

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

PHD IN LEGAL STUDIES

Ciclo XXXIII

Settore concorsuale: 12/H1 - Diritto romano e Diritti dell'antichità

Settore scientifico disciplinare: IUS/18 - Diritto romano e Diritti dell'antichità

Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali

Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite

in età tardoantica e giustiniana

Presentata da: Elena Pezzato

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi

Supervisore

Chiar.mo Prof. Giovanni Luchetti

Co-supervisore

Prof.ssa Fabiana Mattioli

Esame finale anno 2021

INDICE

Introduzione.....	1
-------------------	---

PARTE I

GLI APPORTI PATRIMONIALI ALLA MOGLIE SUPERSTITE IN ETÀ TARDOANTICA (IV E V SEC.)

I. La successione <i>ab intestato</i> . La <i>bonorum possessio</i>	9
II. La successione testamentaria.....	23
1. Le disposizioni testamentarie del marito	23
a. L'istituzione di erede.....	27
b. L'attribuzione di un legato	28
c. La previsione di un <i>fideicommissum</i>	43
2. Figure affini ai lasciti testamentari: le <i>donationes mortis causa</i> . La sanatoria delle <i>donationes</i> tra coniugi alla morte del marito	44
3. I limiti posti alla <i>capacitas</i> della vedova nei confronti del consorte	46
a. La <i>lex decimaria</i> e la sua abrogazione	46
b. C.I. 5, 9, 6 pr.-3 (a. 472) e la tutela dei figli di primo letto.....	55
III. L'istituto dotale.....	59
1. I beni dotali della vedova	59

2. I regimi di restituzione della dote	61
a. Il regime di restituzione legale	61
b. Il regime convenzionale di restituzione: <i>stipulationes e pacta dotalia</i>	73
c. La restituzione della dote per mezzo di testamento	75
3. La <i>pollicitatio dotis</i> (C.Th. 3, 13, 4 [a. 428]).....	83
IV. La donazione nuziale	88
1. La donazione nuziale come appannaggio vedovile	88
2. La donazione nuziale e il lucro vedovile	91
a. L'originaria completa lucrabilità della donazione nuziale da parte della vedova.....	91
b. Le successive limitazioni poste al lucro della vedova	96
aa. Il diritto dei figli al residuo (Nov. Theod. 14, 7 [a. 439])	96
bb. Il diritto dei genitori del defunto (Nov. Valent. 35, 8 [a. 452])....	98
cc. Nov. Sev. 1 (a. 463) e l'usufrutto vedovile sulla donazione nuziale	102
V. La breve parentesi dell' <i>iniusta lex Maiorani</i> (Nov. Mai. 6, 5-8 [a. 458])	112
VI. Prassi e diffusione di dote e donazione nuziale. La crisi dell'istituto dotale nel corso del V secolo	119
1. Fonti che attestano uno squilibrio tra gli apporti dei nubendi	121
2. La <i>donatio in dotem redacta</i>	123
3. Possibili cause e argomentazione basata sul connesso fenomeno delle monacazioni e ordinazioni forzate	133
4. Conclusioni	141

PARTE II

GLI APPORTI PATRIMONIALI ALLA MOGLIE SUPERSTITE IN ETÀ GIUSTINIANEA

I.	La successione intestata e testata del coniuge superstite.....	145
II.	L'istituto dotale.....	150
	1. Giustiniano e la dote	150
	a. L'istituto dotale giustiniano e il " <i>favor dotium</i> "	150
	b. L'obbligo giuridico di dotare	155
	aa. Esegesi di D. 23, 2, 19 (Marcian. 16 <i>Inst.</i>).....	155
	bb. Le <i>leges non incognitae</i> di C.I. 5, 11, 7 (a. 531)	161
	cc. Esegesi di ulteriori fonti che sembrano confermare l'introduzione giustiniana dell'obbligo di dotare: D. 37, 6, 6 (Cels. 10 <i>Dig.</i>) e D. 38, 5, 1, 10 (Ulp. 44 <i>ad ed.</i>)	165
	dd. Conclusioni.....	169
	2. C.I. 5, 13, 1 e la restituzione legale e convenzionale della dote	172
	3. La restituzione testamentaria della dote.....	190
III.	La donazione nuziale	191
	1. Il regime giustiniano della donazione nuziale e previsioni a favore della vedova	191
	2. Il lucro vedovile sulla donazione nuziale.....	199
	a. Il regime legale.....	199
	b. L'usufrutto legale sulla donazione nuziale e la tutela dei figli di primo letto (Nov. 98 <i>praef.</i> -1 [a. 539]).....	204
	c. La quota in proprietà della madre vedova non binuba (Nov. 127, 3 [a. 548]).....	210
	d. <i>Restitutiones fideicommissariae</i> e tutela del lucro vedovile (Nov. 39 <i>praef.</i> -1 [a. 536]).....	213
IV.	La quarta della vedova povera: Nov. 53, 6 (a. 537) e Nov. 117, 5 (a. 542)	221
	1. Il dettato normativo di Nov. 53, 6.....	221
	a. Le condizioni di applicazione	226
	b. L'irriducibile antinomia giuridica dell'istituto.....	233

c. Un rimedio di <i>extrema ratio</i> . L'assetto giustiniano degli istituti patrimoniali posti a tutela della moglie superstite	236
d. La <i>φιλανθρωπία</i> giustiniana: influenze cristiane.....	237
2. La Nov. 117, 5: il riconoscimento alla madre vedova di una quota pari a quella dei figli e l'usufrutto della quarta	243
 Osservazioni conclusive	 247
 Indice degli autori.....	 254
 Indice delle fonti.....	 270

INTRODUZIONE

Con queste ricerche ci si propone di indagare gli apporti patrimoniali alla morte del marito in favore della moglie superstite, concentrandosi sulla normazione di età tardoantica e giustiniana.

Si prenderanno pertanto in considerazione i principali istituti giuridici che realizzavano, al momento della scomparsa dell'uomo, una cessione patrimoniale a favore della sua vedova: la successione intestata e testata della moglie superstite, la restituzione della dote e il suo lucro sulla donazione nuziale, nonché la c.d. quarta della vedova povera. Di essi si indagheranno i profili dei relativi regimi giuridici interessanti per il tema di indagine, soffermandosi sulla portata e sulle ragioni delle riforme legislative che li hanno riguardati in questo specifico periodo temporale, ma anche sulle loro peculiari funzioni nel sistema di sostentamento patrimoniale della coniuge superstite, sulla loro interazione e integrazione reciproca. Non potrà essere taciuto il ricorso di questi istituti nella prassi, un profilo particolarmente rilevante in questo ambito.

Omessi dalla trattazione, invece, saranno i doni con cui, durante il fidanzamento, il defunto consorte aveva omaggiato la moglie¹. Essi, infatti, al momento della conclusione delle nozze, venivano definitivamente lucrati dalla donna ed entravano fin da allora a far parte del suo patrimonio

¹ In argomento, per tutti e da ultimo, vd. P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000 (al quale si rinvia anche per un'analisi delle costituzioni citate a seguire).

personale², salvo doverli eventualmente restituire in seguito alla redazione di una «*conscripta pactio*»³ o nel caso di un secondo matrimonio, secondo quanto previsto dalla più tarda legislazione imperiale⁴. Similmente si procederà con riguardo alle arre sponsalizie⁵. La loro sorte in seguito alla conclusione delle nozze non appare esplicitata nelle fonti, ma la loro funzione è certamente prodromica al matrimonio e con esso sono destinate a scomparire⁶.

² Cfr., ad esempio, C.Th. 3, 5, 3 (a. 330); C.Th. 3, 8, 1 (a. 381); C.Th. 3, 8, 2 pr. (a. 382); C.I. 5, 3, 1; C.I. 5, 3, 6; C.I. 5, 3, 9 (a. 293); C.I. 5, 3, 13; C.I. 5, 3, 14.

³ Cfr. C.I. 5, 3, 7, ma anche C.I. 5, 3, 12 (a. 294).

⁴ Cfr. C.Th. 3, 8, 1 e C.Th. 3, 8, 2 (a. 382).

⁵ In merito a questo istituto, si ricordino le indagini di F. BRANDILEONE, *Contributo alla storia della "subarrhatio", in Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, III, *Studii giuridici varii*, Napoli, 1899, pp. 229-258 (= *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, pp. 401-433); S. RICCOBONO, *Arre sponsalicia secondo la const. 5 cod. de sponsalibus V-1*, in *Scritti pel cinquantesimo anno d'insegnamento del professore Francesco Pepere*, Napoli, 1900, pp. 139-147 (= *Scritti di diritto romano*, I, (*Studi sulle fonti*), Palermo, 1957, pp. 179-186); P. KRÜGER, *Ueber die Reihenfolge der Leges in den Titeln der Digesten Justinians. IV. Zu Cod. Inst. 5, 1, 5*, in *ZSS*, 22 (1901), pp. 52-55; P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia*, in *ZSS*, 33 (1912), pp. 383-416; G. CORNIL, *Die Arrha im justinianischen Recht*, in *ZSS*, 48 (1928), pp. 51-87; M. MASSEI, *Sulla L. 5 cod. de spons. 5, 1*, in *BIDR*, 47 (1940), pp. 148-153 e L. ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, Louvain, 1941, pp. 87-135. Fondamentali sull'argomento, inoltre, gli studi di E. VOLTERRA, *Studio sull' "arrha sponsalicia", in RISG*, 2.4 (1927), pp. 581-670 (= *Scritti giuridici con una nota di Mario Talamanca*, I, *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, pp. 3-92); ID., *Studio sull' "arrha sponsalicia", (II). L'arrha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in *RISG*, 4.1-2 (1929), pp. 3-33 (= *Scritti giuridici*, I, cit., pp. 93-123) e ID., *Studio sull' "arrha sponsalicia", (III). L'origine orientale dell'arrha sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, in *RISG*, 5.2 (1930), pp. 155-245 (= *Scritti giuridici*, I, cit., pp. 125-215), nonché ID., v. *Arrha sponsalicia*, in *NNDI*, I, 2, Torino, 1957 (rist. Torino, 1981), pp. 1003-1004.

⁶ Circa il regime delle arre sponsalizie nel caso di conclusione delle nozze, autorevole dottrina ha sostenuto che esse venivano ricomprese nella dote e nella donazione nuziale: così MITTEIS, *Neue Urkunden*, in *ZSS*, 31 (1910), p. 393 e VOLTERRA, *Studio sull' "arrha sponsalicia", (II). L'arrha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, cit., p. 21 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 111), in base al lacunoso Pap. Cair. 67006 verso ll. 9-11 (vd. M. J. MASPERO, *Papyrus grecs d'époque byzantine*, I, ^{Nos} 67001-67124, Le Caire, 1911, pp. 23-24). In tal senso, già IACOBI CUIACII IC. *Tolosatis Opera Ad Parisiensem Fabrotianam Editionem Diligentissime Exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars posterior. Tomus Nonus. (Ad Lib. V. Codicis. Recitationes solemnes. Ad Titulum II. Si Rector Provinciae, vel ad eum pertinentes Sponsalitia dederint)*, Mutinae, 1781, col. 402, secondo il quale «arrae sponsalitia sequutis nuptiis redduntur, vel imputantur in donationem propter nuptias». Più di recente, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova, 1994, p. 183, ha ipotizzato che esse sarebbero state semplicemente definitivamente lucrate da chi le avesse ricevute.

Soffermandoci sugli sviluppi di età tardoantica e giustiniana non godranno di uno specifico spazio di indagine le evoluzioni di diritto romano-barbarico, che, a ogni modo, apportarono innovazioni di limitato rilievo e verranno menzionate ove ritenuto opportuno⁷.

La scelta di studiare la situazione patrimoniale della moglie e non quella del marito superstite conosce ragioni di ordine storico-sociale (l'incapacità di autotutela economica cui è stata relegata per secoli la donna) e naturale (la maggiore longevità della donna rispetto all'uomo fa sì che la vedovanza femminile sia più diffusa di quella maschile).

Il discorso verrà declinato prendendo a riferimento una donna *sui iuris*, precedentemente legata al consorte in base a un *matrimonio iustum*⁸. È necessario ricordare, infatti, che tutti i beni ricevuti dal marito da parte della donna soggetta alla potestà paterna erano inizialmente gravati dalla legittima e piena proprietà del *pater familias*⁹ e solo successivamente venne concessa una maggiore autonomia patrimoniale ai soggetti *alieni iuris*¹⁰.

⁷ In merito alle evoluzioni di diritto visigoto, vd. ampiamente E. GACTO FERNANDEZ, *La condicion juridica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975. Per quanto concerne la *Lex Romana Burgundiorum*, invece, alcuni riferimenti si possono rinvenire nelle indagini di F. BAUER-GERLAND, *Das Erbrecht der Lex Romana Burgundionum*, Berlin, 1995 e di M. JOHLEN, *Die vermögensrechtliche Stellung der weströmischen Frau in der Spätantike. Zur Fortgeltung des römischen Rechts in den Gotenreichen und im Burgunderreich*, Berlin, 1999, pp. 138-155 (ove si tratta anche del diritto dei Goti). Per l'*Edictum Theodorici*, vd. G. VISMARA, *Edictum Theodorici*, in *Scritti di storia giuridica*, I, *Fonti del diritto nei regni germanici*, Milano, 1987, pp. 185-188.

⁸ Come si dirà, uno dei presupposti per l'accesso alla *bonorum possessio*, alla successione testata e alla quarta della vedova povera, è quello di essere "*uxor iusta*". Il requisito di *iustitia* del matrimonio, pur mutando nel tempo significato e presupposti, rimase sino all'età giustiniana: cfr. D. 38, 11, 1 pr. (Ulp. 47 *ad ed.*) («... *nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest...*»), su cui vd. *infra*. Circa il dibattuto concetto racchiuso nell'espressione "*matrimonium iustum*", da ultima e con ampia ricognizione dottrinale, M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, Napoli, 2012. In argomento, vd. anche E. NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*, Milano, 1938. Per la ripetizione della dote era necessario, più in generale, che il matrimonio fosse valido, non potendoci essere, in mancanza, alcuna costituzione di dote (e presumibilmente di donazione nuziale); vd. più nel dettaglio *infra*.

⁹ Vd., in argomento e con riguardo all'istituto dotale, R. ASTOLFI, *La «praeceptio» della dote non legata*, in *Labeo*, 10 (1964), pp. 329-351.

¹⁰ I beni oggetto di questa riforma sono tutti i lucri nuziali (i beni ricevuti grazie a una successione intestata o a disposizioni *mortis causa*, la dote, la donazione nuziale). L'elenco

A partire dal 426, infatti, grazie alla riforma operata da Valentiniano III, ai *fili* venne riconosciuta la nuda proprietà dei beni ricevuti dal coniuge, mentre l'usufrutto spettò al *pater*¹¹. Pochi anni dopo, Teodosio II precisò, tuttavia, che nel caso in cui i beni fossero stati forniti dall'avente potestà, a costui sarebbero tornati in piena proprietà (così, ad esempio, nel caso di *dos profecticia*) e che il padre avrebbe comunque potuto godere del *praemium emancipationis*¹². Nel 439 Teodosio II tornò nuovamente a regolare la materia, disciplinando l'ipotesi in cui il figlio fosse morto prima del *pater familias* e sancì che, in tal caso, i lucri matrimoniali non sarebbero spettati al padre del defunto, bensì al figlio di quest'ultimo¹³. Il regime venne perfezionato da Leone nel 472, che sancì il divieto del *pater* di alienare, gravare di pegno o di ipoteca i lucri nuziali del figlio – con conseguente possibilità di rivendica da parte di quest'ultimo, una volta divenuto *sui iuris* – e stabilì l'ordine successorio su tali beni (discendenti, fratelli e sorelle nati dallo stesso matrimonio e fratelli e sorelle nati da altri matrimoni, padre)¹⁴.

Giustiniano, infine, accogliendo le menzionate anteriori costituzioni nel titolo C.I. 6, 61 *de bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione* e aggiungendovi le sue C.I. 6, 61, 6 (a. 529) e 8 (a. 531), regolamentò il generale regime del

più completo è presente in C.I. 6, 61, 4 (a. 472) («*Quaecumque res... ex dote vel quacumque donatione seu hereditate legato vel fideicomisso*»). Sullo specifico tema dei lucri nuziali e sulle costituzioni citate a seguire, vd., in particolare, P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, in *SDHI*, 48 (1982), pp. 37-40 (= *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. II. Le costituzioni del V secolo*, in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, pp. 220-222) e ID., *Storia della 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 42-44 (= *La patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 512-514). Sull'argomento, in generale, vd. G. MATRINGE, *L'accroissement des droits des fils et filles de famille sur leurs acquets successoraux (Droit officiel et pratiques sous l'Empire romain)*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, V, Torino, 1972, pp. 351-391.

¹¹ Cfr. C.Th. 8, 19, 1 (a. 426), accolta poi in C.I. 6, 61, 1, su cui anche *infra*. La disciplina cui il legislatore si ispira ed esplicitamente rinvia è quella dei *bona materna*.

¹² Cfr. C.I. 6, 61, 2 (a. 428). In argomento, D. DALLA, *Praemium emancipationis*, Milano, 1983.

¹³ Cfr. Nov. Theod. 14, 8 (a. 439), successivamente trasposta in C.I. 6, 61, 3.

¹⁴ Cfr. C.I. 6, 61, 4, nonché C.I. 6, 61, 5 (a. 473), ove Leone per estensione analogica applica il regime descritto anche nei confronti della *sponsa*.

peculium adventicium e a questo fece assorbire, tra gli altri, la disciplina dei *bona ex matrimonio filiis acquisita*: ogni cosa che il *filius* acquistava senza che gli venisse dal padre era in sua nuda proprietà; a quest'ultimo spettava il solo usufrutto.

L'opportunità di approfondire il suddetto tema nasce dall'attuale assenza, in dottrina, di un recente e completo studio sull'argomento afferente, in ispecie, alle ultime fasi dell'esperienza giuridica romana.

Mentre gli scambi patrimoniali *inter vivos* tra coniugi sono sempre stati oggetto di particolare interesse da parte degli studiosi – basti pensare alla questione delle donazioni tra coniugi – quelli *mortis causa*, infatti, non sono mai stati presi in puntuale considerazione. L'analisi più completa in argomento è di Emilio Costa¹⁵, realizzata alla fine dell'Ottocento e comunque attinente al solo regime di età del Principato. Risale agli anni Settanta del secolo scorso il contributo sul tema di Michel Nuyens¹⁶, che offre un quadro di sintesi della questione e qualche spunto, ma che rimane decisamente stringato e poco approfondito. Più recente è la *Dissertation* di Gabriele Heyse¹⁷, che, a tacer d'altro, ha omesso di trattare degli istituti di particolare rilievo come la dote e la donazione nuziale. Un rilevante e utile contributo è invece dato dall'indagine sull'ampissimo tema della condizione delle vedove (e degli orfani) nella società romana di Jens-Uwe Krause¹⁸, valsa come

¹⁵ Vd. E. COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, Bologna, 1889.

¹⁶ Vd. M. NUYENS, *La condition patrimoniale du couple et du conjoint survivant en droit romain*, in *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25-26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert (Bruxelles)*, Bruxelles, 1978, pp. 257-276.

¹⁷ Vd. G. HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, Frankfurt am Main, 1994, con la recensione di C. BALDUS e K. PAPAKONSTANTINOU, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano. Suplemento 1994-95*, Madrid, 1996, pp. 79-93.

¹⁸ Vd. J.-U. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, I, *Verwitwung und Wiederverheiratung*, Stuttgart, 1994; ID., *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II,

Habilitationsschrift, che, per ovvie ragioni, approfondisce alcune questioni soprattutto in chiave storica, ma che fornisce importanti risultati anche per una ricerca di approccio tecnico-giuridico come quella che ci si propone di condurre. Alcuni significativi momenti di riflessione, si ritrovano, tra gli altri, anche negli scritti di Adhémar Esmein¹⁹, Friedrich von Woeß²⁰ e Ben-Zion Beinart²¹, ma in forme più o meno sintetiche e con riguardo a soli specifici profili del tema di indagine.

