che l' HASSE (2) avesse dimostrato il contrario in modo da escludere ogni dubbio, provano semplicemente che la causa giuridica della dote, era riposta nei pesi del matrimonio, ma che non per questo la dote doveva intendersi come il *fondo* col cui provento questi pesi avevano a essere sopportati, come generalmente si crede (3). La dote non costituiva un ente patrimoniale a parte, nel patrimonio del marito, ma era soltanto un aumento di questo patrimonio, fatto allo scopo di renderlo più idoneo a sopperire ai bisogni della famiglia. Gli *onera matrimonii* gravavano su tutto il patrimonio del marito e sulla dote solo in quanto di questo patrimonio era parte (4). È merito del BECHMANN l' avere dimostrata la necessità d' intendere così la dote, pur avendo di mira uno scopo differente, quello, cioè, di provare falsa la teoria che fa della dote un contributo a sopportare i pesi del matrimonio. Ma certo non esiste alcuna intrinseca contraddizione nel concetto di dote, come ente patrimoniale contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio, e semplice aumento del patri-

(1) Cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 17.

(2) *Gueterrecht der Ehegatten nach*, R. R., pag. 259.

(3) Vedi ARNDTS, *Pand.*, § 395; per lui la dote è « ein Kapital durch dessen Genuss dem Manne für die Dauer der Ehe ein fortwährender Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Haushaltes gewährt wird. » cfr. DERNBURG. *Pand.*, III, pag. 22. Der wesentliche Zweck der Dos, ist, einen Fonds zu bilden, aus welchem die ehelichen Lasten bestritten werden. — Vedi anche SCHEURL, l. c., pag. 4.

(4) CZYHLARZ, o. c. pag. 17.

monio del marito; nè è vero che, ammesso il concetto di semplice aumento di patrimonio, la determinazione dello scopo di quest'aumento, così invisibile al BECHMANN, perda ogni significato giuridico, come ci pare risultare dall'insieme di questa trattazione.

Condizione obiettiva dell'esistenza della dote è, che si verifichi un aumento nel patrimonio del marito, ma non è necessario che siano date in dote cose, che diano o almeno possano dare al marito un certo provento durante il matrimonio. Dalle fonti risulta evidente che, oggetto della dote possono essere cose, che per la loro stessa condizione giuridica non possono dare alcun reddito durante il matrimonio. Ed invero la dote può essere costituita, trasmettendo al marito la nuda proprietà (1), e ciò tanto nel diritto classico (2), quanto nel nuovo (3). Vero è che l'usufrutto è, per così dire, un diritto vagante e la nuda proprietà è sempre collegata coll'aspettativa del suo completamento (4); ma ciò significa, che anche nel caso in cui è data in dote al marito la nuda proprietà d'una cosa, si verifica un aumento del suo patrimonio, più sensibile di quello che esisterebbe, se fosse esclusa la possibilità che alla nuda proprietà si ricongiungesse l'usufrutto, ma non già che la cosa data sia in tale condizione giuridica, da esser capace di dare un provento, un reddito, e però da essere idonea a formare un fondo secondo il concetto che della dote si fanno gli autori citati (5). Tale attitudine potrà essa acquistare, soltanto dal momento in cui l'usufrutto si sarà realmente consolidato colla nuda proprietà, mentre la legge 4, D., *de jure dot.*,

(1) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 9 e seg.

(2) Leg. 4, D., *de jure dot.*, 23, 3.

(3) LL. 17, 18, C., *de jure dot.*, 5, 12.

(4) SCHEURL, l. c., VI, pag. 5.

(5) Vedi pag. 78, nota 1.

23, 3 c' insegna che in questo caso s ha un *incrementum dotis*, cioè un aumento della dote già esistente (1).

La dote poteva essere costituita mediante semplice promessa, nel qual caso il marito aveva un credito verso il promittente e questo credito era già dote (2). Il fatto che la promessa dava senz'altro vita alla dote, mal si concilia colla teoria, che fa della dote un capitale, col cui provento doveva essere procurato al marito un continuato contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio; mentre, a chi la considera come un semplice aumento di patrimonio del marito, appare naturale che questo potesse risultare dall'acquisto d'un credito infruttifero, com'era generalmente quello che nasceva dalla promessa dotale, e cioè ogniqualevolta gl'interessi non erano stati espressamente stipulati.

Il patto, col quale il marito si obbligava a non esigere il credito dotale, non solo per un periodo di tempo cronologicamente determinato, ma addirittura finchè durava il matrimonio, è dichiarato perfettamente valido senza che neppure un dubbio

(1) *Si proprietati nuda in dotem datae ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos: quemadmodum si quid alluvione accessisset.* — Il supporre che in questo passo, la dote non consista soltanto nella nuda proprietà della cosa, ma comprenda ancora altri oggetti (SCHEURL, l. c., VI, 5), è affatto arbitrario ed inoltre con questa ipotesi rimane elusa la questione (CZYHLARZ, o. c., pag. 88, nota 4). — Chi intende per dote, il fondo col cui reddito i pesi del matrimonio devono essere alleggeriti al marito, non può vittoriosamente replicare col dire: dote è per noi non ciò che è contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio, ma ciò che è dato con questa destinazione. Infatti, una cosa non può esser dote, se le manchi l'idoneità a servire alla sua destinazione nella forma ritenuta come essenziale al concetto della dote. Invece, chi intende per dote ciò che è dato al marito allo scopo di metterlo in grado di meglio sopportare i pesi del matrimonio, in modo che questo contributo, grande o piccolo che sia, è rappresentato dall'aumento stesso che ha subito il patrimonio del marito, non incontra difficoltà alcuna ad ammettere che possano essere date in dote cose, che, non soltanto di fatto non danno alcun reddito, ma neppure possono darlo per la loro condizione giuridica.

(2) HASSE, *Güterrecht der Eheg.*, pag. 259, — BECHMANN, o. c., I, pag. 11.

sulla sua validità nascesse nella mente dei giureconsulti romani (1). Sarebbe affatto arbitrario il supporre, che nel caso di cui Giuliano parlava, al patto « *ne a viva exhibeatur* » corrispondesse come corrispettivo l'obbligazione della moglie d'alimentare sè ed i suoi (2); inoltre, ammesso ciò non si comprenderebbe come Giuliano potesse argomentare dalla validità del patto « *ne a viva exhibeatur* » aggiunto alla promessa di dote, alla validità della stipulazione « *quum morieris* » (3).

(1) Leg. 20, D., *de jure dot.*, 23, 3: « Julianus scribit, valere talem stipulationem, cum morieris, dotis nomine tot dari: quia et pacisci soleant, *ne a viva exhibeatur*. Quod non esse simile accipi: aliud est enim differre exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit; idque et Aristoni, et Neratio, et Pomponio placet. »

(2) Arg. Leg. 12, § 1 D., *de pact. dot.*, 23, 4.

(3) CZYHLARZ, o. c., pag. 89. — La Leg. 11 D., *de pact. dot.*, 23, 4, (Cum pater dotem pollicitus fuerit, et paciscatur, *ne se vivo petatur, neve constante matrimonio* (dos petatur): ita pactum interpretandum Divus Severus constituit, quasi adjectum 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, induct, ut non habuisse dotem existimetur. Quo rescripto hoc effectum est, ut si quidem vivo patre decesserit filia, aut sine culpa sua diverterit, omnimodo dos peti non possit: constante autem matrimonio, mortuo patre, peti possit) non contraddice alla Leg. 20 cit., perchè in quella si tratta semplicemente d'una questione d'interpretazione circa il patto aggiunto dal padre alla promessa di dote: *ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur*. In un patto così concepito le parole *se vivo* potevano riferirsi o soltanto alla prima parte oppure anche alla seconda parte del patto; rimanendo luogo ad un dubbio, sia pure lontano, sull'interpretazione della volontà delle parti, è naturale che l'imperatore Severo preferisse quel modo d'interpretarla, che era più favorevole alla dote ed al matrimonio (Leg. 85 pr., D., *de div. reg.* 50, 17; Leg., 70 D., *de jure dot.*, 23, 3). In questa legge non è dunque negata e neppure messa in dubbio la validità del patto « *ne dos constante matrimonio petatur*, ma anzi evidentemente presupposta, in quanto vi è detto che dovendosi interpretare il patto *ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur*, il riguardo alla paterna pietà ed alla presunta volontà delle parti (*hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis*) ed al giusto interesse del marito, il quale in con-

Dopo la nascita dell' *actio rei uxoriae* il vantaggio, che il marito ritraeva da una costituzione di dote, alla quale fosse stato aggiunto il patto in discorso, consisteva, quant' al diritto classico, nel *lucrum dotis* pel caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, e nelle retenzioni (*propter liberos* e *propter mores*), che per avventura gli fossero spettate nel caso di divorzio; quanto al diritto giustiniano, nel quale il marito era obbligato a restituire la dote, in tutti i casi di scioglimento del matrimonio, ed erano cessate le retenzioni, il marito poteva risentire un vantaggio dalla costituzione di dote, in conseguenza del *commodum repraesentationis*, che gli spettava nel caso in cui l' *exceptio temporalis* cessava col cessare del matrimonio, ed oggetto del credito erano cose non immobili (1), oppure, per effetto d' un *pactum de lucranda dote* permesso, sotto certe condizioni, anche nel diritto giustiniano, o finalmente in virtù delle pene pecuniarie, alle quali fu condannata dalle costituzioni imperiali in favore del marito e dei figli, la moglie, che divorziava senza causa legittima, o dava al marito una causa giusta di divorzio (2) (3). Ad ogni modo, qualunque fosse stato il vantaggio che dalla

seguenza di quella convenzione intesa nel senso rigoroso di patto « *ne dos constante matrimonio petatur*, » non risentirebbe durante il matrimonio alcun vantaggio dalla costituzione di dote, e sarebbe *di fatto* nella condizione di chi non avesse ricevuta alcuna (*ut non habuisse dotem EXISTIMETUR*), impone d' interpretare il patto nel senso che il marito siasi semplicemente obbligato a non esigere durante il matrimonio il credito dotale, fintantochè il padre della moglie sia in vita. È evidente, per chi si spogli da idee preconcepite, che, se la volontà delle parti fosse stata espressa in modo da non lasciare alcun appiglio a dubitare della loro intenzione, di escludere l'azione nascente dalla promessa dotale per tutta la durata del matrimonio, il giureconsulto Ulpiano e l'imperatore Severo non avrebbero esitato a riconoscere l'ammissibilità d' un tal patto. Vedi CRYHLARZ, o. c., pag. 89 e 90. — BECHMANN, o. c., I, pag. 14.

(1) Leg. unica, § 7, C., de r. u. a. 5, 13.

(2) Vedi SCHUPFER, o. c., pag. 181 e seg.

(3) Cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 91.

costituzione di dote derivava al marito, ciò riguardava soltanto quest'ultimo; accettandola, egli mostrava di ritenerla rispondente al suo interesse, sia che tenesse conto del vantaggio morale che poteva venirgliene, o di quello economico, che direttamente o indirettamente vi andasse congiunto, in quanto la costituzione di dote aumentasse la stima, considerazione e credito di lui. È certo che, nel caso di cui parliamo, si verificava un aumento attuale del patrimonio del marito, perchè questi acquistava subito un diritto di credito, e col patto n'era semplicemente differita l'esazione fino alla morte della moglie. Ma, la stipulazione « *quum morieris dotis nomine tot dari* » non aumenta essa pure il patrimonio del marito, in quanto procura a quest'ultimo se non un attuale diritto di credito, almeno l'aspettativa di conseguirlo? Poco importa, che il diritto di credito nasca soltanto alla morte della moglie, l'aspettativa d'averlo in quest'epoca non costituisce forse senz'altro un aumento di patrimonio? Tale era, senza dubbio, il parere di Giuliano, il quale appunto argomentava dalla validità del patto « *ne a viva exhibeatur* » (*Julianus scribit, valere talem stipulationem, ... quia et pacisci soleant « ne a viva exhibeatur »*). Ma, dice Paolo sulle orme di Aristone, Nerazio e Pomponio, altr'è differire l'esazione, e altro stipulare fin da principio per un tempo in cui non esisterà più il matrimonio (*quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit*). Invero, il patto « *ne a viva exhibeatur* » aggiunto alla stipulazione colla quale la dote è già costituita, non urta contro la sostanza di questa, perchè rende soltanto inesigibile il credito durante il matrimonio, e non è necessario che la dote dia un provento in questo spazio di tempo; ma, se la donna fin da principio stipula per un tempo in cui non esisterà più il matrimonio, non si obbliga presentemente, ma, dice in sostanza: il giorno in cui il matrimonio non esisterà più, mi obbligo a darti cento a titolo di dote. Si veda pure anche in questo caso un aumento di patrimonio in

senso largo (ed è certo che in senso larghissimo va inteso l'aumento di patrimonio, che è condizione necessaria dell'esistenza della dote); non è qui riposta la difficoltà che trovano Paolo e gli altri giureconsulti, a riconoscere la validità della stipulazione in discorso (1), bensì nell'intrinseca contraddizione propria del fatto di chi promette *ab initio* qualche cosa a titolo di dote per un tempo in cui il matrimonio non esisterà più. Come sciolto il matrimonio nessuno può obbligarsi a titolo di dote, così non può esser valida una stipulazione, colla quale, non l'esazione, ma l'esistenza del credito sia differita ad un tempo in cui il matrimonio non può più essere.

Il DERNBURG (2) cerca di spiegare il fatto che erano leciti i patti in forza dei quali la dote non poteva esigersi durante il matrimonio, dicendo che, nonostante tali patti, la dote era dovuta, sia pure *naturaliter*, anche durante il matrimonio, e che questi patti furono ammessi per evitare processi odiosi fra il marito e la moglie, o il suocero. Quest'ultima considerazione, non tocca per niente il punto ch'esaminiamo; essa varrà a darci la ragione, per la quale, ad ammettere la validità dei patti in discorso propendevano i giureconsulti romani, ed i patti stessi erano frequenti nella vita (*quia et pacisci SOLEANT* etc.); non però potrebbe giustificarne l'ammissibilità se fossero contrari all'essenza della dote. Quanto all'argomento desunto dal fatto, che, anche durante il matrimonio, la dote è dovuta, neppur questo ha valore a favore di chi considera la dote come un fondo, col cui provento i pesi del matrimonio devono essere sopportati. Poco importa che, nonostante il patto, l'obbligazione della donna continui a sussistere. È questo patto in sé

(1) Neppure la difficoltà nascente dalla circostanza che l'obbligazione sarebbe incominciata dopo la morte o al momento della morte del promittente, si affaccia alla mente di Paolo, il quale nega la validità della stipulazione, soltanto perchè l'obbligazione nascerebbe in un'epoca nella quale « *matrimonium futurum non sit.* »

(2) *Pand.*, III, pag. 22.

stesso che va esaminato. Un patto, in virtù del quale il marito rinunzi per tutto il tempo che dura il matrimonio, al diritto di esigere la dote considerata come fondo col cui provento devono essere sopportati i pesi del matrimonio, non dovrebbe essere nullo? E se è valido, non è più che a sufficienza provato che la dote non ha questo carattere essenziale? (1). È appunto per questa ragione che il GLÜCK (2), e quasi tutti gli antichi interpreti ritenevano come nullo un tal patto. Osserva bene il BECHMANN (3), che è merito loro di avere in generale proceduto nel determinare le condizioni d' esistenza della dote, molto conseguentemente alla definizione che di questa davano, pur facendolo a spese del diritto scritto e dell' esatta interpretazione del medesimo. Così, secondo gli antichi interpreti, non potevano essere date in dote quelle cose, che, pure aumentando il patrimonio del marito, ed essendo per lui forse di grandissima utilità, non erano tali che il loro uso fosse idoneo a soddisfare agli speciali bisogni della vita coniugale (4). Gli errori esegetici, e le arbitrarie interpretazioni degli antichi furono corretti dai moderni interpreti, i quali però non hanno posto mente alla necessità di premettere alle conseguenze rettificative, un giusto principio che con queste s' accordasse.

Se la dote fosse un fondo quale, immaginano l' ARNDTS ed il DERNBURG, sarebbe conseguenza logica necessaria del concetto stesso della dote, che i frutti delle cose dotali fossero lucrati dal marito; questo lucro apparirebbe una conseguenza tanto naturale della destinazione della dote, che neppure ci sarebbe il bisogno che fosse specialmente enunciato il principio, che il marito non è tenuto a restituire i frutti della dote. Come non troviamo formulato nelle fonti alcun principio giu-

(1) Ciò trascura anche lo SCHEURL, l. c., VI, pag. 5.

(2) Op. cit., vol. 25, pag. 353.

(3) Op. cit., I, pag. 6.

(4) Vedi GLÜCK, o. c., pag. 434; cfr. pag. 442.

ridico, che imponga al marito l'obbligo di sopportare i pesi del matrimonio, perchè quest'obbligo del marito era qualche cosa che di per sè stessa si comprendeva, a causa della natura propria della costituzione della famiglia romana e del concetto che i Romani avevano del matrimonio (1), così del principio che il marito lucra i frutti della dote, i giureconsulti romani si sarebbero limitati probabilmente ad enunciare le conseguenze, senza formulare il principio stesso. Invece troviamo questo principio espresso nelle fonti come qualche cosa, che non deriva di per sè stessa dal concetto della dote, ma è semplicemente reclamata dall'equità. Un principio contrario avrebbe si urtato contro l'equità, non però contro l'essenza della dote, (2). Bensì il principio che il marito lucra i frutti della dote si fonda sull'equità in quanto la dote è destinata ad aiutare il marito a sopportare i pesi del matrimonio; in questo senso può dirsi che quel principio deriva *indirettamente* dal concetto della dote, non però *necessariamente e direttamente*. Sciolto il matrimonio, l'arbitro nel decidere se e quanto era giusto che il marito restituisse alla moglie, avrebbe certo tenuto conto della destinazione della dote, anche se avesse condannato il marito a restituire i frutti percepiti, purchè gli avesse accordato un qualche altro vantaggio, per es., avesse limitato l'obbligo di restituzione ad una parte aliquota di ciò che il marito aveva ricevuto a titolo di dote. Se non che, questo modo di determinare il contenuto dell'azione dotale, sarebbe stato poco rispondente agli interessi del marito ed anche a quelli della moglie, nonchè pieno di difficoltà nella sua attuazione pratica; era molto più opportuno determinare il

(1) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 10 e nota 4 ivi.

(2) Leg. 7 pr. D. de jure dot., 23, 3: « Dotis fructum ad maritum pertinere debere *aequitas* suggerit; quum enim ipse onera matrimonii subeat, *aequum* est, eum etiam fructus percipere. » — Vedi CZYHLARZ, pag. 235 e seguenti.

contenuto dell'azione dotale in un modo, che procurasse alla moglie la restituzione di tutto ciò che essa aveva portato al marito a titolo di dote, ed a questa assicurasse i vantaggi, che dalla proprietà di regola derivano: il lucro dei frutti. A questo trattamento dei frutti della dote spinse l'esempio di ciò che avveniva nella vita pratica, Il buon padre di famiglia (e la norma giuridica subentrando nel luogo di quella morale, era diretta a garantire alla moglie i vantaggi, che questa avrebbe risentiti, se alle norme morali il marito avesse uniformata la sua condotta), impiegava certo durante il matrimonio i proventi delle cose dotali a vantaggio della famiglia e, sciolto il matrimonio, assicurava l'esistenza di questa colla sostanza della dote. Possiamo dire che riconoscendo nel marito il diritto di lucrare i frutti della dote, fu adottato il *modo* più opportuno per soddisfare all'esigenze dell'equità e della destinazione della dote: e poichè quel diritto non discendeva come diretta e necessaria conseguenza dal concetto della dote, Ulpiano poteva porre la questione, se fosse valido il patto, in forza del quale il marito era tenuto a restituire insieme colla cosa ricevuta a titolo di dote, anche i frutti percepiti, e credere che meritasse il conto di riportare l'autorità di Marcello in suffragio alla risposta negativa, la quale è giustificata da questo giureconsulto col dire che la moglie sarebbe per effetto di quel patto, *prope indotata* (1); il che può soltanto significare, che il marito verrebbe a perdere ogni vantaggio dalla costituzione di dote, e ad essere trattato in modo contrario a quell'equità in omaggio alla quale fu posto il principio, che gli attribuiva il lucro dei frutti dotali; ma la convenzione delle parti non poteva far sì che l'arbitro chiamato a giudicare in

(1) Leg. 4, D., *de pact dot.*, 23, 4: « Ulpianus lib. 31 ad Sabinum. Si convenerit, *ut fructus in dotem converterentur*, an valeat conventio? Et Marcellus ait lib. 8, Digestorum, conventionem non valere: *prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri*. — Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 14.

conformità dei dettami della giustizia, fosse trasformato in strumento d'iniquità (1).

Il principio che il marito lucrava i frutti della dote percepiti, durante il matrimonio, se non derivava direttamente e necessariamente dal concetto della dote, aveva però in questo concetto la sua ragione d'essere, e fu certamente una delle cause che efficacemente contribuirono al cambiamento di esso; infatti nella generalità dei casi in cui oggetto della dote era un capitale, il contenuto dell'obbligazione dotale era rappresentato da questo capitale, mentre i proventi venivano lucrati definitivamente dal marito così la dote dovè apparire a poco per volta come un fondo, col cui provento i pesi del matrimonio dovevano essere alleggeriti al marito.

Concludiamo che la dote romana, pur avendo la destinazione di contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio, non era di natura sua un fondo col cui reddito dovevano questi essere sopportati

Non si può considerare come funzione della dote, il procurare in anticipazione alla *filiafamilias* che passava nella *manus* del marito, la quota che era giusto le fosse assegnata della sostanza paterna (BECHMANN) (2), perchè questo scopo poteva essere raggiunto in altro modo, e anche più adeguatamente, p. es. per mezzo del testamento; d'altronde questa funzione della dote sarebbe venuta meno fin dal momento che

(1) Che se il marito era compensato in qualche modo dell'obbligo di restituire i frutti della dote, per es., perchè la moglie si fosse obbligata a mantenersi del proprio durante il matrimonio, allora il patto non urtava più contro l'equità ed era valido. « Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret, et mulier se, suosque aleret, tuereturve, et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere? » Leg. 4, cit. in fine.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 31, n. 2. — WINDSCHEID, *Pand.*, § 492.

sorsero i matrimoni liberi. Il BECHMANN (1) riconosce, che questo scopo poteva essere raggiunto senza ricorrere alla dotazione, e che nei matrimoni liberi, di quest' espediente non faceva più mestieri, perchè la filiafamilias non esciva col matrimonio dalla famiglia paterna, e non perdeva il diritto alla successione intestata del padre, ma osserva che il mezzo della dotazione dovè apparire sempre come il migliore, perchè nè l' incerta aspettativa d' una futura eredità testamentaria, nè quella d' una futura eredità legittima, erano così atte a facilitare il collocamento della donna, come un aumento di patrimonio procurato al marito direttamente ed immediatamente (2). — Da questo medesimo ragionamento del BECHMANN, appare evidente che lo scopo di procurare alla figlia una parte della sostanza paterna, passa in seconda linea, anzi interamente sparisce. Il BECHMANN stesso, mostra di non considerarlo che come secondario di fronte a quello di procurare alla figlia un conveniente matrimonio, e prepararle una sicura e dignitosa posizione nella casa coniugale.

Ma neppure questo era lo scopo della dote, oggettivamente considerata. La dote esisteva nell' interesse del marito (3), che doveva sopportare i pesi del matrimonio. Qualunque fosse stato l' interesse che una donna avesse avuto ad essere dotata, non si può tener conto di questo interesse nella determinazione del concetto

(1) Op. c., I, pag. 42.

(2) « Freilich war die Dotation nicht das einzige Mittel, um den zuletzt gedachten Erfolg herbeizuführen. Der Vater konnte die Tochter als Erbin einsetzen und ihr auf diese Weise bei dem Austritt aus der väterlichen Familie ihr Vatergut zuwenden. Allein der andere Weg, der der Dotation, musste aus manchen Gründen als der vorzüglichere erscheinen; schon deshalb, weil im andern Falle die Vortheile, welche für die Frau durch die *sofortige* Vermehrung des Vermögens des Mannes entstanden, wegfielen, weil ein Mädchen, das dem Manne nichts zubrachte als die ungewisse Aussicht auf eine künftige Erbschaft, wohl von Anfang an wenige Aussicht auf eine entsprechende Heirath hatte, als die, welche sofort eine sichere und unentziehbare Bereicherung zu gewähren vermochte. » BECHMANN, l. c.

(3) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 29.

della dote, in modo da parificarlo o farlo prevalere a quello del marito. L'interesse che la donna aveva alla dote era, per così dire, un semplice interesse *riflesso*. Soltanto quella donna poteva occupare nella casa coniugale la posizione di compagna del marito, e a lui essere pari in dignità, la quale aveva aumentato il patrimonio familiare e partecipava così indirettamente ai pesi del matrimonio. Dice egregiamente il BECHMANN (1): « Soviel steht fest, jene sociale Stellung als Materfamilias, als « Domina, als gleichberechtigte Genossin des Mannes konnte « nach römischen Begriffen und Sitten regelmässig nur die « Frau einnehmen und behaupten, welcher der Manu auch « eine Vermögensvermehrung zu verdanken hatte, während « die, welche mit leeren Händen gekommen war, seiner Willkür « und seinen Launen schutzlos preisgegeben war. » — Ma il BECHMANN trascura che, appunto perché la dote era destinata ad alleggerire al marito i pesi del matrimonio, sembrava più meritevole di riguardi la moglie, la quale aveva agito in conformità del giusto interesse del marito portandogli una dote, di quella che non aveva recato al marito alcun contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio.

Osserva bene lo CZYHLARZ (2), che bisogna guardarsi dal confondere lo scopo *intrinseco oggettivo* della dote, collo scopo *soggettivo* del costituente; questi avrà certo in mira principalmente l'interesse della donna, e vorrà procurarle un matrimonio conveniente ed assicurarle un degno posto nella casa coniugale; ma lo scopo intrinseco della dote, del quale soltanto va tenuto conto nel determinare il concetto di questa, è rivolto a far meno gravi al marito i pesi del matrimonio, e non ad avvantaggiare la donna.

Altra funzione della dote, dice il BECHMANN, essere stata

(1) Loc. cit., pag. 37.

(2) Op. cit., pag. 30.

quella di far partecipare i figli ai beni della madre, dall' eredità della quale, essi furono esclusi fino al tempo in cui il pretore concesse loro la *bonorum possessio unde cognati*, ed in realtà, finchè il S. C. ORFIZIANO non li chiamò, in modo veramente utile, all' eredità intestata della madre. Ma non può considerarsi come funzione della dote il produrre un risultato, che poteva essere escluso dalla volontà del padre, sia diseredando i figli, sia alienando le cose dotali (1). — La dote, in quanto si confondeva nel patrimonio del paterfamilias, faceva sì che nella generalità dei casi i figli acquistassero, come eredi legittimi del padre, una parte della sostanza materna; ma ciò era semplicemente una conseguenza della forma nella quale la donna portava il suo contributo al marito, e non costituiva l' ufficio della dote. Certamente, rispondeva perfettamente alle idee ed ai sentimenti dei Romani che la dote, questo patrimonio familiare per eccellenza, passasse alla morte del padre nei figli (2), a quel modo stesso che erano conformi alle idee ed ai sentimenti romani le conseguenze economiche, che la manus produceva in favore del marito, senza che, per questo, possa seriamente dirsi, che la mano avesse per funzione il procurare al marito un aumento di patrimonio per parte della moglie.

Da quanto abbiamo detto segue, che la dote poteva esser data soltanto a quella persona, che doveva sopportare i pesi del matrimonio, e questa era di regola il marito stesso (3). Vedremo

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 31. — Vedi anche WINDSCHEID, *Pand.*, § 492.

(2) Anzi, dopo che fu introdotto l' obbligo della restituzione, e regolato in modo che, a poco a poco, la dote subì una trasformazione avvicinandosi a ciò che è ai giorni nostri, un capitale, i cui soli frutti erano destinati ad essere lucrati dal marito, in compenso dei pesi del matrimonio, fu riconosciuto nei figli un diritto certo sulla dote (L. unica, Cod. *si dos const. matr.*, 5, 19. — L. 3, C. Th. *de dot.*, 3, 13. — Nov. 98, c. 1; Nov. 127, c. 3). Si noti che in quest' epoca, i figli erano già stati chiamati alla successione della madre dal senatoconsulto Orfiziano, decretato sotto Marco Aurelio.

(3) CZYHLARZ, o. c., pag. 17 e seg. — Cfr. BECHMANN, I. p. 33 e seg. — SCHEURL, l. c., VI, pag. 1 e seg. SCHUPFER, o. c. pag. 293.

in seguito che la destinazione della dote non implicava necessariamente che la dote seguisse i pesi del matrimonio, allorché questi passavano a gravare sul patrimonio d'una persona, diversa da quella a cui la dote stessa era stata costituita. Bensì la dote, come contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio, non poteva esser *data*, che a quello a cui incombevano i pesi del matrimonio, e cioè al padre della famiglia della quale la moglie andava o era andata a far parte, sia che questi fosse stato il marito stesso, o il padre, o l'avo di lui. E ciò corrispondeva al concetto comune, pel quale la dote era il patrimonio familiare per eccellenza. Questo patrimonio non poteva essere riposto che nelle mani del capo della maggiore famiglia, nel cui seno la nuova si andava formando; come di questa, così di quella la stessa persona era capo. Essa avrà coscienza dei doveri che le derivano dal fatto che le è stato affidato questo patrimonio, e morendo, avrà cura di legare o le stesse cose ricevute come dote pel matrimonio del figlio, o altre che le rappresentino in valore, al figlio stesso; e, ove nol faccia, interverrà in seguito la norma giuridica a supplire alla trascuraggine paterna (1).

Se veniva costituita una dote per il matrimonio del figlio di famiglia, essa era generalmente data immediatamente al padre (2), ma se anche era data al figlio (3), andava egualmente ad aumentare il patrimonio del paterfamilias. Se la dote aumentava, anche in questo caso, il patrimonio del padre di famiglia, ciò non avveniva a causa della destinazione della dote, ma era semplicemente una conseguenza necessaria della *patria potestas*, la quale da una parte imponeva al padre i

(1) È appunto nel senso che la dote può andare ad aumentare soltanto il patrimonio di chi sopporta i pesi del matrimonio, che PAOLO dice: *Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt* (Leg. 56, § 1, D. *de jure dot.*, 23, 3). — D'altra opinione è lo CZYHLARZ, o. c., pag. 23.

(2) Leg. 22 § 12, D. S. M., 24, 3. — L. 57, D. *de j. d.*, 23, 3.

(3) Leg. 22 § 12; L. 53, D. S. M., 24, 3.

pesi del matrimonio del figlio, e dall'altra gli procurava ciò che ne rappresentava il corrispettivo, perchè tutto ciò che il figlio acquistava apparteneva al padre di famiglia (1). Bensi questa conseguenza della patria potestà era perfettamente conforme alla destinazione della dote; si può anzi asserire, che se nei tempi antichi gli acquisti fatti dal figlio di famiglia non fossero andati ad ingrossare il patrimonio paterno, sul quale gravavano i pesi del matrimonio del figlio, se, cioè, le leggi che presiedevano alle funzioni economiche dell'organismo familiare romano, non avessero di per sè stesse mirabilmente corrisposto alla destinazione della dote, anche nel caso in cui questa era data direttamente al figlio, si sarebbe dovuto assoggettare l'acquisto *dotis causa*, ad un trattamento giuridico differente da quello degli altri acquisti.

Delle cose dette abbiamo la conferma nei principii, che regolarono l'acquisto della dote data al figlio di famiglia, dopo l'introduzione dell'istituto del *peculium*, che portò sì fiero colpo alla giuridica unità ed indivisibilità del patrimonio familiare (2).

Allorquando furono introdotti i *peculii castrense* e *quasi castrense*, riguardo ai quali il figlio di famiglia aveva la posizione d'un *paterfamilias*, senza che per questo fosse liberato dalla patria potestà e senza che perciò i pesi del suo matrimonio cessassero di gravare sul patrimonio paterno, poteva nascere il dubbio che si dovesse per analogia estendere alla dote, ciò ch'era stato stabilito per l'eredità, che il figlio di famiglia *miles*, aveva avuta dalla moglie. Si sarebbe potuto argomentare dal fatto che tanto la dote, quanto l'eredità della moglie, erano aumenti di patrimonio, che provenivano al marito per parte della donna, ma PAPINIANO si affrettava a richia-

(1) GAIO, II, 87.

(2) Vedi per quel che segue l'esposizione in parte differente dello CZYHLARZ, o. c., pag. 18 e 19. — Cfr. SCHUPFER, o. c., p. 291 e 292.

mare alla memoria di chi lo dimenticava, forse nella smania d'esagerare il contenuto del *peculio castrense* in armonia alla tendenza del tempo, diretta a riconoscere nei figli di famiglia una sempre crescente capacità patrimoniale, il momento che distingueva la dote da ciò che *adventicio jure quaeritur*, e questo momento, era appunto la destinazione della dote ai pesi matrimoniali (1). Si noti che nel responso citato di PAPINIANO, dell'equità non è fatto il più lontano accenno. La dote data o promessa al figlio di famiglia non andava a far parte del *peculio castrense*, non soltanto perchè era giusto che la dote andava ad aumentare il patrimonio di chi sopportava i pesi del matrimonio pel quale essa era data, ma anche e specialmente perchè era conforme alla natura della dote, era conseguenza necessaria del concetto di questa, che i beni dotali aumentassero il patrimonio della persona, che della famiglia era capo e del matrimonio sopportava i pesi. Una dote che fosse andata ad aumentare il patrimonio d'una persona diversa da questa, avrebbe cessato d'essere ciò che era, per la natura sua, un contributo al sopportamento dei pesi del matrimonio. Papiniano contrappone nettamente l'acquisto *dotis causa*, che era procurato al marito *a causa dei pesi del matrimonio e dei figli comuni*, all'eredità della moglie, che si acquistava in certo modo accidentalmente e senza relazione ad un determinato rapporto (2).

Allorquando fu introdotto il *peculio avventizio*, il concetto della dote era ormai cambiato. La dote cominciava ad essere considerata come i moderni la considerano: un capitale, un

(1) Leg. 16 pr., D. *de pec. castr.*, 49, 17. Papinianus, libro XIX Responsorum: « Dotem filiofamilias datam, vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. Nec ea res contraria videbitur ei, quod Divi Hadriani temporibus filiumfamilias militem uxori heredem exstitisse placuit, et hereditatem in castrense peculium habuisse: nam *hereditas adventicio jure quaeritur: dos autem matrimonio cohaerens, oneribus ejus, ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.* »

(2) Vedi SCHUPFER,, o. c., pag. 292.

fondo, i cui frutti dovevano servire di contributo a sopportare i pesi del matrimonio. Col peculio avventizio, fu di molto aumentata la capacità patrimoniale dei figli di famiglia, ma il padre rimase sempre il capo della famiglia e non cessò in lui l'obbligo di sostenere i pesi del matrimonio del figlio (1). Or bene, siccome era già avvenuto nel concetto della dote quel cambiamento a cui or ora abbiamo accennato, così non si trovò ostacolo a che la sostanza della dote costituita per il matrimonio d'un figlio di famiglia e data a lui stesso, andasse ad aumentare il peculio avventizio, del quale il padre avendo l'amministrazione e l'usufrutto (2), acquistava ciò che ormai si considerava propriamente come corrispettivo dei pesi del matrimonio, a differenza del concetto antico, pel quale questo corrispettivo era rappresentato dall'aumento di patrimonio, di per sè stesso considerato.

A che la dote, costituita per il matrimonio d'un figlio di famiglia, e a quest'ultimo data, andasse a far parte del peculio avventizio del figlio, non ostava il concetto della dote come patrimonio familiare affidato al paterfamilias, perchè quest'ultimo riceveva la dote appunto come capo di quella famiglia per la quale essa era stata costituita. Quando cominciò a scindersi l'antica unità familiare, e si delinearono sempre più nettamente in seno all'antica famiglia, le più piccole famiglie, che vi si andavano formando, dovè sembrare naturale che ai rappresentanti delle singole famiglie appartenessero le rispettive doti, le quali d'altronde rimanevano sempre in deposito del paterfamilias, in quanto a lui ne spettava l'usufrutto e l'amministrazione (3).

(1) Arg. L. 8 §§ 4 e 5, Cod. *de bonis q.*, lib. 6, 61.

(2) Const. 1, C. *de bon. mat.*, 6, 60; const. 1, 6, C. *de bon. q.*, lib. 6, 61.

(3) Da quanto abbiamo detto risulta evidente, come si debba concordare collo CZYHLARZ (op. cit., pag. 20, nota 20) nell'escludere la possibilità che la dote andasse a far parte del *peculium adventicium irregulare*.

Già vedemmo che il principio *dotis causa perpetua est* (1), non è in contraddizione, col concetto della dote come contributo a sopportare i pesi del matrimonio. Col matrimonio non cessano i pesi matrimoniali, che continuano nei figli, e la dote come patrimonio familiare deve rimanere sempre in deposito del padre di famiglia. D'altronde è la sostanza della dote, che è data al marito in compenso dei pesi del matrimonio, qualunque siano la durata e l'intensità di questi pesi, ed il vantaggio, che il marito ritrae dalla costituzione di dote, consiste nell'averne un aumento di patrimonio non solo durante il matrimonio, o per il tempo in cui vive, ma per sempre, di guisa che i beni, che rappresentano quest'aumento, siano trasmissibili agli eredi del marito come tali. È appunto per questo, che, come lo scioglimento del matrimonio non aveva per conseguenza necessaria, diretta, del concetto della dote, l'obbligo della restituzione, così la dote, per quanto non potesse aumentare che il patrimonio di chi sopportava i pesi del matrimonio per il quale era destinata, pure non seguiva necessariamente i pesi del matrimonio, allorquando questi passavano in una persona diversa da quella a cui la dote era stata data. Già dicemmo (2) che la l. 56, § 1, D, *de j. d.*, significa semplicemente, che la dote può andare soltanto ad aumentare il patrimonio di chi sopporta i pesi del matrimonio. Questo è certamente il senso in cui le parole « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* » sono state usate da Paolo. Se nelle *Pandette*, il paragrafo immediatamente seguente suona « *post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor,* » ciò non prova che il § 1 di per sè stesso significhi, che gli *onera matrimonii*, se passano da un patrimonio all'altro, debbano essere seguiti dalla dote, che si trova

(1) Vedi pag. 24.

(2) Vedi pag. 47, nota 1.

nel primo patrimonio, ma soltanto che questo passaggio appariva a Paolo (o almeno ai compilatori), come una conseguenza di quel principio, o, più precisamente, della ragione su cui quel principio stesso si basa (1). Mentre, cioè, il passo di Paolo esprime il principio che la dote può aumentare soltanto il patrimonio della persona, che sopporta i pesi del matrimonio, principio che è conseguenza logica, necessaria, del concetto della dote, al tempo stesso dalla ragione su cui quel principio si basa, si vuol derivare l'ulteriore conseguenza, che nel caso in cui pesi del matrimonio passano dal patrimonio della persona, che la riceve in conformità di quel principio, nel patrimonio d'altra persona, anche la dote deve passare nel patrimonio di questa. Tale passaggio, non è certo una conseguenza del concetto della dote, dal momento che questa è di natura sua un aumento di patrimonio procurato irrevocabilmente a chi sostiene i pesi del matrimonio, senza che sul trattamento giuridico di esso possa avere diretta influenza l'entità e la durata di questi pesi, bensì è un riconoscimento *indiretto* della destinazione essenziale della dote, in quanto in questa destinazione è riposta la ragione per la quale appare equo lo stabilire, che la dote passi nel patrimonio di chi ormai sopporta i pesi del matrimonio. Questo passaggio corrispondeva al tempo stesso perfettamente al concetto della dote come patrimonio della famiglia sorta dal matrimonio, per il quale essa era stata costituita. Il paterfamilias, considerato come depositario dei singoli capitali famigliari, aveva il dovere morale di legare particolarmente a ciascuno dei figli, una parte del suo patrimonio corrispondente all'aumento, da questo subito in conseguenza delle costituzioni di dote fatte pei matrimoni dei figli. Alla previdenza privata doveva sostituirsi col tempo la

(1) Questo ci sembra trascurare lo CZYHLARZ, op. cit., pag. 23 e segg.

norma giuridica. In particolare sono da notare i seguenti casi (1).

Se il figlio ammogliato era erede del padre, che aveva ricevuta la dote, alla morte di questo, i pesi del matrimonio, che prima gravavano su tutto il patrimonio paterno, andavano a carico di quel figlio soltanto, mentre la dote, che pure era stata data in compenso di questi pesi, veniva ripartita fra tutti gli eredi in proporzione delle loro quote ereditarie. Il buon padre di famiglia, non trascurava certo d'impedire questa ingiusta disparità di trattamento, contenuta in un trattamento eguale di tutti i coeredi, e se pure non vi aveva provveduto con una speciale disposizione testamentaria, era da supporre che avesse rimesso alla coscienza dei coeredi del figlio, per il matrimonio del quale la dote era stata costituita, il riconoscimento delle giuste pretese di lui, e certo doveva essere raro il caso in cui i coeredi, che erano generalmente gli altri figli, non avessero senz'altro permesso al fratello di prelevare la dote. È contro i coeredi, i quali, s'opponevano a cosa giusta, conforme alla presunta volontà del padre di famiglia, e non si comportavano come esigeva il concetto della dote, quale patrimonio speciale della famiglia per la quale essa era stata costituita, che dovette prima di tutto intervenire la norma giuridica, accordando al figlio ammogliato il diritto di prelevare la dote data per il matrimonio di lui. Tale diritto fu riconosciuto nel figlio non contro la volontà del defunto padre di famiglia, ma piuttosto in omaggio alla presunta volontà di lui. Il diritto di prelevare la dote dovè quindi essere riconosciuto dapprima nel solo figlio erede, affinché quest'ultimo fosse trattato come se *dos per praeceptionem legata fuisset*, e trovarsi collegato coll'*actio familiae erciscundae* (2).

(1) Cfr. per quel che segue. CZHYLARZ, op. cit., pag. 23 e segg. BECHMANN, op. cit., I, pag. 26 e segg.

(2) l. 51 pr., D., *fam. erc.*, 10, 2, JULIANUS, lib. 8, *Digestorum*. « Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua

Se il figlio non era erede del padre, quest'ultimo trascurava ben difficilmente di legargli la dote. Il buon padre di famiglia, pur avendo tutte le buone ragioni d'essere scontento del figlio e di diseredarlo, non poteva fare a meno di legargli la dote, che era il patrimonio della famiglia del figlio (1). Questo legato non era trattato come un *legatum debiti*, ma come un legato ordinario e però sottoposto alla Falcidia (2), perchè il padre era sì obbligato, secondo l'opinione comune, a legare almeno la dote al figlio diseredato, ma quest'obbligo puramente morale, non poteva far apparire il legato della dote come un *legatum debiti*.

Allorquando i padri di famiglia cominciarono a perdere la coscienza dei loro doveri, e divenne non raro il fatto ch'essi diseredassero i figli, senza legar loro cosa alcuna in compenso delle doti onde s'era aumentato il proprio patrimonio, dovè sembrare iniquo, che il marito restasse privo di ciò ch'era stato dato in compenso dei pesi del suo matrimonio, e la sua famiglia di ciò, che costituiva il patrimonio domestico per eccellenza. Si sentì quindi la necessità, d'accordare al marito una

parte heredem instituerit *per arbitrum familiae eriscundae praecipit ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset.* » l. 20, § 2, D., *eod.* « Ulpianus lib. XIX ad Edictum . . . filiusfamilias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet: nec immerito, quia ipse onera matrimonii sustinet. Integram igitur dotem praecipiet . . . Nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris: quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet; quia filii onera, et nurus ipse agnoscere necesse habet. » Per questo diritto di prelevare la dote era indifferente che si trattasse o no d'una *dos stipulata*, come si suppone nella l. 20, § 2, D. cit. (et cavebit defensum iri coheredes qui ex stipulatu possunt conveniri), perchè la natura dell'eventuale obbligo di restituzione non poteva avere influenza in proposito. Cfr. CZYHLARZ, op. cit., pag. 26. Quanto all'età di questo diritto non si può determinarla con certezza. Vedi CZYHLARZ, *ivi*, nota 10.

(1) Vedi per es. l. 1, § 10, l. 7 pr., D., *de dote* pr., 33, 4.

(2) l. 1, § 13, l. 7, § 2, D., *de dote* pr., 33, 4.

utilis actio (1), colla quale egli poteva pretendere la dote quasi che gli fosse stata legata, come avveniva comunemente, e com'era dovere del padre di famiglia di fare (2).

Tanto il diritto di prelevare la dote accordata al figlio erede, quanto l'*utilis actio* del figlio diseredato, non erano una conseguenza diretta della connessione dei pesi del matrimonio colla dote, ma soltanto dell'equità, la quale aveva bensì in quella connessione il suo fondamento. In questo senso può pertanto dirsi, che questi diritti accordati al figlio, rappresentano un riconoscimento giuridico della destinazione della dote ai pesi del matrimonio, i quali non poteva certo ammettersi ch'essa seguisse come l'accessorio segue il principale. Siffatto riconoscimento non poteva avvenire, che tenendo conto nei singoli casi della destinazione della dote, senza porre un principio generale, che avrebbe urtato contro il carattere della dote, come aumento di patrimonio procurato *per sempre* a chi, al momento in cui è costituita la dote, deve sopportare i pesi del matrimonio. Al tempo stesso, la norma giuridica, subentrata nel posto dell'obbligo morale del paterfamilias e dei coeredi del figlio, rivela un sempre maggiore riconoscimento giuridico della dote, come patrimonio familiare affidato al padre della famiglia, e destinato a passare dalla custodia di questo in quella delle persone, che a mano a mano si succedevano, per dir così, nel governo della famiglia.

Oltre il caso di morte del padre di famiglia. il cui patrimonio era stato aumentato dalla dote data per il matrimonio del figlio, vi potevano essere altri casi, nei quali i pesi del matrimonio passavano dal patrimonio, di cui la dote era andata a far parte, sopra un altro patrimonio.

(1) l. 1, § 9, D., *de dote prael.*, 33, 4; l. 46, D., *fam. erc.*, 10, 2.

(2) Sotto quest'*utilis actio* ci sembra quindi più naturale intendere una *utilis legatorum actio* (cfr. ARNDTS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VII, pag. 29). Comunemente s'intende un' *utilis familiae erciscundae actio*. Vedi CZYHLARZ, op. cit., pag. 27.

Così se il marito diveniva membro d'una *societas omnium bonorum*, la dote andava ad aumentare il fondo sociale (1), sul quale d'altra parte gravavano i pesi della famiglia del socio (2). Ora, se la società finiva in un tempo in cui si era già verificato uno di quei casi di scioglimento del matrimonio, nei quali la dote rimaneva in tutto, o in parte (3), al marito (4), il *lucrum dotis* veniva diviso fra i soci, al pari delle altre attività del patrimonio sociale (5). In questo caso non v'era ragione d'escludere i soci dalla partecipazione al lucro della dote, perchè il patrimonio sociale aveva sopportato tutte le spese del matrimonio del socio e la dote data per questo matrimonio, rappresentava il corrispettivo, che la cassa sociale aveva ricevuto, e di questo corrispettivo faceva parte anche l'eventualità del lucro della dote. Poco importava che la dote, o quella parte di essa, che il marito non era tenuto a restituire, non potesse più passare alla morte di lui ai figli pei quali la dote era pure destinata. Il padre di famiglia era, nel concetto comune, depositario ed amministratore della dote, e se, egli nell'interesse proprio e della famiglia, aveva creduto bene d'andare a far parte d'una società di tutti i beni, i figli avranno risentito durante la società, ed anche allo scioglimento di questa, quei vantaggi, l'aspettativa dei quali indusse il paterfamilias a diventarne socio. Che se il successo non aveva cor-

(1) l. 3, § 1. l. 73, D., *pro socio*, 17, 2.

(2) l. 73, D., *pro socio*, 17, 2.

(3) Nel diritto classico, poteva rimanere una parte della dote al marito, in conseguenza delle ritenzioni *propter liberos* e *propter mores*.

(4) Nel diritto giustiniano, nel quale la donna poteva domandare col *actio ex stipulatu* la restituzione di tutta quanta la dote, in ogni caso di scioglimento del matrimonio, era possibile un lucro della dote per parte del marito, in conseguenza d'un *pactum de lucranda dote*. Vedi CZYLARZ, op. cit., pag. 24, nota 7.

(5) l. 66, D., *pro socio*, 17, 2. « Quod si eo tempore, quo dividitur societas, in ea causa dos sit, ut certum sit, eam, vel partem eius reddi non oportere, dividere eam inter socios iudex debet.

risposto alle speranze, doveva apparire naturale, anche secondo il concetto comune, che come in tutte le altre speculazioni ed operazioni d'amministrazione intraprese dal padre di famiglia, proprietario e depositario del patrimonio familiare, così in questa, di cui discorriamo, i membri della famiglia risentissero le conseguenze e della lieta, e della triste fortuna del padre.

Se la società cessava dopo avvenuto lo scioglimento del matrimonio, ed il marito era obbligato alla restituzione della dote, allora gli altri soci dovevano pagargli proporzionalmente le quote della dote, nei termini, che spettavano al marito, secondo i principi del diritto dotale, per la restituzione di essa (1).

Poteva darsi finalmente che la società si sciogliesse mentre durava ancora il matrimonio. In questo caso, se si fosse diviso fra i soci tutto il patrimonio sociale, compresa la dote, si sarebbe usato un ingiusto trattamento verso il marito, che doveva ormai sopportare tutti i pesi del matrimonio, mentre ciò che gli era stato dato come corrispettivo di questi pesi, sarebbe stato spartito fra i soci in proporzione delle loro quote sociali. L'equità reclamava che quei beni, che il marito aveva ricevuti a titolo di dote, cioè in corrispettivo dei pesi del matrimonio, e che erano passati nel patrimonio sociale insieme all'obbligo di sopportare i pesi del matrimonio del marito socio, a questo solo fossero assegnati, dal momento che quei pesi su lui solo tornavano a gravare. A quest'esigenza dell'equità si soddisfece accordando al marito il diritto di prelevare la dote (2). Con questo *praeceptio* era mantenuta l'eguaglianza di trattamento fra i soci, la quale era imposta dalla natura stessa del

(1) l. 65, § 16, D., *pro socio*, 17, 2 « . . . Quod si iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, eadem die recipienda est dos, qua et solvi debet. »

(2) l. 65, § 16, D., *pro socio*, 17, 2. Paulus lib. 32 ad Edictum. « Si unus ex sociis maritus sit, et distrahatur societas manente matrimonio, dotem maritus praecipere debet, quia apud eum esse debet, qui onera matrimonii sustinet. »

contratto di società. Col non accordare al marito il diritto di prelevare la dote, non si sarebbe disconosciuta la natura di questa, come contributo a sopportare i pesi del matrimonio, perchè la dote, pur avendo tale destinazione, andava definitivamente ad aumentare il patrimonio della persona a cui era data, ma si sarebbe urtato contro l'equità, che determinava il contenuto dell'*actio pro socio* ed esigeva un eguale trattamento di tutti i soci (1). Anche qui può dunque dirsi, che la destinazione della dote ai pesi del matrimonio, fu in tanto giuridicamente riconosciuta, in quanto in essa era riposta la ragione per la quale appariva giusto, che al socio ammogliato fosse concesso il diritto di prelevare la dote.

Nel caso d'emancipazione del figlio di famiglia ammogliato, i pesi del matrimonio cessavano di gravare sul patrimonio paterno, e passavano tutti a carico dell'emancipato. Il padre aveva il dovere morale di cedere al figlio, nel momento in cui l'emancipava, una parte del suo patrimonio, corrispondente all'aumento di patrimonio rappresentato dalla dote, che era stata data per il matrimonio del figlio. Se non che in questo caso la norma giuridica non poté mai prendere il posto del precetto morale, perchè niente ripugnava più alle idee ed ai sentimenti romani, dell'imporre al padre di famiglia di disfarsi, durante la sua vita, d'una parte del proprio patrimonio, fosse pure in favore di quelle persone, che nel concetto comune erano proprietarie di esso. Già vedemmo, che nel caso di morte del padre, poterono essere soddisfatte l'esigenze dell'equità, mediante la finzione, che il padre di famiglia avesse avuto riguardo all'interesse del figlio ammogliato e della famiglia di lui, legandogli o prelegandogli la dote. La norma giuridica poté occupare il posto del precetto morale, ricono-

(1) Vedi anche SCHUPFER, o. c., pag. 292.

scendo nel figlio erede, o diseredato, un diritto *in confronto degli eredi, o dei coeredi*, non però creando un diritto del figlio emancipato, *in confronto del padre*.

Un altro caso, in cui la norma giuridica non poté subentrare al precetto morale, fu quello della *datio in adoptionem*, nel qual caso i pesi del matrimonio del figlio passavano sul patrimonio del padre adottivo (1). Anche qui dal fatto che il padre aveva dato in adozione il figlio, non poteva nascere in lui l'obbligo giuridico di disfarsi in favore dell'adottante, di quei beni, che erano andati definitivamente a far parte del proprio patrimonio (2).

Finalmente è da ricordare il caso della condanna del marito alla deportazione, ed alla confisca dei beni. In questo caso il matrimonio continuava a sussistere (3), ma era perfettamente conforme ai concetti da noi sviluppati, che la dote andasse col rimanente del patrimonio del marito al Fisco, e la moglie soltanto, e soltanto sciolto il matrimonio, potesse pretendere la restituzione della sua dote (4). Di fronte ai diritti del Fisco, l'equità esigeva soltanto, che la donna non perdesse per il fatto che la disgrazia del marito non aveva cambiati i suoi sentimenti verso di lui, il diritto alla restituzione della dote.

(1) l. 45, D., *de adopt.*, 1, 7.

(2) Vedi contro il SAVIGNY (*System*, vol. II, pag. 115, nota 10), il quale crede argomentando dalla l. 56, §§ 1, 2, che nei casi d'emancipazione e di *datio in adoptionem*, la dote avesse seguiti i pesi del matrimonio, il BECHMANN, o. c., II, pag. 292, e lo CZYHLARZ, o. c., pag. 28, nota 17. Quest'ultimo autore nota giustamente, che il SAVIGNY non si cura di precisare come questo passaggio della dote si sarebbe realizzato. Neppure il SAVIGNY sembra credere che avvenisse un passaggio di proprietà *ipso iure*, e d'altra parte l'esistenza d'un'azione speciale non risulta da alcun passo delle fonti.

(3) l. 5, § 1, D., *de bonis damn.*, 48, 20; l. 1, C., *de repud.*, 5, 17.

(4) l. 31 pr., D., S. M., 24, 3. « Si marito, publico iudicio damnato, pars aliqua bonorum eius publicetur, fiscus creditoribus eius satisfacere necesse habet, inter quos uxor quoque est. » l. 1, C., *de repud.*, 5, 17.

Quella parte della dote, che, se non fosse avvenuta la confisca dei beni del marito, sarebbe per avventura rimasta a quest'ultimo, anche dopo sciolto il matrimonio, per poi passare ai figli, era sì perduta per questi, ma è pur sorte dei figli il sopportare le conseguenze delle colpe dei padri, e la confisca dei beni paterni va pur sempre a carico dei membri della famiglia, della quale quei beni rappresentano il patrimonio.

Dell' « actio rei uxoriae » in particolare (1).

Abbiamo veduto che l'obbligo della restituzione era affatto estraneo al concetto della dote romana, come quella che era destinata a passare per sempre ed irrevocabilmente nel patrimonio del marito, e che finchè si mantennero puri i costumi, non poteva farsi sentire la necessità di tutelare giuridicamente la posizione della donna maritata (2). Di qui segue che dobbiamo respingere risolutamente l'opinione, secondo la quale l'azione dotale sarebbe stata semplicemente una specie di *condictio sine causa*. Ed invero se tale fosse la natura dell'*actio rei uxoriae*, non si riuscirebbe a spiegare il fatto, che quest'azione si svolgesse tanto tempo dopo che già esisteva la

(1) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 32 e segg. — BECHMANN, o. c., I, pag. 47 e segg. — DERNBURG, *Compensation*, pag. 96 e segg.

(2) Infatti GELLIO (N. A., IV, 3; cfr. DIONIGI, *Antiq. rom.*, II, 25) ci dice espressamente che fino al secolo VI non esisterono azioni dotali, nè si sentì il bisogno di crearle. Fu soltanto in quest'epoca, che i mariti cominciarono ad abusare del diritto di divorziare loro concesso fino dai tempi antichissimi (PLUTARCO, *Rom.*, 22, 39), del quale abuso la tradizione ci riporta, come primo esempio, il divorzio di Spurio Carvilio Ruga nell'anno 519 o 533 p. u. c. Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 38, note 1 e 2.

dote (1), e nascesse soltanto in alcuni, e non in tutti i casi di scioglimento del matrimonio. Neppure si comprenderebbe perchè l'*actio rei uxoriae* non spettasse al terzo costituente della dote (2), non fosse trasmissibile agli eredi della moglie, e non competesse, come tutte le azioni di diritto patrimoniale, esclusivamente e definitivamente al padre, nella cui potestà la moglie si fosse trovata al momento dello scioglimento del matrimonio (3). Tutte queste particolarità dell'*actio rei uxoriae* mostrano chiaramente che essa era un'azione di diritto familiare (4).

Ciò che può dirsi di sicuro quanto al modo in cui si sviluppò l'*actio rei uxoriae*, è che quest'azione non deve la sua origine, nè ad una legge, nè all'editto del pretore; epperò non resta che risguardarla come un prodotto della giurisprudenza (5); ma sulla via battuta da questa per arrivare a darle vita, non può dirsi niente di certo.

L'HASSE (6) crede che l'*actio rei uxoriae* si sia sviluppata dalle *cautiones rei uxoriae*, cioè dalle speciali stipulazioni per

(1) GELLIO, l. c. — DIONIGI, l. c. Non si possono interpretare le parole di Gellio nel senso, che per circa 500 anni non si tentarono azioni dotali, per quanto queste già esistessero (TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotalrecht*, Berlin, 1831, II, pag. 205 — WALTER, *R. R. Gesch.*, II, § 499, nota 106), senza svisare evidentemente il senso del passo. Infatti Gellio dice che prima del secolo VI non *esisterono* azioni dotali, nè si sentì il bisogno di crearle. « *Memoriae traditum est, quingeatis fere annis post Romam conditam, nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse, quia profecto nihil desiderabantur, etc.* » Se poi non bastasse la testimonianza di Gellio, ci rimarrebbe quella di Dionigi. Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 69 e 70.

(2) Il solo ascendente paterno aveva un'azione per la restituzione della dote profettizia; ma è addirittura impossibile considerare quest'azione di natura affatto singolare come una *condictio*.

(3) Vedi CZYLHARZ, o. c., pag. 35.

(4) Vedi più avanti.

(5) CZYLHARZ, o. c., pag. 39.

(6) GUETERRECHT, pag. 21 e segg.

la restituzione della dote, che sarebbero state usate, secondo lui, fino dai primi tempi; di guisa che lo svolgimento storico dell'azione dotale, sarebbe consistito in questo, che il diritto della moglie tutelato originariamente dalla *lex privata*, sarebbe stato posto a poco per volta sotto l'egida della *lex publica*. Ma contro questa teoria dell'Hasse stanno insormontabili difficoltà. Vi resiste soprattutto il carattere dell'*actio rei uxoriae*, a cui abbiamo or ora accennato. Infatti se fosse giusta la teoria dell'Hasse, l'*actio rei uxoriae* avrebbe dovuto avere il carattere d'una *condictio*, ciò che è addirittura inconciliabile colle molte particolarità dell'*actio rei uxoriae*, e specialmente colla non trasmissibilità agli eredi, colle ritenzioni, col rapporto giuridico, che nasceva quando la moglie era ancora nella patria potestà al momento dello scioglimento del matrimonio. Anche se l'*actio rei uxoriae* si fosse svolta non dall'*actio ex stipulata*, ma dall'*actio fiduciae*, che sarebbe sempre nata allorquando al marito fossero state mancipate, o cedute in iure, cose corporali *cum fiducia*, come crede l'Hasse, si spiegherebbe quella delle particolarità dell'*actio rei uxoriae*, la quale presenta minori difficoltà, cioè la qualità di azione di buona fede, non però le più importanti particolarità di quest'azione (1). Inoltre, l'uso delle *cautiones rei uxoriae* sarebbe invalsa, secondo l'opinione dell'Hasse, fino dai tempi antichissimi, mentre Gellio riferisce espressamente quest'uso al medesimo avvenimento, col quale ricollega l'origine dell'*actio rei uxoriae* (2).

(1) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 51.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 39. — Il BEKKER (*Die Actionen des röm. privatrechts*, Berlin, 1871, I, pag. 315 e 316) difende la teoria dell'Hasse. Dopo avere giustamente rimossa la difficoltà d'ammettere nei tempi antichi una *stipulatio post mortem promissoris* (cfr. SCHEURL, o. c., VI, pag. 12), passa il Bekker ad asserire, che le particolarità dell'*actio rei uxoriae* costringono appunto ad ammettere, che quest'azione derivi dalle *cautiones*, perchè nessuna legge, nessun pretore, avrebbe osato inventarle, crearle dal nulla. Queste particolarità si poterono introdurre nell'*actio rei uxoriae*,

Il BECHMANN (1) crede, che, nei primi tempi, i coniugi fossero soliti di concludere nel momento della costituzione di dote, una stipulazione di questo contenuto: *ut si inter virum et uxorem divortium contigisset, quod aequius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori* (2). Per uniformarsi ad una promessa così concepita, il marito avrebbe dovuto semplicemente seguire l'esempio dei buoni tempi antichi, e cioè riunire al momento del divorzio un consiglio di parenti e d'amici, i quali giudicassero secondo giustizia, se, ed in qual misura, la dote doveva essere restituita alla moglie. Il processo storico dell'*actio rei uxoriae* sarebbe consistito, prima nel sottintendere questa stipulazione, quando le parti l'avevano omessa, e poi nel fare a meno di questo ripiego formale, e riconoscere l'esistenza d'un'azione indipendente da ogni e qualunque stipulazione, l'*actio rei uxoriae*. In tal modo la restituzione convenzionale della dote si sarebbe trasformata in restituzione legale, pur conservando il carattere di sistemazione dei rapporti economici fra i coniugi, regolata esclusivamente dall'uso, dalle convenienze e dall'equità.

soltanto perchè già esistevano, almeno in germe, nella vita, e per quest'esistenza non v'era altro campo, sempre secondo il Bekker, che quello delle cauzioni. Ci sembra potersi rispondere che le particolarità dell'*actio rei uxoriae* corrispondevano ai bisogni, che essa tendeva a soddisfare, e che per crearle la giurisprudenza romana non dovette che pensare a questi bisogni, senza essere obbligata a prendere a modello negozi giuridici rientranti in un campo affatto differente da quello su cui l'*actio rei uxoriae* riposava. Poco importa che Gellio e Servio Sulpicio sembrino ritenere le *cautiones rei uxoriae* come più antiche dell'*actio rei uxoriae*. È certo che essi affermano che fino al secolo VI non si ebbero nè *actiones*, nè *cautiones rei uxoriae* e tanto basta per noi. Bensì è probabile che allorquando, corrotti i costumi, si sentì la necessità di tutelare la condizione delle mogli contro l'arbitrio e la cupidigia dei mariti, provvedesse dapprima a questo bisogno la previdenza privata, di guisa che le stipulazioni abbiano cronologicamente preceduta l'*actio rei uxoriae*.

(1) o. c., I, pag. 72 e segg.

(2) BOETHIUS *ad Cic. Topic.*, c. XVII, § 66 (ORELLI, *Cic. Schol.*, I, pag. 378).

Il BECHMANN si affretta di prevenire il rimprovero, che alcuno fosse disposto a movergli per il fatto, che mentre ha combattuta la teoria, che fa derivare l'*actio rei uxoriae* dalle *cautiones rei uxoriae*, ci presenta poi una stipulazione, come punto di partenza dello svolgimento di quest'azione, dicendo che questa stipulazione ha per lui un valore semplicemente *formale*. Ma è certo che può giustamente rimproverarsi al BECHMANN ed al GIDE (1), che ne segue l'opinione, di non essersi accorto, che le maggiori difficoltà, le quali s'oppongono alla teoria dell'Hasse, da lui con tanta energia e con tante buone ragioni combattuta, non scompaiono per il fatto ch'egli immagina come punto di partenza dell'*actio rei uxoriae*, una stipulazione di *contenuto* differente da quello delle stipulazioni poste a base dell'*actio rei uxoriae*, da quella teoria. Nota giustamente lo CZYHLARZ (2), che l'*aequius melius* della stipulazione immaginata dal BECHMANN, non poteva alterare il carattere dell'azione da essa nascente. Questa come azione di diritto patrimoniale avrebbe dovuto essere, anche con quel contenuto speciale, trasmissibile agli eredi. Inoltre è per lo meno dubitabile, se nel tempo a cui rimonta l'origine dell'*actio rei uxoriae*, fosse già ammessa una tale *stipulatio incerta* (3). Il passo di Boezio non prova neppure che, in un qualche periodo di tempo, siano state conchiuse effettivamente stipulazioni con questo contenuto (4). Anzi ci sembra potersi negare, che nella vita romana ci sia stato l'uso di siffatte stipulazioni. Le persone, che con piena fiducia reciproca s'univano in matrimonio, senza che neppure balenasse alla loro mente l'idea dell'opportunità di convenzioni per il caso di divorzio, le quali erano certo un'introduzione poco propizia al rapporto coniugale, e tali da portare nel seno della famiglia una collisione d'interessi fin dal

(1) o. c., pag. 512 e 513.

(2) o. c., pag. 40, nota 13.

(3) Vedi KELLER, *Inst.*, pag. 98.

(4) CZYHLARZ, o. c. pag. 40.

primo momento della sua costituzione, s'astenevano da ogni e qualunque stipulazione; quanto poi alla donna, che tal fiducia non nutriva nel marito, o dalla previdenza dei genitori e parenti era consigliata di non affidarvisi, non è punto probabile che ricorresse ad una stipulazione d'esito e contenuto così incerto come quella immaginata dal Bechmann.