Nel licenziare alle stampe queste ricerche, desidero ringraziare tutti coloro che hanno reso possibile la loro realizzazione, compiutasi durante gli anni del mio dottorato bolognese e heidelbergense. Ovviamente, è e rimane responsabilità di chi scrive ogni errore o imprecisione presente nel testo.

Ringrazio, anzitutto, la mia famiglia scientifica. Sono grata al mio Maestro, il Professor Giovanni Luchetti, al quale mi legano profonda stima e sincero affetto, per i preziosi insegnamenti scientifici e umani che quotidianamente mi impartisce. Molto devo al mio *akademischer Lehrer* Professor Dr. Christian Baldus, sempre disponibile, attento e pronto a una parola di incoraggiamento e sostegno: grazie a lui Heidelberg è divenuta la mia seconda casa. Profondamente riconoscente sono alla Prof.ssa Fabiana Mattioli, che sin dall'inizio ha creduto in me. Un sentito pensiero di gratitudine, infine, va alla Prof.ssa Sabrina di Maria.

Ringrazio la mia famiglia, italiana e tedesca. In particolare, mia madre Michela e mio padre Alberto, per avermi sempre sostenuta in ogni mia scelta

Wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung von Witwen, Stuttgart, 1994; ID., *Witwen und Waisen im römischen Reich*, IV, *Witwen und Waisen im frühen Christentum*, Stuttgart, 1995.

¹⁹ Vd. A. ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, in *NRHD*, 8 (1884), pp. 1-31 (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, Paris, 1886, pp. 37-70).

²⁰ Vd. F. VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, Berlin, 1911, pp. 45-65.

²¹ Vd. B. BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, in *Acta Juridica* (1965/1966), pp. 285-325.

e per tutto ciò che hanno fatto e continuano a fare per me, ogni giorno. Sono grata ai miei amici di sempre: hanno imparato, con pazienza, ad aspettarmi.

Il più profondo grazie, infine, va a Johannes, che di queste ricerche, così come nella vita, ha voluto condividere alti e bassi, restando al mio fianco, tenendo il mio passo.

Bologna/Heidelberg, settembre 2021

E.P.

PARTE I

**GLI APPORTI PATRIMONIALI ALLA MOGLIE SUPERSTITE
IN ETÀ TARDOANTICA (IV E V SEC.)**

I. LA SUCCESSIONE *AB INTESTATO*. LA *BONORUM POSSESSIO*.

In età tardoantica si confermò il regime di successione intestata del coniuge superstite precedentemente delineato dal *ius civile* e dal *ius honorarium*²².

Il *ius civile* si era occupato di garantire una posizione successoria intestata solamente alla donna convenuta *in manum*, la quale, nella nuova *familia*, veniva ad assumere la posizione giuridica di *filia* del detentore della *patria potestas*, ossia di suo marito o del di lui padre²³. La donna era così chiamata a succedere in base a un vincolo di *agnatio* e faceva parte della prima classe di successori, quella dei *sui heredes*²⁴.

²² Per una ricostruzione della posizione successoria *ab intestato* della vedova in età del Principato, vd. COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., p. 15 ss. e pp. 183-186; VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., p. 45 ss.; BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, cit., pp. 285-286; NUYENS, *La condition patrimoniale du couple et du conjoint survivant en droit romain*, cit., pp. 260-264; M. J. GARCIA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, *La tradición romanística*, Barcelona, 1982, pp. 82-84 e HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 22-30. Sulla *bonorum possessio* tra coniugi, vd., per tutti, B. W. LEIST, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, II, Göttingen, 1848, pp. 25-27; recentemente, con riguardo all'età tardoantica, F. PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, Torino, 1999, pp. 237-253.

²³ Sulla *conventio in manum* e sui suoi effetti, vd., in ispecie, E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie. Classe di Scienze Morali, storiche e filologiche*, VIII s., 12.4 (1965-1966), Roma, 1966, pp. 251-355; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 1-58; I. PIRO, «*Usus*» *in manum convenire*, Napoli, 1994; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II, *Sponsalia matrimonio dote*, II, Roma, 2005, pp. 185-325 e R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica*, Napoli, 2018, pp. 367-491.

²⁴ Le classi della successione *ab intestato* erano state sancite nelle XII Tavole, cfr. Tab. 5, 4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. 5. *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam [habento]*. Sulla capacità successoria della donna sin dall'età arcaica, vd., tuttavia, L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, su cui l'ampia nota di C. VENTURINI, *Ereditare ed ereditande (Appunti a margine di una recente ricerca)*, in *BIDR*, 39 (1997), pp. 617-670. Sulla posizione successoria dell'*uxor in manu*, cfr. Gell., *noct. att.* 18, 6, 9: *... matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*, Coll.

In seguito, caduti in disuso i matrimoni accompagnati dalla *conventio in manum*²⁵, il pretore incluse il coniuge nel quarto ordine dei *bonorum possessores*²⁶ nell'*edictum successorium* riguardante gli ingenui²⁷. Si trattava

16, 2, 3 (= Gai. 3, 3): *uxor quoque, quae in manu est, [ei cuius in manu est] sua heres est, quia filiae loco est...*; Ep. Ulp. 22, 14: *... Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi: item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus*; Serv., *ad Aen.* 11, 476: *... quoniam in familiam quoque mariti et sui heredis locum venisset*. Sul punto e per ulteriori indicazioni bibliografiche, relative in particolare al passo gaiano, vd. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 82-84.

²⁵ La dottrina maggioritaria collega l'introduzione del *trinoctium* – attribuita da Gaio alle XII Tavole – allo svilupparsi del matrimonio non accompagnato dalla *conventio in manum*, che sarebbe però divenuto legittimo solamente tra il III e il II sec. a.C. Certamente, ai tempi di Gaio, l'istituto era desueto, cfr. Gai. 1, 111: *Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*. Per una panoramica in merito alle diverse posizioni assunte dalla dottrina, vd. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit., pp. 283-285. In argomento, anche L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, pp. 20-27.

²⁶ Cfr. D. 38, 6, 1, 1 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Sed successionem ab intestato in plures partes divisit: fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde vir et uxor*; D. 38, 15, 1 pr. (Mod. 6 *pand.*): *Intestati hi gradu vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor*. Oltre alla *bonorum possessio sine tabulas*, ora presa in considerazione, l'unica altra tipologia di *bonorum possessio* che poteva interessare alla moglie superstite convenuta *sine manu*, ovviamente, era la *bonorum possessio secundum tabulas*, dal momento che non era ricompresa nel novero dei soggetti tutelati dalla *bonorum possessio contra tabulas* (cfr. D. 37, 4 e C.I. 6, 12). Circa il momento di introduzione della clausola *unde vir et uxor*, sembra che questa non debba aver seguito di molto il prevalere delle unioni *sine manu*. Sul punto, tra gli altri, vd. LEIST, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, II, cit., p. 25 (il quale ipotizza che la *bonorum possessio unde vir et uxor* si sia sviluppata parallelamente a quella predisposta per i cognati) e COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 185-186 (che, pur ritenendo la clausola esistente già sullo scorcio del VII sec. a.C., non la considera di molto successiva all'assoluto prevalere del matrimonio libero). P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1974, rist. corretta della I ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, p. 515, la considera certamente successiva all'epoca di Cicerone.

²⁷ Nell'*edictum successorium* riguardante i liberti la classe *unde vir et uxor* era, invece, collocata al sesto posto. Cfr. Ep. Ulp. 28, 7: *Intestati datur bonorum possessio per septem gradus: primo gradu liberis: secundo legitimis heredibus: tertio proximis cognatis: quarto familiae patroni: quinto patrono, patronae, item liberis parentibusue patroni patronaeve: sexto viro uxori: septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet: et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducari*. Sulla generale *bonorum possessio intestati liberti*, da ultima, C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, pp. 439-445, con ampi riferimenti bibliografici.

di una posizione non particolarmente vantaggiosa per la donna, in considerazione sia del grado in cui poteva essere chiamata a succedere – l'ultimo –, sia del fatto che ella poteva accedervi solamente in presenza di un *iustum matrimonium* sussistente *mortis tempore*²⁸.

L'attribuzione della qualità di *sua heres* alla donna convenuta *in manum*, a ogni modo, venne abrogata dal *senatusconsultum Gaetulicianum*²⁹.

²⁸ Cfr. D. 38, 11, 1 pr.-1 (Ulp. 47 *ad ed.*): *Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet. ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest: nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest. 1. Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. hoc autem in huiusmodi speciebus procedit. liberta ab invito patrono divortit: lex Iulia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono. item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.* Sulla fonte, si consideri, in particolare, NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*, cit., p. 45 ss., con un'interessante riflessione circa il diverso fondamento della negazione del *ius capiendi* a seguito dell'abrogazione della legislazione caducaria (pp. 62-63), e R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova, 1996, pp. 121-123, secondo il quale il testo sarebbe stato accorciato dai compilatori e la locuzione, originariamente, si sarebbe limitata a indicare il matrimonio lecito secondo la *lex Iulia et Papia* e la legislazione a essa complementare. Vd. anche SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, cit., p. 90 e n. 79. Anche la successione testata veniva esclusa in caso di matrimonio *iniustum*, vd. *infra*. Recentemente, in merito al concetto di sussistenza del matrimonio *mortis tempore* e le sue implicazioni con il divorzio, P. GIUNTI, *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, pp. 340-342.

²⁹ L'unico riferimento relativo al senatoconsulto Gaetuliciano è presente in Pap. Berl. 11753, 3 (Paul. 8 *ad Plaut.* 1150 a), ricostruito per la prima volta da P. M. MEYER, *Neue Juristen-Fragmente (Paulus) auf einem Berliner Pergamentblatt*, in *ZSS*, 42 (1921), p. 55: *Uxor a(u)t(em), quae in manu mariti erat, olim q(ui)d(em) omnim(od)o sua h(eres) e(ss)et; hodie a(u)tem si... n(on) efficitur sua h(eres) p(r)op(ter) s(enatus) c(onsultum) Gaetulicianum.* Seguendo l'orientamento maggioritario della dottrina, la disposizione normativa sembra aver perfezionato le previsioni della legislazione augustea, impedendo che la semplice *conventio in manu* permettesse di eludere la *lex Iulia et Papia*: la successione della moglie *in manu*, infatti, non era soggetta alle limitazioni apportate da tali leggi, rientrando essa tra le *exceptae personae*: cfr. Frag. Ber. 14 (Papin. 5 *resp.*) (*Jurisprudentiae anteiustinianae reliquias in usum maxime academicum compositas a ph. Eduardo Huschke*⁶, I, ediderunt E. Seckel et B. Kuebler, Lipsiae, 1908 [rist. anast. Lipsiae, 1988], p. 433) e, sul punto, ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 64-67. In tal senso, vd. D. NOY, *The senatusconsultum Gaetulicianum. Manus and Inheritance*, in *TR*, 56 (1988), pp. 299-304, che ritiene «likely that only childless wives *in manu* lost their *sua heres* status under the *S.C. Gaetulicianum*», e ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 123-127 (con ulteriori richiami bibliografici), secondo il quale le frodi che tale senatoconsulto ha valuto vanificare erano di tre tipologie: due a vantaggio del marito (che con la *conventio in manum* succedeva al patrimonio a titolo universale della moglie anche in mancanza di figli e che acquisiva una *filia* e anche una *capacitas* completa al fine di succedere

Come anticipato, le costituzioni imperiali di IV e V secolo in materia furono poche e di esigua rilevanza, limitandosi queste a confermare il sistema successorio e i relativi principi regolatori precedentemente stabiliti (salvo in un caso, di cui si dirà, comunque temporalmente circoscritto)³⁰.

La prima fonte che viene in rilievo fu promulgata a Milano dall'imperatore Onorio il 27 luglio 395 e inviata al vicario della Spagna Petronio³¹. È collocata nel titolo *quorum bonorum* sia nel Codice teodosiano (C.Th. 4, 21) che nel Codice giustiniano (C.I. 8, 2)³²:

C.Th. 4, 21, 1: *Impp. Arcad(ius) et Honor(ius) AA. Petronio vic(ario) Hispaniarum. Quid tam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiam si quid possit tribui de proprietate luctamen? Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium*

al patrimonio di un estraneo) e una a vantaggio della moglie (che diveniva *sua heres* e dunque *excepta persona* rispetto alle leggi caducarie). Diversamente VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, cit., pp. 351-352, ha ritenuto tale senatoconsulto direttamente conseguente quelli Tertulliano e Orfiziano e atto a ristabilire un equilibrio tra i rapporti successori di moglie e marito: «Il marito... in forza del Senatoconsulto Orfiziano, non poteva concorrere nella stessa linea dei figli della donna alla successione *ab intestato* della moglie. Era giusto quindi escludere che anche la moglie potesse concorrere nella stessa linea dei figli alla successione *ab intestato* del marito» (p. 352). Per una critica, vd. ASTOLFI, *op. cit.*, p. 127.

³⁰ In merito alla discussa configurazione dell'istituto pretorio in età tardoantica, e in particolare alla *bonorum possessio unde vir et uxor*, si consideri l'unica specifica indagine in materia, quella della già menzionata PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, cit., pp. 237-253.

³¹ Petronio rivestì la carica di *vicarius Hispaniarum* dal 395 al 397 e, successivamente, quella di prefetto del pretorio delle Gallie. Su questa figura, vd. J. R. MARTINDALE, v. *Petronius* (1), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, A.D. 395-527, Cambridge, 1980, pp. 862-863.

³² C.Th. 4, 21, 1 è stato oggetto di grande interesse da parte della dottrina più risalente sotto il profilo del diritto processuale successorio e, in particolare, quello dei rapporti tra l'azione basata sull'interdetto *quorum bonorum* e l'azione di rivendica. Per una panoramica sulle questioni affrontate dai Pandettisti e sulle diverse posizioni assunte dalla dottrina, vd. C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, XXXVII-XXXVIII.2, Erlangen, 1873, pp. 416-425 (= *Commentario alle pandette*, XXXVII-XXXVIII, parti 2 e 3, trad. a cura di B. Brugi, Milano, 1906, pp. 317-323). Sulla costituzione si sofferma brevemente anche VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., p. 51. Più di recente, della disposizione si sono occupati anche VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 33-34 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 215-216) e PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, cit., pp. 247-250.

responsa tum lex ipsa naturae successores eos faciat. Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis in petitoem corpora transferantur secundaria actione proprietatis non exclusa. Dat. VI kal. Aug. Mediol(ano) Olybrio et Probino cons.

C.I. 8, 2, 3: *Imp. Arcadius et Honorius AA. Petronio vicario. Constat virum a bonis intestatae uxoris superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa et lex ipsa naturae successores eos faciat. 1. Ergo iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis per interdictum quorum bonorum in petitoem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa. D. VI k. Aug. Mediolani Olybrio et Probino cons.*

La questione sottoposta all'attenzione della cancelleria imperiale è la seguente. Alcuni consanguinei di una donna, deceduta senza aver fatto testamento, esperiscono l'*interdictum quorum bonorum* – come espressamente dichiarato nel testo giustiniano, in cui il profilo giuridico successorio è più evidente³³ – al fine di entrare in possesso dell'eredità che si trova nelle mani del marito, il quale sostiene di essere proprietario di una parte dei beni.

L'imperatore dà ragione ai consanguinei della defunta, successori in base alla «*lex ipsa naturae*»³⁴ e ai «*prudentium omnium responsa*»: in tali circostanze, il marito è da considerarsi *extraneus* alle vicende successorie³⁵,

³³ Mentre la versione teodosiana sembra interessarsi maggiormente al conflitto tra proprietà e possesso (come si evince dalla frase d'apertura, non riportata nel *Codex Iustinianus*), i giustiniani sembrano apprestare particolare attenzione alle vicende successorie. Sul punto, vd. PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, cit., pp. 247-250.

³⁴ Sul concetto di «*lex ipsa naturae*» qui presente, vd. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, *La famiglia – rapporti patrimoniali – diritto pubblico*, Milano, 1954, pp. 334-335; G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli, 1984, p. 195; W. WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in ZSS, 111 (1994), pp. 18-19. Il diritto di cognazione veniva fondato sul diritto naturale già dai giuristi dell'età del Principato, cfr. Gai. 1, 158: *Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognatis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*

³⁵ Secondo VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 34 n. 100 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 216 n. 100), questa osservazione nei confronti del marito potrebbe essere giustificata da una sua precedente richiesta di ammissione alla *bonorum possessio intra alienam vicem*, ammessa da Costantino nel 320: cfr. C.I. 6, 9, 9 (la *subscriptio* riporta la data del 339, ma la datazione corretta è di O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der*

è tenuto a consegnare i beni ai parenti della donna e potrà – eventualmente e solo successivamente – esercitare un’azione di rivendica per far valere il proprio diritto di proprietà.

La costituzione conferma, dunque, la vigenza dell’ordine di diritto pretorio già indicato. Il coniuge superstite è l’ultimo chiamato a succedere e, se vi sono legittimati di grado antecedente, è a lui preclusa ogni aspettativa successoria.

Maggiore rilevanza riveste parte della costituzione di Teodosio II³⁶ inviata il 20 febbraio 428 al prefetto del pretorio Ierio³⁷ e collocata in C.Th. 5, 1, 9³⁸:

christlichen Kaiserzeit, Stuttgart, 1919 [rist. anast. Frankfurt am Main, 1964 e 1984], p. 169 e p. 442).

³⁶ È pacifico che la costituzione provenga dalla cancelleria di Teodosio II, benché nelle *inscriptiones* compaia anche il nome di Valentiniano III: il luogo di emissione (Costantinopoli) e la *subscriptio* «*Tauro et qui fuerit nuntiatius*» (il console eletto in Occidente non era ancora noto) testimoniano la provenienza orientale della legge. Vd. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, cit., p. 355 e M. AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, II, Milano, 1956, p. 297 n. 4 e p. 298. Questa costituzione di Teodosio II del 428 si presenta scissa all’interno del Codice teodosiano in più parti, collocate sotto differenti rubriche, e deve essere così ricostruita: C.Th. 2, 3, 1; C.Th. 3, 5, 13; C.Th. 3, 7, 3; C.Th. 3, 13, 4; C.Th. 4, 6, 8; C.Th. 5, 1, 9 e una parte mancante nel Codice teodosiano riportata in C.I. 6, 61, 2. La ricomposizione della costituzione risale già a IACOBI GOTHOFREDI *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis... Tomus primus*, Lipsiae, 1736 (rist. anast. Hildesheim-New York, 1975), pp. 109, 313, 321, 347 e CXCVII; più di recente, vd. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in *AUPA*, 16 (1931), p. 513 n. 2 (come estratto autonomo con la medesima impaginazione: Cortona, 1933) e AMELOTTI, *op. cit.*, pp. 295-315. Da ultimo e in senso critico, vd. M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana, IV Convegno Internazionale*, Perugia, 1981, pp. 209-210 n. 8 (= *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova, 1986, pp. 245-247 n. 8), il quale ritiene si tratti di un gruppo di tre differenti costituzioni emanate lo stesso giorno e non un unico testo legislativo. La questione non pregiudica in alcun modo le considerazioni svolte a seguire in merito alle finalità perseguite dal legislatore. Nel complesso, Teodosio II apportò rilevanti modifiche alla disciplina del matrimonio e dei rapporti patrimoniali e successori tra coniugi. Un’analisi complessiva delle varie disposizioni permetterà di porre in luce il fine perseguito dall’Imperatore: vd. *infra*.