Possiamo concludere collo CZYHLARZ, che la via battuta dalla giurisprudenza, per dar vita all'*actio rei uxoriae*, non si può precisare con certezza, e in particolare, che nè dal passo di Gellio, nè da quello di Boezio, è provata una connessione casuale delle *cautiones rei uxoriae*, di qualunque contenuto si vogliano immaginare, coll'*actio rei uxoriae*.

L'*actio rei uxoriae*, creata per tutelare il giusto interesse delle mogli, e sottrarle alle tristi conseguenze della cupidigia e trascuranza dei mariti, dovè essere applicata nel matrimonio colla mano non soltanto alla dote, ma anche al patrimonio della donna passato al marito per effetto immediato, necessario della mano. L'*actio rei uxoriae*, questo soccorso personale accordato alla moglie ingiustamente ripudiata, era reclamata dall'equità, qualunque fosse stata la causa, per la quale i beni della donna erano passati al marito. Certo, che se fosse giusta l'opinione dominante fino a poco tempo fà, secondo la quale la dote non sarebbe stata che una specie di prestito fatto al marito, il quale ne diveniva debitore al tempo stesso che proprietario, la *conventio in manum* avrebbe reso impossibile ogni dote ed ogni azione dotale; ma siccome la dote romana era un aumento di patrimonio procurato definitivamente al marito, e l'*actio rei uxoriae* non nasceva che al momento del divorzio, perchè era soltanto in questo momento che poteva apparire la necessità dell'intervento della norma giuridica, così la *conventio in manum* (1) non poteva essere d'ostacolo all'*actio rei uxoriae*,

(1) Abbiamo già veduto come il concetto della dote nei suoi momenti essenziali non si inaconciliabile colla *manus*.

perchè nel momento in cui quest'azione nasceva, il matrimonio, e con esso la *manus*, era cessato (1).

Nelle fonti non mancano testimonianze d'un eguale trattamento giuridico della dote e del patrimonio acquistato dal marito per solo ed immediato effetto della mano. Il fatto che i giureconsulti romani, tanto precisi nella loro terminologia, hanno preferito la denominazione d'*actio rei uxoriae* a quella d'*actio de dote*, è segno sicuro che l'azione, di cui discorriamo, s'applicava anche a tutti i beni, che passavano al marito in virtù della *conventio in manum* (2). Inoltre abbiamo un passo di CICERONE (3), che suona così: *Quum mulier viro in manum venit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri sunt dotis nomine*. Queste parole di CICERONE si riferiscono non soltanto al tempo, in cui l'istituto dotale s'era già giuridicamente determinato, ma anche al tempo in cui quest'istituto non s'era ancora svolto, pur già esistendo la dote (4). Esse ci sembrano esprimere il concetto, che, qualunque sia stata la causa per la quale il patrimonio del marito fu aumentato per parte della moglie, i doveri di lui in confronto della famiglia, e della moglie in ispecie, sono sempre i medesimi. In particolare il marito doveva in ogni caso provvedere ai bisogni della moglie, e non solo per il tempo del matrimonio, ma anche per il tempo successivo allo scioglimento di questo; che se il marito mancava ai suoi doveri, interveniva la norma giuridica. Invero, fosse stato aumentato il patrimonio del marito in conseguenza

(1) GIDE, o. c., pag. 514 e 515. — SCHEURL, l. c., VI, p. 12.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 41. — GIDE, o. c., pag. 516.

(3) *Top.* 4.

(4) Il SERAFINI (*Istituzioni*, pag. 397, nota 3) spiega il passo di Cicerone, supponendo che l'interpretazione dei giureconsulti ammettesse, quando l'istituto della dote s'era già giuridicamente determinato, che tutto il patrimonio della donna passasse al marito nel caso di matrimonio colla *manus*, non più a titolo di proprietà assoluta, ma a titolo di dote. — Cfr. COGLIOLO, *Saggi cit.*, pag. 35. — DEVILLA, *Il carattere della famiglia cit.*, pag. 392 e segg.

d' un atto specialmente rivolto a questo scopo, o per solo effetto della *manus*, secondo la coscienza popolare, v'era sempre una dote, perchè anche nel secondo caso si trattava di beni, che dal patrimonio della donna passavano in quello del marito in occasione del matrimonio, e si presumeva ch'essa si maritasse e s'assoggettasse alla mano del marito, nell'aspettativa che quest'ultimo fosse per considerare l'aumento di patrimonio, che in suo favore si verificava, come destinato ai pesi del matrimonio, e s'uniformasse a questa destinazione nell'uso dei beni, nei quali quell'aumento consisteva. I giureconsulti romani non chiamavano dote quei beni, che passavano al marito per necessità di diritto, ma tanto questi, quanto la vera dote, comprendevano col nome generico di *res uxoria*; e per designare l'azione, che nell'un caso, come nell'altro era concessa, perchè l'equità egualmente l'imponeva, usavano la voce *actio rei uxoriae* la quale, spariti i matrimoni colla mano, divenne identica a quella d'*actio de dote* (1) (2).

Vedemmo come, corrotti sempre più i costumi e divenuti frequenti i matrimoni liberi, si sentisse il bisogno d'estendere

(1) Il passo di PAOLO nel § 115 dei *fr. Vat.* «...et nùm verum est, quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem dari bona posse? Paullus respondit, recte dotem datam; dari posse, argomento esse in manum conventionem » (COGLIOLO, *Manuale delle fonti del D. R.*, II, pag. 155) non ha importanza per il punto di cui trattiamo. Il fatto che il giureconsulto non dubitava di poter argomentare per analogia dall'un caso all'altro, non prova, come crede il GDE (loc. cit., pag. 516), che così il caso della dote propriamente detta, come quello dei beni, che passavano nel patrimonio del marito per solo effetto della *conventio in manum*, erano retti dalle medesime leggi. Era certo che tutti i beni della moglie andavano in quest'ultimo caso ad aumentare il patrimonio del marito, ed il giureconsulto osservava semplicemente, che non poteva esservi difficoltà nell'ammettere, che la donna facesse direttamente per volontà propria, ciò che nel matrimonio colla mano avveniva per necessità di diritto.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 41, nota 17.

l'obbligo della restituzione della dote al caso di morte del marito (1).

Quanto al modo in cui fu effettuata quest'estensione dell'azione dotale, il BECHMANN (2) crede che ciò avvenisse per mezzo dell'editto del pretore, e perciò l'*actio rei uxoriae* nel caso di divorzio sarebbe stata una *civilis actio*, e nel caso di morte del marito un'azione pretoria. L'editto col quale il pretore l'avrebbe creata, sarebbe stato precisamente l'*edictum de alterutro*, col che il Bechmann attribuisce a quest'editto un contenuto, che a quanto risulta dalle scarse testimonianze dateci dalle fonti in proposito e dal nome stesso dell'editto, questo non aveva nè punto, nè pcco (3). L'argomento, che il Bechmann desume dal fatto, che Ulpiano nella sua esposizione sommaria del diritto dotale, non fa menzione dell'azione della vedova contro gli eredi del marito, mentre quel giureconsulto si proponeva d'esaminare la sorte giuridica della dote dopo lo scioglimento del matrimonio, del qual silenzio il Bechmann crede di trovare la ragione nel fatto, che Ulpiano avrebbe voluto esporre soltanto il diritto dotale creato dall'*jus civile*, non regge di fronte alla considerazione, che noi possediamo nei *Tituli ex corpore Ulpiani* un'esposizione incompleta del diritto dotale. Lo scioglimento del matrimonio per divorzio fu certamente sempre il caso principale di nascita dell'*actio rei uxoriae*, nel quale v'era occasione di discorrere completamente delle particolarità di quest'azione, ed è naturale che Ulpiano trattasse in primo luogo e principalmente di quel caso. Inoltre, siccome non è vero che questo giureconsulto abbia

(1) Quest'estensione era già avvenuta probabilmente alla fine del secolo VI (Liv., Epit. 46; cfr. POLYB., XVIII, 8, 4) e certamente nella prima metà del secolo VII (leg. 66 pr., D. S. M. 24, 3). — Cfr. CZYHLARZ, pag. 42, nota 1.

(2) Op. cit., pag. 59 e seg.

(3) CZYHLARZ, o. c., pag. 43.

escluso dalla sua trattazione il diritto pretorio (e basta leggerne i titoli *de tutelibus et de curatoribus*, ed anche quelli che trattano del diritto ereditario, per convincersene), così anche se la vedova avesse avuta un'azione pretoria, il silenzio d'Ulpiano non sarebbe spiegato con questo (1). L'altro argomento, col quale il Bechmann cerca di confortare la sua tesi, quando dice, che se la vedova avesse avuta un'azione dotale prima dell'editto *de alterutro*, le sarebbero spettate, ove fosse stata beneficata dal marito con una disposizione d'ultima volontà, due azioni civili affatto indipendenti l'una dall'altra, che non sarebbe stato in facoltà del pretore di rendere concorrenti alternativamente, senza andare direttamente contro l'*jus civile*, per quanto ingegnosamente trovato ed in modo seducente esposto, non ha valore alcuno per chi rifletta, che, data la realtà del fatto, che il Bechmann ci presenta come ipotesi, il pretore non sarebbe andato coll'editto *de alterutro*, direttamente contro l'*jus civile*, imponendo alla vedova di scegliere fra le due azioni, bensì si sarebbe uniformato alla ragione ed allo spirito di quel diritto. L'*actio rei uxoriae* nel caso di morte del marito, aveva il carattere di rimedio contro la dimenticanza di lui, e però finché non fu obiettivamente fissato il diritto della vedova, quest'azione dovè essere *suppletiva*, in seguito *alternativa*. Già prima dell'editto *de alterutro*, l'*actio rei uxoriae* doveva essere di natura sua alternativa, a meno che non fosse stata intenzione del defunto marito che la donna cumulasse le due azioni, ed il pretore non fece che uniformarsi alla natura dell'*actio rei uxoriae*, e rendere omaggio allà volontà del marito, per l'interpretazione della quale pose una presunzione *juris tantum* (2) (3).

(1) Cfr. SCHEURL, l. c., VI, pag. 15 e seg.

(2) Vedi pag. 70 e segg.

(3) Sulla circostanza che nel titolo delle *Pandette: Solutio matrimonii quemadmodum dos petatur* (24, 3), si tratta quasi esclusivamente delle azioni nascenti nel caso di divorzio, non insiste il BECHMANN e ne dà egli stesso la giusta spiegazione.

Di fronte alla vanità del tentativo del Bechmann di dare all'*actio rei uxoriae*, nel caso di morte del marito, un'origine pretoria, conviene ritenere collo SCHEURL (1) e collo CZYHLARZ (2), che l'*actio rei uxoriae* fosse anche in questo caso una *actio civilis*. Siccome l'*actio rei uxoriae* nel caso di divorzio era trasmissibile passivamente agli eredi, così alla sua estensione al caso di morte del marito non potevano opporsi speciali difficoltà. Il principio: *obligatio ex persona heredis incipere non potest* non si opponeva a quest'estensione, perchè, nota bene lo CZYHLARZ, tale principio si riferiva solamente ai contratti (3), ed inoltre era appunto la posizione infelice, nella quale la moglie veniva a trovarsi colla morte del marito, che anche in confronto degli eredi faceva apparire come imposta dall'equità, la restituzione della dote esistente nell'eredità.

Dopo che l'*actio rei uxoriae* fu estesa al caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito, non cessò l'uso dei mariti di legare una parte del loro patrimonio, e di regolarsi quei beni, che avevano ricevuti a titolo di dote, alle mogli; nè poteva quest'uso cessare. Il padre di famiglia aveva ancora in quest'epoca il sacro dovere di provvedere egli stesso alla sorte della moglie, e di non obbligare quest'ultima a ricorrere ad un rimedio, che ad eliminare le tristi conseguenze della trascuranza, o dell'ingiusta volontà del marito, era stato concesso alla donna dalla legge. Se il legato lasciato dal marito era sufficiente ad assicurare la posizione della vedova, questa non poteva dapprincipio intentare l'*actio rei uxoriae*, neppure rinunciando al legato, perchè quest'azione le era stata concessa soltanto come rimedio eccezionale contro un'ingiustizia sofferta, e non come arma perchè andasse contro ed

(1) Loc. cit., VI, pag. 15.

(2) Op. cit., pag. 42.

(3) GAIUS, III, 100, 117, 158. — L. unica, C. *ut act. et ab hered.*, 4, 11.

offendesse l'ultima volontà del marito. Soltanto quando fu riconosciuto un diritto fisso della moglie alla restituzione della sua dote, non potè questo diritto essere escluso da una disposizione d'ultima volontà del marito. Allora la vedova ebbe la scelta fra ciò, che il marito le aveva legato, e quello, che la legge le assicurava (*edictum de alterutro*), e così l'*actio rei uxoriae* di *sussidiaria*; che era, divenne *alternativa* (1). Ed invero, questi due vantaggi si escludevano di loro natura vicendevolmente, perchè il marito, favorendo la moglie nel suo testamento, intendeva assicurarne la sorte, e sottrarre la donna, che era stata fino all'ultimo momento sua fedele compagna, alla necessità di ricorrere alla legge, affinchè fosse supplito alla mancata previdenza di lui. Inoltre appariva naturale, che la vedova, che intentava l'*actio rei uxoriae*, e dimostrava così di ritenere insufficienti le disposizioni, colle quali il marito aveva voluto assicurare l'esistenza di lei, e non esitava a ricorrere ad un rimedio, del quale la buona moglie non avrebbe fatto uso, se non in caso d'evidente necessità, fosse esclusa senz'altro da tutte le liberalità contenute in suo favore nel testamento del marito (2).

Quest'obbligo imposto alla vedova di scegliere fra il contenuto del legato e quello dell'*actio rei uxoriae*, mentre deriva come conseguenza naturale e necessaria, da ciò, ch'abbiamo detto sulla natura della dote e dell'*actio rei uxoriae*, non può non essere inesplicabile per chi pensa, che l'obbligazione dotale fosse una conseguenza logica, necessaria, del concetto della dote, perchè, ciò posto, sarebbe stato un arbitrio ingiustifica-

(1) Cfr. già BECHMANN, o. c., I, pag. 58.

(2) Leg. unica, § 3, C. *de r. u. a.*, 5, 13. La limitazione dell'applicazione dell'editto *de alterutro* ai legati (GLUECK, *Pand.* XXVII, pag. 153 e segg. — TIGERSTROEM, o. c., pag. 321. — CUIACIO, *Recitat. solemn. ad l. unica*, § 3, C., 5, 13) non trova il più piccolo appoggio nelle fonti. — Vedi SCHENK, o. c., pag. 76, — BECHMANN, o. c., I, pag. 57. — CZYHLARZ, o. c., pag. 476.

bile il far dipendere la facoltà d'intentare l'azione dotale, dalla rinunzia ad ogni e qualunque vantaggio contenuto nel testamento del marito (1).

Il marito poteva però con un' espressa dichiarazione sottrarre in tutto o in parte il legato, che lasciava alla moglie, all' applicazione dell'editto, ed allora nessuna ragione esisteva, che impedisse la vedova dal reclamare il legato, ed agire al tempo stesso coll'*actio rei uxoriae*. Con ciò non era disconosciuto il carattere di quest'azione, la quale veniva ad essere in certo modo un contenuto del legato stesso, con cui il marito provvedeva alle sorti della moglie. Di questa egli assicurava l'esistenza, lasciandole le cose contemplate dal legato, e di più ciò ch'essa avesse potuto conseguire coll'*actio rei uxoriae*.

L'*actio rei uxoriae* non fu mai estesa al di là del caso di divorzio nel matrimonio colla mano, perchè negli altri casi di scioglimento del matrimonio, non si faceva sentire il bisogno di questo rimedio di natura sua eccezionale e suppletivo (2). Il GIDE (3) dice, che sarebbe troppo azzardato il decidere se, nel caso in cui la moglie *in manu mariti* diveniva vedova ed il marito l'aveva diseredata, essa avesse avuta l'*actio rei uxoriae*, o la *querela inofficiosi testamenti*, oppure la scelta fra le due azioni, in conformità dei principii dell'editto *de alterutro*, perchè manca ogni e qualunque testo, in base al quale decidere la questione. Ci sembra però, che la natura stessa dell'*actio rei uxoriae*, qual'è riconosciuta anche dal Gide, autorizzi ad escludere l'ipotesi, che quest'azione potesse, o dovesse, essere intentata dalla vedova in luogo della *querela inofficiosi testamenti*. Poco importa, che la querela d'inofficiosità avesse qualche cosa di odioso, a causa della finzione,

(1) Cfr. BECHMANN. o. c., I, pag. 58.

(2) BECHMANN, I, p. 105 e seg. — CZYHLARZ, o. c., p. 42.

(3) Op. cit., pag. 515.

per la quale si supponeva il testatore non sano di mente (*hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, cum testamentum ordinarent (parentes)*) (1), e perciò fosse giudicata sfavorevolmente ed assoggettata a diverse restrizioni, fra queste a quella, per la quale fu un'azione sussidiaria non ammessa, che in mancanza d'altro rimedio di legge (2). Anche l'*actio rei uxoriae* aveva il carattere di rimedio eccezionale e sussidiario, e non si può argomentare dalla sussidiarietà della *querela inofficiosi testamenti*, per escludere l'ipotesi, che alla vedova spettasse quest'azione, se non supponendo che l'*actio rei uxoriae* fosse concessa alla vedova, cioè cadendo in un'evidente petizione di principio.

Poichè l'*actio rei uxoriae* deve la sua origine al bisogno, che si senti, d'assicurare la posizione della donna maritata, divenuta molto precaria in seguito al decadimento dei costumi, e non può in alcun modo considerarsi come un prodotto giuridico della dote, così è essa un'azione di *diritto familiare*, pecuniaria, cioè, nel suo oggetto e nei suoi effetti, non però nel suo principio e nella causa sua (3). Accordando alla moglie il diritto di domandare la restituzione d'una parte dei beni portati al marito, i Romani vollero compensarla del danno ingiustamente sofferto a causa dello scioglimento del matrimonio, e darle il modo di trovare in un altro matrimonio, quei vantaggi a compensarla della perdita dei quali, il marito non volle, o non poté provvedere. La moglie ch'era stata ripudiata ingiustamente dal marito (4), o dimenticata nel testamento di lui, domandava che il marito, o gli eredi di questo,

(1) Pr. I. *de inoff. test.*, II, 18.

(2) SERAFINI, *Inst.*, § 196, pag. 468.

(3) BECHMANN, o. c., I, pag. 79. — CZYHLARZ, o. c., pag. 45. — GIDE, o. c., pag. 519. — SCHUPFER, o. c., pag. 337.

(4) In seguito anche quella a cui il marito aveva data una giusta causa di divorzio. Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 41.

fossero condannati a restituirle in tutto, o in parte, i beni, ch'essa gli aveva portati a titolo di dote, a seconda dei suoi bisogni e dei riguardi ch'essa meritava. Potremmo dire con le parole di BOEZIO (1), che la moglie chiedeva che *quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset aequius melius apud virum manere, id uxor.... reciperet*. L'arbitro doveva conseguentemente decidere, avesse avuto luogo, o no, un *domesticum iudicium*, e in qualunque modo si fosse questo pronunciato (2), se poteva ritenersi la moglie meritevole di ottenere una riparazione del danno sofferto a causa dello scioglimento del matrimonio, e determinare ciò che doveva esserle restituito in compenso di quel danno. In quest'apprezzamento era lasciata la più ampia facoltà al giudice, che doveva decidere secondo le idee ed i sentimenti suoi personali. Nelle azioni di buona fede, nota benissimo il SAVIGNY (3), due giudici egualmente intelligenti, dovevano arrivare nella medesima lite, a due stime identiche; invece nelle azioni alla cui famiglia apparteneva l'*actio rei uxoriae*, due giudici egualmente integri e perspicaci potevano arrivare a stime differentissime. A questo carattere dell'azione dotale accennano le parole *aequius melius*, contenute nella formula dell'*actio rei uxoriae*, nelle quali Cicerone ed i giureconsulti romani vedevano la caratteristica dell'azione

(1) *Ad Cic. Top.*, c. XVII, 566. Vedi pag. 63.

(2) Non può ammettersi che l'*iudicium domesticum* abbia avuto un valore pregiudiziale per l'*arbitrium rei uxoriae* (Vedi VOIGT, *Die l. Maenia*, p. 24-31. ARNDTS, *Zeitschrift für R. G.*, VII, p. 14), perchè l'*arbitrium rei uxoriae* era appunto destinato all'urgente bisogno di sottrarre la donna all'arbitrio del marito, che non dava ormai più garanzia d'essere degno giudice della moglie, neppur quando agiva coll'approvazione dell'*iudicium domesticum* (GELLO, VII, 22, 44). Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 41, nota 15.

(3) *System*, II, pag. 93 e seg., ed. fr.; cfr. GIDE, o. c. p. 518.

stessa (1). In seguito la frequenza sempre crescente dei divorzi dovè far sentire la necessità d'una pratica fissa e costante, ed al tempo stesso facilmente procurarla (2). Il contenuto dell'*actio rei uxoriae* fu in tal modo obiettivamente determinato. Le fonti ci presentano il risultato di questo sviluppo, ma non il modo in cui esso avvenne nei singoli punti. Certo è però che di questo risultato fu fattore importante, oltre che il riguardo all'interesse delle mogli, anche l'interesse, che lo Stato aveva, secondo le idee romane, a che le donne avessero e conservassero le doti (3).

L'actio rei uxoriae, introdotta per compensare la moglie ripudiata, o divenuta vedova, del danno sofferto in conseguenza dello scioglimento del matrimonio, fu a buona ragione paragonata dal BECHMANN (4), all'*actio iniuriarum* ed alla *querela inofficiosi testamenti*; anzi nel primo stadio del suo sviluppo, allorquando spettava soltanto alla moglie innocente in confronto del marito colpevole, poteva designarsi come un *actio vindictam spirans*, perchè mirava in certo modo ad una personale soddisfazione della moglie ingiustamente trattata dal marito. (5).

Se tale era il carattere dell'*actio rei uxoriae*, è naturale ch'essa non potesse essere esercitata che dalla moglie spontaneamente, o da altri col consenso di lei. Neppure se la moglie al tempo del divorzio, o della morte del marito, si trovava

(1) CICERONE, *Top.*, c. 17, § 66. — *De offic.*, III, 15, § 61. — L. 66, § 7, D. S. M. 24, 3. — L. 82, D. *de solut.*, 46, 3. — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 44, nota 3 e pag. 362.

(2) BECHMANN, o. c., I, pag. 76.

(3) CZYHLARZ, o. c., pag. 45. — GIDE, o. c., p. 527.

(4) Op. c., I, pag. 80. — Vedi anche lo CZYHLARZ, o. c., pag. 46 e il GIDE, o. c., pag. 516 e seg.

(5) Cfr. BECHMANN, o. c., I, pag. 82.

nella patria potestà poteva il padre intentare l' *actio rei uxoriae* contro la volontà della figlia (1). Essa sola poteva e doveva esser giudice della convenienza di agire o no per la restituzione della dote, perchè nel suo interesse personale era stata introdotta l' *actio rei uxoriae*, ed essa sola poteva sentirsi offesa dal contegno del marito. Quanto a quest'azione potrebbe ripetersi ciò che diceva *Papiniano* della *querela inofficiosi testamenti*: *inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituire non posse invito eo: ipsius enim iniuria est* (2). Rimorsi di coscienza per colpe commesse, delle quali nessuno, e neppure il marito, aveva avuto sentore, o di cui non era possibile la prova, dubbio di aver dato ragione al marito di mostrarsi severo con lei, con un contegno, che pure non poteva dirsi assolutamente colpevole, o che dalla legge non era considerato come tale, potevano rattenerla dall'agire, ed a nessuno, neppure al padre, era lecito di violentare questi sentimenti della donna. Inoltre sarebbe stato troppo sconveniente, che con un processo dotale si fosse potuto fare oggetto d' un pubblico dibattimento contro la volontà della donna, l' intima storia del matrimonio e del divorzio. Anche colla coscienza pura, la moglie divorziata poteva aver buone ragioni per preferire di perdere la dote con un dignitoso silenzio, o d'accomodarsi chetamente col marito, in modo a lei svantaggioso, all' esporsi allo scandalo d' un processo dotale (3). E nel caso di morte del marito, chi se non lei, aveva a scegliere fra l' esigere la dote dai figli, ed il continuare fiduciosa la vita coi suoi cari nella casa del defunto marito? Possiamo dire collo *SCHEURL*, che l' esercizio dell' a. r. u. era l' esperimento d' un diritto collegato colla personalità

(1) L. 2, § 1, l. 3 D., S. M., 24, 3; l. 34, § 6, *de solut.*, 46, 3; Fr. Vat., § 269.

(2) Leg. 8, pr. D., *de inoff. test.*, 5, 2.

(3) Cfr. *SCHEURL*, l. c., § VI, pag. 20 e seg.

naturale della donna, e appunto quanto alla personalità naturale essa non era sottoposta alla patria potestà (1) (2).

È specialmente riguardo all'*actio rei uxoriae adiuncta filiae persona*, che è interessante rilevare l'analogia sopra ricordata dell'*actio rei uxoriae* colla *querela inofficiosi testamenti* e coll'*actio iniuriarum*. Tanto nel caso in cui il figlio di famiglia era stato preferito, quanto nel caso in cui aveva subito un'ingiuria, l'azione esisteva soltanto a causa del figlio, mentre l'effetto patrimoniale di essa andava ad esclusivo vantaggio della persona nella potestà della quale egli si trovava (3). Lo stesso avveniva quanto all'*actio rei uxoriae*, che era, essa pure, la riparazione d'un danno essenzialmente personale. Finchè il diritto della donna non era stato realizzato e convertito in un valore pecuniario, finchè non avevano avuto luogo pagamento, novazione, delegazione, *litiscontestatio*, o qualche altro atto equivalente, questo diritto apparteneva alla figlia e soltanto alla figlia. Al padre ne spettava la disposizione semplicemente a causa della patria potestà (4), e però se cessava la *patria potestas* prima che alcuno di quegli atti fosse stato compiuto, il diritto di agire per la restituzione della dote veniva meno nel padre, e passava nella figlia, se la patria po-

(1) Cfr. LL. 8, 9, D., *de cap. min.*, 4, 5.

(2) Di qui segue, che la figlia di famiglia poteva rifiutare a suo talento il consenso al padre, senza essere neppur tenuta ad addurre le ragioni che ve la determinavano. Questa libertà illimitata della figlia nel dare o recusare il consenso, fu posta in dubbio da alcuni a causa delle leggi 37 D., S. M., 24. 3 e 22 § 6, D., *ead.* Ma la prima di queste leggi dice semplicemente, che il fatto che la figlia non ha motivo alcuno di rifiutare il consenso al padre, è una ragione di più per ritenerla consenziente, se tace (cfr. Leg. 2, § 2, D., S. M., 24, 3), e la leg. 22, § 6, non dà che delle norme da servire di criterio per l'interpretazione della volontà della figlia, che si mantiene assente. Cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 308 e seg.

(3) Leg. 8 pr., leg. 22 pr., § 3, D., *de inoff. test.*, 5, 2 — leg. 17, § 22, leg. 5, § 7 D., *de iniur.*, 47, 10.

(4) CZYHLARZ, o. c., pag. 303 — SCHUPFFER, o. c., pag. 309.

testà era cessata per morte, *capitis deminutio magna* del padre, o per emancipazione della figlia (1), oppure al padre adottivo, se la figlia era stata data in adozione. Se invece il diritto dotale era stato realizzato e convertito in un diritto patrimoniale, questo andava definitivamente a far parte del patrimonio del padre di famiglia (2).

L'*actio rei uxoriae* introdotta nel solo interesse personale della moglie, non era trasmissibile agli eredi di questa (3) e

(1) Leg. 66, § 2, D., S. M., 24, 3 — l. 34, § 5, D., *de leg.*, II — l. 14 pr., D., *ad leg. Falc.*, 35, 2 — l. 42 pr., D., S. M., 24, 3 — l. 8, § 4, l. 10, § 1, D., *de bonis damn.*, 48, 20 — l. 2, § 1, D., S. M., 24, 3.

(2) La necessità del consenso della figlia all'esercizio dell'azione dotale per parte del padre, presentava al tempo stesso il vantaggio pratico di rendere più raro il caso, che un padre cupido abusasse indegnamente della facoltà concessagli dalla legge di pronunziare il divorzio della figlia. Se non che il diritto della figlia di rifiutare il consenso di cui discorriamo, doveva essere insufficiente nella generalità dei casi ad impedire questo abuso per parte del padre, perchè questi poteva sperare, ed aver buone ragioni per credere di riuscire a vincere col tempo la resistenza della figlia, ed indurla a prestare il suo consenso all'esercizio dell'azione. Il brutto spettacolo di padri, che pronunziavano il divorzio di figlie desiderose di rimanere unite ai propri mariti, cessò soltanto quando fu richiesto il consenso della figlia al divorzio (l. 1, § 5, l. 2, D., *de lib. exhib.*, 43, 30; PAOLO, *Sent.*, V. 6, § 15).

(3) Gli eredi della moglie potevano agire contro il marito *si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit* (ULP., VI, § 7); e questo perchè, se il marito avesse restituita la dote quando n'era stato giudizialmente richiesto dalla donna, la dote sarebbe passata agli eredi di lei, e non era giusto che il marito a causa della propria riluttanza a soddisfare all'obbligazione di restituire la dote, avvantaggiasse sè stesso a danno degli eredi della moglie. Questo concetto è espresso chiaramente nella leg. 57 D., S. M., 24, 3, dove Marcello giustifica il diritto degli eredi della moglie alla restituzione dell'usufrutto dotale, ricordando che se il marito non fosse stato in mora nel restituirlo, gli eredi della moglie avrebbero già conseguita la piena proprietà del fondo (cfr. l. 10, § 1, D., S. M., 24, 3). Osserva bene lo CZYHLARZ (o. c., pag. 298 e seg.), che l'azione degli eredi della moglie non può riguardarsi come una vera e propria *actio rei uxoriae*, ma piuttosto come un'azione indipendente, colla quale essi potevano esigere dal marito moroso, ciò che questi sarebbe stato condannato a restituire alla donna secondo i principi dell'*actio rei uxoriae* (l. 27 D., S. M.,

non poteva nascere nel caso di scioglimento del matrimonio per morte di lei (1). Il marito non potè esser tenuto in questo caso a restituire la dote, se non quando l'*actio rei uxoriae* cominciò a cambiare carattere, avviandosi a divenire un'azione di diritto patrimoniale.

Soltanto nel caso di dote costituita dall'ascendente paterno della moglie (*profecticia*), s'introdusse un'eccezione; imperocchè fu concesso all'ascendente, durante la vita del quale s'era sciolto il matrimonio per morte della donna, di ripetere la dote da lui proveniente (2). Questo diritto del padre ci è presentato dai giureconsulti romani, come un'eccezione, un'anomalia, che giustificano, non con ragioni giuridiche, ma con considerazioni d'equità: POMPONIUS, libro XIV *ad Sabinum*: *jure succursum est patri, ul, filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur, ei dos ab ipso profecta. ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret* (3). Che questa motivazione del diritto accordato al padre, non sia nè ingenua, come crede il GIDE (4), nè riveli sentimenti poco gentili, come ad altri sembra, quasi che i padri avessero potuto consolarsi

24, 3). Quest'azione degli eredi era per certo, a differenza della vera e propria *actio rei uxoriae*, un'azione di diritto patrimoniale, e come tale, trasmissibile agli eredi degli eredi della moglie, senza che fosse necessario che si verificasse un'ulteriore mora del marito. Non si può dunque propriamente parlare, neppure nel caso di mora del marito, d'un passaggio dell'*actio rei uxoriae* agli eredi della moglie. Se nelle fonti si parla d'un *transmittere actionem ad heredem*, d'un *perpetuari actionem rei uxoriae* (Fr. Vat., § 95, 112), ciò ha la sua ragione semplicemente nel fatto, che il contenuto dell'azione della moglie e quello dell'azione degli eredi di lei, erano identici. V. CZYHLARZ, l. c.

(1) Cic. *pro Flacco*, c. 34 — VAL. MAX. VII, 7, 4.

(2) ULP. *Fragm.* VI, 4 — Fr. Vat., § 108 — l. 10 pr., l. 79, D., S. M., 24, 3.

(3) Leg. 6 pr., D., *de jure dot.*, 23, 3.

(4) Op. c., pag. 514.

dell'immenso dolore per la perdita della figlia, col risentire un vantaggio economico, risulterà da ciò che diremo in seguito.

Dalle parole di Pomponio appare evidente, che la *dos profecticia* avrebbe dovuto rimanere per la sua natura, al marito dopo la morte della moglie, al pari d'ogni altra dote. Se ciò non avveniva, la ragione deve cercarsene dove Pomponio ce l'addita, cioè nella convenienza di consolare il padre della donna, dandogli un diritto speciale, affatto personale e però non trasmissibile agli eredi (1). Rimane così esclusa l'idea, che in questo diritto abbia a vedersi un'applicazione della *condictio sine causa*, come sembra credere lo SCHENK (2).

L'epoca precisa nella quale nacque l'azione del padre per la *dos profecticia*, non è possibile determinarla. Certo è che già esisteva al tempo di Servio Sulcipio (3).

Non ci sembra troppo azzardato il supporre l'origine di quest'azione collegata coll'uso delle seconde nozze. Giova qui richiamare il concetto, che dicemmo avere avuto i Romani della dote e del patrimonio del *paterfamilias*. Il padre di famiglia romano era depositario di tutto il patrimonio familiare, ed in particolare di quel patrimonio, che aveva la destinazione speciale di contributo a sopportare i pesi del matrimonio; quest'ultimo costituiva, nel concetto comune, il patrimonio speciale della famiglia nata dal matrimonio per il quale la dote fu data. Già fin da principio doveva riuscire doloroso al padre, che aveva costituita la dote per la figlia e per la famiglia nascitura dal matrimonio di lei, il vedere rimanere tutta la dote al genero, dopo la morte della donna, che formava, per così dire, l'anello di congiunzione fra l'uno e l'altro. Certo che se la moglie morendo lasciava dei figli, il suocero

(1) ULP. VI, 4.

(2) Op. cit., pag. 20 — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 47 — BECHMANN, o. c., I, pag. 100 e seg. — GIDE, pag. 514.

(3) l. 79, D., *de j. d.*, 23, 3.

doveva vedere con piacere, che i suoi nipoti risentissero i benefici effetti del fatto, che il patrimonio del padre loro era stato aumentato colla costituzione di dote. Altrettanto non poteva dirsi nel caso d'inesistenza di figli. Ma questa ragione forse non sarebbe bastata a dar vita ad un diritto speciale del padre, se non vi si fosse aggiunto l'uso delle seconde nozze, alle quali il marito rimasto vedovo dopo pochi anni di matrimonio (questo doveva essere il caso generale, perchè si suppone che la figlia morisse durante la vita del padre), facilmente poteva sentirsi indotto a ricorrere. Qui era cosa addirittura intollerabile per l'ascendente, il vedere la dote da lui data per la figlia e la prole da questa nascita, andare a favore d'una famiglia estranea, che il marito aveva creata ad onta ed in ispregio della memoria della prima moglie. Il bisogno di dare soddisfazione agli offesi sentimenti del padre, doveva farsi qui sentire imperiosamente.

Quest'uso delle seconde nozze dovè dare l'ultima spinta al riconoscimento del diritto del padre alla restituzione della *dos profecticia*, nel caso di non esistenza di figli. In seguito (il primo e più importante passo era già stato fatto) dovè apparire ingiusto, che conservasse tutta la dote, tanto un padre con un sol figlio, quanto un padre con numerosa prole, e specialmente quando i padri di famiglia cominciarono a non essere più fedeli custodi del loro sacrosanto deposito, e cedendo alle lusinghe d'una seconda o terza moglie, non si fecero scrupolo di sottrarre al godimento dei figli del primo letto, i beni, che pure nell'interesse di questi erano passati nel patrimonio paterno, il giudice al cui prudente arbitrio era probabilmente rimessa anche qui, la sistemazione dei rapporti economici fra suocero e genero, non escluse più il diritto di quello, per il fatto che dal matrimonio, per il quale la dote era stata costituita, esistevano figli, ma lo ridusse od escluse a seconda del numero di questi (1) (2). Al qual risultato contribuì molto pro-

(1) ULP. *Fr.*, VI, 4.

(2) Siccome le seconde nozze erano nel tempo di cui trattiamo favorite,

tabilmente, anche il proposito d'incoraggiare i padri a riccamente dotare le figlie (1).

In seguito la tendenza a sempre più considerare la dote come un bene, che dal marito doveva essere interamente restituito allo scioglimento del matrimonio, portò al principio esagerato, che il marito dovesse restituire la *dos profecticia* a chi l'aveva costituita, senza deduzione alcuna, quand'anche fossero esistiti figli del matrimonio pel quale la dote stessa era stata data (2).

Rimane a notare, che l'azione dell'ascendente paterno è da considerarsi come un prodotto della giurisprudenza (3), e che siccome quest'azione era indipendente dalla patria potestà (4), così poteva spettare all'ascendente anche nel matrimonio colla mano, e certo in questo matrimonio, se ne sentiva lo stesso bisogno, come nel matrimonio libero.

Cambiamento nel concetto della dote.

Già dicemmo esser probabile, che al bisogno d'assicurare la posizione precaria delle mogli, provvedesse dapprima la previ-

ed anche il costume si mostrò condiscendente verso le seconde nozze degli uomini, fino agl'imperatori cristiani (SCHUPFER, o. c., pag. 196), così non potevasi porre il fatto del marito, che passasse a seconde nozze, come condizione del diritto del padre alla restituzione della *dos profecticia*.

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 48.

(2) Questo si può considerare come certo. ULP., *Fr.* VI, § 4; cfr. §§ 9, 10. L'opinione di MARTINO, secondo la quale l'azione dell'ascendente paterno sarebbe stata esclusa dall'esistenza di figli nati dal matrimonio, per il quale la dote era stata costituita, è ormai riconosciuto da tutti non avere alcun fondamento nel diritto scritto. Vedi BECHMANN, op. cit., II, pag. 433. — CZYHLARZ, o. c., pag. 393 e segg. — ARNDTS-SERAFINI, III, § 405, nota 4. — CAMICI, o. c., pag. 211. — In ordine a questo punto è molto piacevole a leggersi il CENERI, *Lezioni* cit., pag. 236 e segg.

(3) l. 79 pr., D., *de j. d.*, 23, 3; cfr. GELLIO., IV, 3. — CZYHLARZ, l. c.

(4) l. 5, § 11, D., *de j. d.*, 23, 3; l. 5, D., *de div.*, 24, 2.

denza privata, e però che le *stipulationes rei uxoriae* precedessero cronologicamente l'*actio rei uxoriae*. Queste *cautiones* non possono aver mai avuta una grande importanza nel matrimonio colla mano, perchè erano possibili soltanto per parte del padre, o dell'estraneo, e quest'ultimo, se pure credeva bene di stipulare la restituzione della dote, la stipulava certo, in generale, nell'interesse proprio (1). Invece nel matrimonio libero, che era già possibile nel periodo di tempo, che precedette l'epoca a cui rimonta la nascita dell'*actio rei uxoriae*, potevano essere, e furono probabilmente concluse, stipulazioni per parte delle donne. Prima che fosse nata l'*actio rei uxoriae*, lo scopo di queste stipulazioni non era in sostanza uno scopo di diritto patrimoniale. Chi le poneva in essere voleva soltanto assicurare la posizione precaria della donna maritata, procurando a quest'ultima un diritto alla restituzione della dote, per il caso di divorzio, o di morte del marito. Perciò, dice benissimo lo CZHYLARZ (2), questi negozi giuridici avevano uno scopo personalissimo alla donna, ed assumevano un carattere di diritto patrimoniale, semplicemente per il mezzo col quale quello scopo era realizzato. Tutto questo doveva cambiare colla nascita e collo sviluppo dell'*actio rei uxoriae* (3). Da questo momento in poi, lo scopo delle *stipulationes rei uxoriae* non poté esser più quello di porre l'esistenza della donna al sicuro da future evenienze, ma di rinforzare, per dir così, il diritto di lei, liberandolo dalle varie limitazioni, alle quali esso era sottoposto per la natura sua di diritto familiare (4).

Le *stipulationes rei uxoriae* furono fin da principio triste segno del decadimento de' costumi, e dell'affievolirsi di quei

(1) Vedi CZHYLARZ, op. cit., pag. 49.

(2) I. c.

(3) CZHYLARZ, o. c., pag. 49 e segg. — BELDIMANNI, *De pactis dotalibus*, pag. 18 e segg.

(4) CZHYLARZ, op. cit., pag. 50.

sentimenti, che fino allora erano stati i capisaldi dell'edifizio della famiglia e della società romana, perchè rivelavano come diminuita fosse la fiducia, che le mogli, o chi le assisteva, riponevano nei mariti, considerati un tempo come sicuri depositari del patrimonio familiare, e di quella sostanza, che andava ad aumentarlo colla destinazione di contributo a sopportare i pesi del matrimonio.

Dopo che si fu svolta l'*actio rei uxoriae*, l'uso delle *stipulationes rei uxoriae*, fu segno non tanto della tendenza ad assicurare le donne dalla trascuranza, o dal mal'animo dei mariti, che non sempre si conformavano nelle loro azioni, ai doveri, che incombevano ai padri di famiglia, quanto dei mutati sentimenti, i quali portavano a non considerare più come conveniente e necessaria, l'antica unità del patrimonio familiare, il concentramento di tutto questo patrimonio nelle mani del padre di famiglia. Certo che il marito fu sempre unico ed assoluto proprietario del patrimonio familiare e della dote in questo confusa, ma l'obbligo di restituire la dote, stipulato fin dal momento in cui questa era costituita, di modo che il marito era legato fin da allora da una obbligazione condizionata (ed in seguito, quando s'introdusse l'uso di stipulare la restituzione della dote anche per il caso di morte della moglie, semplicemente sottoposta a termine), portò un forte colpo al concentramento di tutti i beni nelle mani del padre di famiglia. All'idea ch'era giusto e conveniente, che la donna aumentasse in modo definitivo ed irrevocabile il patrimonio del marito, in compenso dei pesi del matrimonio, cominciò a sostituirsi l'idea, che bastasse, che la donna portasse al marito, come contributo a sopportare i pesi del matrimonio, un bene patrimoniale, del quale spettasse al marito l'uso ed il lucro dei proventi, ma di cui dovesse esserle fatta la restituzione, una volta sciolto il matrimonio. All'idea, ch'era giusto, che al marito rimanesse, anche dopo sciolto il matrimonio, una parte della dote, a sgravio dei pesi del matrimonio non del tutto cessati con questo, si sostituì l'idea, che prima di tutto impor-

tava che la dote tornasse completamente alla donna, e l'interesse del marito cedesse di fronte a quello della moglie desiderosa di passare a nuove nozze. Anche la donna di nobili e severi sentimenti, decisa a serbarsi ad ogni costo *univira*, doveva sentire il desiderio d'assicurarsi la restituzione completa della sua dote, per essere più indipendente di fronte al marito. Quanto all'interesse indiretto dei figli alla dote, non mancavano alla madre, anche prima del S. C. Orfiziano, i modi di rivolgere a vantaggio dei figli, i beni che componevano la dote, quando questi le fossero stati restituiti; modi idonei a procacciarle quel rispetto e quell'obbedienza, che forse avrebbe invano sperato dai figli, se i beni dotali fossero rimasti nella proprietà del marito, per poi passar loro come parte del patrimonio paterno.

All'antico sentimento nazionale romano, secondo il quale il padre di famiglia era il depositario del patrimonio familiare, e gli eredi, i suoi successori in questo delicatissimo ufficio, corrispondeva perfettamente l'*actio rei uxoriae*, questo rimedio eccezionale e personale. Alle nuove idee ed ai nuovi sentimenti, rispondeva l'obbligo di restituzione nascente sotto forma d'obbligazione condizionata, o sottoposta a termine, fin dal momento della costituzione della dote. Ma se si considera che, come dicemmo, la tendenza del tempo era in senso inverso all'accentramento del patrimonio familiare (ciò che appare anche nello sviluppo di altri rapporti differenti dal dotale), e che cause estrinseche, ma molto potenti, aggiunsero a questa tendenza la loro azione, non farà meraviglia il vedere il concetto stesso della dote andarsi modificando nel senso di aumento temporaneo del patrimonio del marito, di attribuzione del solo usufrutto delle cose dotali al marito, per quanto a quest'ultimo ne rimanesse sempre formalmente la proprietà.

Giustiniano sostituendo all'*actio rei uxoriae*, l'*actio ex stipulatu* (1), risultante dalla combinazione di elementi di quel-

(1) Leg. unica, C., *de r. u. a.*, 5, 13.

l'azione con elementi dell'antica *actio ex stipulatu*, non fece che secondare la tendenza, che già esisteva, a trasformare l'azione della donna per la restituzione della dote, in un'azione di diritto patrimoniale, trasmissibile agli eredi, esente dalle tante restrizioni alle quali andava soggetta l'*actio rei uxoriae*, come azione personalissima della moglie, e diede l'ultima spinta alla trasformazione del concetto della dote. La quale appare ormai, dal punto di vista dommatico, come un ente patrimoniale destinato a rimanere presso il marito soltanto durante il matrimonio, appunto come nel concetto moderno.

Una volta riconosciuto il marito come obbligato alla restituzione della dote, in ogni caso di scioglimento del matrimonio, il principio ch'egli era proprietario dei beni dotali doveva cedere il campo ad un principio diverso, che col tempo era destinato a trionfare completamente. E questo principio era già ormai quasi sparito dalla coscienza de' Romani. Probabilmente l'esempio de' Greci, le cui leggi applicate dagli stessi magistrati romani nelle provincie greche dell'Impero, non attribuivano al marito la proprietà delle cose dotali (1), contribuì alla modificazione d'un principio, la quale nella trasformazione dell'antica costituzione familiare, nella rivoluzione avvenuta nelle idee, sentimenti e costumi della società romana, aveva sufficiente preparazione (2).

Passiamo ora ad esaminare alcuni punti controversi del diritto dotale, che si collegano strettamente col concetto della dote e la cui retta intelligenza ci sembra spargere più chiara luce su questo concetto.

(1) Ne abbiamo la prova nell'editto di Tiberio Giulio Alessandro governatore di Egitto, dell'anno 68 (§ 5, HAENEL, *Corpus legum*, pag. 269). Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 112.

(2) Cfr. GIDE, o. c., pag. 532.

Sullo scopo della « *retentio propter liberos* » (1).

Poichè la dote costituiva il patrimonio familiare per eccellenza, col quale il *paterfamilias* era tenuto a provvedere alla sorte di tutti i membri della famiglia, per la quale la dote era stata data, e l'*actio rei uxoriae* non fu che la sanzione legale di quest'obbligo del marito, così era naturale, che sciolto il matrimonio per divorzio, si tenesse conto nel determinare ciò che il marito doveva restituire, dell'esistenza dei figli nati dal matrimonio, pel quale la dote era stata costituita. Di qui la *retentio propter liberos*, che al pari della *retentio ob mores*, e a differenza delle altre ritenzioni, era una vera *retentio ex dote*.

La *retentio propter liberos* è importantissima per la determinazione del concetto della dote, ed i principii che la regolano, confermano ciò che dicemmo intorno a questo concetto. In forza di questa *retentio*, se il matrimonio si scioglieva per colpa della moglie, o della persona nella cui potestà essa si trovava, il marito poteva ritenere per ogni figlio nato dal matrimonio, pel quale la dote era stata costituita, $\frac{1}{6}$ della dote, senza che però le quote ritenute potessero eccedere complessivamente i $\frac{3}{6}$ della dote (2). Questa *retentio* non potè essere introdotta dalla *lex julia et Papia Poppaea*, e far parte di questo complicato sistema di eccitamenti al matrimonio ed alla procrea-

(1) Vedi specialmente CZYHLARZ, o. c., pag. 339 e segg.

(2) ULP., *Fr.*, VI, § 10.

zione dei figli (1), perchè essa esisteva già ai tempi di Cicerone (2). Neppure è a credere, che la *retentio propter liberos* sia stata introdotta semplicemente per procurare ai figli una partecipazione ai beni materni (3), perchè se così fosse, i figli avrebbero avuto un diritto certo sulle quote di ritenzione; invece queste quote rimanevano nella piena proprietà del marito, che ne poteva a suo talento in qualsivoglia modo disporre, e nel caso di morte del padre, i figli vi partecipavano sì, ma come eredi, ed insieme a quei figli, che per avventura fossero nati da un altro matrimonio.

La *retentio propter liberos* trova la sua vera e naturale spiegazione nel concetto che i Romani avevano della dote. Questa era il patrimonio familiare affidato dalla moglie al marito. Se il matrimonio si scioglieva per colpa di lei, dapprincipio le si negò ogni e qualunque diritto di domandare la restituzione della dote; in seguito le fu riconosciuto anche in questo caso, un diritto alla restituzione d'una parte della dote (*retentio propter mores*). Se non che fu giustamente considerato, che per il fatto che il divorzio aveva fatto uscire la donna dalla famiglia, non era la famiglia stessa cessata; rimanevano i figli, pei quali era pure la dote destinata, e nei figli continuavano i pesi del matrimonio anche dopo lo scioglimento di questo. Di qui la convenienza di lasciare nelle mani del padre di famiglia una parte adeguata di quel patrimonio familiare, *del quale egli era stato fino allora depositario sicuro e commendevole*. Come prima aveva tutta la dote, adesso egli ha una parte di questa in deposito, ed è alla sua coscienza rimesso il disporne, e per il tempo della sua vita, e per quello successivo, in modo conforme alla destinazione di essa. Nessun diritto po-

(1) DERNBURG, *Comp.*, pag. 150.

(2) *Top.*, c. 4.

(3) BECHMANN, o. c., I, pag. 94 e segg. — Cfr. SCHEURL, l. c., VI, pag. 24 e segg.

teva spettare ai figli sulle quote ritenute, come nessun diritto poteva spettare a questi ed alla moglie, durante il matrimonio, sulla dote, che continuava a vivere nel concetto comune, anche dopo sciolto il matrimonio, in quelle quote. Il marito era pure di queste proprietario e depositario, ed aveva l'obbligo morale d'impiegarle a vantaggio dei figli; ma quanto al modo in cui il padre credeva conveniente di provvedere agl'interessi, che gli erano affidati, nessun controllo, e meno di tutto per parte dei figli, poteva essergli imposto, senza urtare contro le leggi, che presiedevano alle funzioni dell'organismo familiare romano. Tutto questo ci sembra chiarissimo. Il padre di famiglia, che fino all' scioglimento del matrimonio si era mostrato compreso dei doveri, che gl'incombevano, poteva degnamente continuare ad essere depositario di quel patrimonio familiare, che gli era stato affidato, e la nascita d'un diritto della moglie alla restituzione d'una parte della dote, se aveva per effetto di assottigliare questo patrimonio, non poteva alterare la posizione del padre di famiglia, in confronto di ciò, che di esso rimaneva. In tal modo si comprende perfettamente, che nessun diritto spettasse ai figli sulle quote di ritenzione, che questa *retentio* presupponesse il divorzio per colpa della moglie, e fosse esclusa nel caso in cui non esisteva *connubium* fra i coniugi, *quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur* (1), e finalmente, che il padre non fosse per niente tenuto a restituire le quote ritenute, dopo aver provveduto al collocamento dei figli. Si potrebbe obiettare, che ammesso ciò che diciamo, si sarebbe dovuto riconoscere nel marito, anche nel caso di divorzio *bona gratia*, un diritto di ritenzione *propter liberos*, perchè anche in questo caso, il marito si era mantenuto buon padre di famiglia; invece le leggi romane pongono per condizione della *retentio propter liberos*, il divorzio per colpa della

(1) Cic., *Top.*, c. 4.

moglie e non il divorzio senza colpa del marito. Ma è facile rispondere, che nel caso di divorzio *bona gratia*, la legge non aveva ragione d'intervenire stabilendo in favore del marito un diritto di ritenzione, perchè questi poteva procurarselo ponendolo come condizione del suo consenso al divorzio, ed infatti la *retentio propter liberos* poteva essere estesa per patto, al caso di divorzio *bona gratia* (1).

Col mutarsi del concetto della dote nel senso di patrimonio speciale della moglie e di capitale col reddito del quale i pesi del matrimonio dovevano essere sopportati, anche la *retentio propter liberos* non potè a meno d'apparire un anacronismo, e fu abolita (2).

Era il marito proprietario delle cose dotali?

Il porre questa questione equivale per noi a risolverla, perchè già vedemmo come la dote non costituiva che una parte del patrimonio del marito, al quale era data colla destinazione di contributo a sopportare i pesi del matrimonio. Indirettamente la dote era data nell'interesse di tutta la famiglia, risultante dal matrimonio pel quale veniva costituita; di questa famiglia costituiva il patrimonio familiare per eccellenza, nel senso già sopra chiarito. Dopo lo sviluppo dell'*actio rei uxoriae*, si dovè rilevare di preferenza, il rapporto della dote colla moglie, anzichè cogli altri membri della famiglia, perchè

(1) Il concetto qui svolto della *retentio propter liberos*, riceve appunto conferma dal fatto, che il *pactum de lucranda dote* fu soltanto permesso come ampliamento di quella ritenzione; cioè, soltanto nel caso di divorzio *liberis intervenientibus*. Leg. 2, leg. 24, D., *de pact. dot.*, 23, 4; l. 1, § 1, D., *de dote pr.*, 33, 4. — Fr. Vat., § 106, 120. Vedi CZYHLARZ, op. cit., pag. 432.

(2) Leg. unica, § 4, C., *de r. u. a.*, 5, 13.

(senza dire della ragione sempre esistita derivante dalla *provenienza* dei beni dotali), alla moglie sola fu accordato il diritto alla restituzione della dote come tale. Anche quando i figli, eredi del padre, acquistavano una parte dei beni dotali, questi passavano nel loro patrimonio, come parte dell' eredità paterna, e giammai come cose dotali. Da quel momento in poi, la dote dovè sempre più apparire come un bene patrimoniale, di cui al marito spettava semplicemente l'usufrutto e l'amministrazione, come un bene affidato durante il matrimonio al marito, e del quale questi doveva render conto, allo scioglimento del matrimonio, non più davanti al tribunale della pubblica opinione, ma davanti a quello della giustizia positiva.

Per queste ragioni troviamo espresso nelle fonti il concetto, che la dote è già, durante il matrimonio, patrimonio della moglie, il che ci sembra significare, che la dote è patrimonio della famiglia, per la quale è destinata, e però anche della moglie, come membro di questa famiglia, anzi in particolar modo di lei, per le ragioni accennate. Al che s'aggiunse la circostanza, che all'introduzione di speciali norme giuridiche, che apparivano come conseguenze giuridiche di quel concetto, non fu d'ostacolo il rapporto di patria potestà, nel quale si trovavano gli altri membri della famiglia, e fu in seguito d'eccezione l'interesse pubblico alla conservazione delle doti. In questo modo si spiega l'apparente contraddizione esistente nel fatto, che il marito è proprietario durante il matrimonio delle singole cose dotali e da questa proprietà è escluso ogni e qualunque diritto della moglie sulle medesime, ed al tempo stesso la dote, come tutto, è patrimonio della famiglia, in particolare della moglie, e così i singoli oggetti dotali a lei appartengono in un certo senso, nel medesimo tempo che sono nella proprietà piena ed esclusiva del marito; di guisa che non solo oratori e poeti, ma anche giureconsulti potevano dire: *dos mulieris est* o *in bonis mulieris est* (1).

(1) SCHEURL, l. c., VI, pag. 28 e 29.

Possiamo anche dire che *formalmente* o *giuridicamente* la dote non era che una parte del patrimonio del marito, *materialmente*, o in virtù d'una considerazione morale-naturale, era patrimonio della famiglia e specialmente della moglie (1). Il buon padre di famiglia romano considerò e trattò sempre la dote, senza distinguere fra la sostanza ed i frutti di essa, come un patrimonio confidatogli nell'interesse della famiglia, e già vedemmo come col corrompersi dei costumi, a garantire l'osservanza di quel dovere morale per parte dei mariti, dovè dentro certi limiti spiegare la sua azione la norma giuridica, la quale però non arrivò mai fino al punto d'escludere il diritto esclusivo di proprietà spettante al marito sulle cose dotali.

In tal modo ci avviciniamo, ma soltanto ci avviciniamo, alla teoria del BRINZ (2), che fa del marito un proprietario procuratorio. Per noi il marito era sì semplicemente depositario, nella coscienza comune, della dote, ma questo concetto fu riconosciuto giuridicamente, soltanto in alcune sue conseguenze, nè esercitò un'influenza decisiva sulla costruzione giuridica del rapporto dei coniugi colle cose dotali; e neppure nel concetto comune s'intendeva il marito depositario nel senso, che quasi agisse per nome e conto della moglie; qualunque cosa egli avesse fatta in relazione alle cose dotali, sempre lo si considerava come agente in nome ed interesse proprio.

Anche ammettendo che il marito fosse come pensa il BRINZ, proprietario procuratorio delle cose dotali, non per questo ne viene, che alla moglie spettasse un qualche diritto immediato sulle cose stesse (3). Invero una cosa può trovarsi nella proprietà esclusiva d'una persona determinata, pur avendola questa per

(1) Cfr. SCHEURL, l. c., VI, pag. 28.

(2) *Pand.*, II, pag. 1236. Cfr. già TIGERSTRÖM, *Das röm. Dotabr.*, I, pag. 202.

(3) Vedi MANDRY, *Krit. V. j. Schrift*, XII (1876), pag. 497 e la nota 2 a pag. 34 del DERNBURG, *Pand.*

un'altra persona, come nel caso della *fiducia cum amico contracta*, o in quello in cui la moglie trasferisce al marito la proprietà dei beni parafernali (1), o nel caso d'un legato, nel quale il diritto, che ne forma il contenuto, non passa direttamente nel legatario, o d'un mandatario, che in esecuzione del mandato acquista per sé la proprietà d'una cosa, ecc. In tutti questi casi il rapporto del proprietario colla terza persona ha effetti giuridici, ma mai nasce nel tempo in cui esiste questa proprietà procuratoria, un diritto del terzo sulla cosa, che si trova in questa proprietà, un rapporto giuridico immediato di lui colla cosa. Ora fu già giustamente osservato (2), che senza un tale rapporto, non può parlarsi d'un *dominium quoddam*, d'un diritto parallelo a quello del marito, d'una *appartenenza giuridica* della cosa. Onde a torto il BRINZ pretende derivare dalla qualità procuratoria della proprietà del marito, una duplicità giuridica dell'appartenenza della dote.

Le cose dotali erano nell'esclusiva proprietà del marito, e se in conformità alla destinazione della dote, al marito incombevano certi obblighi, la cui osservanza fu garantita dalla norma giuridica, venuta a surrogare od a coadiuvare le norme morali, e se anche alcuni giureconsulti ci rappresentano la dote come patrimonio della moglie, esprimendo quel concetto naturale e sociale, che fu riconosciuto giuridicamente in alcune importanti conseguenze, non può per questo dirsi, che la dote, come tutto, o nelle sue singole parti considerata, appartenesse giuridicamente alla moglie, più di quello che al figlio di famiglia, od al servo, appartenesse il peculio, che pure è designato come un loro *patrimonium*, o quasi *pàtrimonium* (3). Il peculio in tanto poteva dirsi patrimonio del figlio di famiglia,

(1) Leg. 9, § 3, D., *de jure dot.* 23, 3.

(2) Vedi MANDRY, l. c.

(3) Leg. 19, § 1, l. 32 pr., l. 47, § 6, D., *de peculio*, 15, 1.

osserva il MANDRY (1), in quanto aveva ottenuta in forza della volontà del padre di famiglia, la destinazione di servire di fatto agli scopi del figlio di famiglia, nel medesimo modo in cui ad una persona *sui iuris*, serve il proprio patrimonio, di fatto e di diritto. In conformità di questo concetto, per dir così, *materiale*, una cosa, od un patrimonio, appartengono a quella persona per la quale la cosa, o il patrimonio, sono destinati, senza che influisca su quest'appartenenza il fondamento su cui tale destinazione riposa. Così avveniva anche della dote. Questa aveva sì la destinazione di contributo a sopportare i pesi del matrimonio, era sì data nell'interesse principale del marito, sul patrimonio del quale gravavano i pesi del matrimonio, ma nonostante questa destinazione, o meglio, a causa appunto di questa destinazione, era data nell'interesse di tutta quanta la famiglia, agli scopi della quale doveva essa servire. Perciò la dote era *materialmente*, e nel concetto comune, patrimonio della famiglia. Come e perchè essa fosse patrimonio della moglie in particolare, già lo vedemmo.

Il dissenso fra gl'interpreti del Diritto Romano, sorto fino dall'epoca dei Glossatori (2) e mantenutosi vivo fino agli ultimi tempi, quanto al decidere se al marito, o alla moglie, appartenesse la proprietà delle cose dotali, può dirsi adesso cessato, perchè ormai quasi tutti gl'interpreti si sono arresi di fronte all'evidenza dei testi, e riconoscono il marito come proprietario delle cose dotali (3).

(1) L. c.; cfr. la sua *Festschrift, Ueber Begriff und Wesen des Peculium*, pag. 4-9.

(2) Vedi HÄNEL, *Dissensiones dominorum*, pag. 436 e seg.

(3) Vedi gli autori citati dallo CZYHLARZ, o. c., pag. 186, nota 8; e inoltre SCHUPFER, o. c., pag. 316 e seg. — CENERI, o. c., pag. 206 e seg. — SERAFINI nell'ARNDTS-SERAFINI, § 404 — CAMICI, o. c., pag. 103 e seg. — Il COGLIOLO sostiene in una bella ed originale dissertazione intorno a quest'argomento (*Chi abbia la proprietà della dote durante il matrimonio. Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano. Archivio Giuridico, XXIX,*

Invero che il marito, e secondo il concetto dei giureconsulti romani, e secondo l'esame critico dei diritti di ciascun coniuge (1), fosse il vero ed esclusivo proprietario delle cose dotali, risulta evidentemente dalle testimonianze delle fonti romane. In molti passi troviamo detto addirittura, che il marito è proprietario delle cose dotali (2). Inoltre la *causa dotis* ci è rappresentata dai giureconsulti romani come una causa d'acquisto di proprietà e d'usucapione, e viene parificata in questo riguardo, alla vendita ed alla donazione (3).

A questi passi delle fonti, che chiaro mostrano, come nel concetto dei giureconsulti romani, il marito fosse il proprietario delle cose dotali, sembrano però quegli altri contraddire, nei quali si parla di una appartenenza della dote alla donna. Fu questa appunto la ragione per la quale si mise in dubbio il diritto di proprietà del marito sulle cose dotali, non potendosi partare in Diritto Romano d'un *dominium duorum in solidum*, e neppure d'una comproprietà del marito e della moglie sulle cose dotali (4).

Chi però si faccia ad esaminare attentamente questi passi, facilmente si persuaderà che da essi nessun diritto di proprietà è attribuito alla moglie, e soltanto è espresso il concetto, che

pag. 177-185), che la dote formava un diritto speciale, un *diritto dotale*. Su di essa il marito e la moglie avrebbero avuto ciascheduno uno speciale *ius in re sui generis*, di guisa che a nessuno di loro sarebbero spettate tali facoltà da potersi dire proprietario, ed assieme avrebbero avuti tutti i diritti per impedire, che la dote fosse *nullius*.

(1) È in queste due parti, osserva il COGLIOLO, *diss. cit.*, che la nostra questione si sdoppia.

(2) Leg. 7, § 3, l. 9, § 1, D., *de jure dot.*, 23, 3; l. 13, § 2, D., *de fundo dot.*, 23, 5; l. 23, C., *de jure dot.*, 5, 12; Fr. Vat., § 269; GAIO, *Inst.*, II, § 63. Qui si parla persino d'un dominio quiritario.

(3) Leg. 3, § 1, D., *de Public.*, 6, 2; l. 1 pr. D., *pro dote*, 41, 9; l. 47 § 6, D., *de pecul.*, 15, 1; l. 1, §§ 5, 6, D., *quando de pec.*, 15, 2; § 41, *Inst. de rer. div.*, 2, 1; l. 4, l. 7 § 3, l. 9 § 1, D., *de jure dot.*, 23, 3, — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 186.

(4) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 132.

la dote in tanto può dirsi patrimonio della moglie, in quanto è destinata ai pesi della famiglia, della quale la moglie stessa fa parte, ed in quanto a quest'ultima eventualmente dev'essere in tutto, o in parte, restituita.

Cominciamo dalla leg. 75 D. *de j. d.*, 23, 3 (1). Allorquando la donna dava in dote un fondo stimato *venditionis causa*, e questo era evitto al marito durante il matrimonio, la moglie era tenuta per l'evizione in confronto del marito, e però poteva agire in regresso contro il suo autore; ma se si trattava d'un fondo inestimato, la moglie non era tenuta alla prestazione dell'evizione in confronto del marito. Di qui la questione, se anche in questo caso avesse essa interesse per sperimentare subito, contro il suo autore, l'azione per l'evizione. TRIFONINO risolve affermativamente la questione, per la ragione che la dote, per quanto ne sia proprietario il marito (*quamvis in bonis mariti dos sit*), è pure in un certo senso della moglie (*mulieris tamen est*); infatti a lei interessa chi il fondo non sia evitto (*porro cujus interest non esse evictum, quod in dote fuit*); anzi può dirsi che essa stessa sia stata colpita dall'evizione del fondo (*quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit*), perchè questo viene per tal modo a cessare di far parte di quella dote, della quale la moglie gode anche durante il matrimonio (*hujus etiam constante matrimonio.... emolu-*

(1) TRYPHONINUS, lib. 6 *Disputationum*: « *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cujus nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cujus interest non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit; hujus etiam, constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur; cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet.* » Cfr. su questa legge e quelle che esamineremo in seguito CZYHLARZ, o. c., p. 188 e seg. — CAMICI, o. c., pag. 139 e seg.

menti potestatem esse creditur). Le parole.... *dos mulieris est* stanno dunque ad indicare un'appartenenza vaga, che riceve la sua determinazione dalla proposizione finale della legge: *hujus etiam, constante matrimonio.... emolumenti potestatem esse creditur*; il che chiunque non sia animato da idee preconcepite, può intendere soltanto nel senso che, poiche la dote è destinata ai pesi del matrimonio, ed esiste non solo nell'interesse del marito, ma anche in quello della famiglia, di cui la moglie è parte principale, l'evizione, che colpisce il fondo dotale, riddonda di fatto, ancora a danno di quest'ultima, la quale deve conseguentemente ritenersi avere un interesse presente alla evizione, che la autorizzi ad agire contro il suo autore. Anzi Trifonino, perchè non possa nascere alcun dubbio circa la persona alla quale la cosa dotale appartiene, mentre dice la dote *mulieris est*, si affretta d'aggiungere, che è *in bonis mariti*, e mentre dice *hujus etiam constante matrimonio.... emolumenti potestatem esse creditur*, ricorda come *apud maritum dominium sit*. Onde mal si comprende, che s'invochi il passo di Trifonino a sostegno della tesi, che nega al marito il diritto di proprietà sulle cose dotali, o dell'opinione, secondo la quale non tutti i giureconsulti sarebbero stati del medesimo sentire (1).