³⁷ Ierio rivestì due volte la carica di prefetto del pretorio d’Oriente, dal 425 al 428 e, nuovamente, dal 432. Sulla sua figura, vd. MARTINDALE, v. *Hierius* (2), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., p. 557.

³⁸ Sul contenuto dispositivo della *constitutio*, vd. C. F. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts*², Erlangen, 1822, p. 372; T. SCHIRMER, *Handbuch des*

C.Th. 5, 1, 9: *Idem AA. Hierio p(raefecto) p(raetori)o. Pridem latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges vel etiam comparentur; cum, si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumptuosa est testandi occasio, ut desiderio suo quisquam subvenire differat, quod interdum ita sensu levio concipitur, ut antiqui nec quod extraneis ac saepe ignotis in donationibus successionibusque tribuitur coniugibus concesserint, reprimendum inter hos potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum favorem mutuuum arbitrati. Verum lex alia, quam pridem tulimus, ut matrimoniis auxilium impertiret, deficientis hoc totum credidit arbitrio permittendum. Nunc vero parentibus extantibus vel propinquis ab intestato venire coniuges prohibemus. Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur coniugis ab intestato hereditas, et lege proposita divulgatur omnem huiusmodi spem successionis, quae ab intestato deferetur, coniugibus deponendam, nisi ille casus emergerit, ut nemo de propinquis successionem mortui vindicare possit ex lege, cum fisco nostro qualiscumque iura matrimonii praeponamus. Et cetera. Dat. X kal. Mart. Costant(ino)p(oli) Tauro et qui fuerit nuntiatus cons.*

La disposizione è scarnamente e parzialmente riportata in due differenti luoghi del Codice giustiniano, C.I. 6, 24, 11 e C.I. 6, 18, 1³⁹.

Römischen Erbrechtes. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis, I, Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend, Leipzig, 1863, p. 233 n. 6; VON WOEB, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana, cit., pp. 51-52; BEINART, The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants, cit., p. 286; NUYENS, La condition patrimoniale du couple et du conjoint survivant en droit romain, cit., p. 269; VOGLI, Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec., cit., p. 5 (= Studi di diritto romano, II, cit., p. 183); HEYSE, Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom, cit., pp. 30-31 e, da ultima, PULITANÒ, Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana, cit., pp. 245-247.

³⁹ T. MOMMSEN e P. M. MEYER, *ad h. l.*, indicano anche C.I. 8, 53, 29: *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio pp. In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est: et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur. D. XI k. Mai. Felice et Tauro cons.* Così anche WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, cit., p. 20. AMELOTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, cit., p. 298, segnala la costituzione con un punto interrogativo. Il riferimento manca, invece, in CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, cit., p. 190 n. 5.

Quest'ultima, in particolare, ripropone soltanto il nucleo essenziale di C.Th. 5, 1, 9 e risulta qualificabile, pertanto, come un suo mero "indice"⁴⁰:

C.I. 6, 24, 11: *Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio pp. Extraneum etiam penitus ignotum heredem quis instituire potest. D. X k. Mart. Constantinopoli Felice et Tauro cons.*

C.I. 6, 18, 1: *Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio pp. Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo iure succedant, quotiens deficit omnis parentum liberorum seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco escluso. D. X k. Mart. Constantinopoli Felice et Tauro cons.*

Con C.Th. 5, 1, 9, Teodosio II interviene al fine di abrogare parte di una precedente costituzione – purtroppo non pervenutaci – il cui contenuto può essere parzialmente dedotto dal tenore del testo. In questa sede, l'imperatore coglie l'occasione per riaffermare alcuni rilevanti principi giuridici in materia di successione patrimoniale tra coniugi.

Viene enunciato, anzitutto, il fine perseguito dalla riforma, ossia quello di non far preferire, e neppure concorrere, nel caso di una successione *ab intestato*, i coniugi ai *parentes* o *propinques* del *de cuius*⁴¹. La *ratio* della disposizione è ricondotta a un duplice ordine di fattori: da una parte, le ragioni che spingono a preferire *parentes* e *propinques*, dall'altra, i motivi che portano a sfavorire la successione intestata del coniuge superstite. Se da una parte, dunque, a difesa di quella che viene definita una vera e propria

⁴⁰ Così, in particolare, CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, cit., p. 267.

⁴¹ L'ambito di riferimento è quello della *bonorum possessio*. Si prescinde, in tale sede, dal ricorso alla tradizionale terminologia delle classi pretorie e si utilizzano denominazioni proprie dell'età tardoantica. Vd., sul punto, PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, cit., p. 246: «L'aggettivazione lascia intravedere la distinzione tra *legitimi*, nel senso di gruppo comprensivo sia degli agnati – i "vecchi" *legitimi* –, sia dei successori *ex senatusconsultis* (Tertulliano e Orfiziano), sia dei *legitimi* beneficiari della legislazione imperiale, e i *cognati*, la cui parentela è *naturalis*, cioè fondata sul legame di sangue (non si esclude che in tale nozione possano essere ricompresi anche i *liberi naturales*)».

“*praerogativa*”⁴² dei parenti del defunto a essere chiamati all’eredità di quest’ultimo, deceduto senza aver lasciato un testamento, vi sono sempre la “*natura*” e le “*leges*”⁴³, dall’altra vi è la “*sanctitas*”, un concetto secondo alcuni riconducibile alla nuova concezione cristiana del matrimonio e che non può mancare nell’unione legittima tra un uomo e una donna⁴⁴.

La tutela successoria del consorte superstite viene così affidata al “*foedus coniugalis*” e alla “*testandi occasio*”, che non appare, agli occhi del legislatore, difficile o dispendiosa da realizzare. L’abrogazione dei limiti posti alla successione testamentaria reciproca dei consorti *orbi*, infatti, avvenuta pochi anni prima per ordine dello stesso Teodosio (con C.Th. 8, 17, 2 [a. 410])⁴⁵, aveva superato la diffidenza degli antichi nei confronti di quel

⁴² Sulla posizione successoria di cui godono *parentes* e *propinqui* quale *praerogativa*, vd. R. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dommatico*, Tolentino, 1937, pp. 150-151 (= *Annali della R. Università di Macerata*, 12-13 (1939), pp. 49-50 e ID., *Scritti*, I, *Sezione prima. Saggistica*, con una nota di lettura di A. Mantello, Napoli, 1998, pp. 456-457), nonché A. M. GIOMARO, *Il prefetto del pretorio Flavio Magno Aurelio Cassiodoro e la sua “squadra”: il praerogativarius qui secreti munus iudicialis accepit*, in *Ravenna capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, I, *Saggi*, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 263-264.

⁴³ Torna il richiamo alla natura già visto in C.Th. 4, 21, 1 (vd. *supra*). Sul punto, vd. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 334: «La natura, più che fondamento teorico, si considera quasi come causa giuridica della attribuzione della eredità... [S]i parla di *naturae legisque pariter praerogativa*, come se il legislatore si compiaccia che l’ordinamento giuridico sia conforme a quello risultante dalla natura». Vd. anche LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, cit., pp. 195-196 n. 16 e WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, cit., pp. 20-21. E torna ancora il richiamo – vd. sempre *supra* – alle disposizioni degli *antiqui*, cioè dei giuristi di età del Principato, qui chiamate “*leges*” (sulla plausibilità di tale terminologia, vd. P. BIANCHI, *Iura-leges. Un’apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano, 2007, pp. 135-138).

⁴⁴ Espressioni come «*sanctitas... digna foedere coniugali*» e «*soluta matrimonii caritate*» (presente in C.Th. 3, 5, 3) sarebbero di matrice cristiana e allusive alla nuova concezione del matrimonio quale sacramento secondo BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 75, seguito da M. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, p. 159 n. 4. Critico sul punto M. SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 369-370 (= *Studi sul diritto del tardo impero*, cit., pp. 346-347 e *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana, VII Convegno Internazionale*, Napoli, 1988, pp. 51-52). Di certo, il termine “*sanctitas*” non era sconosciuto al mondo pagano, che ne faceva ampio utilizzo sotto svariate accezioni: vd. H. FUGIER, *Recherches sur l’expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, p. 182 ss. e, ampiamente, C. SANTI, *L’idea romana di sanctitas*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, 68 (2002), pp. 239-264.

⁴⁵ Sull’abrogazione di tale stringente limitazione, si tornerà ampiamente *infra*.

“*sensus levis*” che talora guida i rapporti tra coniugi e li pone «*in loco ancipiti*», spingendoli a effettuare donazioni o lasciti poco ragionevoli.

In chiusura, Teodosio ribadisce ancora una volta che nessuna menzione debba essere fatta alla legge precedente, che ogni coniuge superstite non debba avere più alcuna speranza successoria, nel caso in cui il consorte muoia senza aver fatto testamento, ma vi siano dei suoi parenti o *propinqui*. Solamente al fisco devono essere preferiti gli «*iura matrimonii*»⁴⁶.

Come si è anticipato, sfortunatamente non è stata conservata la legge che con fermezza la cancelleria imperiale ordina di abrogare e che non viene richiamata da nessun'altra costituzione⁴⁷. Quel che è certo è che si trattava di una disposizione rimasta in vigore per un limitato periodo temporale («*pridem latae constitutionis pars abroganda est*»; «*medio brevique tempore contigisse alicui dicatur coniugis ab intestato hereditas*»), intervenuta dopo il 395 (anno

⁴⁶ Da un punto di vista logico-grammaticale, F. WIEACKER, *Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1931, p. 281, osserva che: «So wie er hier steht, ist der Satz offenbar sinnlos; “cum-proponamus” ist jetzt kausal für den Hauptsatz, so daß der Gedankengang ist “Ehegatten erben nicht, weil die Ehe dem Fiskus vorgeht”».

⁴⁷ All'anno 426 (in cui, con grande probabilità, era in vigore la disposizione in oggetto), risale C.Th. 8, 19, 1: *Imp. Theodosius et Valentinianus AA. ad Senatum. Post alia: Cum venerandae leges vetuerint patribus iure potestatis adquiri, quidquid eorum filiis avia avia, proavus proavia a linea materna venientes quocumque titulo contulissent, hoc quoque convenit observari, ut, quidquid vel uxor marito non emancipato vel marito uxori in potestate positae quocumque titulo vel iure contulerit sive transmiserit, hoc patri nullatenus adquiratur, atque ideo in eius tantum, cui delatum est, iure durabit. Et cetera. Dat. VII id. nov. Ravenna DD. NN. Theodosio XII et Valentiniano II AA. Cons.* Questa legge è riportata anche in C.I. 6, 61, 1 e prevede un ampliamento dell'autonoma capacità successoria dei *filii familias* (vd. *supra*). La costituzione è stata considerata dalla maggioranza della dottrina parte di una più ampia *oratio* tenuta da Valentiniano III a Ravenna e inviata al senato romano. Per una ricognizione delle principali posizioni, vd. F. GALGANO, *Acquisto ereditario e transmissio delationis in alcune costituzioni di Teodosio II e Valentiniano III*, in *SDHI*, 64 (1998), pp. 297-298 n. 2. La cancelleria imperiale ravennate si riferisce assai genericamente ai beni che «*quocumque titulo vel iure*» passino dal marito alla moglie. Benché l'*interpretatio* ricollegghi tale espressione ai soli istituti della donazione e del testamento, è da ritenere sottintesa anche la *bonorum possessio*, con la disposizione di classi di successibili poi abrogata da C.Th. 5, 1, 9. Su C.Th. 8, 19, 1, per tutti, vd. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 37-38 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 220) e PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, cit., pp. 243-244.

di promulgazione di C.Th. 4, 21, 1)⁴⁸ e prima del 428 (anche se, forse, come si dirà a breve, il termine *ante quem* potrebbe piuttosto essere il 410). Quale fosse la diversa posizione del coniuge superstite nelle classi di successibili qui prevista non è determinabile e, in proposito, ci si può limitare a mere congetture⁴⁹.

Sorge spontaneo interrogarsi sul motivo per cui la cancelleria imperiale abbia disconosciuto un principio socio-giuridico di secolare tradizione, dettato dalla natura e da antiche disposizioni, per tornare, di lì a pochi anni, alla sua piena riaffermazione. La risposta mi sembra possa rinvenirsi nella stessa C.Th. 5, 1, 9 e, parimenti, nell'analisi di altre due disposizioni che compongono la costituzione emanata nel 428 da Teodosio.

Da una parte, infatti, come la stessa disposizione appena esaminata afferma, la possibilità del consorte superstite senza figli di percepire illimitatamente un lascito testamentario del coniuge – che si è detto essere stata concessa nel 410 con C.Th. 8, 17, 2 e venire assicurata dalla *sanctitas* matrimoniale – non rendeva più necessario avvantaggiare la successione intestata tra marito e moglie (e per questo è ragionevole pensare che il precedente regime sia entrato in vigore prima dell'abrogazione della *lex decimaria* e proprio per attenuarne il rigore). Dall'altra, vengono in rilievo le modifiche, orientate a criteri di favore, apportate dalle altre parti della costituzione ai regimi di costituzione della *donatio ante nuptias* (C.Th. 3, 5, 13) e della dote (C.Th. 3, 13, 4)⁵⁰. In particolare, per quanto concerne il primo istituto, come si vedrà meglio quando si analizzerà nel dettaglio C.Th. 3, 5, 13, la tutela apprestata alle vedove fu ben più profonda di quanto possa sembrare *prima facie* e non si limitò alla semplificazione del regime di

⁴⁸ Vd. quanto detto *supra*, circa la portata meramente confirmatoria della costituzione in merito agli ordini dei *bonorum possessores*.

⁴⁹ Secondo VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 5 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 183), tale riforma «forse ammetteva il concorso del coniuge con i collaterali del defunto, un po' come Costantino aveva deciso per la madre erede del figlio» (cfr. C.Th. 5, 1, 1 [a. 318]).

⁵⁰ Su queste disposizioni si tornerà ampiamente a seguire: vd. rispettivamente *infra*.

costituzione della donazione e alla tutela delle mogli dalle frodi poste in essere dai mariti o dai loro eredi. Si dirà, infatti, che il legislatore si spinse al punto di avvallare e agevolare la prassi della restituzione in dote della donazione (la c.d. *donatio in dotem redacta*) a specifica tutela della sola donna superstite.

Aboliti, dunque, i limiti posti alla capacità successoria testamentaria reciproca dei coniugi *orbi* e agevolata contestualmente la posizione della vedova, favorendo la costituzione dei beni dotali e delle donazioni nuziali (e la loro riproposizione in dote), il legislatore riconduce il regime degli apporti patrimoniali alla donna superstite entro l'antico schema, senza allontanarsi dai principi della secolare esperienza giuridica romana, a differenza di quanto precedentemente verificatosi. Il vecchio sistema, che si vedrà essere basato, per l'appunto, sugli istituti del testamento e della dote, risulta così confermato e rinvigorito, oltre che rafforzato e integrato dalla donazione nuziale⁵¹.

La ragione del susseguirsi di interventi normativi in materia, invece, come si vedrà meglio più avanti, è da rinvenirsi nella contestuale situazione di crisi che interessava l'istituto dotale⁵².

La posizione successoria intestata del coniuge superstite determinata e circoscritta da C.Th. 5, 1, 9 trova successivamente conferma in C.Th. 5, 3, 1 (a. 434), ove si colloca la moglie superstite nel quarto grado di successibili

⁵¹ Una complementarità tra quanto abrogato e quanto introdotto è stata osservata anche da AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, cit., pp. 308-309: «Per quanto concerne i rapporti patrimoniali (dote e donazione nuziale), l'atteggiamento di Teodosio II è ispirato a criteri di favore. Tale politica legislativa si manifesta attraverso attenuazioni delle formalità, ma in sostanza vuole facilitare il compimento di negozi che servono alla vita familiare: la dote perché provvede *ad sustinenda onera matrimonii*, la donazione nuziale perché garantisce l'avvenire della vedova. Se la posizione economica di costei è assicurata, non è più il caso di attribuirle una successione *ab intestato*, che pregiudicherebbe i diritti dei parenti del marito e provocherebbe ulteriori spostamenti patrimoniali ad altra famiglia». Come si darà ampiamente conto a seguire, la dote servi anche a garantire la posizione patrimoniale della donna alla morte del marito (vd. *infra*) ed è pertanto possibile concludere che il principale fine perseguito dal legislatore non è tanto quello di avvantaggiare la vita familiare, quanto quello di favorire il sostentamento della donna superstite.

⁵² Sulla crisi della dote, vd. *infra*.

*ex bonorum possessione*⁵³, e nella Novella 21, 1 di Valentiniano III del 446⁵⁴. Quest'ultima *constitutio*, in particolare, ribadisce la superfluità di innovativi

⁵³ C.Th. 5, 3, 1: *Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. ad Taurum p(rae)ff(ectum) p(raetorio) et patric(ium). Si quis episcopus aut presbyter aut diaconus aut diaconissa aut subdiaconus vel cuiuslibet alterius loci clericus aut monachus aut mulier, quae solitariae vitae dedita est, nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus vel liberi, vel si qui agnationis cognationisve iure iunguntur vel uxor extiterit, bona, quae ad eum pertinerint, sacrosanctae ecclesiae vel monasterio, cui fuerat destinatus, omnifariam socientur, exceptis his facultatibus, quas forte censibus adscripti vel iuri patronatus subiecti vel curiali conditioni obnoxii clerici vel monachive cuiuscumque sexus relinquunt. Nec enim iustum est bona seu peculia, quae aut patrono legibus debentur aut domino possessionis, cui quis eorum fuerat adscriptus, aut ad curias pro tenore dudum latae constitutionis sub certa forma pertinere noscuntur, ab ecclesiis detineri, actionibus videlicet competenter sacrosanctis ecclesiis reservatis, si quis forte praedictis condicionibus obnoxii aut ex gestis negotiis aut ex quibuslibet aliis ecclesiasticis actibus obligatus obierit: ita ut, si qua litigia ex huiusmodi competitionibus in iudiciis pendent, penitus sopiantur nec liceat petitori post huius legis publicationem iudicium ingredi vel oeconomis aut monachis aut procuratoribus inferre molestiam, ipsa petitione antiquata, et bonis, quae relicta sunt, religiosissimis ecclesiis vel monasteriis, quibus dedicati fuerant, consecratis. Dat. XVIII Kal. Ian. Ariovindo et Aspare cons. La costituzione, riportata con alcune irrilevanti variazioni anche in C.I. 1, 3, 20, disciplina la destinazione dei beni di chierici e monaci deceduti intestati e ricorda la sequenza dei *bonorum possessores*. Sul punto, vd. PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, cit., p. 251. Per un'analisi della costituzione, si vedano, in particolare, J. L. MURGA, *Sobre la anómala «peculiaridad» de la constitución C. I. 3. 33. (34) del emperador León*, in *Iura*, 19 (1968), parte I, pp. 54-55; G. G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976, pp. 181-183; G. BARONE ADESI, *Il ruolo sociale dei patrimoni ecclesiastici*, in *BIDR*, 83 (1980), pp. 240-243 e ID., *Monachesimo ortodosso d'Oriente e diritto romano nel tardo antico*, Milano, 1990, pp. 204-207; A. S. SCARCELLA, *Condotta dei monaci e legislazione imperiale da Teodosio I a Giustiniano*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), pp. 332-333 (che riprende l'esegesi di Archi) e da ultima, con ulteriori indicazioni bibliografiche, M. E. ORTUÑO PÉREZ, *Los bienes de la Iglesia y el patrimonio de los monasterios durante el Bajo Imperio: C. Th. 5, 3, 1 (a. 434)*, in *Ravenna capitale. Codice Teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente. La terra, strumento di arricchimento e sopravvivenza*, Rimini, 2016, pp. 221-249.*

⁵⁴ Nov. Valent. 21, 1: *DD. NN. Impp. Theod(osius) et Valent(inianus) AA. Albino II p(raefecto) p(raetorio) et patricio. Iam dudum quidem divus avunculus noster testamentorum compendia generali lege complexus, formulam iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altaribus coniuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes. 1. Sed quoniam Leonius, v(ir) s(pectabilis) munitus veteribus constitutis nostram supplex maluit expectare sententiam, occasionem novandae legis amplectimur salubri definitione censentes, ut, sive inter se coniugum seu quorumcumque consensus oblati serenitati nostrae precibus optaverit morte praeventi heredem superstitem fieri oportere personam, hoc ita ratum firmumque permaneat, ut nihil robustius aestimetur, et in augustam notitiam pervenisse sufficiat, etiamsi nullum processerit ex hac parte responsum. 2. Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae testimonio principis et subscriptione condetur, si tamen nullum defuncti posterius extabit arbitrium. 3. Leonius vero et Iucunda uxor eius tanta vicissim caritate certarunt, ut fuis simul precibus ius poscerent liberorum et propter incertum sortis humanae superstitem coniugem precarentur heredem: licet superfluo*

interventi legislativi in materia di successione intestata tra coniugi, dal momento che era possibile quella tramite testamento («... *licet superfluo illud addentes, ut intestatae successionis ius ac licentiam sortirentur, cum hoc ipsum, quod serenitati nostrae preces pariter obtulerunt, sit testamenti ordo praecipuus*»)⁵⁵. Ancora una volta, si attesta la refrattarietà del legislatore a introdurre una concreta garanzia giuridica per il consorte superstite.

illud addentes, ut intestatae successionis ius ac licentiam sortirentur, cum hoc ipsum, quod serenitati nostrae preces pariter obtulerunt, sit testamenti ordo praecipuus. Praeterea, sicut supplicationi connexa monstrarunt, quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere iudicium septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis huius definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis adfectus et simplex religio testamenta condentium cunctisque iam liceat quoquomodo et quibuscumque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti iuris ambages. 4. Idcirco, quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspicere voluntatem, cui multum roboris erit si vel septem vel quinque testibus muniatur, et virum spectabilem Leonium praeter fiduciam precum pridem cum uxore communium voluntas quoque alia et subscriptionibus testium munita defendit, apud eundem solida successione lucundae coniugis suae iugiter permanente, quisquis maluerit delata nobis supplicatione testari habeat liberam facultatem. 5. [Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequitur nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus.] 6. Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto munisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querellam vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus, Albine p(arens) k(arissime) a(tque) a(mantissime). 7. Idcirco inlustris et praecelsa magnificentia tua saluberrimam sanctionem mox in omnium pervenire notitiam propositis iubebit edictis, ut possit facile cognosci condendarum servandarumque legum curam nobis esse praecipuam. Dat. XII kal. Nov. Rom. Aetio patricio III et Q. Aurelio Symmacho vv. cc. cons. Prop(osita) in foro divi Traiani. Antelata edicto Albini II p(raefecti) p(raetori)o et patricii.