(1) Il BECHMANN, o. c., I, pag. 135 (vedi contro, lo SCHEURL, loc. c., VI, pag. 29), spiega il diritto della moglie d'agire per l'evizione d'una cosa dotale, coll'interesse attuale ch'essa ha alla conservazione della dote, mentre l'avvenuta evizione potrebbe indurre il marito a divorziare. Il BECHMANN intende così le ultime parole della leg. 75 cit.: « Il marito rimane unito in matrimonio colla donna e acconsente a sopportarne i pesi in grazia della dote; onde se questa vien meno in tutto, o in gran parte, egli rompe senz'altro il vincolo coniugale! » Certamente anche questo è un pericolo a cui l'evizione delle cose dotali espone la moglie, ma è altresì certo che non importa ricorrere a questa considerazione per riconoscere nella moglie un interesse presente alla conservazione della dote, e che Trifonino aveva tutt'altro in mente che quel lontano pericolo.

Colla leg. 75 cit., si collega la leg. 71, D. *de evict.*, 21, 2 (1), dove si pone la stessa questione riguardo al padre della moglie, al quale, perchè al di fuori della famiglia per la quale la dote era stata costituita, non poteva dirsi la dote appartenere, durante il matrimonio, nello stesso modo che alla figlia (*non enim sicut mulieris, ita patris esse dici potest*); e neppure l'aspettativa del padre di riavere eventualmente la dote, era tale da dar fondamento, specialmente nel caso in cui la figlia fosse stata emancipata, ad un interesse presente del padre alla dote, trattandosi d'un diritto straordinario, la cui nascita presupponeva un invertimento delle leggi di natura. Ciò non pertanto il giureconsulto si decide per l'affermativa, perchè *interest patris dotatam filiam habere*. Cioè, il padre, per l'affetto profondo che nutre per la figlia, ha interesse a che essa conservi quella dote, che costituisce il patrimonio familiare affidato al padre di famiglia, ed è destinata a soddisfare ai bisogni ed alle legittime aspirazioni della moglie e dei figli. *An et hoc casu interest patris, dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit.*

Quest'ultime parole mostrano chiaro, che è un *interesse d'affezione* quello che autorizza il padre ad agire per l'evi-

(1) PAULUS, lib. 16 *Quaestionum*: « Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo, an ex emto, vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest; nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem; interest enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis: utique, si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem, cum uno casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo tunc deum agere possit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit. »

zione, non un interesse d'altra natura, p. es. quello d'evitare il pericolo d'essere tenuto a ridotare la figlia, che contraesse un secondo matrimonio (1); inoltre dall'obbligo eventuale del padre di ridotare la figlia, nascerebbe semplicemente un interesse futuro non meno incerto ed accidentale della *spes quandoque recipiendae dotis* (2).

Nella leg. 3, § 5, D. *de minoribus*, 4, 4, (3) l'espressione *dos ipsius filiae proprium patrimonium est*, non si riferisce alla proprietà, più di quello che vi si riferisca il *dos mulieris est* della leg. 75, D. *de jure dot.* cit. Ed invero il giureconsulto usa l'espressione *patrimonium*, che sta ad indicare una appartenenza indeterminata e, quel che più conta, si tratta d'una *filiafamilias*, che nel diritto classico non poteva avere cosa alcuna in proprietà. ULPIANO partendosi dal principio, che la *restitutio propter minorem aetatem* fu introdotta soltanto in favore dei minori d'età, giudica che questo motivo di restituzione, debba allora soltanto valere per il figlio di famiglia minore, quando quest'ultimo vi abbia un interesse proprio, non quando il vantaggio della restituzione ridondi esclusivamente a vantaggio del padre di famiglia. Ed a questo riguardo il giureconsulto rileva la differenza, che passa tra il peculio del figlio di famiglia e la dote della figlia, perchè, per quanto il figlio di famiglia abbia un interesse di fatto al peculio, pure questo è parte del patrimonio del padre di famiglia, che può a suo piacimento toglierglielo, mentre la figlia di famiglia ha nella

(1) SCHEURL, l. c., VI, pag. 29.

(2) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 191, nota 5. — KLEINE, *Genügt Affektions-Interesse bei Geltendmachung eines Forderungsrechtes?* Berlin, 1884, p. 35 e seg. — COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse*, pag. 77.

(3) ULPIANUS, lib. 11 *ad Edictum*: « Ergo etiam filiamfamilias in dotem captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim quam dedit, vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam: quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est. »

dote un proprio patrimonio, che non può più esserle tolto dal padre, al patrimonio del quale esso ha cessato d'appartenere.

In questo passo l'espressione *patrimonium* è dunque usata semplicemente per esprimere il contrapposto della dote col peculio, che non cessa di far parte del patrimonio del padre di famiglia.

La leg. 4, D. *de collat. bon.*, 37, 6 (1), tratta del rapporto della figlia colla dote, in confronto del rapporto nel quale il padre si trova con questa (*non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligitur, ita et in patris, a quo sit profecta*). Già il modo, in cui il giureconsulto si esprime, accenna ad un'appartenenza in senso lato e ben diversa dalla proprietà. AFRICANO esamina la questione, se, poichè i figli emancipati devono conferire tutto quello, che hanno acquistato in proprio dopo l'emancipazione, debba nel patrimonio del figlio emancipato contarsi anche la dote da lui data alla figlia, e però se debba anche questa dote essere conferita. Il giureconsulto risponde negativamente, perchè vero è che la figlia deve conferire la dote ricevuta, ma il rapporto del padre colla dote, è ben diverso da quello in cui la figlia sta con questa, e di tale differenza già vedemmo la ragione (2).

Leg. 15, § 3, D., *qui satisfacere*, 2, 8 (3). In questo passo

(1) AFRICANUS, lib. IV *Questionum*: « Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligitur, ita et in patris, a quo sit profecta. » — Cfr. L. 71, D. *de evict.*, 21, 2.

(2) Vedi pag. 98.

(3) MACER, libro 1, *de Appellationibus*: « Si fundus in dotem datus sit, tam uxor, quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur. » Il CUIACIO, *Observ.*, lib. X, c. 32, credeva doversi leggere *petitionem* invece di *possessionem*, ma questo cambiamento nel testo aveva la sua ragione nella falsa opinione, che anche la moglie avesse, durante il matrimonio, il diritto di rivendicare il fondo dotale. Vedi SMALLENBURG, *ad Schulting, Not.*, tom. I, ad l. 15, pag. 290. BECHMANN, o. c., I, pag. 140. Noi esamineremo questo passo senza mutarne la lezione, tanto più che le

MACRO ci dice, che tanto il marito, quanto la moglie, sono considerati come possessori del fondo dotale, per quanto riguarda l'esenzione dall'obbligo di prestare cauzione. Dedurre di qui, che tanto il marito, quanto la moglie, sono proprietari del fondo, sarebbe cosa affatto infondata, perchè l'esenzione dalla cauzione, della quale si parla nel nostro passo, si fonda non sulla proprietà, ma sul possesso d'un immobile. *Sciendum est, possessores immobilium rerum satisfacere non compelli.* Onde sono liberati da quest'obbligo anche i possessori d'un *ager vectigalis*, perchè *et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur* (1), i tutori, perchè *sive pupilli eorum, sive ipsi possideant, possessorum loco habentur* (2), e MACRO dice appunto, che anche la moglie è considerata a quest'effetto come posseditrice. Essa non è dunque equiparata in tutto e per tutto a chi possiede, ma soltanto quanto alla liberazione dall'obbligo di prestare una cauzione reale. Ed invero la moglie, per quanto non sia proprietaria del fondo dotale, nè lo possedga, si trova in un rapporto stretto e permanente con questo fondo, rapporto che non può cessare per effetto della volontà del marito, a causa del divieto di alienazione, e non è alterato dallo scioglimento del matrimonio. A noi basta l'aver mostrato, che MACRO, il quale d'altronde nella leg. 63, D., *de re iud.*, 42, 1, tolta al pari della leg. 15, § 3, dall'opera *de Appellationibus*, ci presenta il solo marito come proprietario delle cose dotali, non attribuisce in questa legge alcun diritto di proprietà alla donna, e neppure il possesso delle cose dotali, senza che entriamo nella controversia, se la liberazione dall'obbligo di pre-

parole *propter possessionem*, siano o no un'aggiunta posteriore (SMALLENBURG, *Basil.*, tom. I, pag. 354), non ne alterano il senso. — Cfr. CZYBLARZ, o. c., pag. 193, nota 8.

(1) Leg. 15, § 1, D., *qui satisfacere*, 2, 8.

(2) Leg. 15 § 5, D., *qui satisfacere*, 2, 8.

stare cauzione, si riferisse ad ogni cauzione processuale, o soltanto alla *cautio iudicio sisti*, o finalmente soltanto alla cauzione appellatoria (1).

Leg. 7, § 12, D., S. M., 24, 3 (2). In questa legge è più che evidente, che colle parole *quasi in alieno inventi* è espressa una semplice analogia e niente più. Il marito deve restituire alla donna la metà del tesoro trovato nel fondo dotale, come se l'avesse trovato nel fondo altrui.

Nella leg. 24, § 5, D., S. M., 24, 3, i *servi dotales* sono chiamati *servi uxoris* e contrapposti ai servi proprii del marito, ma è chiaro, che per *proprii servi* s'intendono quelli, che il marito non è tenuto a restituire, e per *alieni* quelli che devono essere eventualmente restituiti alla donna. In questo senso anche il venditore potrebbe chiamare *res aliena* la cosa venduta, ma non ancora consegnata, della quale è pur tuttora proprietario (3). È appunto in questo senso che nella leg. 24, D., *rer. am.*, 25, 2, sono contrapposte le *res dotales* alle *res propriae viri* e nella l. 19, § 1, D., *de pec.*, 15, 1, si parla d'un *peculium duplicis iuris*.

(1) Ciò che può asserirsi con certezza, è che quest'esenzone non poteva riferirsi a quelle cauzioni, che avevano per iscopo di dare all'attore un mezzo eventuale d'esecuzione, come la *cautio judicatum solvi*, perchè il fondo dotale, di cui il marito era proprietario, non poteva essere oggetto d'esecuzione per parte de' creditori della moglie. Cfr. BECHMANN, o. c. I, pag. 141 e segg. — CZYHLARZ, o. c., pag. 194.

(2) « Si fundum viro uxor in dotem dederit, isque inde arbores ceciderit: si hae fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. Puto autem si arbores caeduae fuerunt, vel gremiales, dici oportet, in fructu cedere: si minus, quasi deteriorem fundus fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt: dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere; non magis, quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur; sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. »

(3) BECHMANN, o. c., I, pag. 145.

Leg. 21, § 4, D., *ad municip.*, 50, 1 (1). Qui è detto semplicemente, che per quanto il marito sia proprietario della dote, pure non deve tenersene conto nel computo del suo patrimonio, in riguardo ai *munera municipalia*, perchè è tenuto a restituirla.

Finalmente la leg. 4, C., *in quib. caus.*, 8, 15, chiama la dote *mulieris patrimonium*, ma che con ciò non s'intenda accennare ad un diritto di proprietà della moglie, risulta senz'altro dal fatto, che in questo stesso passo è detto, che la dote, come patrimonio del marito, deve servire al soddisfacimento dei debiti di lui (2). Anzi questo passo conferma il modo in cui dicemmo doversi intendere le leggi, che parlano della dote come di un patrimonio appartenente alla moglie.

Passando all'esame critico dei diritti di ciascun coniuge, troviamo che il vero proprietario della dote era il marito, e che quindi il pensiero dei giureconsulti romani, per esprimerci col COGLIOLO (3), era esatto e non suscettibile di mutazioni e correzioni.

Il COGLIOLO crede, che il marito non potesse dirsi proprietario della dote, perchè non gli sembra ch'esso avesse il cumulo degli usi possibili delle cose dotali, ma gli spettassero invece facoltà fissate e certe. In sostanza il marito non avrebbe avuto che il diritto di prendere i frutti, e non già i parti delle ancelle (4); le accessioni, osserva ancora il COGLIOLO, non erano sue, suo non era il *periculum rei*, e doveva restituire la dote, se l'amministrava male. Se non che ci sembra potersi

(1) « Idem respondit, constante matrimonio dotem in bonis mariti esse: sed si ad munera municipalia a certo modo substantiae vocentur: dotem non debere computari. »

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 194, nota 14.

(3) *Diss. cit.*

(4) Leg. 10, § 2, D., *de j. d.*, 23, 3.

replicare, che in molti altri rapporti non si manca di distinguere il momento reale dall'obbligatorio, nè per la sola esistenza d'un obbligo personale alla restituzione d'una cosa, si pone in dubbio il diritto reale sulla medesima. Invero il fatto, che durante il matrimonio esisteva la possibilità, che il marito diventasse obbligato alla restituzione della dote, ed il modo speciale in cui veniva determinato il contenuto di quest'obbligo, per il caso ch'esso fosse nato, non escludevano il diritto di proprietà del marito, non riducevano il potere del marito sulle cose dotali, a facoltà, che per essere fissate e certe escludessero il concetto di proprietà. Piuttosto fissate e certe erano le facoltà, che al marito non competevano. Se finalmente è vero, che il marito non poteva alienare il fondo dotale, è pur vero che non è nuovo il fatto, che *qui dominus sit, alienare non possit* (1).

Nel marito si verificavano in realtà tutti gli effetti della proprietà (2). Egli solo aveva rispetto alle cose dotali le azioni spettanti al proprietario, come la *rei vindicatio*, colla quale poteva agire contro la moglie stessa (3), la *Publiciana in rem actio* (4), la *condictio furtiva* (5), l'*actio legis Aquiliae* (6), l'*actio furti* (7), l'*actio communi dividundo*, se aveva avuta

(1) Pr. Inst., *quib. alienare lic.*, 2, 8.

(2) CZYHLARZ, op. cit., pag. 187 e 188. — SCHUPFER, op. cit., pag. 317 e segg.

(3) Leg. 24, D., *rer. am.*, 25, 2; l. 63, D., *de re iud.*, 42, 1; l. 9, C., *de r. vindic.*, 3, 32.

(4) Leg. 3, § 1, D., *de Publ.*, 6, 1; cfr. l. 13 pr., D., *eod.*

(5) Leg. 24, D., *rer. am.*, 25, 2; cfr. l. 1, 7, § 1, D., *de cond. furt.*, 13, 1; GAIO, IV, § 4.

(6) Leg. 18, § 1, D., S. M., 24, 3; cfr. l. 2 pr., l. 27, § 5, l. 11, § 10, D., *ad l. Aq.*, 9, 2.

(7) Leg. 49, § 1, D., *de furt.*, 47, 2; l. 11, C., *de j. d.*, 5, 12. Interessante è la leg. 49 cit., dove è detto come qualche volta accade, che colui, al quale interessa che la cosa sia salva, non ha l'*actio furti*, e cioè quando si tratta di persona, la quale nessun diritto reale ha sulla cosa. « Interdum accidit, ut non habeat furti actionem is, cuius interest rem salvam esse. Ut ecce creditor ob rem debitoris surreptam furti agere non potest, etsi

in dote una *res communis*, e poteva ancora essere convenuto con quest'azione (1); egli solo era tenuto alla prestazione della *cautio damni infecti* riguardo alle cose dotali (2). Inoltre al marito esclusivamente spettava la disposizione delle cose dotali; egli poteva manomettere gli schiavi dotali senza il consenso della moglie (3), disporre dei beni dotali con legato *per vindicationem* (4) e, di regola, alienarli *inter vivos* (5). Le cose dotali formavano parte dell'eredità del marito e passavano con questa ai suoi eredi (6). Se gli era stata data in dote una cosa su cui gli fosse spettato un diritto reale, questo s'estingueva, e lo stesso avveniva se il marito acquistava la proprietà della cosa, che serviva all'ente dotale (7). Finalmente il marito diveniva proprietario dei frutti percepiti dalle cose dotali e delle accessioni, che non rientravano nella categoria dei frutti, come dell'alluvione, del *partus ancillae* ed anche

aliunde creditum servare non possit; loquimur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit. § 1. Item rei dotalis nomine, quae periculo mulieris est, non mulier furti actionem habet, sed maritus. » È superfluo osservare, che le parole *quae periculo mulieris est*, stanno ad indicare, che si tratta di cose dotali non stimate, altrimenti il pericolo sarebbe del marito.

(1) Leg. 78, § 4, D., *de j. d.*, 23, 3; l. 2, C., *de f. d.*, 5, 23.

(2) Leg. 1 pr., D., *de f. d.*, 23, 5.

(3) Leg. 3, C., *de j. d.*, 5, 12; l. 3, § 2, D., *de suis et legit.*, 38, 11; l. 61-65, D., S. M., 24, 3; l. 14, § 2, D., *ad l. Corn.*, 40, 10; l. 7, C., *de serv. pign. d.*, 7, 8. Nella leg. 1, C., *de serv. pign. d.*, 7, 8, è richiesto il consenso della moglie, soltanto perchè, osserva lo CZYHLARZ, o. c., pag. 187, nota 19, lo schiavo dotale era a favore di lei impegnato (Licet dotale mancipium vir, qui solvendo est, possit manumittere, si te pignori quoque datum mulieri apparuerit, invita ea non posse libertatem assequi, non ambigitur), e naturalmente anche questa manomissione non doveva esser fatta in frode dei creditori. Cfr. l. 21, D., *de manumiss.*, 40, 1.

(4) Leg. 1, §§ 3, 4, D., *de f. d.*, 23, 5.

(5) Arg., l. 32 pr. D., *de pact. dot.*, 23, 4.

(6) Leg. 62, D., *de adq. vel. amit. poss.*, 41, 1; l. 2, D., *de f. d.*, 23, 5.

(7) Leg. 7, D., *de f. d.*, 23, 5; cfr. l. 78, D., *de j. d.*, 23, 3; l. 4, D., *eod.*

del tesoro trovato nel fondo dotale (1); faceva suoi tutti gli acquisti degli schiavi dotali, ed era richiesto soltanto il suo *iussus* affinché questi adissero un'eredità (2).

Coll'andare del tempo, per il corrompersi dei costumi, per il sempre più affievolirsi del sentimento del dovere nella coscienza dei padri di famiglia romani, per le forti scosse che in altri rapporti subì l'unità del patrimonio familiare, doveva sempre più prevalere quel concetto naturale e morale, pel quale il marito era soltanto depositario della dote. Con questo è espresso semplicemente il lato, per dir così, negativo, del procedimento storico che seguiamo; non è ancora detto a vantaggio di chi tale svolgimento avvenne. Poteva darsi, che il sempre maggiore riconoscimento giuridico della qualità di semplice depositario della dote, nella persona del marito, avvenisse nel senso d'attribuirne la proprietà alla famiglia; ma già vedemmo come ragioni potenti spiegassero l'azione loro coll'effetto di fare attribuire specialmente alla moglie l'appartenenza delle cose dotali; d'altronde niente ripugnava più ai sentimenti ed alle idee romane, dell'erigere la famiglia a persona giuridica capace di proprietà (3). È nelle leggi di GIUSTINIANO, che il concetto naturale e morale trova espressamente il suo giuridico riconoscimento: l. 30, C., *de iure dot.* 5. 12: *quum eaedem res (dotales) et ab initio uxoris fuerunt et naturaliter in eius permanserunt dominio*; e da questo concetto naturale l'Imperatore derivava la conseguenza giuridica, che doveva apparire cosa giusta e rispondente alla coscienza giuridica dei suoi tempi, che alla donna spettasse un diritto immediato sulle cose dotali. Non per questo il marito cessò d'essere,

(1) Leg. 4, D., *de j. d.*, 23, 3; cfr. l. 10, § 2. l. 69, § 9, D., *eod.*; l. 7, § 12, D., S. M., 24, 3.

(2) Leg. 45, § 1, D., *de adq. v. omitt. hered.*, 29, 2; l. 65, D., *de j. d.*, 23, 3; l. 58, D., S. M., 24, 3.

(3) Vedi COGLIOLO, *Diss.*, *cit.*

anche ai tempi di Giustiniano, il vero ed unico proprietario, nel senso giuridico, delle cose dotali; chè anzi l'Imperatore riconosce espressamente nella L. 30 cit., che il marito era proprietario delle cose dotali, e presuppone la proprietà di lui nella L. *unica*, C. de r. u. a. 5, 13. D'altronde questo riconoscimento risulta senz'altro dal fatto, che furono accolti nelle *Pandette*, tutti quei frammenti, che attestano il marito essere proprietario delle cose dotali. Ma ormai il concetto naturale e morale aveva ottenuto giuridico riconoscimento in tante e sì importanti conseguenze, che GIUSTINIANO poteva dire la proprietà del marito sulle cose dotali riposare sopra una *subtilitas legum*.

Durante il matrimonio non esisteva obbligazione dotale (1).

Se le cose dotali erano nell'esclusiva proprietà del marito, ed alla moglie nessun diritto spettava a che esse fossero impiegate in un modo anzichè in un altro, poteva almeno dirsi quest'ultima già creditrice del marito durante il matrimonio? Per la maggioranza degli scrittori, l'obbligazione dotale esisteva già durante il matrimonio, e precisamente come obbligazione condizionata nel diritto classico, perchè la dote non doveva essere restituita in ogni caso di scioglimento del matrimonio, e soggetta semplicemente a termine nel diritto giustiniano (2). Dall'altra parte il BECHMANN (3) e, dopo lui, lo

(1) Vedi per quel che segue CZYHLARZ, o. c., pag. 212 e seg. — Cfr. CAMICI, o. c., pag. 170 e seg.

(2) Vedi, per esempio, PUCHTA, *Pand.*, § 420 — TIGERSTRÖM, o. c., I, pag. 195 e seg.

(3) Op. cit., I, pag. 150 e seg.

CZYHLARZ, presero a sostenere, che l'azione dotale nasceva soltanto collo scioglimento del matrimonio. L'obbligazione dotale non sarebbe nata subito che esisteva la dote; questa sarebbe stata soltanto una delle condizioni giuridiche dell'esistenza dell'obbligazione dotale, per dar vita alla quale avrebbe dovuto inoltre verificarsi, nel diritto classico, lo scioglimento del matrimonio per divorzio, o per morte del marito, e nel diritto giustiniano, un modo qualunque di scioglimento del matrimonio. Durante il matrimonio, sarebbe quindi esistita semplicemente la *possibilità* d'una futura obbligazione, ma non un'obbligazione *presente*, neppure nel senso in cui si dice esistere un'obbligazione condizionata. Di queste due opinioni potrà seguirsi l'una, o l'altra, a seconda del concetto che si abbia della dote, e del modo in cui s'intenda lo svolgimento storico di essa. Un'opinione che va decisamente respinta è però quella, che non si accontenta di attribuire alla moglie, durante il matrimonio, un diritto di credito semplicemente condizionato, e considera nel diritto classico la morte della donna, durante il matrimonio, come causa d'estinzione del già esistente diritto di lei (1). Il diritto della moglie alla restituzione della dote, era un diritto personalissimo, e come tale non poteva esserle conferito che per il caso di divorzio o di morte del marito, nè può ammettersi, che nel caso di morte della donna, s'estinguesse un diritto, che per questo caso non era affatto concesso (2).

Prescindendo dalla circostanza, che l'*actio rei uxoriae* si sviluppò, molto probabilmente, nel matrimonio colla mano, nel quale la moglie non poteva essere creditrice del marito neppure in modo condizionato, (ed allorquando si estese al matrimonio li-

(1) SCHEURL, l. c., VI, pag. 34 — (Cfr. BRINZ, *Pand.*, pag. 1265 e seg.) Quest'autore ritira tale opinione nel seguito della sua critica all'opera del BECHMANN (l. c., XI, pag. 125 e seg.), ed ammette che la moglie avesse, durante il matrimonio, un diritto di credito semplicemente condizionato.

(2) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 213, nota 3.

bero, non ci fu alcuna ragione pratica di adottare un trattamento differente, che avrebbe spezzata l'unità del carattere dell'obbligazione dotale), contro l'opinione, che considera l'obbligazione dotale, nel diritto classico, come già esistente durante il matrimonio, nella forma di obbligazione condizionata, sta lo sviluppo storico di essa. L'obbligazione dotale si sviluppò non da un obbligo, che il marito assumeva nel momento in cui riceveva la dote, ma bensì da una facoltà, che alla moglie fu concessa nel momento in cui questa ne abbisognava, quando, cioè, essa usciva, collo scioglimento del matrimonio, da quella famiglia per la quale la dote era destinata, e così cessava di avere nel patrimonio del padre di famiglia, i mezzi con cui soddisfare ai propri bisogni economici. Il marito nel ricevere la dote assumeva l'obbligo morale d'impiegarla a vantaggio della famiglia, e d'assicurare la posizione della moglie nel caso che questa venisse ad uscire dalla famiglia. La norma giuridica creando nella donna il diritto alla restituzione della dote, venne a surrogare quella morale, pel caso che a questa il marito non avesse uniformata la sua condotta, ma che occorresse quest'intervento della norma giuridica, poteva soltanto allo scioglimento del matrimonio apparire.

Neppure dal punto di vista dommatico è possibile giustificare l'esistenza dell'obbligazione dotale durante il matrimonio (1). Infatti anche ammettendo che l'obbligazione dotale fosse stata una conseguenza del concetto stesso della dote, l'obbligo della restituzione non sarebbe derivato direttamente dalla costituzione della dote, ma soltanto mediatamente e, per così dire, coll'interposizione dello scioglimento del matrimonio, che costituiva la condizione giuridica dell'esistenza dell'obbligazione dotale, di guisa che questa non poteva nascere prima del verificarsi di quella. Si potrebbe ammettere che l'obbligazione

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 215.

dotale nascesse subito coll'atto di dotazione, soltanto se fosse possibile concepire quell'obbligazione come conseguenza della volontà delle parti, come effetto d'un contratto (1); il che osserva lo CZYHLARZ, essere assolutamente impossibile, perchè anche se nell'atto di costituzione della dote, le parti avessero avuta di mira la restituzione di questa, ciò sarebbe stata cosa affatto accidentale, che non avrebbe potuto essere considerata come il momento, che dava vita all'obbligazione; ed invero anche nel caso in cui la dote era costituita da un terzo, l'obbligazione dotale nasceva nella persona della moglie, della quale non poteva certo ammettersi che il terzo fosse rappresentante.

Lo scioglimento del matrimonio (per divorzio, o per morte del marito nel diritto classico) era dunque una condizione giuridica dell'obbligazione dotale, che aggiunta all'altra già verificata, l'esistenza della dote, dava vita all'obbligazione stessa. Epperò, durante il matrimonio, non esisteva neppure un'obbligazione condizionata, la cui esistenza presupporrebbe che a condizione della nascita dell'obbligazione, fosse stato posto dalla volontà delle parti un determinato avvenimento. Il fatto che l'obbligazione dotale era passivamente trasmissibile agli eredi, non è incompatibile colla opinione del BECHMANN, perchè colla dote esisteva già una delle condizioni giuridiche della obbligazione dotale, il germe, per dir così, di questa, ed allorquando si verificava quel determinato avvenimento, da cui dipendeva l'esistenza dell'obbligazione dotale, questa nasceva pure nella persona dell'erede (2).

L'opinione del BECHMANN si raccomanda anche per la sua semplicità, perchè ammettendo l'esistenza d'una obbligazione condizionata in favore della moglie durante il matrimonio, bi-

(1) Così la consideravano, per es., BALDO NOVELLO, *ad tit. sol matre. DONNELLO*, Comm. XIV, c. 4-8.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 217.

sognerebbe ammetterla anche in favore del padre di lei, nel caso di *dos profecticia*, in modo che avremmo due obbligazioni condizionate l'una accanto all'altra, dipendenti ciascuna da una condizione differente; di più siffatto modo d'intendere la facoltà del padre, sarebbe tutt'altro che corrispondente a ciò, che le fonti ci dicono costituire la base dell'azione di lui (1).

Dalle fonti possiamo ricavare testimonianze indirette, ma non per questo meno sicure e convincenti, in favore dell'opinione che sosteniamo. Prescindendo da quelle leggi, che ci presentano i singoli modi di scioglimento del matrimonio, come altrettante *causae obligandi* (2), mentre se l'obbligazione dotale nascesse senz'altro colla dote, unica causa dell'obbligazione dotale dovrebbe essere la costituzione di dote, stanno per l'opinione del BECHMANN le seguenti leggi.

L. 75, D., *de j. d.*, 23, 3. Già vedemmo che in questa legge TRIFONINO cercava di giustificare il diritto della moglie d'agire per l'evizione del fondo da lei dato in dote, nel caso in cui essa non era tenuta in conseguenza dell'atto di dotazione, alla prestazione dell'evizione in confronto del marito (3). Ora se il giureconsulto avesse ritenuto, che, durante il matrimonio, fosse esistito propriamente un diritto condizionato della moglie alla restituzione della dote, lo avrebbe espressamente rilevato, per dare maggior fondamento all'asserto, che l'evizione del fondo dotale colpiva in sostanza la moglie stessa, e non si sarebbe limitato a far menzione dei vantaggi di fatto, che a lei derivano, durante il matrimonio, dalla dote, conforme alla destinazione di questa. Vero è che il giureconsulto non si richiama neppure alla *spes quandoque dotis recipiendae*, che certo esisteva già

(1) L. 6. D., *de j. d.*, 23.3 — Vedi CZYLHARZ, l. c. e pag. 79 e seg. di questo scritto.

(2) L. 50, D., S. M., 24.3; cfr. l. 22 pr., D., cod.; l. 29 § 1, D., *de p. d.*, 23. 4.

(3) Vedi pag. 96.

durante il matrimonio, e d'altronde l'idea che la donna era durante il matrimonio creditrice del marito, poteva essere implicitamente contenuta nell'espressione del concetto, che la dote era un patrimonio della moglie; ma è pur vero, che se si spiega facilmente, che il giureconsulto non abbia fatta espressa menzione d'una aspettativa della moglie d'acquistare il diritto alla restituzione della dote, mal si comprenderebbe, se la moglie fosse stata creditrice del marito già durante il matrimonio, che il giureconsulto non avesse rilevato espressamente e particolarmente questo rapporto giuridico della moglie colla dote, mentre si vede ch'egli era tutto intento a giustificare meglio che poteva, il diritto della moglie d'agire, già durante il matrimonio, per l'evizione del fondo dotale, mettendo in sodo l'interesse di lei alla conservazione della dote.

Ancora più decisiva è la seguente legge richiamata molto opportunamente dal BECHMANN (1), a sostegno della sua tesi: L. 43, § 1, D., *de adm. et peric. tut.*, 26. 7 (2). In questo passo PAOLO esamina la questione, se il tutore il quale ha promessa per la donna una dote eccedente le forze del patrimonio di lei, ed è tenuto personalmente in confronto del marito ad eseguire la promessa, abbia regresso contro la donna. Per risolvere questa questione, il giureconsulto distingue nettamente il rapporto della moglie colla dote, durante il matrimonio, da quello che viene ad esistere, sciolto il matrimonio. Quanto al tempo successivo allo scioglimento del matrimonio, PAOLO non esita a ritenere che la donna sia tenuta a risarcire il tutore, perchè essa ha ormai un diritto di credito verso

(1) O. c., pag. 180. Cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 217.

(2) Paulus, libro 7, Quaestionum. . . . si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit, habet mulierem obligatam: et poterit dici, etiam *manente matrimonio* eam teneri: quia habet dotem, sicut in collatione bonorum dicitur; vel *certe post divortium*, sive exacta sit dos, sive maneat nomen: quia potest efficere, ut ei accepto feratur.

il marito ; invece quanto al tempo che precede lo scioglimento del matrimonio, la cosa sembra a PAOLO un po' dubbia, e pur decidendosi anche qui per l'affermativa, non fonda la sua decisione sul fatto che anche durante il matrimonio, il patrimonio della donna si sia aumentato d' un diritto determinato, d' un credito contro il marito, ma soltanto sulla circostanza che essa ha durante il matrimonio una dote (*quia habet dotem*). Dal modo in cui Paolo motiva il diritto di regresso del tutore, durante il matrimonio, e dal richiamo del diritto di credito della donna, a fondamento dell'azione di regresso del tutore, dopo sciolto il matrimonio, si può ragionevolmente argomentare, che durante il matrimonio non esisteva obbligazione alcuna.

Nella l. 21, D., *de manumiss.*, 40. l (1), PAPINIANO dice, che il marito può sì manomettere lo schiavo dotale, durante il matrimonio, ma tale facoltà gli è negata se insolvente, perchè in questo caso, lo si considera, già durante il matrimonio, come debitore dotale : *ut constante matrimonio deberi dos intelligatur*.

Si tratta dunque d'una singolarità posta per meglio garantire la restituzione della dote, per il tempo in cui un diritto alla restituzione nascerà nella donna. Il pensiero del giureconsulto è, che per quanto la dote non sia dovuta dal marito, durante il matrimonio, pure non può esistere difficoltà a considerare la cosa, come se quest'obbligazione fosse già nata, perchè colla dote esiste la possibilità che alla donna sia per spettare il diritto alla restituzione, ed il marito deve avere coscienza di questa possibilità.

(1) Papinianus, libro 13, Responsorum : Servum dotalem vir, qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest; si autem solvendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impeditur, ut constante matrimonio *deberi dos intelligatur*.

Finalmente nella l. 7, D., *de pact., dot.*, 23. 4, (1), POM-
PONIO dice che il padre, allorchè dà la dote per la propria
figlia, può apporre le condizioni che meglio gli piacciono al-
l'atto di dotazione, ma dopo che la dote fu data ed il matri-
monio conchiuso, non gli è lecito di far patti col genero a
danno della figlia non consenziente (2). Se fosse esistito, du-
rante il matrimonio, un diritto, sia pure condizionato, della
figlia alla restituzione della dote, sarebbe stato semplicissimo
e naturalissimo motivare quel principio, col ricordare che la
figlia era già in questo tempo creditrice del marito, e che il
rapporto obbligatorio esistente tra quella e questo, non poteva
essere modificato, secondo i principi generali di diritto, ad in-
saputa della donna, o malgrado lei, dall'intervento d'un terzo. In-
vece il giureconsulto si limita a dire *quoniam iam acquisita
mulieri dos tum esset*. Il che sta soltanto a significare, che
alla moglie è già acquistata la dote, nel senso di somma di
quei vantaggi di fatto, di cui durante il matrimonio essa gode,
e di semplice aspettativa che in tutto o in parte la dote le sia
restituita (3).

Contro la teoria del BECHMANN sulla nascita dell'obbligazione
dotale, sembrano testimoniare quei passi delle Pandette, nei
quali è adoperata la voce *contractus* quanto alla dote (4);
ma è evidente che questa espressione è qui usata non in
senso tecnico, sivvero in lato senso comprensivo tutte le *cau-
sae obligandi*, all'infuori dei delitti. (5) Infatti è certo che la

(1) Pomponius, libro 15, ad Sabinum: Cum dos filiae nomine datur, opti-
mum est, pactum conventum cum utroque generum facere: quamquam
initio dotis dandae legem, quam velit, etiam citra personam mulieris, is,
qui dat, dicere possit. Si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in
paciscendo necessaria est: quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset.

(2) Cfr. l. 20, § 1, D., *de pact. dot.*, 23. 4; l. 29 pr., D., S. M., 24. 3.

(3) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 155, nota 1.

(4) Per es. leg. 5, § 2, D. *commod.*, 13, 6; leg. 23, D. *de div. reg. jur.*,
50, 17.

(5) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 219 e seg.

tutela e la *negotiorum gestio* non sono contratti nel senso tecnico della parola, e tuttavia quei passi annoverano fra i contratti anche questi negozi giuridici. La voce *contractus* è dunque usata nello stesso senso, in cui p. es. GAIO contrappone i contratti ai delitti, allorquando dice: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (1). Certo che dopo lo sviluppo dell'*actio rei uxoriae*, anche la dote fu una *causa obligandi*, poichè costituiva la prima e più importante condizione d'esistenza dell'obbligazione dotale, la cui nascita era ormai in potere del marito d'impedire. Se però è riconosciuta da quei passi una *causa obligandi* nella *datio dotis*, rimane impregiudicata la questione circa il tempo, in cui in base a questa causa, nasce l'obbligazione (2).

Neppure fa difficoltà la circostanza, che in molti passi si designa la restituzione totale, o parziale, della dote, durante il matrimonio, coll'espressione *solvere, recteolvere*, o *non recteolvere* (3), perchè la parola *solvere* è usata molto di

(1) III, 88.

(2) Anche la leg. 19, D. *de jure dot.*, 23, 3, dice semplicemente, che allorquando la dote è data ad un terzo per comando del marito, si considera la cosa come se questi stesso l'avesse ricevuta, e però *se e quando* si verificano le condizioni d'esistenza dell'obbligazione dotale, questa prenderà vita soltanto nella persona del marito. La leg. 1, § 6, D. *de pec. c.*, 13, 5, si riferisce soltanto al tempo in cui il matrimonio è già sciolto, perchè soltanto in questo momento si può immaginare una promessa di somma determinata *ex causa dotis*, ed il costituito d'un *incertum* mal si concilierebbe colla leg. 1, § 1, D. *eod.*, e colla *sponsio dimidiaepartis* dell'*actio de pecunia constituta*. — Il riferimento all'obbligazione *soluta matrimonio*, è palmare nelle leggi 22, § 3, 25 pr., 26, 31 pr. D. S. M.; certo, nella leg. 8, D. *de cap. dim.*, 4, 5. — Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 154, nota 3. — CZYHLARZ, o. c., pag. 220, nota 3. — Finalmente sono affatto insignificanti le leggi 65, D. *de judic.*, 5, 1 (cfr. leg. 19, D. *de jud.*, 5, 1); 20 D. *de re judic.*, 42, 1 (cfr. leg. 52, D. *de re judic.*, 42, 1); 36 pr., D. *de pec.*, 15, 1, dove l'espressione *contractus* è sempre usata in senso vago ed indeterminato.

(3) Per es. leg. 85, D. *de j. dot.*, 23, 3; leg. 20, D. S. M., 24, 3; leg. 27, § 1, D. *de rel.*, 11, 7; leg. 1, § 5, D. *de dote pr.*, 33, 4; Rubrica C. 5, 19 (*Si dos constante matrimonio soluta fuerit*). — SCHEURL, l. c., VI, pag. 32.

frequente dai giureconsulti romani in un senso semplicemente di fatto; per es. nell'espressione *indebiti solutio*, il *solvere* non può significare pagamento nel senso tecnico della parola. Nel caso configurato dalla leg. 29, § 1, D. S. M., 24, 3, la moglie non era creditrice del marito, perchè colui, che dette per lei la dote, pattui *ut quoquo modo, diremto matrimonio, ipsi solveretur*; ciò non pertanto è detto in quella legge: *postea maritus uxori dotem solverit*. È in questo stesso senso che noi p. es. diciamo: Ho pagato Tizio per finirla, benchè non avanzasse nulla da me. Inoltre la voce *solvere* può avere un significato giuridico, senza che sia necessario pensare all'estinzione d'una obbligazione esistente. Ci sono dei casi, nei quali la restituzione della dote, fatta dal marito alla moglie, durante il matrimonio, ha eccezionalmente per effetto la cessazione del rapporto dotale, o, in altri termini, ha per effetto, che lo scioglimento del matrimonio in seguito verificatosi, non dà più vita all'obbligazione dotale. Ora in questi casi, nei quali il marito riusciva a sottrarsi all'eventualità di divenire debitore, e così si scioglieva dal vincolo contratto, dicevasi ch'egli *recte solvebat*, e che *non recte solvebat* negli altri casi, in cui la restituzione della dote fatta durante il matrimonio, non alterava il rapporto dotale (1).

Finalmente potrebbe obbiettarsi, che il marito rispondeva, durante il matrimonio, di dolo e di colpa, e che durante questo medesimo tempo, poteva essere costituito un diritto di pegno, e data mallevadoria a maggior garanzia della dote. Ma il fatto che il marito rispondeva, già durante il matrimonio, di dolo e di colpa (2), non è inconciliabile colla opinione che sosteniamo, perchè la responsabilità in ragione di dolo e di colpa, non presuppone necessariamente un rapporto obbligatorio già esistente,

(1) Vedi BECHMANN, o. c., II, p. 154 e seg. — CZYHLARZ, o. c., p. 221.

(2) Leg. 23, D. *de div. reg.*, 50, 17; l. 17, D., *de jure dot.*, 23, 3; leg. 24, § 5, D. S. M., 24, 3; leg. 33, D. *de j. d.*, 23, 3.

ma può anche riferirsi ad una obbligazione futura. Così nessun rapporto obbligatorio esiste tra il *malae fidei possessor* ed il proprietario d'una cosa prima della *litiscontestatio*, e ciò non pertanto quegli risponde già prima di questo momento, di dolo e di colpa. Nella *collatio emancipati*, è certo che non esiste fin dal momento dell'emancipazione un rapporto obbligatorio fra l'emancipato ed i fratelli rimasti nella patria potestà, dappoichè questo rapporto prende vita soltanto nel momento in cui quegli acquista la *honorum possessio*; ciò non ostante l'emancipato risponde di dolo fin dal momento dell'emancipazione (1), e di colpa fin dal momento della morte del padre (2). Un altro esempio ci adduce lo CZYHLARZ (3), richiamando la *conditio causa data causa non secuta*. Anche qui l'obbligo della restituzione nasce soltanto *re non secuta* (4), e tuttavia il dolo e la colpa devono essere prestati fin dal momento in cui avvenne il ricevimento della cosa (5). Lo stesso avveniva del marito quanto alle cose dotali, e se ne capisce facilmente la ragione. Per quanto, durante il matrimonio, non esistesse ancora un'obbligazione del marito alla restituzione della dote, si aveva però qui, come negli altri casi portati ad esempio, la *possibilità* che una obbligazione prendesse vita; anzi colla dote esisteva la prima e principale condizione della nascita dell'obbligazione dotale. Il marito non poteva lamentarsi di essere tenuto a prestare la colpa, perchè aveva coscienza della possibilità della nascita di questa obbligazione (6), che altri-

(1) Leg. 1, § 23; leg. 2, § 2, D. *de collat.*, 37, 6.

(2) Leg. 2, § 2, D. *de collat.*, 37, 6. — Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 186 e 187.

(3) Op. cit., pag. 222.

(4) Leg. 8, D. *de cond. c. d. c. n. s.*, 12, 4. — BRINZ, *Pand.*, pag. 411. — DERNBURG, *Pand.*, II, pag. 363, § 142, G.

(5) Leg. 19; l. 37, § 1; l. 39, D. *de m. c. don.*, 39, 6; leg. 38, § 1, D. *de usur.*, 22, 1.

(6) Arg. leg. 39, D. *de m. c. d.*, 39, 6.

menti sarebbe stato in suo potere di rendere vana colla distruzione delle cose dotali (1).

Rimane l'oggetto derivato dalla possibilità di assicurare, durante il matrimonio, la restituzione della dote con mallevadoria e pegno. Questa difficoltà è però subito rimossa dal riflesso, che tanto la fidejussione, quanto il pegno, possono esser dati anche per una *futura obligatio* (2), per la quale non deve soltanto intendersi un'obbligazione condizionata, o sottoposta a termine, perchè MARCIANO contrappone nella leg. 5 pr., D. *de pign.*, 20, 1, la *futura obligatio* alle obbligazioni di questa specie « . . . et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub « conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praece- « dat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt. » Epperò dice bene il DERNBURG (3), che il pegno può prender vita a favore di crediti scaduti, sottoposti a termine, o a condizione, e anche a favore di crediti futuri. Anzi il DERNBURG dice, che gli oppignoramenti per crediti futuri sono possibili, non solo se già esiste un rapporto dal quale questi possono nascere, ma anche se un tal rapporto non esiste. Qualunque sia l'opinione che su quest'ultimo punto si possa avere, a noi basta il notare, che in ogni modo, se non esisteva, durante il matrimonio, un'obbligazione dotale, esisteva però un tale rapporto, dal quale poteva nascere quella obbligazione, alla quale non era ormai più in potere del marito di sottrarsi. Possiamo quindi concludere, che neppure la possibilità d'assicurare la dote con fidejussione, o con pegno, sta contro l'opinione, che nega la esistenza dell'obbligazione dotale durante il matrimonio (4).

(1) Arg. leg. 65, § 8. D. *de cond. ind.*, 12, 6.

(2) Leg. 6, § 2, D. *de fidejuss.*, 46, 1; leg. 132, § 1, D. *de V. O.*, 45, 1; leg. 47, § 1, D. *de fidejuss.*, 46, 1; leg. 5 pr., D. *de pign.*, 20, 1; leg. 35, D. *de jud.*, 5, 1.

(3) *Pand.*, I, § 574, pag. 661.

(4) Lo SCHEURL (l. c., XI, pag. 125 e seg.), crede potersi argomentare contro quest'opinione dalla leg. 73 pr. D. *de j. d.*, 23, 3: « Mutus, surdus,

Nel diritto Giustiniano la cosa doveva cambiare (1); ormai il marito era tenuto a restituire la dote anche nel caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, e ciò non significava già semplicemente, che da allora in poi, anche quell'avvenimento generava l'obbligazione dotale (2), ma era chiaro segno del cambiamento avvenuto nel concetto della dote e nella natura dell'azione dotale, che ormai ci si presenta coi caratteri propri delle azioni di diritto patrimoniale. La dote aveva cominciato a perdere quel carattere di perpetuità, che le era proprio nel diritto antico, ed a segnare i primi passi nella via, che doveva condurla ad essere un semplice capitale rimesso temporaneamente al marito, che doveva farne la restituzione, non solo alla moglie, ma anche agli eredi di lei. E certo l'intenzione della donna, o di chi per lei costituiva la dote, era ormai quella di aumentare il patrimonio del marito, non più definitivamente, ma soltanto fino allo scioglimento del matrimonio.

Già GAIO (3) considerava la dote come un capitale dato col-

caecus dotis nomine obligantur, quia et nuptias contrahere possunt. » Ma non è necessario, come pretende lo Scheurl, a che bene proceda l'argomentazione di Paolo, che questo giureconsulto abbia presente un'obbligazione dotale nascente al momento della dotazione, e non soltanto allo scioglimento del matrimonio, perchè il pensiero di Paolo è che dal fatto che il muto, sordo e cieco possono unirsi in matrimonio, può dedursi che queste persone anche capaci d'assumere quegli obblighi, che dal matrimonio, e dai negozi giuridici, che sogliono accompagnarlo ed esserne quasi un accessorio, derivano, sia che questi obblighi nascano subito, sia che eventualmente possano prendere vita. E certo colla dote, esisteva una delle principali condizioni della nascita dell'obbligazione dotale, ed il verificarsi dell'altra condizione (scioglimento del matrimonio) non era dipendente dalla volontà del marito.

(1) D'altra opinione sono il BECHMANN, o. c., I, pag. 190 e seg., e lo CZYHLARZ, o. c., pag. 218.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 219.

(3) Lib. 11 *ad Edictum provinciale*: « Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo fiunt: quia *in hoc dantur, ut*

l'intenzione, che fosse restituito, una volta sciolto il matrimonio. Questo cambiamento nella posizione giuridica della moglie in confronto della dote, era una conseguenza necessaria della trasformazione subita dal concetto stesso della dote. Giustiniano stabilì nella leg. unica, *C. de r. u. a.*, 5, 12, che la donna potesse, sciolto il matrimonio, domandare la restituzione della sua dote, come se fosse intervenuta una *stipulatio dotis reddendae*. Di qui non si può dedurre, dice lo CZYHLARZ, che come nel caso in cui la stipulazione era stata posta realmente in essere, esisteva una *praesens obligatio* durante il matrimonio, così esistesse quest'obbligazione nel caso in cui si fingeva che la stipulazione fosse stata conclusa; perchè la finzione della stipulazione, non significava che il rapporto dotale dovesse essere risguardato in tutto e per tutto come se una stipulazione fosse stata effettivamente conclusa, ma si riferiva soltanto al contenuto dell'azione dotale già esistente dopo sciolto il matrimonio, e non già alla nascita di quest'azione. La verità è, che non soltanto al contenuto dell'azione dotale, ma pur anco alla nascita di questa, si riferiva la finzione della stipulazione; ed invero Giustiniano attribuì agli eredi della moglie, per la cui morte si era sciolto il matrimonio, il diritto di domandare la restituzione della dote, tanto nel caso che la restituzione fosse stata espressamente stipulata, quanto in quello che la stipulazione fosse stata semplicemente sottintesa dalla legge: § 6. « Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut, si « decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum « mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris « heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmit- « tatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelli- « gatur. » Poichè Giustiniano supponeva che una *stipulatio*

*cas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque, soluto matrimo-
nio, ejusdem generis, et qualitatis alias restituat, vel ipse, vel heres ejus. »*
Leg. 42, D. de j. d., 23, 3.

de dote reddenda fosse stata conchiusa, che è quanto dire, presumeva che la dote fosse stata data coll' intenzione, che dovesse essere restituita in ogni caso di scioglimento del matrimonio, e da questa supposta stipulazione derivava il diritto degli eredi della moglie, morta nel matrimonio, di domandare la restituzione della dote, così l' obbligazione dotale doveva considerarsi, in omaggio alla presunta volontà delle parti, come già esistente colla dote. Cfr. § 13, *ejusd. leg.*: « In praesenti autem non « sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem « dando in suam personam dotem stipulatus est . . . tunc prae- « sumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, ut ei dos ex hujus- « modi casu accedat. » — § 4, *ejusd. leg.*: « Maneat ex « stipulatu actionis jus ad successores et sine mora transmis- « sionis incorruptum. » Dato anche che non si possa con certezza argomentare dall' esistenza dell' obbligazione dotale durante il matrimonio, nel caso in cui fu conchiusa realmente una stipulazione, all' esistenza dell' obbligazione nel caso in cui la stipulazione era semplicemente presunta, appare ad ogni modo evidente dalla *L. unica cit.*, il cambiamento avvenuto nel concetto della dote, e nella natura dell' azione dotale, del qual cambiamento già dicemmo essere necessaria conseguenza la nascita dell' obbligazione dotale, durante il matrimonio. La perpetuità della causa della dote era ormai un anacronismo, non corrispondeva più ai mutati sentimenti e bisogni della società romana, e però la *stipulatio dotis reddendae* dovè finire col diventare una stipulazione comune in ogni contratto di matrimonio, e quasi apparire come un mezzo necessario per eliminare le conseguenze d' un principio, che non aveva più ragione di essere. Giustiniano dà chiaramente a conoscere, che sua intenzione fu quella di venire in aiuto della moglie, la quale non aveva avuta la cautela di valersi di questo mezzo; Arg. leg. unica, § 1, *C. de r. u. a.*, V. 13 « . . . Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum « in administratione pupillarum rerum etc. . . . Ita enim et « imperitia hominum et rusticitas nihil eis possit adferre prae- « judicii, quum nos illis et ignorantibus et nescientibus, in hoc

« casu nostram induximus providentiam. Si enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur, sic in posterum causa inveniatur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimi juris confectis. »

La dote considerata come università (1).

La dote costituì sempre nell'opinione comune, il patrimonio familiare per eccellenza, col quale il padre di famiglia, e durante, e dopo il matrimonio, era tenuto a provvedere ai bisogni della famiglia e ad assicurarne l'esistenza. Le cose, i diritti, i crediti, ecc., trasferiti al marito *dotis causa*, coincidevano nello scopo pel quale venivano dati, e nel concetto comune, anche in quanto costituivano quel patrimonio. Se non che giuridicamente i singoli oggetti, prima che si fosse sviluppato l'obbligo della restituzione, passavano indistintamente nel patrimonio del marito, nel modo istesso che andavano a farne parte le cose, ch'egli aveva acquistate a titolo di compra, permuta, ecc.; nessun legame teneva uniti quei singoli oggetti. Invece, dopo che si fu sviluppato l'obbligo della restituzione, gli oggetti dotali passavano sì ancora nel patrimonio del marito, ma ne dovevano, date certe condizioni, riuscire; epperò occupavano una posizione particolare nel patrimonio del marito, formavano una massa speciale in confronto delle altre parti del patrimonio di lui; le quali non essendo soggette all'eventualità di dovere essere restituite, erano di preferenza considerate dai giureconsulti romani come patrimonio del marito, senza che, come ve-

(1) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 227 e segg.

demmo, intendessero essi disconoscere l'estensione del diritto di proprietà del marito, ai beni anche dotali. Ora questi beni collegati, per così dire, dal vincolo della comune sorte giuridica, l'eventualità della restituzione, costituivano in questo rapporto un'unità, una *universitas* (1). Il concetto della dote come *universitas iuris* era dunque semplicemente una conseguenza della obbligazione dotale e della unità di questa, la quale unità era alla sua volta conseguenza del carattere di *incerta obligatio* proprio della obbligazione stessa, perchè il marito diveniva debitore, sciolto il matrimonio, non dei singoli oggetti ricevuti a titolo di dote, ma di ciò che era tenuto a prestare secondo equità (*aequius melius*). In quest'*universitas* si contavano oltre che le cose passate nel patrimonio del marito in forza della costituzione di dote, anche altre, del cui passaggio nel patrimonio del marito, erano state causa e mezzo le originali cose dotali si potessero, o no, considerare come accessioni di queste (2); ed era appunto l'estensione dell'obbligo della restituzione a queste cose differenti dalle originali dotali, che veniva ad allacciarle alla primitiva massa dotale, non una forza assimilatrice intrinseca degli oggetti dotali, in virtù della quale questi avessero comunicata ad altre cose, con cui stavano in un certo rapporto esterno, la propria natura giuridica, il proprio carattere specifico dotale (3). Infatti i frutti, che erano pure accessioni delle cose dotali, non diventavano parte della dote, allorquando (ed era la regola) non dovevano essere restituiti. Parimenti certe cose, che originariamente facevano parte dell'università dotale, ne uscivano, non in virtù d'una forza ripulsiva di essa università, ma perchè

(1) Leg. 1, § 4, D., *de dote pr.*, 33, 4.

(2) Arg., l. 4, 10, § 1, D., *de j. d.*, 23, 3; l. 45, § 1, D., *de adq. vel omitt. her.*, 29, 2; cfr. l. 7, § 1, l. 10, § 3, l. 47, l. 69, § 9, D., *de j. d.*, 23, 3; l. 31, § 4, D., S. M., 24, 3; l. 3 pr., D., *de fundo dot.*, 23, 5. — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 228.

(3) BECHMANN, o. c., II, pag. 185 e 186.

riguardo ad esse veniva meno l'eventualità dell'obbligo della restituzione, qualunque fosse stata la causa per la quale essa veniva a cessare. Neppure il principio *dos necessariis impensis ipso iure minuitur*, era una conseguenza della costruzione della dote come università; soltanto la presupponeva per la sua applicazione, perchè, se le singole *res dotales* si concepissero come oggetti indipendenti l'uno dall'altro, non si comprenderebbe come e perchè, le spese fatte su una di esse, spiegassero la loro influenza anche sulle altre (1).

La dote pur essendo un'*universitas iuris*, non formava un patrimonio indipendente, ma soltanto una massa speciale nel patrimonio del marito. Nel concetto comune era sì il patrimonio familiare per eccellenza con speciale riferimento alla moglie, ma giuridicamente non occupava una posizione indipendente nel patrimonio del marito, neppure nella misura in cui l'occupava il peculio del figlio di famiglia, in confronto del patrimonio del padre. L'unità della dote durava finchè non cessava ciò che propriamente costituiva il legame, che teneva unite le singole cose dotali, l'eventualità della restituzione, finchè, cioè, non veniva meno la possibilità della nascita dell'obbligazione dotale, oppur questa era nata e soddisfatta.

Ragione della limitata responsabilità del marito rispetto alle cose dotali (2).

Nel fatto che la dote non era che una parte del patrimonio del marito, cioè, del patrimonio familiare, aveva la sua ragione d'essere, il principio che il marito rispondeva, quanto

(1) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 229, 276 e segg.

(2) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 256 e segg.

alla perdita ed al deterioramento delle cose dotali, soltanto del dolo e della colpa in concreto (1). Giuridicamente e formalmente la dote non era che una parte del patrimonio del marito, e rispetto a quelle cose, che gli erano state date perpetuamente e definitivamente, non poteva essergli rimproverato, allorquando nasceva l'obbligo della restituzione, di averle trattate come ciò che erano realmente, cioè, come cose che gli appartenevano al pari di quelle non dotali. Ma anche secondo il concetto comune, dovevasi giungere alle medesime conseguenze. Il marito era, anche secondo questo concetto, proprietario delle cose dotali, come delle altre, perchè tanto queste, quanto quelle, costituivano quel patrimonio familiare, del quale il marito era proprietario e depositario al tempo stesso. Così era colpevole nel concetto comune, quel marito che si era mostrato negligente rispetto alle cose dotali, come quello a cui poteva rimproverarsi, di non avere usata la dovuta diligenza riguardo alle cose non dotali. D'altra parte la moglie, che affidava al marito quel patrimonio destinato ai bisogni suoi e della famiglia, doveva contentarsi della diligenza ch'egli impiegava nelle cose proprie, e rimproverare sè stessa, se aveva riposta un'immeritata fiducia in una persona della quale conosceva o era tenuta a conoscere a fondo, il carattere e le abitudini. Mirabilmente concordavano a questo riguardo e il concetto giuridico e il concetto comune, perchè tanto per l'uno, quanto per l'altro, la dote non era che una parte del patrimonio del marito, benchè quei concetti tra loro divergessero quanto alla natura di questo patrimonio. Nel concetto comune doveva essere imputato a colpa del marito, l'averle assoggettate le cose dotali ad un trattamento diverso da quello usato in confronto dei beni non dotali, quasi che quelle non fossero state come queste, una parte del patrimonio familiare, e ritenersi

(1) Leg. 66 pr., D., S. M., 24, 3; l. 17 pr., D., *de j. d.*, 23, 3.

la moglie autorizzata ad esigere l'interesse dal marito, che non si era condotto, come essa aveva tutte le ragioni di pretendere da persona della quale le erano note le abitudini ed il carattere. Giuridicamente, dovevasi giungere al medesimo risultato, perchè il marito, che aveva coscienza della possibilità della nascita dell'obbligazione di restituire la dote, si era reso colpevole d'una negligenza ingiustificabile, della quale non era giusto che la moglie risentisse le dannose conseguenze. Ma se l'uso della stessa diligenza riguardo alle cose dotali e riguardo a quelle che non avevano questa qualità, valeva a liberare il marito da ogni responsabilità, non poteva nè nel concetto comune, nè in quello giuridico, valere a salvare il marito dall'obbligo della prestazione, il richiamo ad un eguale trattamento in confronto delle cose proprie, allorquando questo era tale da doversi ritenere affatto contrario ai doveri d'un padre di famiglia e da meritare severo biasimo (1) (2).

(1) Leg. 24, § 5, D., S. M., 24, 3. Ci sembra potersi qui citare anche la leg. 66 pr., D., *cod.*, nella quale naturalmente si riflette il pensiero dominante in quell'epoca, quanto all'apprezzamento della condotta di GRACCO.

(2) L'opinione dell'HASSE (o. c., pag. 427 e segg.), che nel caso di colpa positiva o aquiliana, non distingue fra colpa in concreto e colpa in astratto, è affatto infondata, perchè il marito era proprietario delle cose dotali e su di queste nessun diritto spettava alla moglie, il quale potesse dar fondamento ad un *actio legis Aquiliae utilis*. Se quindi fosse stata stabilita, quanto alle cose dotali, una responsabilità del marito, *pro tenore legis Aquiliae*, essa non potrebbe essere considerata che come una conseguenza del rapporto dotale, e non già della concorrenza della obbligazione dotale coll'*actio legis Aquiliae*. Ora siccome dal diritto dotale romano ci è presentata la *diligentia quam suis*, senza distinguere tra *culpa in faciendo*, e *culpa in non faciendo*, come quella che al più il marito è tenuto a prestare (l. 24, § 5 cit. . . *nec plus possit*), così nessuna ragione esiste per aggravare la responsabilità del marito, nel caso di danneggiamenti positivi delle cose dotali. Se queste considerazioni non bastassero, ogni dubbio sarebbe eliminato dalla leg. 24, § 5, D., cit. Qui è chiaramente detto che il marito è responsabile della *saevitia* (e questa consiste principalmente in offese corporali) usata contro gli schiavi dotali, solo quando egli se ne rese colpevole esclusivamente in confronto di questi, e non anche in confronto degli schiavi

A spiegazione del principio, che il marito era tenuto a prestare soltanto la diligenza, che soleva avere nelle cose proprie, non basta, nè si può richiamare, il rapporto personale dei coniugi, dicendo che questi come *socii arctissima societate coniuncti*, non potevano esser obbligati a prestare che quella diligenza, alla quale erano tenuti i membri d'una vera e propria società (1); perchè il marito e la moglie non potevano essere considerati come soci, e soprattutto perchè, se il rapporto personale dei coniugi, fosse stato un momento decisivo in questo punto, la limitazione dell'obbligo del marito alla prestazione della diligenza, che soleva avere nelle cose proprie, avrebbe dovuta essere stabilita tanto in riguardo del marito, quanto in riguardo della moglie, e sia che si fosse trattato di cose dotali, come se si fosse trattato di cose non aventi questo carattere. In particolare questa limitazione avrebbe dovuta essere stabilita, anche quanto ai danneggiamenti arrecati dalla moglie alle cose del marito, come quelli che avrebbero dovuto essere considerati siccome una conseguenza indiretta della convivenza coniugale, la quale fa sì che la moglie si trovi continuamente in contatto colle cose del marito, e questi avrebbe dovuto imputare a sè stesso l'averne scelta a compagna una donna poco diligente, a quel modo che *qui parum dili-*

non dotali. Soltanto per la *immoderata saevitia* il marito era indistintamente responsabile, perchè allora siamo in uno dei casi di cui parliamo, nei quali la condotta iniqua del marito, come uomo e come padre di famiglia, non poteva trovar scusa nel fatto, che egli non meglio s'era comportato in confronto delle cose non dotali. — La leg. 56, D., *ad l. A.*, 9, 2, non conforta nè punto nè poco l'opinione dell' HASSE. Questa legge dice semplicemente che la donna, che danneggia le cose del marito, risponde della sua colpa *pro tenore legis Aquiliae*. L'eguaglianza di trattamento dei coniugi esigeva che anche il marito rispondesse in questa misura dei danneggiamenti arrecati alle cose della moglie; non però di quelli arrecati alle cose dotali, perchè di queste non alla moglie, ma al marito apparteneva la proprietà. — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 257 e 258 e gli autori da lui citati in nota 10^a.

(1) DONELLO, *Comm.*, lib. XIV, c. 7, § 24; cfr. lib. XIII, c. 18, § 2.

gentem sibi socium acquirit, de se queri debet (1). Invece la moglie rispondeva in questo caso *pro tenore legis Aquiliae* (2), onde si può concludere, che il rapporto coniugale, come tale, non esercitava alcuna influenza sulla misura della diligenza, che i coniugi erano tenuti a prestare (3).

Alla vera ragione si è maggiormente avvicinato l'HASSE (4), il quale richiama sì, esso pure, il concetto della società, ma lo applica non al matrimonio, sìvero alla dote stessa, che a lui appare, almeno materialmente, come un patrimonio servente a comuni scopi pecuniari, come una cassa comune del marito e della moglie. In ciò che dice l'HASSE c'è del vero, ma è errato il concetto fondamentale della dote intesa come *fondo* destinato ai pesi del matrimonio, confuso il concetto naturale con quello giuridico, ed attribuita al primo un'esagerata importanza (5).

Ragione del divieto di restituire la dote durante il matrimonio.

Il principio che la dote non può essere restituita, durante il matrimonio, coll'effetto d'impedire la nascita dell'obbligazione dotale, non è espresso direttamente in alcun passo delle fonti,

(1) Leg. 72, D., *pro socio*, 17, 2.

(2) Leg. 56, D., *ad leg. Aq.*, 9, 2.

(3) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 259.

(4) Op. cit., pag. 377, 528 e segg.

(5) Questo è il lato debole anche dell'opinione del TIGERSTRÖM (o. c., I, pag. 330 e segg.), il quale considera la limitata responsabilità del marito come una conseguenza dell'amministrazione procuratoria, che questi avrebbe avuto, secondo lui, sulle cose dotali, e del LÖHR (*Theorie der Culpa*, pag. 165; cfr. però la sua *Uebersicht der Lehre von der Culpa* nel *Magaz.*, vol. IV, pag. 500), pel quale il rapporto dotale sarebbe un'amministrazione di affari altrui. Vedi BECHMANN, o. c., II, pag. 238.

dove si parla soltanto dei casi eccezionali nei quali è permesso al marito di restituire la dote durante il matrimonio (1). Già questa circostanza accenna alla probabilità, che il principio di cui discorriamo, non deva la sua esistenza ad una legge, ma sia qualche cosa, che direttamente discendeva dal concetto, che della dote i Romani avevano (2). E precisamente questo concetto della dote, come patrimonio affidato al marito, che ne diveniva il depositario responsabile moralmente, ed in seguito giuridicamente, appare specialmente evidente nel divieto fatto al marito di restituire la dote prima dello scioglimento del matrimonio. La dote doveva, per la sua stessa natura, rimaner sempre nelle mani del capo della famiglia; e quando si fu svolta l'*actio rei uxoriae*, quando, cioè, fu provveduto con quest'azione di diritto familiare, alla sorte della donna al momento dello scioglimento del matrimonio, non poté negarsi questo rimedio alla moglie, per il solo fatto, che il marito le aveva già restituita la dote; perchè, nonostante l'avvenuta restituzione, rimaneva sempre il bisogno di provvedere alla sorte della donna, se i beni dotali erano andati in tutto, o in gran parte, perduti. Ed invero anche se la moglie aveva dissipate colpevolmente le cose dotali, il marito doveva subire le conseguenze del fatto proprio, e rimproverare sè stesso di avere posto nelle mani di lei, il patrimonio familiare, che gli era stato affidato come deposito sacrosanto, e col quale egli era tenuto a provvedere alla sorte di tutti i membri della famiglia,

(1) Leg. 73, § 1, D., *de jure dot.* 23, 3; l. 20 D., S. M., 24, 3; l. unica. C., *si dos c. m. s.*, 5, 19; l. 3, § 1 C. Th. *de dot.* 3, 13; Nov. 23, c. 39; l. 27, § 1 D., *de relig.* 11, 7; l. 1, § 5, D., *de dote præl.*, 33, 4.