⁵⁵ Nov. Valent. 21, 1 è stato oggetto di peculiare interesse da parte della dottrina che si è occupata dei testamenti di età tardoantica (in particolare, in relazione alle forme *apud acta e principi oblatum*). Per tutti, con ampia ricognizione bibliografica, vd. F. ARCARIA, *Per la storia dei testamenti pubblici romani: il «testamentum apud acta conditum» ed il «testamentum principi oblatum»*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, pp. 213-230. Sulla Novella si sono soffermati anche gli Autori che hanno indagato le sorti del *ius communium liberorum* in Occidente a seguito di C.Th. 8, 17, 2. Tra questi, vd. A. LEVET, *La quotité disponible et les incapacités de recevoir entre époux d'après les lois caducaires*, in *RHD*, 14 (1935), pp. 236-237; VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 18-19 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 197-199); W. DAJCZAK, *Die Aufhebung der Beschränkungen der capacitas von Ehegatten in der nachklassischen Periode. Ein Beitrag zur Erforschung der lex Iulia et Papia*, in *RIDA*, 42 (1995), pp. 161-165 e, da ultima, P. BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e V secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, in *Ravenna capitale. Territorialità e personalità. Compresenza di diversi piani normativi*, Ravenna, 2013, pp. 90-97. In merito al *ius communium liberorum*, vd. quanto detto *infra*.

II. LA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

1. LE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE DEL MARITO

L'inesistente ed esigua considerazione apprestata, rispettivamente, dal diritto civile e dal diritto pretorio alla moglie superstite convenuta *sine manu* poteva essere rimediata dalle disposizioni testamentarie del marito.

Secondo quanto riportato da alcune fonti letterarie, nel I e II sec. d.C., prevedere a favore del coniuge superstite nel proprio testamento voleva dire, anzitutto, adempiere a un dovere morale dettato da *pietas, fides, pudor*, nonché *humanitas*⁵⁶. E le fonti dell'età del Principato, d'altro canto, così come sono recepite nel diritto giustiniano, testimoniano la frequente prassi di disporre dei lasciti – di differente contenuto e natura – in favore delle

⁵⁶ Così Plin., *epist.* 8, 18, 7: *Quo laudabilius testamentum est, quod pietas, fides, pudor, scripsit, in quo denique omnibus adfinitatibus pro cuiusque officio gratia relata est, relata et uxori.* Cfr. anche Apul., *apol.* 100, 2: *... mihi vero tenue nescio quid honoris gratia legatum, ne, si quid ei humanitas attigisset, nomen maritus in uxoris tabulis non haberem.* In argomento, vd. VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., pp. 49-50. Sull'*humanitas*, vd., in specie, anche F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig, 1934 (rist. anast. Berlin, 1954 e 2003), p. 134: «Die humanitas erstrebt das Geziemende, wie es sich aus der Individualität des einzelnen ergibt; daher hier statt eines starren gesetzlichen Erbrechts eine individualisierende angemessene Ordnung der Verhältnisse durch Rechtsgeschäft». Circa la complessa valenza del termine, alcune indicazioni sono riportate anche *infra*.

vedove⁵⁷. Si tratta di un uso mai venuto meno, che dall'età del Principato raggiunse quella tardoantica e giustiniana⁵⁸.

Sebbene parte della dottrina abbia parlato, per l'età tardoantica, di una crisi del testamento maritale⁵⁹, soprattutto alla luce del “nuovo” istituto della

⁵⁷ Si considerino, a tal proposito, i risultati cui è pervenuto all'inizio dello scorso secolo VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., pp. 52-60. L'Autore ha analizzato i casi di successione testata in cui era ancora in vita il coniuge del *de cuius* presenti nei *digesta* e nei *responsa* di Scevola, nelle *quaestiones* e nei *responsa* di Papiniano e nei *responsa* di Modestino, evidenziando come: «Die Zuwendungen übertreffen die Übergehungen sohin bei weitem, in Zahlen ausgedrückt stellt sich das Verhältnis für die Frau bei Scaevola auf 49: 6, bei Papinian auf 23: 3, bei Modestin 7: 0...». Von Woëß ha altresì preso in considerazione i lasciti a favore del marito superstite, evidenziando un «unverhältnismäßige[s] Überwiegen der Zuwendungen an die Frau», che ha spiegato in ragione del fatto che «der Mann im Durchschnitt reicher ist als die Frau». Tenuto conto che i dati statistici presi in considerazione prescindono dal valore dell'oggetto dei lasciti e che non possono dunque logicamente condurre ad alcuna considerazione relativa alla “ricchezza” del *de cuius*, una più probabile ragione di tale risultato mi sembra risiedere nel fatto che l'autosufficienza economica di cui godeva la vedova era certamente più limitata di quella del marito superstite e che ella necessitava, pertanto, di maggiore tutela. Non si trascurino, poi, ragioni di ordine naturale, dovute alla statisticamente notoria superiore longevità delle donne, nonché alla differenza di età tra i coniugi, dal momento che è certo che la donna, in media, si sposava in più giovane età (sarebbe questo un elemento non sufficientemente provante secondo VON WOEB, *op. cit.*, pp. 58-59).

⁵⁸ In generale, in merito alla prassi testamentaria a favore della vedova nell'età del Principato – e qualche cenno alle evoluzioni successive –, vd. COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 67-70 e pp. 164-181; VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., pp. 45-65; ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., pp. 5-20 (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., pp. 41-58); NUYENS, *La condition patrimoniale du couple et du conjoint survivant en droit romain*, cit., pp. 264-266; HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 40-159 e, da ultima, A. MONTAÑANA CASANI, *La veuve et la succession héréditaire dans le droit classique*, in *RIDA*, 47 (2000), pp. 415-448. Per quanto concerne le forme di legato più comunemente attribuite alle vedove, i principali contributi, indicati in relazione ai singoli legati anche nelle note a seguire, sono quelli di F. DUMONT, *Les revenus de la dot en droit romain*, in *NRHD*, 22 (1943), pp. 39-42; GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 81-112; L. BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RHD*, 43 (1965), pp. 374-395 e HEYSE, *op. cit.*, pp. 77-106.

⁵⁹ Così ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., in particolare p. 22 (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., p. 60), ha evidenziato come «Au temps des grands jurisconsultes, la famille était forte encore et unie au point de vue du droit. Au Bas-Empire, elle se désagrège. Les droit pécuniaires de ses membres se dégagent peu à peu: en laisser le règlement, comme jadis, au testament du *paterfamilias*, c'était, dans le idée nouvelles, les mettre à la merci d'une volonté arbitraire et changeante». Lo segue P. VACCARI, *Matrimonio Franco e Matrimonio Romano. Studi preliminari*, Pavia, 1911, p. 66 n. 1. Anche F. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bologna, 1892, p. 5 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, Bologna, 1931, p. 123), ha

donazione nuziale⁶⁰, una simile tesi non è in alcun modo avvalorata dalle fonti. Anzi, se si pensa a quale possa essere stata l'influenza dei valori cristiani sui legami familiari dell'epoca, in particolare sul vincolo coniugale⁶¹ – e il notevole quantitativo di fonti epigrafiche la testimoniano⁶² – questa teoria perde notevole credibilità.

Anche volendo riconoscere che, nelle provincie orientali, il testamento non rivestì quel ruolo fondamentale che esso aveva per il cittadino romano d'Occidente⁶³, basti ricordare le già menzionate eloquenti parole di Teodosio II in C.Th. 5, 1, 9 («*si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumptuosa est testandi occasio, ut desiderio suo quisquam subvenire differat*»), nonché l'ampio spazio lasciato dai compilatori in materia di lasciti testamentari a favore della moglie superstite, per comprendere come neppure in tale parte dell'Impero questo strumento

osservato che: «Ma come, per la decadenza dei costumi, fu nella donna venuta meno la certezza morale di conseguire per testamento quel tanto dei beni maritali, che in caso di vedovanza le avrebbe permesso di continuare a vivere in una posizione rispettata e non dissimile a quella tenuta durante la vita del marito, allora s'ebbe ricorso alle largitates sponsalitiaie, per assicurare alla vedova gl'identici vantaggi». Similmente, vd. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 167. Sottolinea, invece, l'importanza del testamento anche in età tardoantica, N. TAMASSIA, *Il testamento del marito. Studio di storia giuridica italiana*, Bologna, 1905, pp. 20-25 (= *Scritti di storia giuridica*, III, Padova, 1969, pp. 388-389).

⁶⁰ Sulla donazione nuziale e sulla sua introduzione, vd. ampiamente *infra*.

⁶¹ In argomento, vd. J. GAUDEMET, *Les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme*, in *Romanitas*, V (1962), pp. 58-85 (= *Études de droit romain*, III, *Vie familiale et vie sociale*, cit., pp. 283-310).

⁶² Un ampio catalogo di fonti epigrafiche che testimoniano i valori coniugali tra i consorti cristiani è presente in P. TESTINI, *Aspetti di vita matrimoniale in antiche iscrizioni funerarie cristiane*, in *Lateranum*, 42.1 (1976), pp. 150-164 e J. JANSSENS S. I., *Vita e morte del cristiano negli epitaffi di Roma anteriori al sec. VII*, Roma, 1981, pp. 103-132. Si consideri anche l'indagine inerente alle fonti epigrafiche tardoantiche rinvenute nella colonia romana di Mutina di M. MONGARDI, *Rapporti familiari a Mutina e nel suo agro tra III e V secolo d.C.: considerazioni alla luce della documentazione epigrafica*, in *La famiglia tardoantica. Società, diritto, religione*, a cura di V. Neri e B. Girotti, Milano, 2016, pp. 209-221.

⁶³ Vd. sul punto, contrariamente alla tesi qui sostenuta, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, rist. corretta della I ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, p. 523: «... nelle provincie orientali il testamento romano, se venne ricevuto, non ritrovò le stesse simpatie, sicché la donna non era più certa di conseguire per questa via il necessario appannaggio vedovile, e poiché a questo scopo erano precisamente ivi destinate le donazioni nuziali, esse riempivano per i Neo-romani dell'Oriente una lacuna che dai prischi Romani non era mai stata sentita».

possa aver rivestito una minore importanza, almeno per ciò che concerne i rapporti coniugali. Insomma, il testamento non depose mai la sua rilevantissima funzione, al più l'incrementò⁶⁴.

L'attività interpretativa del testamento del marito da parte dei giuristi dell'epoca del Principato, inoltre, fu spesso orientata da criteri di favore nei confronti della vedova⁶⁵. In dottrina si è parlato a tal proposito di un vero e proprio "*favor uxoris*"⁶⁶, a cui, tra l'altro, pare possibile ricondurre i casi di applicazione del principio *falsa demonstratio non nocet* al legato di dote⁶⁷.

⁶⁴ Nello stesso senso, vd. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., p. 94 e 104.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, D. 28, 6, 45 pr. (Paul. 12 *resp.*); D. 31, 21 (Cels. 20 *dig.*); D. 31, 34, 3 (Mod. 10 *resp.*); D. 32, 29 pr. (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 32, 33 pr. (Scaev. 15 *dig.*); D. 32, 42 (Scaev. 33 *dig.*); D. 33, 6, 7 pr. (Iav. 2 *ex post. Lab.*); D. 34, 2, 18 pr.-1 (Scaev. 22 *dig.*). Attiene invece a un'ipotesi di successione intestata – pur risolta favorevolmente per la moglie superstite – D. 34, 5, 9, 1 (Tryph. 21 *disp.*). In tal senso, cfr. anche la pronuncia di Papiniano citata da Giustiniano in C.I. 6, 25, 10 (a. 531): l'ipotesi è quella di un testamento per metà a favore della moglie superstite e per metà del figlio concepito, con la disposizione della sua sostituzione nel caso di mancata nascita. Papiniano ritiene che l'eredità vada interamente devoluta alla donna (e non si debba procedere con la successione dell'infante) anche qualora il figlio muoia impubere. Secondo H. J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972, p. 166, rappresenta una «Bresche in die Regel» enunciata in D. 28, 6, 4 pr. (Mod. *l. s. de heurmat.*) in nome del *favor uxoris*. Individua, invece, una diversa ragione alla base del *responsum* papiniano E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, III, *Favor testamentorum e voluntas testantium*, Roma, 1964, p. 81 n. 2, che vi rinviene applicato «un principio giuridico rigoroso», ossia quello della successione della madre *ab intestato* del figlio morto impubere, in base al senatoconsulto Tertulliano. Su questa fonte, vd. in specie anche J. D. HARKE, *Testamentsauslegung bei Papinian*, in *Argumenta Papiniani. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, hrsg. J. D. Harke, Berlin-Heidelberg, 2013, pp. 64-65. Orientata a un simile criterio è anche C.I. 6, 21, 6, 1 (a. 226), sulla quale vd. WIELING, *op. cit.*, pp. 164-165.

⁶⁶ Così VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., pp. 60-62 e WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, cit., pp. 21, 26-27, 120, 163-165, 235-236. La nozione è stata acquisita anche a livello istituzionale, vd. H. HAUSMANINGER, W. SELB, *Römisches Privatrecht*⁹, Wien-Köln-Weimar, 2001, p. 345.

⁶⁷ Cfr., ad esempio, D. 33, 4, 1, 8 (Ulp. 19 *ad Sab.*); D. 33, 4, 6 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 35, 1, 40, 4 (Iav. 2 *ex post. Lab.*); C.I. 6, 44, 3, 1 (a. 223); I. 2, 20, 15. In particolare, sul punto, vd. H. J. WIELING, *Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta im römischen Testament*, in *ZSS*, 87 (1970), p. 200 ss. Si consideri, tuttavia, anche quanto detto *infra* in merito alla presunta evoluzione del principio a seguito dell'adeguamento al regime legale di restituzione della dote. In generale, in merito al principio *falsa demonstratio non nocet*, vd., tra gli altri, G. DONATUTI, '*Falsa demonstratio non nocet*', in *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, pp. 313-324; G. GROSSO, *Sulla falsa demonstratio nelle disposizioni di ultima volontà*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano, 1930, pp. 187-216 e P. VOICI, *Diritto*

Questo *favor*, che per lungo tempo, tuttavia, conflisse con la presunzione posta dall'*edictum de alterutro*, sembra permanere anche in età giustiniana⁶⁸.

Le fonti che rilevano, trattando del testamento maritale, sono numerose e differenti sono le tipologie di previsioni apprestate alla vedova dal consorte in vista della sua morte. A questo proposito, a seguire, si delinea una panoramica della situazione in cui operarono le disposizioni imperiali oggetto di questa ricerca, richiamando, sinteticamente, gli istituti elaborati dai giuristi romani e recepiti sino all'età giustiniana.

a. L'istituzione di erede

La moglie, anzitutto, poteva essere istituita erede nel testamento del marito⁶⁹. Si tratta di una situazione che sovente si incontra nelle fonti, forse addirittura accentuatasi in età tardoantica⁷⁰, ma che non è tanto frequente quanto quella in cui viene predisposto a suo favore un legato.

La principale ragione di ciò risiede nel fatto che, come si vedrà, le disposizioni di altra natura si apprestano maggiormente a tutelare la posizione successoria dei figli nati dal matrimonio⁷¹. Istituire la vedova quale erede

*ereditario romano*², II, *Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963, pp. 850-856.

⁶⁸ Sull'*edictum de alterutro*, vd. ampiamente *infra*. La riforma apportata all'editto in età giustiniana è esaminata *infra*. Ispirata al *favor uxoris* pare essere la già menzionata C.I. 6, 25, 10 (cfr. *supra*).

⁶⁹ La moglie viene istituita quale unica erede, ad esempio, in D. 31, 89, 7 (Scaev. 4 *resp.*); D. 33, 1, 13, 1 (Scaev. 4 *resp.*) ed erede assieme ai figli e ad altri soggetti in D. 28, 2, 13 pr. (Iulian. 29 *dig.*); D. 31, 34, 3; D. 31, 77 pr. (Papin. 8 *resp.*); D. 31, 88, 16 (Scaev. 3 *resp.*); D. 31, 89 pr. (Scaev. 4 *resp.*); D. 32, 41 pr. e 7 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 *dig.*); D. 32, 42; D. 33, 5, 21 (Scaev. 22 *dig.*); D. 34, 1, 16, 3 (Scaev. 18 *dig.*); D. 36, 1, 83(81) (Paul. 1 *imp. sent. in cognit. prol.*). Viene istituita quale sostituta dei figli in D. 28, 6, 47 (Scaev. 2 *resp.*); D. 29, 4, 27 pr. (Papin. 6 *resp.*); D. 29, 5, 4 (Papin. 6 *resp.*). Ancora, si attribuiscono alla moglie i diritti di *heres* in D. 34, 9, 13 (Papin. 32 *quaest.*) e D. 34, 9, 14 (Papin. 33 *quaest.*). MONTAÑANA CASANÍ, *La veuve et la succession héréditaire dans le droit classique*, cit., pp. 429-434, offre una breve analisi di alcuni dei passi ora richiamati.

⁷⁰ Così secondo KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., pp. 94-96, ove ampia ricognizione di fonti letterarie.

⁷¹ Prendendo sempre ad esempio la statistica di VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., p. 62, egli osserva come nei passi presi in considerazione: «Die

significava, infatti, permetterle di scegliere a chi devolvere, alla sua morte, il patrimonio paterno⁷² e di disporre illimitatamente di tali beni, anche fino al loro esaurimento o dissipamento. Ecco perché si incontrano anche ipotesi di devoluzione alla donna di un'eredità gravata da un fedecommesso predisposto a favore dei discendenti⁷³.

b. *L'attribuzione di un legato*

Si è anticipato che era assai frequente che alla vedova venissero attribuiti uno o più legati comprendenti beni di diverso genere. Come vedremo, alcuni di questi potevano essere anche di modesto valore e avere a oggetto beni di uso quotidiano, già nel possesso della donna. Questi lasciti,

Frau ist vornehmlich durch Legat bedacht, die Einsetzungen machen kaum mehr als $\frac{1}{3}$ aus», mentre per il marito il rapporto è di 2 casi su 3. L'Autore giustifica tale differente trattamento facendo riferimento a dei presunti effetti sulla prassi testamentaria determinati dalla *lex Voconia* anche in seguito alla sua caduta in desuetudine (sulla quale, vedi *infra*). Sul punto anche K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln, 1974, p. 273, il quale ritiene il risultato dovuto anche al «Fehlen eines Komplements zu uxoris causa parata». La ragione principale della maggiore predisposizione di legati a favore della donna al posto della sua istituzione a erede, comunque, come anticipato, è da rinvenirsi nel fatto che, il *pater*, con le sue ultime disposizioni di volontà, solitamente voleva predisporre un lascito atto a tutelare sia la moglie che i figli. A tal proposito, condivisibili sono le considerazioni di M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, pp. 207-214, in merito ai risultati statistici presentati da von Woeß: si tratta di disposizioni pensate «tout en sauvegardant par des procédés ou des détours divers les droits des enfants nés du mariage...» (p. 209).

⁷² Nel caso di morte intestata, già nel 178 d.C., il senatoconsulto Orfiziano aveva stabilito che i figli legittimi e quelli naturali divenissero eredi della donna a preferenza di chiunque altro (cfr. D. 38, 17 *Ad senatus consultum Tertullianum et Orphitianum* e, in argomento, C. SANFILIPPO, *Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano*, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar, 1951, pp. 364-372, nonché A. LÓPEZ GÜETO, *La mujer romana como heredera legítima: los obstáculos políticos, jurídicos y religiosos*, in *IP*, 3.1 [2018], pp. 35-84). Per quanto concerne la capacità testamentaria della donna, questa conobbe differenti fasi di sviluppo: con riguardo all'età antica, vd., con richiamo alla precedente dottrina, la già menzionata MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, cit. In merito al *ius testandi* femminile in età repubblicana, vd. L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, pp. 50-62. In generale, sul punto, vd. anche VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 393-394.

⁷³ A tal proposito si considerino i seguenti passi: D. 36, 1, 59(57), 2 (Papin. 8 *resp.*); D. 36, 1, 76(74), 1 (Paul. 2 *decret.*); D. 36, 1, 80(78), 14 (Scaev. 21 *dig.*). In merito al fedecommesso di restituzione in favore dei figli, si veda HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 214-224.

infatti, si giustificano alla luce del divieto di donazione tra coniugi, che non permetteva alla moglie di acquistare la proprietà di simili beni provenienti dal marito quando egli era ancora in vita. A tal proposito, è possibile ipotizzare che, in seguito all'*oratio Severi*, un provvedimento volto ad attenuare proprio questa proibizione⁷⁴, il ricorso a tali tipi di legati possa essersi almeno parzialmente ridotto, così come quello ai legati volti a confermare le dazioni effettuate dal marito quanto egli era ancora in vita⁷⁵.

Si può dunque tentare di fornire una panoramica sulle principali categorie di legato che abitualmente venivano destinate alle vedove, spesso congiuntamente tra loro⁷⁶.

- Legato della lana, del lino, dei *versicoloria* (lana tinta artificialmente) e della porpora⁷⁷
- Legato dei *vestimenta (muliebria)*⁷⁸

⁷⁴ Sull'*oratio Severi*, provvedimento risalente al 206 d.C., vd. quanto detto *infra*.

⁷⁵ Cfr., ad esempio, D. 30, 109 pr. (Afr. 6 *quaest.*); D. 32, 33, 1 (Scaev. 15 *dig.*) e D. 34, 2, 13 (Scaev. 15 *dig.*). Sul punto, per tutti, vd. P. BUONGIORNO, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana*, I, *Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, Lecce, 2018, pp. 220-225.

⁷⁶ Seguendo il commentario di Ulpiano, pare che, nella sistematica dei *Libri iuris civilis* di Sabino, la rubrica *si uxoris causa parata legentur* fosse posta vicino a quella *De lana purpura vestimentis legatis* e *De penu legata* (vd. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis. Iuris consutorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, II, Leipzig, 1889 [rist. anast. Graz, 1960 e Roma, 2000], coll. 1092-1095; ID., *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892, pp. 48-49 e F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, pp. 50-54). Ciò sembra testimoniare come tutti questi legati, nella maggior parte dei casi, fossero destinati alle vedove. Vd., sul punto, anche R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, pp. 234-235. Esempi di disposizioni testamentarie comprendenti varie tipologie di legati si ritrovano in D. 31, 88, 7 (Scaev. 3 *resp.*); D. 32, 100, 2 (Iav. 2 *ex post. Lab.*); D. 33, 2, 32, 2 (Scaev. 15 *dig.*); D. 33, 2, 39 (Scaev. 6 *resp.*); D. 34, 2, 13; D. 34, 2, 18 pr.; D. 34, 2, 30 (*Paul. lib. sing. de adsig. lib.*) e D. 34, 2, 32, 6 (Paul. 2 *ad Vitell.*).

⁷⁷ Cfr., ad esempio, D. 32, 60, 2 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*); D. 33, 2, 39; D. 34, 2, 4 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 34, 2, 32, 6. Sulle varie questioni giurisprudenziali in merito alla determinazione di tali legati, vd., per tutti, VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 294-295 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 240-246. In argomento, recentemente, è apparsa l'opera monografica di F. SCOTTI, *Lana, linum, purpura, versicoloria. I legati «tessili» fra diritto romano e archeologia*, Napoli, 2020.

⁷⁸ Cfr., fra gli altri, D. 33, 2, 39; D. 34, 2, 10 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*); D. 34, 2, 18 pr. e 2 (Scaev. 22 *dig.*) e D. 34, 2, 32, 6. In merito a tale categoria, vd. GARCÍA GARRIDO, *El*

- Legato degli *ornamenta*⁷⁹

Con riguardo a tale tipo di legato, nel Digesto viene riportata una definizione di “*ornamenta*” che, sostanzialmente, corrisponde a quella paolina presente in P.S. 3, 6, 84⁸⁰:

D. 34, 2, 25, 10 (Ulp. 44 *ad Sab.*): *Ornamenta muliebria sunt, quibus mulier ornatur, veluti inaures armillae viriolae anuli praeter signatorios et omnia, quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa: quo ex numero etiam haec sunt: aurum gemmae lapilli, quia aliam nullam in se utilitatem habent...*

In alcuni casi – in particolare per alcuni copricapi – tale forma di legato poteva limitare quello dei *vestimenta*⁸¹.

- Legato del *mundum muliebris*⁸²

Questa categoria è la più risalente: le prime attestazioni dell’esistenza di tale tipo di legato risalirebbero al II secolo a.C., quando Lucilio⁸³ lo cita assieme al *legatum penoris*. Per *mundum muliebris* si era soliti intendere gli

patrimonio de la mujer casada en el derecho civil, I, cit., pp. 92-93; VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 295-296 e ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 251-255.

⁷⁹ Ad esempio, cfr. D. 31, 88, 7; D. 34, 2, 13; D. 34, 2, 18 pr.; D. 34, 2, 30 e D. 34, 2, 32, 6. Ancora e per tutti, su tale categoria, VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 296-297 e ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 255-257.

⁸⁰ Cfr. P.S. 3, 6, 84: *Ornamentis legatis ea cedunt, per quae ornatio mulier efficitur, veluti anuli catenae reticuli et cetera, quibus collo vel capite vel manibus mulieres ornantur.*

⁸¹ A tal proposito, cfr. D. 34, 2, 26 (Paul. 11 *ad Sab.*).

⁸² Cfr., fra gli altri, D. 33, 2, 39; D. 34, 2, 13; D. 34, 2, 32, 6 e 7 (Paul. 2 *ad Vitell.*) e D. 34, 2, 39 pr. (Iav. 2 *ex post. Lab.*). Sul legato del *mundus muliebris* si soffermano, in particolare, GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 91-92; VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 297; G. MELILLO, «*Legatum mundi*» - «*Universitas rerum*»?», in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, pp. 589-606; BOYER, *La fonction sociale des legs d’après la jurisprudence classique*, cit., pp. 377-378 e ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 257-259.

⁸³ Cfr. Gell., *noct. att.* 4, 1, 3: *... mundum quoque muliebre Lucilius in ‘Satirarum’ XVI. non virili genere, ut ceteri, sed neutro appellavit his verbis: Legavit quidam uxori mundum omne penumque. Atqui quid mundum? Quid non? quis dividet istuc?*

oggetti della *toilette* femminile, ovverosia quegli oggetti che le donne adoperavano per il bagno e il trucco:

D. 34, 2, 25, 10: ... *mundus mulieris est, quo mulier mundior fit: continentur eo specula matulae unguenta vasa unguentaria et si qua similia dici possunt, veluti lavatio riscus. ornamentorum haec: vittae mitrae semimitrae calautica acus cum margarita, quam mulieres habere solent, reticula crocyfantia. sicut et mulier potest esse munda, non tamen ornata, ut solet contingere in his, quae se emundaverint lotae in balneo neque se ornaverint: et contra est aliqua ex somno statim ornata, non tamen commundata*⁸⁴.

- *Legatum earum rerum quae uxoris causa emptae paratae sunt*⁸⁵

Questo legato “generale” comprendeva i legati “speciali” poc’anzi ricordati. Molto probabilmente, si è caratterizzato come legato a sé stante solo in un secondo momento, grazie alla consuetudine di accompagnare la menzione di una specifica categoria di legato con parole generiche quali “*quaecumque eius causa parata sunt*”⁸⁶ e, successivamente, si è ampiamente

⁸⁴ Si tratta, probabilmente, di una definizione tratlatizia; cfr. P.S. 3, 6, 83: *Mundo muliebri legato ea cedunt, per quae mundior mulier lautiorque efficitur, velut speculum conchae situli, item pyxides unguenta et vasa, in quibus ea sunt: item sella balnearis et cetera huiusmodi*. In epoca più antica vi era, probabilmente, un’accezione più ampia del termine “*mundus muliebris*”: cfr., a tal proposito, il quesito rivolto a Scevola in D. 34, 2, 32, 7. In argomento, vd. ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 257-259.

⁸⁵ In particolare, su tale tipo di legato, vd. ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., pp. 12-16 (= *Mélanges d’histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., pp. 49-54); COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 174-177; VON WOEB, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., p. 63; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, pp. 213-217; GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 84-87 e pp. 96-104; VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 303-304; BOYER, *La fonction sociale des legs d’après la jurisprudence classique*, cit., pp. 379-384 e soprattutto, ampiamente, ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 232-273. Brevemente anche HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., p. 78. Oltre ai frammenti successivamente citati, cfr. anche D. 32, 58 (Ulp. 4 disp.); D. 32, 78, 6 (Paul. 2 ad Vitell.) e D. 34, 2, 3 (Cels. 19 dig.).

⁸⁶ Cfr., ad esempio, D. 34, 2, 13; D. 34, 2, 30 e D. 32, 46 (Paul. 2 ad Vitell.). Circa il momento e il contesto di introduzione di questo legato le opinioni in dottrina sono molteplici. Mentre ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., pp. 12-13 (= *Mélanges d’histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., pp. 49-50), ha affermato che un legato di questo genere era consueto anche nel matrimonio accompagnato dalla *manu*, secondo COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., p. 175, questo rappresenta una prova rilevante a sostegno della sua tesi in merito al momento

diffuso nella prassi⁸⁷. In D. 32, 45 (Ulp. 22 *ad Sab.*) è riportata la definizione che ne dà Sabino:

Hoc legatum “uxoris causa parata”, generale est et continet tam vestem quam argentum aurum ornamenta ceteraque, quae uxoris gratia parantur. sed quae videantur uxoris causa parari? Sabinus libris ad Vitellium ita scripsit: quod in usu frequentissime versatur, ut in legatis uxoris adiciatur “quod eius causa parata sint”, hanc interpretationem optinuit, quod magis uxoris causa quam communis promiscuique usus causa paratum foret. neque interesse visum est, ante ductam uxorem id pater familias paravisset, an postea an etiam ex his rebus quibus ipse uti soleret uxori aliquid adsignavisset, dum id mulieris usibus proprie adtributum esset⁸⁸.

Si trattava, dunque, di un legato comprendente ogni genere di bene acquistato prima o durante il matrimonio per la moglie e a suo esclusivo uso: vesti, gioielli, ornamenti *et cetera*⁸⁹. Tali condizioni non erano, tuttavia,

in cui sarebbe prevalso il matrimonio libero (vd. *supra*). DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, cit., p. 15 e p. 216, ritiene che il *legatum* dell’*id quod uxoris causa paratum est* sia sorto in concomitanza all’introduzione del divieto di donazione tra coniugi; *contra* MELILLO, «*Legatum mundi*» - «*Universitas rerum*»?», cit., p. 605 e ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., p. 271. Ancora, secondo GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 87, «... en realidad se trata del legado de peculio de la mujer *in manu*, ya que ésta, encontrándose en situación de sometida, sólo podía tener la facultad de uso y disposición que supone el peculio» (ancora e ampiamente torna sul punto a p. 95 ss.); *contra* ASTOLFI, *op. cit.*, p. 272 n. 97. Secondo lo stesso ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 233-234, in D. 34, 2, 10, Quinto Mucio non conoscerebbe questo tipo di legato generale, sebbene faccia ricorso alla locuzione “*quod eius causa paratumve esset*”.

⁸⁷ Stando a quanto riportato in D. 32, 45 (Ulp. 22 *ad Sab.*), ai tempi di Sabino questo tipo di legato «*in usu frequentissime versatur*»: lo conferma l’ingente quantità di riferimenti presente nel Digesto, racchiusi principalmente nel libro XXXII *de legatis et fideicommissis* e nel libro XXXIV titolo II *de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et stauis legatis*.

⁸⁸ Su questo frammento, vd., in specie e da ultimi, F. MATTIOLI, *I libri di Sabino ‘ad Vitellium’: un primo approccio ai contenuti, alle caratteristiche dell’opera e agli aspetti problematici*, in *Prolegomena per una palinogenesi dei libri ‘ad Vitellium’ di Paolo. Atti dell’incontro di studi italo-tedesco (Bologna - Ponte Ronca, 26-29 maggio 2016)*, a cura di C. Baldus, G. Luchetti, M. Miglietta, Alessandria, 2020, pp. 97-98, ed E. SCIANDRELLO, *I libri XX-XXII del commentario ulpiano ‘ad Sabinum’: per un confronto con la struttura dei libri ‘ad Vitellium’ di Paolo*, sempre in *Prolegomena per una palinogenesi dei libri ‘ad Vitellium’ di Paolo*, cit., pp. 123-124.

⁸⁹ Ad esempio, si consideravano genericamente ricompresi anche i suoi schiavi personali, come quelli *lecticarii* (cfr. D. 32, 49 pr. [Ulp. 22 *ad Sab.*]); i beni a uso promiscuo, se questi erano a sua principale disposizione (cfr. D. 32, 49, 2 [Ulp. 22 *ad Sab.*]) o erano stati per lei acquistati (cfr. D. 34, 2, 10); eventualmente, i beni di una concubina (cfr. D. 32, 29 pr. e D.

strettamente vincolanti: anche qualora l'*adiectio* "*quod mulieris causa paratum est*" fosse stata aggiunta alla designazione di specifici oggetti legati alla moglie che ella non aveva, in realtà, richiesto o utilizzato, la disposizione del *de cuius* sarebbe rimasta valida⁹⁰.

È interessante notare, inoltre, che a questo legato non si applicavano le disposizioni della *lex Falcidia*, in parallelo a quanto accadeva al *legatum dotis* (e al *legatum pro dote*): questa scelta lascia indubbiamente trasparire un certo trattamento di favore nei confronti dei principali legati spettanti alla vedova⁹¹.

Si ricordi, infine, che qualora fosse sorta una controversia in merito a un *legatum earum rerum quae uxoris causa empta paratae sunt*, l'onere probatorio della vedova sarebbe stato agevolato – qualora il giudice avesse deciso di attenersi a tale criterio – dalla *praesumptio Muciana*, in base alla quale ella poteva essere esonerata dal dimostrare la provenienza dei beni da parte del marito⁹².

32, 49, 4 [Ulp. 22 *ad Sab.*] e la materia nel caso di fusione di un gioiello (cfr. D. 32, 49, 5 [Ulp. 22 *ad Sab.*]).

⁹⁰ Cfr. D. 34, 2, 10. È dunque necessario distinguere, con GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 86, tra un «legado general de cosas en uso de la mujer» e un «legado especial de cosas ciertas y determinadas». L'*adiectio* poteva essere riferita anche a un oggetto il cui acquisto era stato demandato ad apposito mandatario (cfr. D. 34, 2, 4).

⁹¹ Cfr. D. 35, 2, 81, 2 (Gai. 18 *ad ed. provinc.*). Sul punto, vd. H. ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, in *Labeo*, 30 (1984), pp. 43-44, che evidenzia il fine della: «sauvegarde des intérêts sociaux de la veuve, dont on veut qu'elle puisse le plus possible continuer sans son mari une manière de vivre à laquelle elle était habituée tandis que son époux était encore en vie». Poco precisa, dunque, l'osservazione di B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 379, secondo il quale questa eccezione costituirebbe un omaggio al rapporto coniugale.

⁹² Qualora ella fosse stata parte attrice, tuttavia, sarebbe stata comunque tenuta a provare che i beni erano stati da lui acquistati *uxoris causa*. Cfr. D. 24, 1, 51 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*), relativo alla *praesumptio Muciana* ed escerpito dal luogo in cui Pomponio faceva riferimento alla trattazione di Quinto Mucio Scevola sul legato in oggetto; vd. già LENEL, *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, cit., col. 759 n. 4. Si rinvia alle interessanti considerazioni di F. LAMBERTI, *Suggerioni in tema di «praesumptio Muciana»*, in *Rivista di Diritto Romano*, 5 (2005), pp. 9-18 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, II, a cura di F. M. D'Ippolito, Napoli, 2007, pp. 1254-1268 e *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte di diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, pp. 149-165), circa l'ambito applicativo del *dictum* muciano nelle controversie a carattere ereditario tra la

▪ *Legatum penoris*⁹³

Conosciuto già nei tempi più antichi⁹⁴, al legato di *penus* viene dedicato nel XXXIII libro del Digesto l'intero titolo IX *de penu legata*. Questo legato aveva a oggetto tutte le provviste alimentari presenti nella casa familiare⁹⁵. Lo scopo era quello di garantire la sussistenza alla moglie e,

moglie superstite e gli eredi del marito. L'Autrice ritiene che tale criterio potesse risultare utile alla vedova, oltre che nella menzionata ipotesi del *legatum earum rerum quae uxoris causa emptā paratave sunt*, anche in controversie attinenti agli affini legati di *penus* o di *mundus muliebris*, così come in più generici giudizi in cui fosse dibattuto il suo diritto a conservare *mortis causa* beni che erano stati di uso comune (e, forse, anche in quelli in cui la donna fosse dante causa di un terzo nei confronti del quale era stata esercitata un'azione di rivendica). Sempre secondo l'Autrice, la presunzione avrebbe mutato funzione nel corso del tempo e, in età giustiniana, superati i dubbi interpretativi relativi ai vari tipi di legato, sarebbe servita ad agevolare l'onere probatorio dei figli di primo letto in un giudizio che li vedeva contendersi dei beni con il secondo marito della madre o gli eredi di questo. In tema di presunzione muciana, recentemente anche l'indagine di M. G. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002.