(2) Vedi BECHMANN, o. c., I, pag. 170; II, pag. 155 e pag. 130 e seg. di questo scritto. — Lo CZYHLARZ, crede che il principio, di cui ora trattiamo, debba la sua origine certamente ad una legge, e probabilmente alla l. *julia et Papia Poppaea* (o. c., pag. 492).

anche per il tempo successivo allo scioglimento del matrimonio (1).

Da questo modo d'intendere il divieto di restituire la dote durante il matrimonio, segue che fino dai primi tempi si dovè tener conto della restituzione della dote fatta dal marito anticipatamente, solo in quanto la moglie ne era arricchita al momento dello scioglimento del matrimonio. I Romani non ritenevano come cosa certa, che la moglie alla quale fosse restituita innanzi tempo la dote, non potesse conservarla così bene come il marito (2), ma quest'ultimo era nella coscienza del popolo romano il depositario del patrimonio familiare, in particolare della dote, ed in nessun'altra persona potevano i Romani riconoscere questa qualità. Con ciò, che diciamo, ben si concilia il fatto, che nessuna norma giuridica garantiva la conservazione della dote, dopo che questa era stata restituita alla donna divorziata, o rimasta vedova (3); perchè, sciolto il matrimonio, la dote, che doveva essere in tutto o in parte restituita, perdeva la sua qualità di patrimonio familiare, e rappresentava ormai soltanto ciò, ch'alla moglie era assegnato, come mezzo per provvedere all'esistenza ed all'ulteriore collocamento di lei.

È certo che non può spiegarsi il nostro principio semplicemente col dire che un debito non ancora esistente non può essere estinto col pagamento (4), non foss'altro che per la ragione, che le fonti non distinguono in proposito fra *dos stipulata* e *dos non stipulata*, e certamente nel caso in cui la donna s'era stipulata la restituzione della dote, esisteva già durante il matrimonio l'obbligazione del marito di restituire la dote (5).

(1) Vedi pag. 27.

(2) BECHMANN, o. c., I, pag. 167 e 168.

(3) BECHMANN, o. c., I, pag. 168.

(4) BECHMANN, o. c., I, pag. 171 e seg.

(5) SCHEURL, l. c., VI, pag. 31.

D'altronde il marito, che restituiva la dote in questo tempo, non intendeva pagare un debito, ma estinguere il rapporto dotale, e sciogliersi da ogni vincolo nascente da questo rapporto. Epperò nella restituzione anticipata della dote, si può vedere soltanto uno scioglimento convenzionale del rapporto dotale (1). Ora è soltanto partendosi dal concetto, che abbiamo cercato di provare avere avuto i Romani della dote, che può spiegarsi, che la convenzione delle parti mentre poteva persino effettuare una *permutatio dotis*, non potesse estinguere il rapporto dotale (2).

(1) HARTMANN, *Götting. gelehrt. Anzeig.*, 1867, nr. 27, pag. 1080 e seg. — BECHMANN, o. c. II, pag. 155. — CZYHLARZ, o. c., pag. 490.

(2) Infatti non è possibile trovare la ragione e l'origine di questo principio, nella massima che la posizione, che alla donna maritata era creata dal diritto dotale, non poteva esser peggiorata da una successiva convenzione, perchè tenendo conto soltanto dell'interesse della moglie, si potrebbe comprendere che la restituzione anticipata della dote fosse stata proibita eccezionalmente, quando, cioè, il marito avesse saputo, o dovuto sapere, che la moglie era un'*uxor perditura*, ma non che fosse stata proibita per principio generale (BECHMANN, o. c., I, rag. 168). L'interesse della moglie poteva dirsi piuttosto favorito da una restituzione anticipata della dote, fatta, cioè, in un momento, in cui era incerto se un diritto di lei alla restituzione sarebbe nato (CZYHLARZ, o. c., pag. 491).

Finalmente, neppure il divieto delle donazioni fra coniugi può risguardarsi, come ciò che costituiva il vero e proprio impedimento allo scioglimento del rapporto dotale durante il matrimonio (Vedi, per es.: GLÜCK, *Pand.*, XXVII, pag. 248 — VOET, *Comm.* ad P. P., IV, pag. 334 — WINDSCHEID, *Pand.*, § 502). La restituzione anticipata della dote doveva essere considerata certamente come una donazione nel diritto classico, giusta il principio: *dotis causa perpetua est* (arg. l. unica C., *si dos c. m.*, 5, 19; l. 3, § 1 C. Th. *de dote*, 3, 13; Nov. 22 c., 39; cfr. l. 20 C., *de jure dot.* 5, 12; l. 8 C., *de don. i. v. et ux.*, 5, 16), e non solo quanto ai frutti (WINDSCHEID, *Pand.*, § 502), ma anche quanto alla sostanza. Ma se il divieto delle donazioni tra coniugi, può giustificare il diritto del marito di ripetere le cose dotali restituite anticipatamente, non vale però a darci la ragione del fatto, che l'azione dotale nascesse nonostante l'avvenuta restituzione (CZYHLARZ, o. c., pag. 492). Appunto perchè la ragione dell'inefficacia giuridica della restituzione anticipata della dote, era riposta nel concetto della dote, come patrimonio affidato al marito, in modo che non potesse dipendere nè dalla volontà di lui, nè da quella della moglie, nè dalla

Al principio, che la dote non poteva essere restituita durante il matrimonio, coll'effetto di risolvere il rapporto dotale, furono introdotte alcune eccezioni, reclamate dalla convenienza di non impedire ai coniugi di soddisfare ad urgenti bisogni economici, o ad imperiosi doveri morali. Nella L. 20 D., S. M., 24, 3, si vedono quasi contrapposte due categorie di casi, l'una comprendente cause legittime economiche, e l'altra cause legittime morali di restituzione della dote, durante il matrimonio: « *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante ma-*
« *trimonio dotem, ut aes alienum solvat, aut praedia idonea*
« *emat: sed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus,*
« *aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redime-*
« *rel; quia iusta, et honesta causa est, non videtur male ac-*
« *cipere: et ideo recte ei solvitur. Idque et in filiafamilias*
« *observatur.* » È probabile che si fosse formata nella giurisprudenza la regola, che dovesse considerarsi come ben restituita la dote alla donna, durante il matrimonio, quando vi era stata una *iusta et honesta causa dotem restituendi* (arg. L. 20 cit.); cioè quando le circostanze fossero state tali, che occorresse aver riguardo al marito, il quale rinunciando al deposito di ciò, che costituiva il patrimonio familiare per eccellenza, aveva agito in modo perfettamente rispondente ai suoi doveri di padre di famiglia. Sembra che i bisogni economici

loro comune volontà, che la dote fosse consumata durante il matrimonio, e non già semplicemente nel fatto, che la restituzione anticipata della dote implicava una donazione fra' coniugi, esistevano notevoli differenze fra i principi, che regolavano la restituzione anticipata della dote, e quelli concernenti le donazioni tra' coniugi (Vedi D'HAUTHUILLE, l. c.). Inoltre l'eccezioni alla regola per la quale non era efficace la restituzione della dote, durante il matrimonio, e l'eccezioni al divieto delle donazioni tra' coniugi, erano ben differenti. In qualunque maniera si risolvano le difficoltà numerose, che presenta l'interpretazione dei testi, nei quali sono enumerati i casi in cui il marito poteva restituire la dote durante il matrimonio, sarà sempre impossibile ammettere, osserva il D'HAUTHUILLE, che in quei medesimi casi, e per le stesse cause, fosse valida ed irrevocabile una donazione tra' coniugi.

siano stati quelli, a cui prima che agli altri, si senti il bisogno d'aver riguardo. Probabilmente PAOLO si proponeva nel passo citato tolto dal libro VII *ad Sabinum*, d'illustrare il principio, che valeva di criterio per giudicare se la dote era stata, o no, bene restituita, cioè restituita coll'effetto d'escludere la possibilità della nascita dell'obbligazione dotale, ed avvertiva che dovevano risguardarsi come cause giuste ed oneste di restituzione della dote, non solo quelle cause, che nascevano dal bisogno di provvedere a necessità economiche, ma anche altre, derivanti dal bisogno di dar modo alla moglie di soddisfare ad imperiosi doveri morali. Forse Sabino ricordava come cause legittime di restituzione della dote, quelle riferite da Paolo dappprincipio, e questo giureconsulto si affrettava d'aggiungere, che non si doveva credere che quelle fossero le uniche cause per le quali era ammessa la restituzione della dote durante il matrimonio, ma che altre ancora ne esistevano, perchè, nel numero delle cause giuste ed oneste, non solo le economiche, ma anche le morali andavano comprese.

Il fondamento che Paolo pone alle ultime quattro cause di restituzione eccezionalmente permesse, *quia iusta et honesta causa est*, fa apparire chiaro anche allo CZYHLARZ, (1), che il riconoscimento di queste cause non è da attribuirsi ad una legge, e che piuttosto devono esse considerarsi come il prodotto della giurisprudenza. Per i primi due casi *ut aes alienum solvat* e *ut fundum idoneum emat*, lo CZYHLARZ, non pone in dubbio l'origine legale.

Ma se veramente alcuni dei casi rammentati da Paolo nella l. 20 cit., fossero stati posti da una legge, dovremmo trovare questi casi di preferenza rammentati in quei passi, nei quali sono annoverate le cause per le quali la restituzione della dote, durante il matrimonio, era permessa. Invece lo stesso

(1) O. c., pag. 492. Cfr. BECHMANN, o. c., II, pag. 160 e segg.

PAOLO in un passo del libro II *Sententiarum* (l. 73, § 1 D. *de j. d.*) (1) ricordando i casi nei quali la restituzione della dote era permessa, trascura appunto uno di quei casi, che sarebbero stati introdotti dalla legge, e cioè quello della restituzione fatta alla moglie *ut aes alienum solvat*.

È invece naturale, che una volta formatosi il principio, che la dote poteva essere restituita, durante il matrimonio, coll'effetto di risolvere il rapporto dotale, purchè fosse esistita una causa giusta ed onesta di restituzione, Paolo rammentasse i casi principali, nei quali era indubitato che siffatta causa esisteva, e ciò che gli premeva rilevare a migliore intelligenza di quel principio, senza che di quelle cause intendesse fare una enumerazione tassativa. Così nella l. 20 non troviamo ricordato il caso *ut se suosque alat*, di cui si parla nella l. 73, nella quale d'altra parte manca il caso *ut aes alienum solvat*; e mentre in tutte e due le leggi si fa menzione della restituzione effettuata allo scopo di soccorrere i parenti, l'una dall'altra si allontana nell'enumerare le singole categorie di parenti (2).

Non bastava però che esistesse una giusta causa di restitu-

(1) Manente matrimonio *non perditurae* uxori ob has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium, ut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat.

(2) Se nelle fonti si parla d'una *causa legitima* di restituzione (l. unic., C., *si dos const. m.*, 5. 19; cfr. l. 3, § 1, C. Th., *de dote*, 3. 13) non è necessario riferire quest'espressione ad una legge vera e propria. Più sicuramente sembra testimoniare contro la nostra opinione, la l. 27 § 1, D., *de relig.*, 11, 7 perchè in questa si parla di casi in cui al marito è dalle leggi permesso di fare la restituzione « in quibus hoc ei facere *legibus* permissum est, » ma se si tien presente ciò che abbiamo esposto nel testo e se si pensa che in nessun altro passo delle fonti, neppure in quelli che trattano *ex professo* dei casi in cui la dote può essere efficacemente restituita, si pone una *lex* a fondamento di questi casi, non si avrà difficoltà ad ammettere che anche la parole della l. 27, § 1 cit. non si riferiscano a *leges* nel senso tecnico.

zione, ma era necessario, che la moglie fosse di tale carattere ed abitudini, da fare ragionevolmente ritenere che essa non avrebbe dissipati i beni ricevuti e mancato d'impiegarli in conformità dello scopo pel quale la restituzione era avvenuta; e nessuno meglio del marito era in grado di conoscere le qualità intellettuali e morali della moglie. Prima che il buon padre di famiglia si spogliasse del suo deposito, era naturale che ben riflettesse sulle qualità della donna a cui intendeva affidarlo. Paolo ricorda la *non perditura uxor* soltanto nella l. 73 cit., ma non può dubitarsi che questo requisito fosse necessario anche nel caso rammentato nella l. 20 cit., e in quella legge taciuto, cioè anche quando la restituzione anticipata aveva per iscopo di mettere la moglie in grado di pagare i proprii debiti [*ut aes alienum solvat*]. Infatti nessuna ragione esisteva per sottoporre quest'ultimo caso ad un trattamento diverso, sia esonerando senz'altro il marito dall'obbligo di ben ponderare se la moglie poteva ritenersi una *uxor perditura* o no, sia particolarmente aggravando la responsabilità di lui, fino al punto di far dipendere la risoluzione del rapporto dotale, dall'effettivo pagamento del debito, come pensa lo CZYHLARZ (1) (2).

(1) O. c., pag. 494.

(2) La l. 85, D. *de j. d.* 23. 3 (Scaevola lib. 8 Digestorum: Fundum filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex asse, creditoribus urgentibus patris, utilius videtur, potius fundum, qui dotalis est, distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere: maritus consentit, si nulla in ea re captio sit futura: Quaero, an (ea) pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri, manente matrimonio, recte solvatur? Respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum). non prova certamente, come crede lo CZYHLARZ, che la risoluzione del rapporto dotale dipendesse dal fatto, che la dote fosse stata impiegata effettivamente allo scopo di estinguere il debito; condizione che non è neppur lontanamente accennata dalle due leggi, che trattano *ex professo* del nostro caso. Siccome in questo caso non esisteva alcuna ragione per far dipendere la risoluzione del rapporto dotale, dall'effettivo impiego della dote allo scopo per cui si fece la restituzione di questa, ed in particolare non si capirebbe perchè,

Confronto del concetto di dote con quello di donazione (1).

L'esame del rapporto fra la dote e la donazione, non presenta un grand'interesse pratico, perchè risulta in modo certo

quanto alla restituzione fatta affinchè la moglie comprasse un fondo idoneo, non fosse applicato il medesimo principio, così allora soltanto dovremmo accettare l'opinione dello CZYHLARZ, quando la l. 85 D. *de j. d.* fosse assolutamente inconciliabile colla nostra opinione; il che non è. Infatti è certo che allorquando la cosa dotale era stata restituita alla moglie per una delle ragioni dalla legge ammesse, e la moglie l'aveva effettivamente impiegata in conformità dello scopo pel quale la cosa stessa era stata restituita, era inutile andare a ricercare se la moglie fosse stata o no un *uxor perditura*. Ora siccome Scevola aveva appunto presente un caso, in cui la moglie, col prezzo del fondo dotale restituito, intendeva soddisfare i creditori del padre, dai quali era incalzata, così il giureconsulto prevedeva come cosa certa, il pagamento dei creditori, verificato il quale, era inutile andare a ricercare se la moglie era o no un' *uxor perditura*. Se il giureconsulto si fosse proposto d'esaminare tutte le singole condizioni dalle quali dipendeva la legittimità della restituzione, non avrebbe mancato d'aggiungere, che se anche il prezzo non fosse stato pagato al creditore, ma la moglie fosse stata una non *perditura uxor*, la cosa sarebbe stata ben restituita.

L'ipotesi dello CZYHLARZ (o. c., pag. 495), secondo la quale anche nel caso d'una restituzione fatta alla moglie, affinchè essa comprasse un fondo idoneo, sarebbe stato necessario a che la cosa fosse ben restituita, l'effettivo impiego di questa a quello scopo, non ha il più piccolo appoggio nelle fonti e mal si concilia col fatto, che la restituzione della dote, durante il matrimonio, allo scopo che la moglie comprasse un fondo idoneo, non poteva essere fatta, dice espressamente la l. 73, § 1 cit., che alla *uxor non perditura*, perchè dato che si avesse dovuto aver riguardo all'esito, non avrebbe avuto alcuno scopo, la garanzia data dalla persona della moglie; ed è affatto arbitrario lo spiegare il non *perditura uxor* come espressione d'una garanzia, che la moglie, per le sue qualità intellettuali e morali, dasse di non dissipare il fondo acquistato.

(1) Vedi per quel che segue: CZYHLARZ, o. c., pag. 54 e seg. — BECHMANN, o. c., I, pag. 194 e seg.

dalle fonti, che la maggior parte degli effetti speciali delle donazioni, non si verificavano quanto alla dote (1). È però di gran giovamento per lo studio della natura e del carattere della dote, il confronto di questa colla donazione.

Prima di tutto, la costituzione di dote conteneva una donazione in favore del marito?

Per coloro che considerano la dote come un aumento di patrimonio procurato al marito per un certo tempo, e per un determinato scopo, aumento che doveva tornare a staccarsi da quel patrimonio per la sua stessa natura, non può esser dubbia la risposta nel senso negativo (2).

Per noi, che abbiamo tentato di provare, sulle orme del BECHMANN, che l'obbligo della restituzione non aveva che fare col concetto della dote, ma fu soltanto il prodotto d'uno svolgimento storico particolare, la questione si presenta più complicata. Ciò non pertanto arriviamo allo stesso risultato di quelli, cioè, i concetti di dote e di donazione ci appaiono essenzialmente diversi.

Nella dote, il patrimonio del marito era aumentato per opera ed a spese del costituente, come nella donazione il patrimonio del donatario era aumentato per opera e a spesa del donante; e quest'aumento poteva essere effettuato in complesso negli stessi modi come nella donazione (3).

La dote e la donazione avevano inoltre a comune la spon-

(1) BECHMANN, o. c., I, pag. 195.

(2) Vedi p. es. MEYERFELD, *Die Lehre von der Schenkung*, II, pag. 51 e segg.

(3) Non era però necessario che all'aumento del patrimonio del marito, corrispondesse una diminuzione del patrimonio del costituente, perchè una dote poteva essere costituita anche colla semplice rinunzia ad un acquisto fatta in favore del marito. Per es. poteva alcuno costituire una dote rinunciando ad un'eredità o ad un legato a favore del marito, che gli era sostituito: leg. 5, D., *de jure dot.*, 23, 3; l. 14, § 3, D., *de f. d.*, 23, 5. In questi casi non avrebbe potuto esistere che una donazione in senso largo.

taneità, per parte di chi procurava quest' aumento al marito (1). In confronto del marito non esisteva un obbligo giuridico di dotazione; se la donna, per disposizione di legge, o in conseguenza d'una promessa fattale, poteva costringere certe persone a dotarla, non veniva meno per questo la spontaneità della liberalità in confronto del marito, nel modo istesso che una donazione non cessava d'esser tale in confronto del donatario, per il fatto che il donante si era obbligato con un terzo a farla (2). Neppure la donna era obbligata giuridicamente a costituire una dote al marito, e se dal costume e dalla convenienza la donna era tenuta a farlo *se provvista di beni propri*, non però il costume e la convenienza potevano assumere un carattere talmente coercitivo, da escludere la spontaneità dell'atto di dotazione, dal punto di vista giuridico.

Inoltre, la donna era tenuta per postulato morale e sociale a costituire una dote, solo se provvista di patrimonio proprio, e quindi il terzo, che costituiva una dote per la donzella povera, come doveva essere generalmente il caso, non poteva dirsi che quasi pagasse il debito di lei (3); al più avrebbe potuto dirsi ch'egli faceva per la donna ciò che questa *sarebbe stata* tenuta a fare, se provvista di patrimonio proprio. Vero è che anche in questo caso il marito riceveva solo ciò che per il costume aveva ragione d'aspettarsi, e senza di che non avrebbe sposata la donna, ma questa considerazione è utile ad escludere l'arricchimento di lui, non già la spontaneità dell'atto di dotazione.

La leg. 32, § 2, D., *de cond. ind.*, 12, 6 (4), non prova

(1) D'altra opinione è lo CZYHLARZ, o. c., pag. 56. — Vedi anche lo SCHUPFER, o. c., pag. 293.

(2) BECHMANN, o. c., I, pag. 196.

(3) CZYHLARZ, op. cit., pag. 57.

(4) JULIANUS, lib. 10 *Digestorum*: « Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. »

che la donna fosse naturalmente obbligata a costituirsi una dote. La donna era sì obbligata moralmente a costituirsi una dote, ma a questo dovere non fu attribuito un valore giuridico, di guisa che fosse appunto questo dovere morale e sociale, che escludesse la *conditio indebiti*.

La leg. 32, § 2 cit., si riferisce piuttosto a ciò che diremo in seguito sulla mancanza d'arricchimento per parte del marito. Il *pietatis causa* accenna al giusto riguardo che doveva aversi al marito, il quale ricevendo una dote *negotium suum gerebat*, come vedremo in seguito, e non aveva a risentire danno pel fatto che la moglie gli aveva portata una dote nella falsa opinione d'esservi obbligata giuridicamente. Nè faceva differenza alcuna che la dote fosse stata data dalla donna, prima, o dopo il matrimonio, perchè il marito, dopo ricevutala, si presumeva aver fatte spese maggiori di quelle che avrebbe creduto conveniente di fare, se nessuna dote, o una dote minore, gli fosse stata portata dalla moglie, e le spese d'una famiglia sono tali, che possono facilmente aumentarsi, ma ben raramente diminuirsi, senza grave danno di tutta la famiglia, e senza per avventura perdere tutti i vantaggi di spese forti precedentemente fatte. È ancora da notare che doveva apparire al massimo grado sconveniente e contrario alla dignità del marito, l'ammettere la moglie a ritogliere a quest'ultimo il patrimonio, che gli aveva affidato, senza che un tal procedere fosse stato giustificato dalla cattiva condotta di lui, e senz'altra ragione al di fuori di quella derivante dal fatto, che la moglie dichiarava e provava, che non avrebbe affidato al marito il suo patrimonio, se avesse saputo di non esservi legalmente obbligata.

Con questa spiegazione bene si accorda l'espressione, che il giureconsulto usa: *quidquid dotis nomine dederit*, cioè qualunque cosa, di qualunque valore fosse, non poteva più essere sottratta alla destinazione di contributo a sostenere i pesi della famiglia, dal momento che era data con quello scopo al marito, perchè su quest'aumento del patrimonio familiare, il marito

aveva certo contato, sia nel decidersi a contrarre il matrimonio, sia nel regolare le spese della famiglia già esistente.

Invece, se si vuole spiegare la leg. 32, § 2 cit., ricorrendo alla pretesa obbligazione naturale della donna, di portare una dote al marito, mal si comprende che questa non avesse potuto ripetere una parte della dote, allorquando la dote data fosse stata di più che giusto valore, dappoichè dato e non concesso, che la donna fosse obbligata naturalmente a costituirsi una dote, era soltanto ad una dote congrua che quest'obbligo poteva riferirsi (1).

La vera differenza tra dote e donazione, era riposta nel fatto, che la dote non poteva dirsi una *mera lucrativa causa*, nè era data soltanto allo scopo d'arricchire il marito, ma bensì allo scopo di portargli un contributo a sopportare i pesi del matrimonio. L'arricchimento che al marito era procurato colla dote, non era scopo a sè stesso, ma mezzo affinchè il patrimonio di lui fosse aumentato per parte della moglie *pro onoribus matrimonii*. Non basta il dire col BECHMANN (2), che chi costituisce la dote non ha l'*animus donandi*, perchè questi dotando la donna si propone uno scopo oggettivo, determinato, cioè, il dar vita ad un matrimonio con dote, di guisa che la dote è *eine Gabe um der Ehe willen*, e l'*animus dotis constituendae* differente specificamente dall'*animus donandi*. Il dir questo non basta, perchè nel punto ch' esaminiamo, occorre appunto ricercare il differente contenuto dell'*animus dotis constituendae*, in confronto dell'*animus donandi*, e questa

(1) La spiegazione che il BECHMANN, o. c., I, pag. 196, dà della leg. 32, § 2, sembra anche a noi sforzata (CZYHLARZ, o. c., pag. 56, nota 5). — Il GOTOFREDO riferisce questa legge al caso della madre, che costituiva la dote alla figlia. Così anche POTHIER, *Pand.*, I, pag. 614; DOVERI, *Istituzioni di D. R.*, II, 10; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I, pag. 47, e altri.

(2) Op. cit., I, pag. 199.

differenza è appunto riposta nel rapporto della dote coi pesi del matrimonio (1).

Poco importa che la moglie dotata non avesse azione per essere alimentata, nè le spettasse la *condictio ob causam datorum* per la restituzione della sua prestazione, nel caso che la controprestazione fosse mancata (2). Non si può per questo soltanto dire, che anche volendo risguardare l'assunzione degli *onera matrimonii* per parte del marito come una controprestazione, si tratterebbe d'una controprestazione semplicemente volontaria e spontanea, dal punto di vista giuridico. Infatti l'obbligo, che al marito derivava dal matrimonio di sopportarne i pesi, non era il prodotto d'uno speciale principio giuridico, ma la conseguenza naturale del concetto sociale circa la porzione che il marito occupava nel rapporto matrimoniale (3). Questa obbligazione del marito risultava di per sè stessa dal concetto del matrimonio e della famiglia, della quale quegli era capo e rappresentante, e però mentre non era necessario, che il diritto la formulasse come obbligo speciale giuridico, non poteva esso ignorarla, senza urtare contro il concetto sociale del matrimonio e della famiglia (4). Onde il diritto doveva tener conto nella costruzione dell'aumento patrimoniale dato a causa dell'*onus matrimonii*, di questo peso, il quale assumeva così un valore *giuridico* non pregiudicato dalla mancanza di azione, con cui la donna avesse potuto ottenere l'adempimento delle obbligazioni relative (5).

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 57, nota 10.

(2) BECHMANN, o. c., I, pag. 197.

(3) CZYHLARZ, o. c., pag. 58.

(4) CZYHLARZ, l. c.

(5) Il carattere oneroso della dote appare evidente nei seguenti passi: leg. 25, § 1, D., *q. in fraud.*, 42, 8; l. 43, § 1, D., *de adm. et peric. tut.*, 26, 7; l. 5, § 5, D., *de doli mal. et m. except.*, 44, 4; l. 41 pr., D. *de re iud.*, 42, 2; l. 19, D., *de oblig. et act.*, 47, 7; l. 47 pr., D., *mandati*, 17, 1; l. 8, § 13, 6, D., *quib. mod. pign.*, 20, 6; l. 9, § 1, D., *de condict.*, c. d. c. n. s., 12, 4.

Poichè la dote era data a causa dei pesi del patrimonio, dei quali costituiva quasi l'equivalente, così la costituzione di dote, anche fatta dopo la conclusione del matrimonio, non era donazione, per quanto qui non potesse addursi la ragione, che senza la dote il marito non avrebbe sposata la donna (1). I pesi del matrimonio furono sempre qualche cosa d'incerto e d'indeterminato, e la dote mentre era destinata a dar modo al marito di meglio sopportarli, portava in sè stessa la causa di nuovi pesi. Infatti le spese famigliari sono e devono essere proporzionate alla quantità del patrimonio famigliare, e questo appunto è aumentato della dote. In questo senso potrebbe dirsi che i pesi del matrimonio sono conseguenza della dote. Di qui segue che la dote è di natura tale, che anche se costituita al marito dopo conchiuso il matrimonio, rappresenta sempre l'equivalente dei pesi del matrimonio.

Il carattere di *causa onerosa* proprio della dote, non era temporaneo, non cessava col cessare dei pesi del matrimonio, perchè la dote non era data come fondo pel sopportamento dei pesi del matrimonio finchè questo fosse durato, ma a causa dei pesi del matrimonio, qualunque questi fossero e per qualunque tempo fossero stati per durare (2).

Poichè la dote non era di natura sua una donazione in favore del marito, così è naturale che troviamo esclusa nelle fonti, quanto alla dote nel suo rapporto col marito, l'applicazione dei principii speciali relativi alle donazioni (3). Così :

(1) Leg. 25, § 1, D., *q. in fraud.*, 42, 8; leg. 5, § 5, D., *de doli mali exc.*, 44, 4.

(2) Che la dote fosse una causa onerosa d'acquisto pel marito è generalmente riconosciuto. Vedi fra gli altri SCHUPFER, o. c., pag. 293. — CAMICI, o. c., pag. 41 e segg. — PEDRAZZI, *Azione Pauliana o revocatoria* nell'*Archivio Giuridico* del SERAFINI, XII, pag. 459-482.

(3) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 60 e segg. — MEYERFELD, o. c., II, pag. 56 e segg.

1) Il marito che aveva ricevuta la dote da una persona insolvente, poteva essere convenuto coll'azione Pauliana, soltanto se era stato conscio della frode, di cui per avventura si fosse reso colpevole il costituente (1), mentre è noto che per l'acquirente a titolo lucrativo non era richiesta la complicità nella frode (2). La *scientia fraudis* era necessaria nel marito a che si potesse agire contro lui coll'azione Pauliana, anche nel caso in cui la dote era stata costituita dalla donna stessa insolvente. L'esclusione della necessità della *scientia fraudis* del marito in questo caso, non potrebbe essere in alcun modo giustificata. In particolare non vale a giustificare quest'esclusione, la ragione addotta dal BECHMANN (3) quando dice, che la donna costituendosi la dote, procura un vantaggio non solo al marito, ma anche a sè stessa a spese dei creditori; perchè la questione se possa o no sperimentarsi l'azione Pauliana contro il marito, deve essere esaminata e risolta tenendo conto esclusivamente del rapporto di questo colla dote, e perciò se la costituzione di dote è atto oneroso in confronto del marito, e se è iniquo togliere a quest'ultimo ciò, che ha ricevuto in buona fede in compenso dei pesi del matrimonio, questo carattere della costituzione di dote e questa ragione di equità, non possono cessare d'essere produttive gli effetti giuridici loro propri, per il fatto che al giusto acquisto del marito si collega indirettamente un vantaggio ingiusto della donna. Se la leg. 10, § 14, D., *quae in fraud.*, 42, 8 (Si quum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo, eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit, dotis constituendae causa: locum habet haec actio; et per hanc omnis pecunia, quam maritus debuerat, exigitur: nec mulier de dote habet actionem, neque enim dos in fraudem creditorum constituenda est) non richiede espressamente la scienza della frode nel marito, si è

(1) Leg. 25, § 1, § 2, D., *quae in fraud.*, 42, 8.

(2) Leg. 6, § 11, D., *eod.*

(3) Op. cit., I, pag. 204, nota 4.

perchè nel caso da quella legge configurato (cioè d'una donna che costituisce una dote a Tizio col quale è già unita in matrimonio, rimettendogli un debito che quegli aveva verso di lei) si presume senz'altro la *scientia fraudis* del marito (1). Ulpiano esamina nel passo citato il caso in cui la moglie si costituisce una dote in frode dei creditori, soltanto in relazione alla donna stessa; quanto al marito, il giureconsulto suppone che esistano tutti i requisiti necessari nella persona di lui, affinché questi possa essere esposto all'azione Pauliana.

2) Al promittente una dote *come tale* non spettava in confronto del marito il *beneficium competentiae*, a cui aveva diritto il donante in confronto del donatario (2).

3) Chi credendo erroneamente d'essere debitore d'una persona che voleva costituire una dote a Tizio, prometteva come debitore delegato da quella, qualche cosa a quest'ultimo *dotis causa*, non poteva opporre eccezione alcuna all'azione del marito, ed aveva soltanto la *condictio indebiti* verso il delegante (3), mentre gli sarebbe spettata un'eccezione, se il delegante avesse voluto donare al delegatario.

4) Se al marito era stata promessa *donationis causa*, una cosa, che poi gli perveniva *dotis causa*, o viceversa, non si applicavano i principii del *concursum causarum lucrative* (4). Si capisce da sè però che se colui, che aveva promessa qualche cosa *dotis causa*, legava l'oggetto della promessa al marito, o se il testatore si risolveva a pagare mentre viveva ciò che aveva legato *dotis causa*, gli eredi, nel primo caso, non potevano essere tenuti a pagare due volte ciò che il testatore volle che al marito pervenisse in virtù di legato,

(1) CZYHLARZ, op. cit., pag. 61, nota 10. — Cfr. MEYERFELD, op. cit., II, pag. 70.

(2) Leg. 84, D., *de j. d.*, 23, 3; leg. 41 pr., D., *de re iud.*, 42, 1.

(3) Leg. 9, § 1, *de cond. c. d. c. n. s.*, 12, 4; leg. 78, § 5, D., *de j. d.*, 23, 3; leg. 4, § 21, leg. 5, § 5, D., *de dol. mal. et met. exc.*, 44, 4.

(4) Leg. 19, D., *de oblig. et act.*, 44, 7.

anzichè di promessa di dote (1), e nel secondo caso, non poteva aver valore un legato, che il testatore, sborsandone in vita il contenuto, intese revocare (2).