⁹³ Com'è noto, la dottrina ha dedicato particolare attenzione a questo legato, discutendone, in particolare, il regime e la natura. Il *legatum* di *penus* conosceva due modalità costitutive: "*heres meus Titio penus dato; si non dederit, centum dato*" e "*heres meus, si Titio penum non dederit, centum dato*", a cui facevano seguito differenti regimi giuridici, dibattuti dalla stessa giurisprudenza romana. Ostica, in particolare, era la determinazione del momento di non avverazione della condizione in mancanza di *praefinitio temporis*. Sulla questione si rinvia alla ricca analisi e alla dettagliata ricognizione bibliografica di ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 91-122. Per quanto concerne la natura del legato *penoris*, la dottrina si è divisa nel riconoscerne o meno la natura penale. Per un panorama in merito alle diverse posizioni, si veda A. ORMANNI, *Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, 1962, pp. 626-651, il quale ha presentato un'accattivante tesi in merito a una presunta originaria funzione religiosa del legato (p. 662 ss.), criticata da ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 126-134. Quest'ultimo ha altresì negato la natura penale del legato, sottolineandone lo scopo alimentare, dal momento che «... specialmente nell'età più antica il *pater familias* provvedeva col legato della *penus* al mantenimento della vedova» (p. 124). Oltre agli autori citati, sul *legatum penoris*, vd. anche VON WOËß, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana*, cit., pp. 63-64; DUMONT, *Les revenus de la dot en droit romain*, cit., pp. 39-41; GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 88-91; VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 285-286; BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, cit., pp. 386-388; HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 83-84 e, recentemente, anche PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., p. 46 ss. Per degli esempi di legati di *penus* nei confronti della vedova, ai frammenti di seguito citati *adde* D. 32, 60, 2; D. 33, 9, 1 (Ulp. 24 *ad Sab.*) e D. 36, 2, 19 pr. (Iul. 70 *dig.*)

⁹⁴ Già Lucilio lo cita assieme al legato del *mundum muliebris*: vd. *supra*.

⁹⁵ I giuristi romani hanno ampiamente dibattuto su quale fosse il contenuto di questo legato, a cui è stata poi attribuito un significato particolarmente ampio. In particolare, si discuteva se si dovessero considerare compresi anche i condimenti, i beni non commestibili (ma

certamente in età più antica, anche quello di confermarle il ruolo di *mater familias* alla morte del marito⁹⁶.

Le modifiche di regime che interessarono il legato di *penus*, in particolare l'introduzione della facoltà di scelta, rimessa all'erede, se adempiere all'onere del legato con una prestazione in denaro anziché in natura⁹⁷, suggeriscono che tale ultima finalità debba essere stata parzialmente marginata nel tempo – probabilmente con l'aumentare delle seconde nozze –, facendo emergere una concezione prettamente patrimoniale e redditizia del lascito⁹⁸. Non è da escludersi che, forse, il diffondersi dei valori cristiani, contribuì a una successiva graduale inversione di tendenza.

- Legato di suppellettile⁹⁹

connessi alla preparazione del cibo) e i loro contenitori, i cibi dei servi e dei giumenti. Sul punto, si rinvia all'approfondita analisi di alcuni passi contenuti in D. 33, 9 *de penu legata* di ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 79-91.

⁹⁶ In altre parole, al legato di *penus*, oltre che un fine prettamente alimentare, deve essere senz'altro ricondotta – almeno per quanto riguarda il periodo più risalente – anche la volontà di assicurare alla vedova il ruolo di gestione della casa a seguito della morte del *pater*. Così, è stato evidenziato da GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 90, come «Ocupándose la mujer, normalmente, del cuidado y vigilancia de la despensa para la alimentación de todos los miembros de la familia, el marido le lega estos bienes para que continúe disfrutándolos y desempeñando sus funciones de *mater familias* junto a los hijos herderos...». Nello stesso senso, vd. già DUMONT, *Les revenus de la dot en droit romain*, cit., pp. 40-41: «Toutes ces provisions sont placées sous l'intendance de la femme, dont on connaît le rôle de premier plan à l'intérieur de la maison, et le legs du *penus* lui permet d'en disposer, une fois veuve, comme elle le faisait du vivant de son mari». Si contestualizzi dunque in tal maniera l'eloquente doppia ripetizione del termine "*mater*" presente in D. 33, 9, 7 (Scaev. 3 *resp.*): "*Penum meam omnem ad matrem liberosque meos, qui cum matre sunt, pertinere volo*"...

⁹⁷ Questa facoltà era conosciuta già da Quinto Mucio, cfr. D. 45, 1, 115, 2 (Papin. 2 *quaest.*).

⁹⁸ ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., p. 125, osserva che la facoltà di scelta nell'adempimento «... ammette come normale la possibilità che la vedova, ricevendo del denaro, possa vivere subito dopo la morte del marito in modo indipendente, fuori dalla casa del *pater familias*».

⁹⁹ Cfr., ad esempio, D. 33, 10, 8 (Mod. 9 *resp.*); D. 33, 10, 10 (Iav. 3 *ex post Lab.*) e D. 33, 10, 13 (Mod. 9 *resp.*). In merito al legato di suppellettile, al quale viene dedicato il titolo X del XXXIII libro del Digesto *de suppellectile legata*, vd. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 298-300 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 286-293. Brevemente anche BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, cit., pp. 387-388 e HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 84-85.

- Legato di schiavi¹⁰⁰
- Legato di materiali preziosi e di denaro¹⁰¹
- Legato di *fundus instructus* e legato di *domus cum instrumento*¹⁰²
- Legato di rendita¹⁰³

Si tratta di un legato a prestazione periodica che garantisce alla vedova un contributo avente solitamente cadenza annuale (c.d. *annuum*).

¹⁰⁰ Cfr., ad esempio, D. 31, 88, 7; D. 33, 8, 15 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*); D. 34, 4, 31 pr. (Scaev. 14 *dig.*); D. 34, 5, 28 (Iav. 3 *ex post Lab.*) e D. 35, 1, 28, 1 (Paul. 2 *epit. Alf. dig.*). Sulla disciplina generale di questa categoria di legato, vd., per tutti, VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 300-302 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 294-308.

¹⁰¹ Così, a titolo di esempio, si vedano D. 31, 88, 7; D. 31, 89, 2 (Scaev. 4 *resp.*); D. 33, 4, 3 (Iul. 34 *dig.*) e D. 34, 2, 34 pr. (Pomp. 9 *ad Quint. Muc.*). Sulla disciplina del legato di materiali preziosi e denaro, vd. sempre VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 290-294 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 154-231.

¹⁰² Rispettivamente e ad esempio, cfr. D. 33, 7, 16, 2 (Alf. 2 *dig. a Paulo epit.*) e D. 33, 10, 8. Sul legato di *fundus instructus*, vd. ancora VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 273-274 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, cit., pp. 8-9. Brevemente anche HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 85-86. Sul legato di *domus cum instrumento*, vd. VOCI, *op. cit.*, p. 276 e ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 27-30.

¹⁰³ Cfr., ad esempio, D. 24, 1, 28, 6 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 32, 30, 5 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 32, 33, 2 (Scaev. 15 *dig.*); D. 33, 1, 5 (Mod. 10 *resp.*); D. 33, 1, 10, 2 (Papin. 8 *resp.*); D. 33, 2, 22 (Ulp. 15 *ad leg. Iul. et Pap.*) e D. 33, 2, 38 (Scaev. 3 *resp.*). La finalità che caratterizza questo lascito è spesso alimentare e, in questi casi, è possibile qualificarlo come legato di alimenti, caratterizzato da una disciplina parzialmente autonoma. Per un inquadramento della problematica relativa all'individuazione della finalità dei legati a prestazione periodica e alla loro eventuale qualifica di legati di alimenti, vd., in specie, R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, Padova, 1979, pp. 128-133. Sulla disciplina del legato a prestazione periodica e del legato di alimenti, vd., per tutti, VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 304-310 e ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 90-140. Sul legato di rendita, in particolare, vd. anche M. AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI*, 19 (1953), pp. 207-219.

- Legato di *usus fructus*¹⁰⁴ (e diritti affini)¹⁰⁵

Le fonti testimoniano l'ampia prassi di beneficiare la moglie superstite con un legato di usufrutto¹⁰⁶. Secondo la maggior parte della dottrina, peraltro, la prima beneficiaria di un legato di *usus fructus* fu una vedova¹⁰⁷:

¹⁰⁴ Sulla prassi di attribuire un legato di usufrutto alla vedova superstite, vd. ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., pp. 17-18 (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., pp. 54-55); COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 179-180; GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 104-107; BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, cit., pp. 384-386; HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 233-240; HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 89-90 e, recentemente, con uno sguardo alle evoluzioni successive, anche S. DI SALVO, *Legati di usufrutto e di diritti affini in favore del coniuge superstite*, in *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino, 2013, p. 35 ss. Sul più generale regime del legato di usufrutto, oltre agli Autori menzionati alle note seguenti, si ricordi anche VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 311-317.

¹⁰⁵ Tra i diritti affini all'usufrutto si annoverano l'*usus*, che si distingue dal primo per l'assenza del *frui* (cfr. D. 7, 8, 1, 1 [Gai. 7 ad ed. provinc.] e D. 7, 8, 2 pr. [Ulp. 17 ad Sab.]) e l'*habitatio*, che nel diritto di età del Principato rientrava nell'usufrutto o nell'uso, e che solo Giustiniano qualificò come istituto autonomo inserendolo tra le *servitutes personarum*. Sull'*usus* e sull'*habitatio*, per tutti, vd. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, rispettivamente pp. 430-493 e pp. 494-503.

¹⁰⁶ Cfr., oltre agli altri passi del Digesto di seguito citati, ad esempio, anche D. 7, 2, 8 (Ulp. 17 ad Sab.); D. 22, 1, 48 (Scaev. 22 dig.); D. 35, 1, 74 (Papin. 32 quaest.); D. 35, 1, 96, 1 (Paul. 1 ad Ner.). Cfr. anche Frag. Vat. 58; Frag. Vat. 69; Frag. Vat. 86 e Frag. Vat. 88; C.Th. 3, 9 *si secundo nubserit mulier, cui maritus usufructum reliquerit*, il cui titolo corrisponde a quello di C.I. 5, 10; C.I. 3, 33, 1 (a. 199); C.I. 5, 12, 18 (a. 294); C.I. 5, 62, 18, 2 (a. 294); C.I. 6, 53, 4 (a. 208), nonché Nov. 18, 3 (a. 536; su cui *infra*).

¹⁰⁷ Così, R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini (c. d. servitù personali)*, Napoli, 1913, pp. 38-40, il quale ha osservato come dalle fonti giuridiche e letterarie (cfr., in particolare, Cic., *top.* 3, 17; *top.* 4, 21; *pro Caec.* 4, 11) emerge un ricorrente collegamento tra le disposizioni di ultima volontà in favore della vedova e l'usufrutto: «La prima spinta venne dal bisogno, che il marito sentiva, di assicurare alla sua vedova i mezzi di sostentamento, col crearle una posizione economica indipendente e per nulla diversa da quella in cui essa aveva goduto in vita di lui. Conferendo alla donna la facoltà di adibire alle proprie necessità l'intero patrimonio lasciato dal coniuge defunto o una quota o parte di esso, si conseguiva lo scopo di garantirle per tutta la vita un congruo sostentamento, senza sottrarre i beni ai membri della famiglia e quindi mantenendo integra l'unità patrimoniale» (pp. 38-39). Secondo l'Autore, ciò dovette avvenire nei matrimoni non accompagnati dalla *conventio in manum*, nei quali la donna era esclusa da ogni aspettativa successoria alla morte del proprio marito. Nello stesso senso, tra gli altri, vd. anche GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², cit., pp. 14-15; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 20 e R. LA ROSA, *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008, p. 1 ss. La nozione è acquisita anche a livello istituzionale: vd., ad esempio, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, p. 363; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Soveria Mannelli, 2002, pp. 237-238; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 2004, p. 311; M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*³, Torino, 2006, p. 362; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto*

l'istituto sarebbe sorto tra il III e la metà del II sec. a.C. proprio al fine di assicurare un futuro sostentamento economico alla moglie superstite e, soprattutto, per garantirle il mantenimento del ruolo assunto durante la vita del consorte¹⁰⁸.

Ciò è certamente vero per quanto attiene alle finalità del legato alle sue origini. Tuttavia, anche in tal caso, il mutamento di regime dell'istituto tradisce una sua diversa concezione e un suo diverso impiego, che dovettero riguardare una seconda fase evolutiva: l'attribuzione dei caratteri di alienabilità e divisibilità al legato di *usus fructus*¹⁰⁹, come in parte già

*privato romano*⁶, Catania, 2013, p. 322 e G. FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino, 2014, p. 483. Recentemente, ha criticato tale tesi – con poco successo – S. PIETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, secondo cui l'istituto sarebbe sorto al fine di evitare gli inconvenienti recati dalla *mancipatio familiae* – supponendo dunque il passaggio immediato della proprietà dei beni al *familiae emptor*. La *pars destruens* della monografia sottolinea come vi sarebbero stati altri strumenti atti a garantire il sostentamento della vedova sposata *sine manu*: ad esempio, il supporto patrimoniale da parte del suo *pater familias*, la restituzione della dote e altre forme di legato. Puntali e corrette le critiche di DI SALVO, *Legati di usufrutto e di diritti affini in favore del coniuge superstite*, cit., pp. 36-39, il quale sottolinea come tutti quelli citati dall'Autrice siano istituti meno incisivi e utili del legato di usufrutto e che le fonti sembrano inequivocabilmente ricollegare l'istituto in questione alla vedova. Critica la tesi di Pietrini, tra gli altri, anche F. ZUCCOTTI, *Vivagni. VIII*, in *RDR*, 8 (2008), pp. 15-24.

¹⁰⁸ La dottrina maggioritaria attribuisce all'istituto solamente uno scopo alimentare e materiale. TAMASSIA, *Il testamento del marito. Studio di storia giuridica italiana*, cit., pp. 18-23(= *Scritti di storia giuridica*, III, cit., pp. 387-389), ha invece sottolineato come la funzione del legato di usufrutto fosse quella di lasciare la vedova a capo della famiglia con l'ufficio di reggerla, quale «continuatrice dei diritti del *paterfamilias* defunto» (p. 23). Similmente, GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 104-105, riprendendo in parte quanto già osservato anche da A. D'ORS-J. BONET CORREA, *El problema de la división del usufructo*, in *ADC*, 5.1 (1952), pp. 82-84, ha individuato una conformità di scopo con il legato *earum rerum quae uxoris causa emptae paratae sunt*, tanto da affermare che questi erano tra loro paralleli, sebbene avessero differenti effetti. In particolare, egli ha sottolineato come entrambi servissero ad assicurare la «continuidad en su posición familiar y en sus funciones domésticas» (p. 130), garantendo alla donna la stessa posizione assunta durante il matrimonio. Correttamente ZUCCOTTI, *Vivagni. VIII – Una nuova ipotesi sulla nascita dello «ius utendi fruendi»*, cit., pp. 17-18, quando afferma che l'obiettivo finale perseguito per mezzo dell'introduzione dell'usufrutto non era «... solo un mero problema di mantenimento materiale, ma semmai la necessità di giustificare giuridicamente, per così dire, quel permanere della vedova nella casa familiare, nel caso insieme ai figli, anche dopo la morte del *pater familias*...» (p. 18). Vd., tuttavia, anche quanto detto subito *infra* in merito agli sviluppi successivi.

¹⁰⁹ La possibilità di alienare il legato – vendere o donare l'usufrutto – venne tutelata dal pretore e costruita dagli interpreti come concessione dell'esercizio. Sul punto, vd., per tutti, GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², cit., pp. 309-321. Per quanto concerne la divisibilità dell'usufrutto, questa sarebbe stata unanimemente accolta dalla giurisprudenza

osservato in dottrina, testimonia una natura maggiormente affine a quella di una rendita e uno sviluppo simile a quello visto per il *legatum penoris*¹¹⁰. Quest'ultimo e il legato di usufrutto hanno conosciuto un cambiamento di regime sintomatico del parziale mutamento delle loro finalità. Alla volontà di affermare – e vincolare – la donna alla posizione rivestita nella *familia* del defunto marito, se ne è accostata una di mero sostentamento e di attribuzione patrimoniale, che rispecchia la realtà dei tempi e i mutamenti sociali della società romana, con il lento disgregarsi del nucleo familiare. Anche in tal caso, non è da escludere che, in età più tarda, con l'influsso dei valori cristiani, si possa essere tornati a riscoprire la funzione di salvaguardia del nucleo familiare del legato.

Caratteristica fondamentale e sempre costante dell'istituto del legato di usufrutto – e in generale dell'usufrutto – è, invece, il saper compendiare la tutela patrimoniale della vedova con quella dei figli¹¹¹.

Oggetti del legato di usufrutto (o del legato di uso e abitazione) predisposto a favore della donna superstite potevano essere, ad esempio, la

romana a partire da Aristone, mentre in precedenza ammessa soltanto da Labeone e da Sabino. In argomento, per tutti, vd. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., pp. 95-98. Sulla patrimonializzazione dell'istituto dell'usufrutto, vd. anche D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división del usufructo*, cit., pp. 84-85.

¹¹⁰ Vd. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 233-240, il quale individua due distinte fasi di evoluzione del regime dell'istituto e corrispettive finalità dello stesso. La prima coincide con la «prolongation de la communauté familiale sous l'autorité de la veuve». La seconda si configurerebbe con l'evoluzione dell'istituto, che già prima del I sec. d.C. avrebbe assunto, per l'appunto, i caratteri di alienabilità e divisibilità, sottolineandone la natura patrimoniale e lasciando trasparire maggiormente lo scopo di proteggere i figli nati dal matrimonio. A tal proposito, l'Autore richiama le fonti che presentano un legato di usufrutto sottoposto a un *dies ad quem* corrispondente alla pubertà dei ragazzi. Humbert sottolinea, quindi, che questo istituto «tend à se rapprocher d'une rente» e che «[l]e remariage n'est nullement incompatible avec le maintien de ce bénéficiaire» (p. 237). TAMASSIA, *Il testamento del marito. Studio di storia giuridica italiana*, cit., p. 20 (= *Scritti di storia giuridica*, III, cit., p. 388), ha invece ritenuto che la funzione di garantire il ruolo di *mater familias* alla vedova si sia accentuata nel diritto imperiale più tardo, tesi che potrebbe avere un qualche fondamento se si considera l'influenza nella società dei valori cristiani.

¹¹¹ Sul punto, vd. il già menzionato HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 236-240, che, però, come appena detto, circoscrive tale funzione a una seconda fase evolutiva dell'istituto. Mi sembra innegabile, invece, come questa finalità sia stata perseguita sin dalle origini.

casa in cui ella aveva abitato con il marito¹¹² – talora anche con i beni che si trovavano al suo interno¹¹³ –, un fondo¹¹⁴, un podere¹¹⁵, delle saline¹¹⁶, una villa¹¹⁷ e, in alcuni casi, l'intero patrimonio del defunto consorte¹¹⁸. Il diritto in questione poteva essere vitalizio¹¹⁹ o soggetto a una durata predeterminata¹²⁰: in tale ultima ipotesi, esso poteva anche coincidere con il raggiungimento di una determinata età da parte dei figli¹²¹ o con l'integrale restituzione della dote alla donna¹²².

▪ *Legatum dotis*¹²³

L'oggetto del *legatum dotis* è predeterminato e corrisponde, chiaramente, alla dote¹²⁴. Il ricorso a questo tipo di legato viene

¹¹² Cfr. D. 7, 8, 4, 1 (Ulp. 7 *ad Sab.*); D. 32, 33 pr.

¹¹³ Cfr. D. 33, 2, 32, 2; D. 33, 10, 8.

¹¹⁴ Cfr. D. 33, 2, 31 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*) e D. 33, 2, 32, 2.

¹¹⁵ Cfr. D. 33, 2, 25 (Papin. 8 *resp.*).

¹¹⁶ Cfr. D. 33, 2, 32, 2.

¹¹⁷ Cfr. D. 33, 2, 35 (Scaev. 22 *dig.*).

¹¹⁸ Cfr. D. 33, 2, 24 pr. (Papin. 7 *resp.*) e D. 33, 2, 37 (Scaev. 33 *dig.*).

¹¹⁹ Cfr. D. 33, 2, 25; D. 33, 2, 38.

¹²⁰ Cfr. D. 33, 2, 32, 4 (Scaev. 15 *dig.*) (usufrutto limitato a quindici anni) e D. 33, 2, 35 (in tal caso, il limite è di cinque anni).

¹²¹ Cfr. D. 33, 2, 37 (fino al compimento dei diciotto anni della figlia) e C.I. 3, 33, 5 (a. 226) (fino al raggiungimento della pubertà dei figli).

¹²² Cfr. D. 33, 2, 30 pr. (Iav. 2 *ex post. Lab.*).

¹²³ Per una minima ed essenziale bibliografia sul *legatum dotis* (e *pro dote*, vd. *infra*), si vedano ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., pp. 7-12 (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., pp. 43-48); COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 164-173; la prima sezione della tesi dottorale di F. GRIVAZ, *Droit romain – Étude sur le legs de dot. Droit Français – L'extradition et les délits politiques*, Paris, 1894, pp. 69-204; S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, pp. 374-380; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², cit., pp. 451-455; GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 107-111; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, Padova, 1964, pp. 126-192; BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, cit., pp. 388-395; N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano, 1968; VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 325-326 e HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 90-106.

¹²⁴ ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 176, ritiene che sia *legatum dotis* anche il legato che abbia un contenuto maggiore e contenga i beni dotali, adducendo a tal proposito D. 33, 4, 3. Il passo, in realtà, si limita a stabilire che il testatore che aveva lasciato delle monete in quantità maggiore della dote, avesse voluto implicitamente legare «*dotem quoque*». Probabilmente, il *surplus* sarebbe andato a costituire un altro tipo di

tradizionalmente fatto risalire a un'epoca anteriore rispetto a quella di introduzione dell'*actio rei uxoriae*, la cui origine viene collocata attorno al II sec. a.C.¹²⁵. Anche in seguito all'introduzione del regime legale di restituzione della dote, comunque, la pratica di legare la dote alla donna non venne meno, tanto che Paolo afferma che ai suoi tempi questa pratica rappresentava ancora una consuetudine¹²⁶. Al legato di dote viene dedicato nel XXXIII libro del Digesto l'intero titolo IV *de dote praelegata*¹²⁷, in cui

legato, in tal caso di monete. Anche qualora la dote fosse costituita da più beni, l'oggetto del legato di dote sarebbe stato uno solo: così sembra potersi desumere da D. 33, 4, 1, 4 (Ulp. 19 *ad Sab.*), ove si afferma che le spese sostenute dal marito debbano essere dedotte dalla dote nel suo complesso, e non dai singoli beni per i quali erano state affrontate. Sul punto, vd. ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 132-134, con ampia ricognizione dottrinale circa la dubbia classicità del passo ulpiano.

¹²⁵ Sull'origine dell'*actio rei uxoriae* si veda più nel dettaglio *infra*.

¹²⁶ Cfr. D. 33, 4, 13 (Lab. 1 *pith. a Paul. epit.*): *Paulus: si filius familias, uxorem cum haberet, dotem ab ea acceperat, deinde pater familias factus dotem ei ut solet legavit: quamvis patri heres non erit, tamen id legatum debebitur.*

¹²⁷ Nelle fonti, accanto all'utilizzo della locuzione "*legare dotem*", si ritrovano anche le espressioni "*relegare dotem*" e "*praelegare dotem*" (così nel titolo nel Digesto). Si è ampiamente discusso sul punto: per un'indicazione delle principali posizioni della dottrina, si veda l'ampia indagine sull'argomento di PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit. Secondo l'Autore, mentre l'espressione "*relegare dotem*" sarebbe da attribuirsi alla sottocommissione sabiniana, "*dotem praelegare*" equivarrebbe a dire "*dotem praecipuam legare*" e a giustificazione del carattere di *praecipuum* che assume il legato vi sarebbe la dote, «un complesso di beni destinato contemporaneamente, in una relazione strettissima, alla moglie e al marito» (p. 247). *Contra* H. T. KLAMI, *Zur römischen Prälegatsterminologie und D. 34. 3. 8. 6: Kritik der Textkritik*, in *SDHI*, 34 (1968), pp. 249-268 e, in particolare, R. RÖHLE, *Reddere dotem*, in *ZSS*, 94 (1977), pp. 306-318, il quale ha seguito il più radicale orientamento di mommseaiana tradizione secondo cui le locuzioni "*praelegare dotem*" e "*dos praelegata*" dovrebbero sostituirsi, rispettivamente, con "*relegare dotem*" e "*dos relegata*": «... sobald in der Überlieferung hierfür der Ausdruck *praelegare dotem* steht, hat ein vorjustinianischer oder justinianischer Schreiber infolge Lesefehlers bei der Übertragung des Textes das Kürzel \bar{R} falsch zu PRAE aufgelöst» (p. 317). Questa tesi non mi pare, tuttavia, pienamente convincente, se non altro per la presenza di "*praelegare*" in P.S. 4, 1, 1 e nell'indice di Stefano relativo a D. 23, 4, 30 (Tryph. 10 *disp.*) riportato in Sch. 4 a Bas. 29, 5, 28: «... ἐπειδὴ τὴν προῖκα αὐτῆς ἐληγάτευσεν αὐτῇ, εἰκότως πραιεγατευθεῖσαν καὶ οὐ κυρίως ληγατευθεῖσαν εἶπε τὴν προῖκα» (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 2129; ed. Heimbach, III, p. 478). La fonte, risolutiva sul punto, pone l'accento sul legame di appartenenza della dote alla donna: la dote è "*praelegata*" – e non semplicemente legata –, dal momento che è la sua stessa dote a esserle lasciata («τὴν προῖκα αὐτῆς... αὐτῇ»), dal momento che le si va a restituire un qualcosa che le spetta, perché in qualche modo già suo; sul passo, vd. PALAZZOLO, *op. cit.*, pp. 216-218. Infine, vd. anche le recensioni a Palazzolo di M. KASER, in *ZSS*, 87 (1970), pp. 543-544 e J. P. LÉVY, in *Labeo*, 16 (1970), pp. 231-232, che considerano genuine sia "*relegare dotem*" che "*praelegare dotem*", seguiti da ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, cit., pp. 31-32 n. 5.

compaiono i frammenti di numerosi giuristi (in ordine di comparizione: Ulpiano, Giuliano, Africano, Marciano, Labeone, Papiniano, Cervidio Scevola, Paolo e Gaio). Come si vedrà, la disciplina del *legatum dotis* si è necessariamente dovuta confrontare con il regime legale di restituzione della dote, in parte modificandosi e adattandosi ai suoi principi regolatori¹²⁸.

▪ *Legatum pro dote*¹²⁹

Il *legatum pro dote*, conosciuto già da alcuni giuristi del I sec. a.C.¹³⁰, permetteva al marito di tacitare i diritti dotali della moglie facendole conseguire dei beni differenti da quelli da lei portati in dote, eventualmente anche di valore inferiore¹³¹. In particolare, costituisce un legato *pro dote* quel legato costituito in genere quando la dote doveva essere restituita in specie, e quel legato costituito in specie quando la dote doveva essere restituita in genere¹³². Ulteriore elemento distintivo della categoria è la sussistenza della volontà di tacitare il diritto alla dote della vedova¹³³.

¹²⁸ Del rapporto tra *legatum dotis* e restituzione legale della dote pare dunque opportuno trattare successivamente, quando si disaminerà la restituzione della dote, sede a cui si fa ora rinvio: vd. *infra*.

¹²⁹ Per alcune indicazioni bibliografiche, vd. quanto già indicato *supra*.

¹³⁰ Cfr. D. 33, 4, 6. Molto probabilmente, è sorto in seguito all'introduzione dell'obbligo legale di restituzione della dote; vd. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., p. 40.

¹³¹ Cfr. D. 33, 4, 10 (Scaev. 8 *quaest.*) e D. 31, 53 pr. (Clem. 4 *ad leg. Iul. et Pap.*). Così anche ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 179-180. *Contra* BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², cit., p. 452, secondo il quale: «... il legato mai può rendere peggiore la situazione della moglie rispetto alla restituzione legale...».

¹³² Cfr. D. 37, 5, 8, 6 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Non solum autem dotem praelegatam praetor complectitur, verum etiam si pro dote aliquid fuerit relictum, ut puta si dos in rebus sit et pro rebus ei quantitas relinquatur vel contra: dum tamen hoc nominetur, quod pro dote relinquatur.*

¹³³ Cfr., ad esempio, D. 31, 53 pr.: «*compensandi animo*». La disciplina del legato *pro dote*, sicuramente oggetto di minore attenzione da parte della giurisprudenza romana e della dottrina romanistica, può essere delineata tenendo come elemento di raffronto quella del *legatum dotis*. Anche in questo caso, dunque, sembra opportuno rinviare a quanto verrà detto successivamente sulla restituzione della dote: vd. *infra*.

c. *La previsione di un fideicommissum*

Va ricordata, infine, anche la possibile previsione di un *fideicommissum* a favore della vedova¹³⁴. Il ricorso a questo strumento giuridico ebbe come principale ragione giustificativa l'intento di aggirare il divieto posto dalla *lex Voconia*, relativo alla possibilità di istituire erede una donna¹³⁵. L'utilità dell'istituto sembra dunque non aver alcuna ragion d'essere nel periodo tardoantico, quando oramai la *lex Voconia* era da tempo caduta in disuso¹³⁶. D'altro canto, il processo di assimilazione tra l'istituto del fedecommesso e del legato, conosciuto già nel diritto tardoantico e compiutosi in età giustiniana¹³⁷, consente di non dedicare particolare attenzione a questo istituto.

¹³⁴ Cfr., ad esempio, D. 26, 6, 4, 3 (Tryph. 13 *disp.*); D. 31, 77, 5 (Papin. 8 *resp.*); D. 32, 3 pr. (Ulp. 1 *fideicomm.*); D. 32, 93, 1 (Scaev. 3 *resp.*); D. 33, 4, 1, 12 (Ulp. 19 *ad Sab.*); D. 35, 1, 77, 2 (Papin. 7 *resp.*); D. 35, 2, 57 (Marcell. 26 *dig.*); D. 36, 1, 67, 1 (Maec. 5 *fideicomm.*). Sul punto, vd. HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 106-109 e, in relazione alla controversa applicabilità della *lex Falcidia* a tali fattispecie, ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, cit., pp. 37-41.

¹³⁵ In merito alla *lex Voconia*, vd. nel dettaglio *infra*. Che lo strumento per aggirare il divieto posto dalla legge fosse la disposizione di un fedecommesso si deduce da Gai. 2, 274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommissio relictam sibi hereditatem capere potest*. In dottrina vi è chi ha addirittura sostenuto che proprio in tali circostanze è sorto l'istituto del *fideicommissum*: vd. M. DE BRUIN, *Papiria bona sua fidei commisit. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert vor Christus*, in *RIDA*, 42 (1995), pp. 167-174. Certamente di minore rilievo e frequenza l'ipotesi in cui il fedecommesso veniva lasciato a favore della donna sposata in seconde nozze e che intratteneva cattivi rapporti con i figli di primo letto del marito, eredi legittimi, al fine di non farle avere rapporti diretti con questi ultimi; diversamente vd. ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, cit., p. 37 n. 24.

¹³⁶ Sulla caduta in desuetudine della *lex Voconia*, vd. sempre *infra*.

¹³⁷ Cfr. C.I. 6, 43, 1 (a. 529) e C.I. 6, 43, 2 (a. 531). La riforma è esposta in I. 2, 20, 2 e 3, su cui ampiamente vd. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, pp. 277-289. In argomento, vd., per tutti, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 40 ss. e VOICI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 234 ss., nonché E. NARDI, *Legato e fedecommesso: avvicinamento e fusione*, in *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di scienze morali. Rendiconti*, 80 (1991-1992), Bologna, 1993, pp. 11-35.

2. FIGURE AFFINI AI LASCITI TESTAMENTARI: LE *DONATIONES MORTIS CAUSA*.
LA SANATORIA DELLE *DONATIONES* TRA CONIUGI ALLA MORTE DEL
MARITO

Concluso questo *excursus* sulle possibili previsioni testamentarie del marito, mi sembra ora opportuno menzionare due peculiari istituti giuridici, che, per differenti ragioni, devono essere considerati unitamente ai lasciti testamentari. Entrambi afferiscono alla donazione e sono diretta conseguenza del notorio divieto di donazione tra coniugi, che nella storia giuridica romana non fu mai abrogato, ma venne comunque mitigato nel rigore in diversi modi¹³⁸.

Tra questi, vi sono le *donationes mortis causa*. Effettuate in vista di un pericolo di morte o *cogitatione mortalitatis*¹³⁹, esse, per finalità di utilizzo, si avvicinarono molto ai legati e vennero a questi progressivamente accostati, finché, in età giustiniana, il loro regime non ne rimase completamente assorbito¹⁴⁰. Proprio per tale ragione – unita al fatto che in due soli passi viene esplicitato il bene oggetto di una *donatio* da parte del marito alla moglie¹⁴¹ –

¹³⁸ Circa la genesi di questo divieto, si rinvia, per tutti, alla recente indagine di BUONGIORNO, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana*, I, *Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, cit., con la recensione di M. VARVARO, in *IAH*, 10 (2018), pp. 185-190. L'Autore, dopo aver dimostrato di poter escludere l'origine augustea del divieto, ne colloca la nascita nel II sec. a.C., quando si realizza un nuovo quadro sociale a seguito del diffondersi dei matrimoni senza *conventio in manum* (vd. *supra*). In merito alle "eccezioni" poste a tale divieto, vd. sempre BUONGIORNO, *op. cit.*, p. 89 ss.

¹³⁹ La distinzione, forse, risale già all'età del Principato. Così, tra gli altri, M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, pp. 10-12 e G. G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, pp. 240-241. *Contra* S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, pp. 186-190 e ID., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, pp. 127-132, seguita da P. SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, pp. 79-93 e R. YARON, «*Donatio sola cogitatione mortalitatis*», in *RIDA*, 13 (1966), pp. 369-375.

¹⁴⁰ Cfr. I. 2, 7, 1 e C.I. 8, 56(57), 4 (a. 530). Sulle evoluzioni di età giustiniana, vd., per tutti, P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, 23 (1911), pp. 257-264, nonché P. L. FALASCHI, *La donatio mortis causa nel diritto giustiniano e nella lex romana visigothorum*, in *Università degli studi di Camerino. Annali della facoltà giuridica*, 31 (1965), pp. 3-68.

¹⁴¹ Cfr. D. 24, 1, 22 (Ulp. 3 *ad Sab.*) e D. 28, 5, 77(76) (Papin. 15 *quaest.*), inerenti a una medesima fattispecie avente a oggetto un servo.

di esse basti fare un mero accenno e rinviare, per un esame della disciplina delle donazioni effettuate *mortis causa* tra coniugi, alle fonti di riferimento, racchiuse essenzialmente in D. 24, 1 *de donationibus inter virum et uxorem* e D. 39, 6 *de mortis causa donationibus et capionibus*, e alle specifiche trattazioni sul tema¹⁴².

Un fondamentale temperamento del divieto di donazione tra coniugi, come risaputo, giunse definitivamente nel 206 d.C., quando, per mezzo dell'*oratio Severi*, queste donazioni si ritennero implicitamente confermate qualora il donante non avesse revocato il negozio prima della sua morte¹⁴³. Una volta conclusosi il matrimonio per morte del marito, pertanto, alla donna era riconosciuta la proprietà dei beni donatili e gli eredi non potevano avanzare alcuna pretesa nei suoi confronti.

¹⁴² In particolare, vd. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, cit., pp. 218-240; SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, cit., pp. 275-299; DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, cit., pp. 95-132 e ID., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, cit., pp. 63-92, nonché la tesi dottorale di D. RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, pp. 90-151. In argomento, anche BUONGIORNO, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana, I, Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, cit., pp. 131-152.

¹⁴³ Fonte principale di riferimento è D. 24, 1, 32 (Ulp. 33 *ad Sab.*), ma si consideri anche P.S. 2, 23, 6; P.S. 2, 23, 7 (= D. 24, 1, 59 [Paul. 2 *sent.*]); Frag. Vat. 276; Frag. Vat. 294, 2 (Pap. 12 *resp.*); C.I. 5, 16, 1 (a. 212); C.I. 5, 16, 3 pr. (a. 213); C.I. 5, 16, 10 (a. 239); C.I. 5, 16, 14, 1 (a. 290); C.I. 5, 16, 25 (a. 528); C.I. 5, 16, 26 (a. 529) e Nov. 162, 1 (a. 539), che estende la norma alle donazioni promissorie. Circa il complesso e dibattuto inquadramento della sanatoria e le modifiche apportate in età giustiniana (per le quali riveste particolare importanza C.I. 5, 16, 25), si rinvia ai contributi di G. FINAZZI, *Osservazioni sul problema della retroattività della ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, II, cit., in specie pp. 908-914 e ID., *Riflessioni sul rapporto tra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, in specie pp. 1946-1950, con ampia ricognizione dottrinale.

3. I LIMITI POSTI ALLA *CAPACITAS* DELLA VEDOVA NEI CONFRONTI DEL CONSORTE

a. *La lex decimaria e la sua abrogazione*

È noto che la legislazione augustea pose considerevoli limiti alla capacità successoria passiva di determinati soggetti considerati non meritevoli in un'ottica di aumento demografico dell'Impero. Al di là dell'*incapacitas* che poteva colpire i *caelibes*¹⁴⁴ e gli *orbi*, nonché le *feminae probrosae*, in tale sede rileva prendere invece in considerazione gli ostacoli posti alla *capacitas* reciproca dei coniugi¹⁴⁵.

Anzitutto, al fine di godere di una piena capacità successoria reciproca, era necessario che il matrimonio contratto dai coniugi fosse “*iustum*”¹⁴⁶. Marito e moglie, in virtù del solo vincolo coniugale, potevano

¹⁴⁴ Per quanto concerne la vedova, in particolare, a questa potevano essere applicate le limitazioni previste per i *caelibes* qualora avesse avuto un'età inferiore a 50 anni e non si fosse risposata trascorso il tempo in cui vigeva la *vacatio* (inizialmente di un anno in base alla *lex Iulia*, poi aumentata a due dalla *lex Papia* [cfr. Ep. Ulp. 14]). In tal caso, ella non avrebbe potuto *capere* alcun lascito testamentario a suo favore, a meno che non fosse rientrata in qualche ipotesi di eccezione (così, ad esempio, qualora avesse goduto del *ius liberorum*). In argomento, per tutti, vd. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 1 ss.