5) Alla dote in confronto del marito non si applicarono le limitazioni, alle quali le donazioni furono sottoposte; in particolare, quanto al diritto antico, le disposizioni della *lex Cincia* (3), e quanto al diritto nuovo, quelle concernenti l'insinuazione (4). Neppure il divieto delle donazioni tra coniugi (5) e la revoca per ingratitudine (6) valevano per la dote.

6) D'importanza secondaria era la disposizione fiscale, che escludeva gl'immobili dotali dalla *descriptio*, alla quale erano sottoposti gl'immobili acquistati *ex lucrativa causa* (7).

Nel confronto che abbiamo fatto tra il concetto di dote e quello di donazione, in relazione al marito, è naturale che non abbiamo presa in considerazione *l'actio rei uxoriae*, come quella che non avendo che vedere col concetto della dote, non poteva costituire un elemento di eguaglianza, o di differenziazione, tra questo concetto ed un altro. Anche tutti i passi delle fonti, che mettono in rilievo il contrapposto fra donazione e dote, portano la ragione che questa è un equivalente dei pesi del matrimonio, senza fare il più lontano cenno dell'*actio rei uxoriae*, il che dovrebbe non poco sorprendere chi si parte dall'idea, che appunto l'esistenza del-

(1) Leg. 84, § 6, D., *de leg.*, I; cfr. leg. 29, D., *de j. d.*, 23, 3.

(2) Leg. 11. C., *de leg.*, 6, 37. — Cfr. CZYHLARZ, o. c., pag. 61, nota 9. BECHMANN, I, pag. 205, nota 1.

(3) Il tentativo del SAVIGNY (*System*, IV, pag. 154, nota r, ed. ted.) di spiegare la leg. 9, § 1, D., *de j. d.*, con una supposta applicazione della *lex Cincia* alla costituzione di dote, è ormai generalmente abbandonato. — Vedi BECHMANN o. c., I, pag. 204, nota 1. — CZYHLARZ, op. cit., pag. 61, nota 11. — GRUEBER, *Versuch einer Erklärung der leg. 9, § 1, D., de j. d.*, § II (Monaco 1874).

(4) Leg. 31 pr., C., *de j. d.*, 5, 12.

(5) Leg. 19, leg. 20, C., *de donat. a. n.*, 5, 13.

(6) Arg., leg. 69, § 6, D., *de j. d.*, 23, 3; leg. 24, C., *de j. d.*, 5, 12.

(7) L. unica § 1, C., *de imp. lucr.*, 10. 35.

l'*actio rei uxoriae* fosse stata quella che escludeva il carattere di donazione dalla dote (1). Se l'*actio rei uxoriae* non costituiva un momento della differenza tra il concetto di dote e quello di donazione, la dote non poteva assumere il carattere di donazione per il fatto che non fosse nata l'*actio rei uxoriae* (2).

Una questione affatto differente è quella colla quale ci si proponga di vedere, se nei singoli casi, l'esclusione dell'*actio rei uxoriae* dovesse considerarsi come conseguenza d'una donazione. È evidente che se anche convenisse riguardare questa esclusione come conseguenza d'una donazione, la donazione consisterebbe non nella dote, ma nella *rinunzia* all'azione dotale, nel modo istesso che se il venditore rinunzia, dopo compiuta la vendita, al prezzo, si ha una donazione nella rinunzia al prezzo della cosa, che il compratore ritiene pur sempre a titolo di compra e non di donazione. S'intende che questa questione poteva presentarsi soltanto nei casi in cui l'esclusione, o la inefficacia dell'azione dotale, si fondavano sulla volontà delle parti, e non quando l'esclusione dell'azione derivava senz'altro da un principio di diritto. L'azione dotale poteva essere esclusa, o resa inefficace dalla volontà delle parti, in conseguenza d'un patto di rinunzia all'azione dotale, conchiuso dopo lo scioglimento del matrimonio, cioè quando già esisteva l'azione dotale. In questo patto era contenuta certamente una donazione, ove non avessero fatto difetto gli altri requisiti di tale negozio giuridico.

Poteva ancora darsi, che l'azione dotale fosse stata esclusa in virtù d'un patto conchiuso prima della nascita dell'*actio rei uxoriae*, e precisamente al momento della costituzione di dote, dal padre della donna, quanto alla *dos profecticia*, per il

(1) Così pensano per es.: MEYERFELD, o. c., II, pag. 52. — SAVIGNY, *System*, II, pag. 174.

(2) BECHMANN, o. c., I, pag. 207. — CZYHLARZ, o. c., pag. 62. — WINDSCHEID, *Pand.*, § 492, nota 1.

caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie (1) o dalla donna stessa pei casi nei quali ciò le era permesso (2). In questi patti di per sè stessi considerati, era certo contenuta una donazione, all'esistenza della quale non poteva essere d'ostacolo, nel primo caso, il carattere singolare del diritto al padre concesso (3), perchè tanto in questo, quanto nel secondo caso, la donna, o il padre, rinunziavano gratuitamente in favore del marito, ad un diritto loro spettante in un determinato caso. Anzi, quanto al patto della moglie, questa rinunziava, nel diritto giustiniano, ad un diritto, che certamente doveva nascere. Ciò non pertanto i principii della donazione non furono mai applicati a questi patti, come risulta senz'altro dal fatto, che il padre della moglie *filiafamilias* poteva rinunziare, durante il matrimonio, al diritto eventuale di ritorno della dote prefettizia, e la donna concludere pure durante il matrimonio, un *pactum de lucranda dote*, senza che nè all'un patto, nè all'altro ostasse il divieto delle donazioni tra coniugi.

La ragione dell'esclusione dei patti in discorso dalla cerchia delle donazioni, ci sembra riposta nello stesso concetto, che i Romani avevano della dote. Il patto *de lucranda dote* non poteva scindersi dalla costituzione di dote, nella quale si compenetrava formandone semplicemente uno degli elementi. Se

(1) L. 12 pr., D., *de pact. dot.*, 23, 4; l. 26 pr., §§ 1, 2, eod. l. 6, C., *de p. d.*, 5, 14.

(2) Cioè pel caso di scioglimento del matrimonio per divorzio o per morte della moglie, purchè fossero esistiti figli nati dal matrimonio per il quale la dote era stata costituita: l. 2, l. 24, l. 26, § 1, D., *de pact. dot.*, 23, 4; l. 3, C. *de p. d.*, 5, 14; Fr. Vat., §§ 106, 120; l. 1, § 1, D., *de dote pr.*, 33, 4. In quest'ultima legge le parole *ipsa in matrimonio decessid, vel* (evidentemente interpolate; V. CZYHLARZ, o. c., pag. 434) servono a determinare più precisamente le condizioni del *pactum de lucranda dote*, nel diritto nuovo, per il caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie (l. unica § 6, C., *de r. u. a.*, 5, 13. V. CZYHLARZ, l. c., — ARNDTS, *Pand.*, § 400, nr. 4 — WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 506).

(3) L. 6 pr., D., *de j. d.*, 23, 3 — D'altra opinione è lo CZYHLARZ, o. c., pag. 64.

questo patto di per sè stesso considerato, presentava il carattere di donazione, perdeva però subito questa qualità fin dal momento che lo si considerava come elemento della costituzione di dote. La costituzione di dote era atto a titolo oneroso in confronto del marito, essenzialmente perchè formava l'equivalente dei pesi del matrimonio; ma quest'equivalente, questo corrispettivo, non era di natura sua fisso e determinato, come non erano fissi e determinati i pesi del matrimonio. Ora nei casi in cui un patto *de lucranda dote*, o una rinunzia del padre all'azione per la *dos profecticia*, si univa alla costituzione di dote, il vantaggio derivante da queste convenzioni era considerato come un elemento di quell'equivalente, di quel corrispettivo, che il marito aveva ricevuto in compenso dei pesi del matrimonio, e per ciò solo rimaneva esclusa l'idea che fosse il contenuto d'una donazione.

Si potrebbe opporre che se questa ragione vale a spiegare il fatto, che i Romani non considerassero come donazione, i patti in discorso, quando erano conchiusi nel momento della costituzione di dote, non però resta spiegata l'esclusione dei principii delle donazioni dai patti conchiusi durante il matrimonio, in aggiunta ad una costituzione di dote precedentemente fatta. Ma anche quanto a questi patti ci sembra applicabile la stessa ragione, che vale per gli altri, in quanto che il *pactum de lucranda dote* conchiuso dopo che già la dote esisteva, doveva essere risguardato nell'opinione comune quasi come un *aumento di dote*.

Qui certo (ed in generale quando il patto era conchiuso durante il matrimonio) non poteva dirsi che il marito senza il patto *de lucranda dote* non avrebbe sposata la donna; ma già vedemmo che questa considerazione non valeva ad escludere il carattere oneroso della dote costituita durante il matrimonio. Nè si può avere difficoltà a riconoscere come un elemento del corrispettivo, il patto *de lucranda dote* aggiunto ad una costituzione di dote precedentemente fatta (sia prima del matrimonio, sia quando questo già esisteva), perchè si tratta sempre d'un patto che si aggiunge alla costituzione di

dote e vi si compenetra, e determina in misura più larga i vantaggi, che al marito sono procurati a titolo di contributo a sopportare i pesi del matrimonio.

La condizione dell'esistenza di figli nati dal matrimonio pel quale la dote fu costituita, dalla quale dipende la validità del *pactum de lucranda dote* conchiuso dalla moglie, tanto pel caso di divorzio, quanto per quello di morte di lei, non ha nessuna relazione colla spiegazione che abbiamo data. Ed invero anche se l'efficacia di questo patto non fosse stata sottoposta a quella limitazione, il patto avrebbe sempre avuto il carattere di elemento del corrispettivo convenuto dalla parte in riguardo dei pesi del matrimonio, di qualunque gravità questi fossero, e per qualunque tempo fossero stati per durare (1). La condizione dell'esistenza di figli, deve bensì guidarci nell'esame d'una questione ben differente da quella or ora accennata, e cioè della questione colla quale ci si proponga di ricercare, perchè nei casi in cui la donna poteva conchiudere validamente un *pactum de lucranda dote*, si deviasse dal principio: *mulieris conditio paciscendo deterior fieri non potest* (2), del che deve certamente trovarsi la ragione nell'equità, e nel concetto della dote, come bene destinato ad essere di vantaggio non solo al marito, ma anche ai figli nati dal matrimonio per il quale essa fu costituita.

Il *pactum de lucranda dote* poteva anche essere conchiuso dal terzo, che aveva costituita la dote per la donna. Ma siccome il costituente non rinunziava con questo patto ad un suo diritto presente, o futuro, e soltanto limitava il diritto eventuale della donna alla restituzione della dote, così non potevasi parlare in questo caso di donazione.

(1) Diversamente pensa lo CZYHLARZ, o. c., pag. 64 e 65.

(2) LL. 14, 17, 29, pr., D., *de p. d.*, 23, 4; l. 48, § 2, D., *de min.*, 4, 4; Fr. Vat., § 120.

La costituzione della dote era donazione in confronto della moglie?

Nell'esame della questione se nella costituzione di dote per parte d'un terzo (1), fosse contenuta una donazione in favore della donna, supponiamo che il terzo nel costituire la dote avesse avuta esclusivamente l'intenzione di dotare la donna, in modo che volesse cederle un determinato valore patrimoniale, non ad ogni modo, ma soltanto nella forma giuridica di dote (2); nel che era indifferente che la cosa fosse stata data immediatamente al marito (3), come generalmente accadeva, o invece alla donna colla condizione che la desse in dote al marito (4). Questo negozio giuridico non si perfezionava tanto in un caso, quanto nell'altro, che allorquando la cosa data era realmente divenuta dote, onde se ciò non accadeva, al terzo, e non alla donna, spettava la *condictio ab causam datorum* (5) (6).

Ora se la cosa data era effettivamente divenuta dote, si aveva in questa una donazione in favore della donna? Siccome riteniamo che anche nel Diritto Romano non fosse possibile una donazione senza la concorde volontà delle parti (7), e

(1) Questo è naturalmente l'unico caso nel quale la questione può presentarsi.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 66.

(3) Per es.: l. 6 pr., D., *de cond. ob. c.*, 12, 4.

(4) Per es.: l. 9 pr., D., *de jure dot.*, 23, 3.

(5) L. 1, C., *de cond. ob. c. dat.* 4, 6; l. 9 pr., D., *de jure dot.*, 23, 3; l. 6 pr., D., *de cond. c. d. c. n. s.*, 12, 4.

(6) Che se invece alcuno cedeva alla donna gratuitamente e spontaneamente, un bene patrimoniale, affinchè essa se lo costituisse in dote, di guisa che tale destinazione della cosa data, avesse soltanto il carattere di motivo di fatto della liberalità esercitata dal terzo, non ci poteva essere dubbio alcuno intorno all'esistenza d'una donazione vera e propria; la quale poteva essere realizzata dal terzo anche promettendo o dando la cosa, dietro incarico della donna, al marito di questa. L. 7 pr., l. 9 pr., D., *de c. c. d. c. n. s.*, 12, 4 (cfr. l. 6, D., *eod.*); l. 43, § 1, l. 59, § 2, D., *de jure dot.*, 23, 3.

(7) Vedi nota a pag. 12 del già citato *Commentario alle Pandette* del GLÜCK (lib. XXIV, tit. 1).

d'altra parte la dote poteva essere costituita senza la scienza, ed anche contro la volontà della donna (1), così ridurremo la questione ai seguenti termini: Nella costituzione di dote fatta col consenso tacito, ed espresso della donna, era contenuta una donazione in favore di questa? Questa questione ci sembra doversi risolvere affermativamente senza esitazione (2). È certo che il costituente coll' *animus donandi* (3) diminuiva il proprio patrimonio (4). Può soltanto dubitarsi se dalla dote fosse aumentato il patrimonio della moglie, se questa potesse dirsi arricchita. Come oggetto dell'arricchimento, doveva essere considerato, nell'opinione comune, addirittura ciò che il terzo dava al marito a titolo di dote, perchè questi era riguardato da essa, più come depositario, che come proprietario del patrimonio familiare, e la dote costituiva il patrimonio familiare per eccellenza, era destinata al bene di tutta la famiglia, ed anche della moglie, che ne era parte principale; ma dal punto di vista giuridico, non poteva dirsi che l'aumento

(1) Su questo punto non può cader dubbio. In nessun passo delle fonti si trova, neppur lontanamente, accennata la necessità del consenso della donna alla costituzione della dote. S'è voluta trovare una prova della necessità di questo consenso, nel § 269 dei *Frammenti Vaticani*, il quale per altro si presta a dare questa testimonianza soltanto in grazia di cambiamenti introdotti nell'originaria lezione, non necessarii nè soddisfacenti. Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 180 e seg. — BECHMANN, II, pag. 38 e seg.

(2) Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 66 e gli autori ivi citati in nota 6. — SCHUPFER, o. c., pag. 293. — D'altra opinione è BECHMANN, o. c., I, p. 211 e seg., II, pag. 36 nota 1.

(3) Vedi l. 43, § 1. D., *de adm. tut.*, 26, 7; l. 33 in f., D., *de jure dot.*, 23, 3; l. unica, § 13, C., *de r. u. a.*, 5, 13. — Quanto alla dote profetizia, non potevasi certo parlar più di dotazione dopo l'obbligo di dotazione imposto al padre dalla *l. julia et Papia Poppaea*, l. 19, D., *de R. N.*, 23, 2. Infatti la l. 31 pr. C., 5, 12, chiama donazione in favore della moglie, soltanto la dote data dalle *matres sive alii cognati vel extranei*.

(4) Che se il costituente non diminuiva positivamente il proprio patrimonio; come avveniva nel caso in cui la dote era costituita mediante la semplice rinunzia *dotis causa*, ad un acquisto, in favore del marito, rimaneva sempre il concetto di donazione in senso largo. Vedi CZYHLARZ, o. c., p. 86 e 87 — WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 365. — SAVIGNY, *Syst.*, V, p. 30 — BECHMANN, o. c. I, pag. 56.

di patrimonio della donna fosse costituito da quelle stesse cose, che formavano la dote, perchè queste passavano dal patrimonio del terzo in quello del marito, e del marito come tale, non come rappresentante della moglie. Era soltanto nell'aspettativa del diritto alla restituzione della dote, aspettativa, che la moglie acquistava fin dal momento che quella esisteva, che era riposto l'arricchimento della donna; e ciò indipendentemente dal fatto che l'aspettativa si convertisse in realtà, o rimanesse delusa (1). Dal che segue che nell'esame della questione, se la costituzione di dote fosse stata una donazione in favore della moglie, deve porsi tutta l'importanza sull'azione dotale, mentre vedemmo che in confronto del marito, la dote non era donazione pel suo stesso concetto, indipendentemente da ogni e qualunque azione dotale (2).

Poco importa che l'arricchimento della donna consistesse in un'aspettativa, che al costituente non spettava, perchè, senza contare che questi poteva benissimo stipularsi il diritto alla restituzione della dote, e nol faceva, allo scopo di fare acquistare alla donna ciò che fosse stato per spettarle, secondo i principii del diritto dotale (3), non è necessario all'esistenza d'una donazione, che il bene patrimoniale, di cui il donante si priva, passi nel patrimonio del donatario, nella *stessa forma* in cui quegli l'aveva (4).

Nelle fonti troviamo confermato, in modo da eliminare ogni dubbio in proposito, il principio che la costituzione di dote era

(1) Onde nel calcolo dello stato patrimoniale d'una moglie dotata, si computava la dote *quae ad eam pertinere poterit*, l. 2, D., *de collat. bon.*, 37, 7. — Vedi CZYHLARZ, o. c., pag. 67 e 68.

(2) CZYHLARZ, o. c., pag. 68. — Di qui deriva che se era esclusa la possibilità della nascita dell'azione dotale, perchè il costituente s'era riservata la restituzione della dote, non poteva più ammettersi l'esistenza d'una donazione in favore della moglie.

(3) Vedi l. unica, § 13, C., *de r. u. a.*, 5, 13 « ... nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit vel stipulatus, quum donasse magis mulieri quam sibi aliquod ius servasse extraneus non stipulando videtur »

(4) Arg. l. 14., D., *de donat.*, 39, 5. Cfr., CZYHLARZ, o. c., pag. 68, nota 11.

donazione in confronto della donna. La dotazione è espressamente designata come donazione in rapporto alla donna (1), e che l'espressione *donatio* sia usata nelle fonti, non in senso generale di liberalità, ma nel senso specifico tecnico della parola, risulta dal fatto, che troviamo applicati al rapporto tra il costituente e la donna, i principii positivi della donazione, nei casi e nei limiti in cui quest'applicazione poteva essere fatta, senza ledere i diritti del marito. Infatti, mentre il marito poteva esser convenuto coll'*actio Pauliana*, se aveva ricevuta una dote da persona insolvente, soltanto quando era conscio della frode di questa, la donna, anche se ignara della frode, poteva esser convenuta già durante il matrimonio, affinché restituisse ciò di cui s'era arricchita, il che non poteva naturalmente essere effettuato da lei, che colla prestazione della cauzione di restituire ciò che avesse conseguito coll'azione dotale (2). Se VENULEIO dice nella leg. 25, § 1, D., *quae in fraud.*, 42, 8, *quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse*, si è perchè la dote era donazione in favore della moglie, ma questa donazione era inclusa nella costituzione di dote e quasi spariva di fronte ad essa, che per la sua importanza, pei suoi effetti immediati e pei tanti e diversi interessi, che vi si collegavano, quasi eliminava il concetto di donazione, come di questa escludeva tutti gli effetti, i quali ostavano alla natura e destinazione della dote, ed al favore onde questo istituto fu circondato.

(1) Leg. 43, § 1, D., *de adm. tut.*, 26, 7; l. 43, § 1, D., *de jure dot.*, 23, 3. In quest'ultima legge è detto d'un terzo, che aveva rimesso un debito al marito *dotis constituendae causa*, coll'intenzione di fare ad ogni modo una donazione alla donna, fosse o no avvenuto il matrimonio: *ut velit mulieri in totum donatum*. Qui è chiaramente espresso il concetto, che la costituzione di dote era senz'altro una donazione in favore della moglie, altrimenti il giureconsulto avrebbe detto: *ut velit mulieri donatum*. — Cfr. SCHEURL, l. c., VI, pag. 38.

(2) Leg. 25, §§ 1, 2, D., *quae in fraud.*, 42, 8. — Quanto alla leg. 14, D., *eod.*, vedi CZYHLARZ; o. c., pag. 69, nota 2. — BECHMANN, o. c., I, p. 204, nota 4. — SCHEURL, l. c., VI, pag. 38.

Il MAIERINI (3) propende a credere che Venuleio non accettasse la soluzione di quei giureconsulti, dei quali riferiva l'opinione, relativamente al caso in cui *neuter scierit*; ma non esiste alcuna ragione per credere, che vi fosse in proposito divergenza d'opinioni fra i giureconsulti romani. Se si volesse argomentare dal fatto che Venuleio riferiva l'opinione di alcuni giureconsulti senza espressamente approvarla (*at si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem*), sarebbe facile rispondere che anche nelle questioni ch'egli più avanti si era proposto, riportava senza espressamente approvarla, l'opinione di Labeone, e ciò non pertanto non si può ragionevolmente dubitare che non facesse sua quell'opinione. Quanto all'argomento, che il Maierini desume dal § 2, *ejusd. leg.*, dove Venuleio, parlando della dote costituita da un estraneo, così s'esprime: « Item si extraneus filiae fa-
« milia nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur ma-
« ritus, si scierit, aequae mulier, nec minus et pater, si non
« ignoraverit, ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui
« eam »; questo § 2 prova piuttosto il contrario di ciò che pensa il Maierini, perchè le parole *aequae mulier* non sono usate da Venuleio per indicare, che la donna dotata doveva essere consapevole della frode, al pari del marito, affinchè i creditori del fraudatore potessero convenirla coll'azione Pauliana, ma stanno semplicemente ad indicare che anche la moglie poteva essere convenuta. Quanto alle condizioni, verificate le quali, era concesso ai creditori di agire contro lei, il giureconsulto non dice niente; ma siccome, quanto al marito, troviamo posta espressamente come condizione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria, la scienza della frode, e quanto alla moglie il giureconsulto si limita a dire *aequae mulier*, mentre subito dopo, rispetto al padre, s'affretta d'aggiungere *si non ignoraverit*,

(3) *Della revoca degli atti fraudolenti*, pag. 117-121. Cfr. NAQUET, *Etude sur l'action Paulienne en droit romain et en droit français*; Paris, 1869, pag. 37 e seg. — DEMANGEAT, *Cours elem. de dr. rom.*, II, pag. 520 e seg.

così è da ritenersi che anche Venuleio non reputasse necessaria nella moglie la *scientia fraudis*; ed a questa conclusione si può tanto più sicuramente arrivare, in quanto l'*item* sembra accennare che il giureconsulto si proponeva d'esaminare e risolvere il caso di cui in seguito parlava, in omaggio ai principii già esposti. Sarebbe certo stranissimo, che un giureconsulto, dopo aver riportata un'opinione d'altri giureconsulti, senza combatterla e senza esternare alcun dubbio sulla bontà di essa, o rilevare qualche difficoltà che gli sembrasse ostarvi, subito dopo in un'analogo fattispecie, si decidesse addirittura contro quell'opinione, senza neppure accennare alla divergenza d'opinioni, che in proposito sarebbe esistita, o almeno dare a conoscere, usando l'espressione *pulo*, o altra simile, ch'egli intendeva esprimere la sua opinione personale.

Quanto alla leg. 25, § 1 cit., rimane da osservare, che se questa legge non pone espressamente come condizione dell'esercizio dell'azione Pauliana contro la donna, il consenso prestato da questa all'atto di dotazione (1), è perchè i giureconsulti romani sottintendevano sempre questo consenso; ed invero ben difficile doveva essere il caso, che alcuno costituisse una dote per la donna, senza che questa ne avesse conoscenza e trovasse motivo di rallegrarsene; e certo Venuleio aveva presente un caso, in cui l'atto di dotazione era avvenuto con scienza della donna: *at si neuler scierit*, dice quel giureconsulto, *quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem*, cioè, se tanto il marito, quanto la moglie, ignoravano la frode, dovevasi concedere l'azione contro la figlia; onde il pensiero del giureconsulto era rivolto soltanto all'ignoranza del *consilium fraudis* del costituente, non già all'ignoranza dell'atto stesso di costituzione, del quale il marito aveva certamente conoscenza.

Il carattere di donazione proprio della costituzione di dote,

(1) CZYHLARZ, o. c., pag. 69.

risulta più specialmente evidente dal fatto, che la *lex Cincia* esonerava la costituzione di dote per parte di tutti i parenti della donna, dalle limitazioni da quella stessa legge poste alle donazioni (1). Tale esenzione, specialmente stabilita per la costituzione di dote, sarebbe stata un non senso, se questa non avesse avuto effettivamente il carattere d'una donazione in favore della donna.

Anche GIUSTINIANO (2) sentì la necessità di esentare la dote nel suo rapporto colla donna, dalle formalità richieste per la donazione, e questa esenzione ha un significato tanto più decisivo per la nostra questione, in quanto lo stesso Giustiniano osserva, che quanto ai mariti, questi, anche per l'innanzi, *recte eas* (sc. dotes) *sine monumentorum observatione suscipiebant*, cioè, che per la dote nel suo rapporto col marito, non vi fu mai bisogno di stabilire un'eccezione.

Il BECHMANN (3) crede che la leg. 31 pr. cit. stia piuttosto a favore che contro la sua teoria. In questa legge non si farebbe parola dell'*actio rei uxoriae* spettante alla donna in virtù dei principii di diritto dotale, ma soltanto d'una *stipulatio de reddenda dote in casu mortis mariti*, conchiusa subito all'atto della costituzione di dote, dalla donna col consenso del costituente; nella quale ipotesi anche pel BECHMANN si avrebbe naturalmente una donazione in favore della moglie. Ma per quanto la prima parte del proemio della leg. 31 cit.

(1) Fr. Vat. §§ 305 e 306. — Il contenuto di questi frammenti si riferisce per chi li legga senza il proposito d'adattarli ad ogni costo ad una teoria prestabilita, ad una vera e propria costituzione di dote, non ad una donazione fatta allo scopo di costituire una dote, come pretende il BECHMANN, I, pag. 211 e 214. Infatti con quest'ultimo significato non si accordano punto le espressioni *mulieri dotem conferre, dotem dare*, ed i giuriconsulti romani, se avessero inteso dire ciò che immagina il Bechmann, avrebbero certamente usate le frasi *dotis causa donare, aliquid ad dotem dandam conferre* etc. Vedi SCHEURL, l. c., VI, p. 38. — CZYHLARZ, o. c., pag. 70. — MEYERFELD, o. c., pag. 76.

(2) Leg. 31 pr., C., *de j. d.*, 5, 12.

(3) Op. cit., I, pag. 214 e segg.; cfr. la Glossa *ad h. l.*, v. *casus*.

(Quum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur, et huiusmodi fortuitus casus evenisset, ipsa mulier, utpote a se (1) non facta donatione, propter hoc, quod monumenta deerant, necessitatem habebat, actiones in huiusmodi casu ad eum, qui dotem dedit, per cessionem transferre, vel ipsas res reddere; et ita inveniebatur forsitan post proluxa matrimonii annorum curricula, et liberos forte editos infelix mulier indotata) sembrare dare ragione all'asserzione del Bechmann, appare evidente a chi ne esami ni accuratamente l'intero contesto, che il tenore della leg. 31 pr. cit., si riferiva in generale anche a tutti quei casi, nei quali per diritto dotale spettava alla moglie il diritto alla restituzione della dote, e cioè, al caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito e per divorzio: « Sancimus itaque, in omnibus huiusmodi casibus (cioè in tutti i casi nei quali spettava alla moglie il diritto alla restituzione della dote) nullis monumentis rem indigere etc. » Ma quelle che più eloquentemente parlano sono le parole seguenti: « ... et firmiter hoc apud eam permanere, nisi ipse, qui ab initio dotem dederit, sibi dari in huiusmodi casum stipulatus sit. » Non appare qui evidente che il legislatore si riferiva in generale ai casi, in cui alla moglie spettava l'*actio rei uxoriae* per diritto dotale? Altrimenti come avrebbe egli potuto escludere dai casi che contemplava, quello pel quale il costituente si fosse riservata la restituzione della dote, dal momento che non potevano coesistere due stipulazioni *de dote reddenda* pel medesimo caso di scioglimento del matrimonio, una fatta dal costituente e l'altra dalla donna? Inoltre, nota bene lo CZYHLARZ (2), non

(1) Nota il BECHMANN, o. c., I, pag. 216, nota 1, che non è soddisfacente la proposta del MEYERFELD di leggere *ad se* invece di *a se*, specialmente perchè dell'esistenza d'una donazione non può qui dubitarsi, ma soltanto dell'esistenza d'una donazione valida, nè è possibile identificare *donatio* con *perfecta donatio*. Onde il Bechman propone di leggere *rite* invece di *a se*.

(2) Op. cit., pag. 71.

si capisce perchè appunto la stipulazione della donna avrebbe dovuto dar vita alla donazione. Che la donna avesse stipulato pel caso di morte del marito, o per quello di divorzio (1), essa non otteneva in sostanza, che ciò che il diritto dotale già le assicurava; il suo patrimonio non rimaneva materialmente aumentato per effetto della stipulazione, e se ciò nonostante, la leg. 31 parla espressamente di donazione alla donna, questa donazione non poteva avere il suo fondamento nella stipulazione, ma si vero nella dotazione posta in essere col consenso della moglie. È questa appunto la ragione per la quale il Bechmann si è trovato costretto ad escludere il caso del divorzio, dalla stipulazione di cui tratta la nostra legge, ed a limitare questa stipulazione al caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito, perchè egli sostiene che prima della *L. unica, C.*, non spettasse alla moglie l'*actio rei uxoriae* pel caso di morte del marito, che quanto alla dote costituita col patrimonio di lei; opinione questa tanto erronea (2), quanto arbitraria quella limitazione del significato di *casus*, per quanto quest'ultima abbia in suo favore l'autorità della Glossa e del CUIACIO (3).

Possiamo concludere che troviamo confermato nelle fonti il principio, che la costituzione di dote era donazione in confronto della moglie.

Quanto all'importanza pratica di questo principio, può dirsi che l'applicazione di esso era limitata alla facoltà d'agire col-

(1) La stipulazione di cui parla la leg. 31, non poteva riferirsi al caso di morte della moglie, perchè è questa che ci viene presentata come attrice.

(2) Vedi SCHEURL, leg. c., VI, pag. 18 e segg. — CZYHLARZ, o. c., pag. 297, nota 3.

(3) Comm. in tit. 12, lib. 5, C., *Opp.*, IX, pag. 485-486. — Vedi però già Taleleo nei *Basil.*, XXIX, 1, c., 98, ed. Heimbach, pag. 477 (CZYHLARZ, o. c., pag. 72, nota 12).

l'*actio Pauliana* in confronto della moglie anche se di buona fede, ed alla revoca della donazione per ingratitude della donna (1) (2). Tanto nell'un caso quanto nell'altro, era in facoltà dei creditori e del donante, di agire contro la donna anche durante il matrimonio, nel qual caso essi potevano ottenere semplicemente una cauzione per parte della donna, di questo contenuto: *se restitutam quod consecuta fuerit*. Già osservammo che l'applicazione pratica del principio che la costituzione di dote era donazione in confronto della moglie, doveva assumere forma, modi e limiti corrispondenti allo speciale contenuto dell'arricchimento della donna, ed agl'interessi e diritti del marito, perchè la costituzione della dote è un atto, che ci presenta, per dir così, due faccie, secondo che lo si considera dal punto di vista del marito, o da quello della moglie. Così se la donna s'era resa colpevole d'ingratitude verso la persona che aveva costituita la dote, questa nonostante che avesse revocata la donazione, non poteva ricusarsi di pagare al marito la dote promessa (3), e se al marito era

(1) Arg. l. 24 C., *de j. d.*, 5. 12: Si dotem marito libertae vestrae dedistis, nec eam reddi soluto matrimonio vobis incontinenti pacto, vel stipulatione prospexitis: hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse constitit, licet eam ingratham circa vos fuisse ostenderit. Dal contenuto di questo rescritto dell'imperatori Diocleziano e Massimiano, si può argomentare, che il terzo costituente aveva, nel caso ivi configurato, l'azione di revoca contro la donna, perchè altrimenti per escludere l'azione di lui contro il marito, bastava ricordare che la revoca per ingratitude non era in generale ammessa quanto alla dote, e quegli imperatori non si sarebbero limitati a stabilire l'esclusione del diritto di revoca in confronto del solo marito.

(2) Già vedemmo che questa specie di donazione fu espressamente dispensata dal requisito dell'insinuazione. Del divieto della donazione tra i coniugi, qui non si poteva parlare, e quanto alla *querela inofficiosae donationis*, questa perdeva ogni importanza di fronte alla *querela inofficiosae dotis*, che poteva essere intentata anche contro il marito. — CZYH-LARZ, o. c., pag. 72.

(3) L. 69, § 6, D., *de j. d.*, 23. 3.

già stata data la dote, ed il terzo costituente aveva dipoi revocata la donazione per ingratitudine della donna, ed ottenuta la cauzione summentovata, ma il matrimonio si era sciolto in modo che nessun diritto fosse nato nella moglie per la restituzione della dote, il costituente non poteva far valere contro il marito la conseguenza giuridica dell'ingratitudine della donna.