¹⁴⁵ Le disposizioni caducarie riguardano solamente la successione *ex testamento*, avendo esse rispetto della salvaguardia delle previsioni della successione *ab intestato* del *ius civile* e del *ius honorarium*. Vd. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, pp. 436-438 e ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 64-67. Circa le modifiche apportate dalla legislazione augustea alla successione reciproca tra coniugi, vd., oltre ai menzionati VOCI, *op. cit.*, pp. 441-443 e ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 34-36, anche COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 84-90 e, soprattutto, LEVET, *La quotité disponible et les incapacités de recevoir entre époux d'après les lois caducaires*, cit., pp. 195-238. Precedentemente, nel 169 a.C., la *lex Voconia* era intervenuta a impedire a chi avesse un patrimonio di almeno 100.000 assi pesanti di istituire erede una donna (cfr. Gai. 2, 274). Si tratta di una disposizione lentamente caduta in disuso, certamente non più presente nel periodo storico oggetto di questa ricerca. Su questo plebiscito, si consideri una delle ultime specifiche trattazioni, quella di A. MCCLINTOCK, *Un'analisi giuridica della 'lex Voconia'*, in *TSDP*, 10 (2017), pp. 1-50, con ampia ricognizione bibliografica.

¹⁴⁶ Cfr. D. 38, 11, 1 pr. (vd. *supra*); Ep. Ulp. 16, 2; Ep. Ulp. 16, 4. Secondo ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 115 n. 54, che, come detto, limita il riferimento presente nel passo ulpiano del Digesto al matrimonio invalido secondo la *lex Iulia et Papia* e la legislazione complementare, si tratta di una “sanzione indiretta”: «Se il matrimonio illecito è irrilevante per la *lex Iulia et Papia*, i coniugi sono considerati ancora *caelibes* e perciò *incapaces*.

capere $\frac{1}{10}$ l'uno dal patrimonio dell'altro a titolo di proprietà, oltre che un legato di usufrutto avente a oggetto $\frac{1}{3}$ dell'intero patrimonio¹⁴⁷; per il *legatum dotis* non serviva *capacitas*¹⁴⁸. Qualora dal matrimonio fosse nato un figlio, i coniugi potevano succedere illimitatamente l'uno all'altro¹⁴⁹. Nel caso in cui fossero in vita dei figli del coniuge superstite nati da suoi precedenti matrimoni (“*iusti*”), egli poteva percepire tante decime quanti erano i figli¹⁵⁰. La titolarità di $\frac{1}{3}$ dell'intero asse poteva essere lasciata, inoltre, nella previsione che il coniuge superstite si risposasse e avesse dei figli¹⁵¹.

Vi erano, inoltre, alcuni casi eccezionali in cui anche i coniugi *orbi* potevano reciprocamente succedere tra loro: oltre all'ipotesi di concessione di una grazia imperiale¹⁵², ciò poteva accadere anche qualora i coniugi fossero stati legati tra loro da una parentela entro il sesto grado, qualora il marito fosse morto *absens rei publicae causa* – o almeno entro un anno da tale *absentia* –

L'*incapacitas* è quindi un effetto soltanto indiretto dell'illiceità del matrimonio e non ne costituisce la vera e propria sanzione».

¹⁴⁷ Cfr. Ep. Ulp. 15, 1: *Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt...* e Ep. Ulp. 15, 3: *Praeter decimam etiam usumfructum tertiae partis bonorum [eius] capere possunt...*

¹⁴⁸ Cfr. Ep. Ulp. 15, 4: *Hoc amplius mulier praeter decimam dotem capere potest legatam sibi*. A differenza della restituzione legale di dote (vd. *infra*) era tuttavia necessaria la conformità del matrimonio alle leggi augustee (e complementari).

¹⁴⁹ Cfr. Ep. Ulp. 16, 1a: *Libera inter eos testamenti factio est... si filium filiamve communem habeant...* Alla presenza di un figlio in vita erano equiparate le seguenti situazioni: premorienza di un figlio già pubere; premorienza di due figli di almeno tre anni di età; premorienza di tre figli che hanno superato il *dies nominis* di cui almeno uno di sedici mesi; nascita di un figlio postumo. In caso di premorienza di uno o due figli morti dopo il *dies nominis*, si potevano recepire una o due ulteriori decime a seconda di quanti erano i figli (Ep. Ulp. 15, 2).

¹⁵⁰ Cfr. Ep. Ulp. 15, 1: *... Quod si ex alio matrimonio liberos supersistes habeant, praeter decimam, quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiunt.*

¹⁵¹ Cfr. Ep. Ulp. 15, 3: *Praeter decimam etiam usumfructum tertiae partis bonorum [eius] capere possunt, et quandoque liberos habuerint, eiusdem partis proprietatem...*

¹⁵² Cfr. Ep. Ulp. 16, 1a: «*si ius liberorum a principe impetrauerint*». Circa il *ius liberorum*, vd., per tutti, ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 72-80, nonché M. ZABŁOCKA, *Il 'ius trium liberorum'*, in *BIDR*, 91 (1988), pp. 361-390. Si consideri, inoltre, quanto detto *infra*.

e qualora marito e moglie non avessero raggiunto l'età nuziale stabilita dalla legge (pari rispettivamente a venticinque e venti anni)¹⁵³.

Tali limitazioni vengono gradatamente abrogate nel IV e V sec. per mezzo di alcune costituzioni imperiali. Nel 320, Costantino interviene al fine di abrogare l'*incapacitas* di *celibi* e *orbi*, mantenendo saldi, tuttavia, i limiti alla successione reciproca dei coniugi senza figli¹⁵⁴:

C.Th. 8, 16, 1: *Imp. Constantinus A. ad populum. 1. Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbis habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus inposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. 2. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctorita[s]. Dat. prid. kal. Feb. Serdicae, p(ro)p(osita) kal. April. Rom(ae) Constantino A. VI et Constantino. c. cons.*

La disposizione è riportata (con l'omissione del secondo paragrafo) anche nel Codice giustiniano:

C.I. 8, 57(58), 1: *Imp. Constantinus A. ad populum. 1. Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur atque ita*

¹⁵³ Cfr. Ep. Ulp. 16, 1, ove si ricorda che era causa di disapplicazione della norma anche l'ipotesi in cui marito e moglie avessero oltrepassato l'età nuziale stabilita dalla legge. In seguito, anche ai coniugi che avessero superato i sessanta e i cinquant'anni (rispettivamente uomini e donne) fu negato il *ius capiendi* dal senatoconsulto Persiciano, mitigato nel suo rigore a favore dei soli uomini dal senatoconsulto Claudiano. Cfr. Ep. Ulp. 16, 3-4. Sul punto, vd. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 41-43 e, ampiamente, A. D. MANFREDINI, *Il matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia*, in *BIDR*, 100 (1997), p. 233 ss.

¹⁵⁴ C.Th. 8, 16, 1 costituisce parte dell'ampia costituzione emanata dall'imperatore Costantino il 31 gennaio 320 e indirizzata *ad populum*, che risulta così composta: C.Th. 3, 2, 1 (= C.I. 8, 34, 3); C.Th. 4, 12, 3; C.Th. 8, 16, 1 (= C.I. 8, 57[58], 1); C.Th. 11, 7, 3 (= C.I. 10, 19, 2); C.I. 6, 9, 9; C.I. 6, 23, 15; C.I. 6, 37, 21. Su questa costituzione, la cui ricomposizione è già di SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, cit., p. 59 e p. 169, vd. J. GAUDEMET, *La constitution «ad populum» du 31 janvier 320*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 58 (1982), *Estudos em homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, I, pp. 413-432 (= *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, Napoli, 1992, pp. 117-136).

vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. 2. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. pp. k. April. Romae Constantino A. VI et Constantino c. cons.

La maggior parte della dottrina ha rinvenuto nell'influenza del Cristianesimo – si pensi al valore attribuito alla castità¹⁵⁵ – le ragioni della riforma di Costantino, anche se non sembra errato ipotizzare che, al di là di una motivazione di tipo prettamente etico, vi fossero anche questioni di ordine economico¹⁵⁶. Probabilmente, fu una commistione di ragioni che spinse l'imperatore a emanare la previsione.

¹⁵⁵ Si veda inoltre, ad esempio, la considerazione riservata alle vedove (cfr. *infra*).

¹⁵⁶ Tra i principali Autori che hanno rilevato una forte influenza cristiana in C.Th. 8, 16, 1, vd. M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1938, pp. 112-114; J. VOGT, *Zur Frage des christlichen Einflusses auf die Gesetzgebung Konstantins des Großen*, in *Festschrift für Leopold Wenger. Zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern*, II, München, 1945, pp. 133-134; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 142; F. EHRHARDT, *Constantin d. Gr. Religionspolitik und Gesetzgebung*, in *ZSS*, 72 (1955), pp. 184-185 e BARONE ADESI, *Monachesimo ortodosso d'oriente e diritto romano nel tardo antico*, cit., pp. 118-119, nonché MANFREDINI, *Il matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia*, cit., pp. 274-275, che richiama alcuni interessanti commenti degli antichi alla riforma di Costantino. Già J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953, pp. 185-186 (= *Études de droit romain*, III, *Vie familiale et vie sociale*, Camerino, 1979, pp. 177-178) e ID., *L'église dans l'empire romain (IV^e-V^e siècles)*, Paris, 1958 (avec mise à jour 1989), p. 198, aveva avanzato alcuni dubbi circa un mero influsso cristiano sulla costituzione in esame. Di più ampio respiro le osservazioni di HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 360-373, il quale ha evidenziato che, al di là delle ragioni etiche, la Chiesa aveva un forte interesse a sopprimere l'*incapacitas* dei celibi, dal momento che i lasciti dei chierici potevano costituire un'importante risorsa finanziaria: «... l'abrogation des lois d'Auguste apparaît comme une mesure prise sous l'influence de l'Eglise et destinée, pour partie à permettre aux chrétiens de suivre leur idéal, pour partie à lever un obstacle considérable à la formation du patrimoine de l'Eglise...» (p. 372). Segue la tesi di Humbert anche R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in *SDHI*, 56 (1990), pp. 340-341 (anche se in ID., *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 39, menziona solamente l'influenza della dottrina cristiana; torna sul punto a pp. 370-372, dove aggiunge l'intervenuta svalutazione dello scopo demografico). Ha interpretato la riforma costantiniana come una manovra per una nuova politica fiscale T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda Pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, pp. 218-219 e, soprattutto, ID., *Inminentes legum terrores. L'abrogazione delle leggi caducarie augustee in età costantiniana*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VII, cit., pp. 251-265. L'Autore si è focalizzato sul profilo economico della riforma, ponendo in rilievo la definitiva abolizione della destinazione erariale dei *bona caduca* e del correlato fenomeno delatorio: «L'abrogazione delle leggi caducarie augustee

I motivi per cui le disposizioni relative all'incapacità successoria reciproca dei coniugi *orbi*, invece, non vengono meno sono chiaramente indicate dal legislatore: è necessario opporsi alle “*fallaces blanditiae*” tra i coniugi e, in ciò, persino il “*rigor iuris*” già vi riesce a stento (§ 2)¹⁵⁷.

Il fine sanzionatorio posto a carico di soggetti che non hanno contribuito al potenziamento demografico della società lascia spazio, dunque, a un profilo della normativa in esame sinora taciuto: la diffidenza del legislatore romano nei confronti dei lasciti tra coniugi. Un aspetto prima celato tra le norme punitive a carico degli *orbi*, ma che ben si evince da tale “mancata” abolizione e che chiaramente si legge nelle parole di Costantino¹⁵⁸.

Per l'abolizione dell'*incapacitas* reciproca dei coniugi *orbi* bisogna aspettare altri novant'anni. Nel frattempo, nel 334, si concede – o meglio, si riconferma – l'esenzione da tale *incapacitas* a una peculiare categoria corporativa, quella dei *navicularii* d'Oriente (C.Th. 13, 5, 7)¹⁵⁹.

appare... come il momento di un disegno assai più ampio di politica fiscale, che avvantaggiava anche i cristiani, ma che soprattutto delineava un nuovo rapporto tra ricchezza imperiale e ricchezza privata, concludendo uno scontro secolare» (p. 265). *Contra* ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 370-372.

¹⁵⁷ Il riferimento è a tutte le previsioni atte a impedire o limitare i passaggi patrimoniali tra i consorti: in particolare, il divieto di donazione tra coniugi e la circoscritta possibilità di successione intestata.

¹⁵⁸ Correttamente BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e V secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, cit., pp. 84-85, osserva che: «La tradizionale diffidenza romana nei confronti della possibilità di permettere vantaggi economici reciproci tra i coniugi dovette, a mio avviso – e le parole della costituzione ne sono chiara conferma – convincere Costantino a mantenere ancora viva la *prisca auctoritas*». Secondo ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 371-372, sarebbe stata l'etica ancora condivisa delle leggi augustee a non ammettere l'abolizione della *lex decimaria*.

¹⁵⁹ C.Th. 13, 5, 7: *Idem A. naviculariis Orientis. Pro commoditate urbis, quam aeterno nomine iubente deo donavimus, haec vobis privilegia credidimus deferenda, ut navicularii omnes a civilibus muneribus et oneribus et obsequiis habeantur immunes et ne honores quidem civicos, ex quibus aliquod incommodum sentiant, subire cogantur. Ab administratione etiam tutelae, sive legitimae sive eius, quam magistratus aut provinciae rectores iniungunt, habeantur immunes. Et vacatione legis Iuliae et Papiae potiantur, ut etiam nullis intervenientibus liberis et viri ex testamento uxorum solidum capiant et ad uxores integra voluntas perveniat maritorum. De proprietate etiam vel hereditate vel qualibet alia civili causa pulsati ne ex rescripto quidem nostro ad extraordinarium iudicium evocentur, sed agentibus in suo foro respondeant. Et ad exemplum Alexandrini stoli quaternas in frumento centesimas consequantur ac praeterea per singula milia singulos solidos, ut his omnibus animati et nihil paene de suis facultatibus expedentes cura sua frequentent maritimos commeatus. Acc(epta)*

Un primo rilevante cambiamento si attuò il 9 maggio 396, quando la cancelleria imperiale d'Oriente emanò C.Th. 8, 17, 1, indirizzandola al prefetto del pretorio Cesario¹⁶⁰:

C.Th. 8, 17, 1: *Impp. Arcadius et Honorius AA. ad Caesarium p(raefectum) p(raetori)o. Sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nec inplorantium preces aetas vel tempus impediatur, sed sola miseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum. Dat. VII id. Mai. Const(antino)p(oli) Arcadio III et H(onorio) III AA. c)onss.*

Per mezzo di tale costituzione, Arcadio agevolò la concessione del *ius communium liberorum*¹⁶¹, che doveva avvenire sempre per grazia imperiale, ma in via “automatica”: la «*desperatio liberorum*» sarebbe stato requisito

kal. Dec. Optato et Paulino cons. Su questa costituzione, vd. D. LIEBS, *Privilegien und Ständezwang in den Gesetzen Konstantins*, in *RIDA*, 24 (1977), pp. 332-333; J. GAUDEMET, *Institutions juridique en matière économique. Les privilèges des “navicularii” au début du IV^e siècle*, in *Hommage a Robert Besnier*, Paris, 1980, pp. 103-106 (= *Les privilèges des “navicularii” au début du IV^e siècle*, in *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, cit., pp. 101-104) e ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 88-89. Gli ultimi due Autori menzionati sono concordi nel ritenere che si tratti della riaffermazione di un privilegio già conosciuto (cfr. Svet., *Claud.* 18 e 19), condiviso peraltro già da altri soggetti, come i *militēs*, vd. ASTOLFI, *op.*, cit., pp. 89-90. Sul punto, vd. anche ZABŁOCKA, *Il ‘ius trium liberorum’*, cit., p. 388.

¹⁶⁰ Cesario fu prefetto del pretorio d'Oriente per due volte, dal 395 al 397 e dal 400 al 403. Su questa figura, vd. A. H. M. JONES-J. R. MARTINDALE-J. MORRIS, v. *Fl. Caesarius* (6), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, A.D. 260-395, Cambridge, 1971 (rist. Cambridge, 1987), p. 171. Circa il contenuto dispositivo della legge, vd. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 26 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 206-207); ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 76-77 e BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e V secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, cit., p. 87.

¹⁶¹ Il *ius liberorum* è oggetto, nel corso dei secoli, di un processo evolutivo che ne modifica sensibilmente la natura. Da privilegio concesso a chi aveva avuto un certo numero di figli, diviene una mera «*coniugium sine liberis hereditatis... alterna conscriptio*» (Isid., *etym.* 5, 24, 13). In età tardoantica, infatti, a seguito dell'abrogazione di parte della legislazione augustea, i privilegi di coloro che godevano di tale diritto si ridussero notevolmente e il principale oggetto di richiesta all'imperatore rimase il *ius communium liberorum*, declinazione del più generale *ius liberorum* e inerente alla possibilità dei coniugi *orbi* di succedere reciprocamente tra loro. Circa il mutamento di funzione del *ius liberorum* in età tardoantica, vd. F. SAMPER, *Sobre el destino del “ius liberorum” en el derecho romano occidental*, Santiago de Compostela, 1972; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 75-80 e, da ultima, BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e V secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, cit., pp. 75-105.

sufficiente all'ottenimento del beneficio, non avendo alcun rilievo l'*aetas* dei richiedenti, né il *tempus* della loro unione.

Mi sembra si possa dunque correttamente affermare che, da un punto di vista sostanziale, l'*incapacitas* dei coniugi *orbi* è stata abolita già nel 396 dall'imperatore Arcadio, rimanendo in vigore, da questo momento in poi, un mero requisito formale, quello della richiesta del *ius communium liberorum* alla cancelleria imperiale, che comunque permase come prassi anche dopo il 410¹⁶².

Finalmente, il 4 settembre del 410, Teodosio II, con una costituzione indirizzata al prefetto della città di Costantinopoli Flavio Antemio Isidoro¹⁶³, abrogò la *lex decimaria*:

C.Th. 8, 17, 2: *Impp. Honorius et Theodosius AA. Isidoro p(raefecto) u(rbi): In perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia minuerit derelicta. Tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit. Dat. prid. non. Sept. Varane v.c. cons.*

C.Th. 8, 17, 3: *Idem AA. Isidoro p(raefecto) u(rbi): Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus. Et cetera. Dat. prid. non. Sept. Varane v.c. cons.*

¹⁶² Vd. *infra*. La presenza di C.Th. 8, 17, 1 nel Codice teodosiano merita una riflessione, dal momento che, come si dirà subito a seguire, questa venne abrogata da C.Th. 8, 17, 3 (a. 410). È stato sostenuto (vd. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 78-79), che la legge ha nel *Codex* una differente valenza rispetto a quella originaria, alla luce delle modifiche normative del 410, e sarebbe quindi attinente agli altri residui privilegi del *ius liberorum*, inerenti alla successione dei liberti e alla loro manomissione, nonché al diritto della donna di succedere al figlio in base al senatoconsulto Tertulliano. Risolutive sul punto le parole di VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 26 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 207): «Ma di quale *ius liberorum* può trattarsi se non del *ius communium liberorum*, se Costantino aveva tolto le conseguenze dell'*orbitas*; e se delle due circostanze richiamate – *aetas* e *tempus* –, la seconda può spiegarsi solo se si riferisca alla durata di un'unione senza figli?».

¹⁶³ Flavio Antemio Isidoro rivestì la carica di *praefectus urbis Constantinopoleos* dal 410 al 412, per poi divenire prefetto del pretorio dell'Illirico nel 424 e dell'Oriente dal 435 al 436, anno in cui fu anche console. Su tale figura, vd. MARTINDALE, v. *Fl. Anthemius Isidorus* (9), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., pp. 631-633.

C.I. 8, 57(58), 2: *Imp. Honorius et Theodosius AA. Isidoro pu. Inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia minuerit derelicta, decernimus. tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit. D. prid. non. Sept. Varane cons.*

C.I. 8, 58(59), 1: *Imp. Honorius et Theodosius AA. Isidoro pu. Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus.*

Come si evince dalla coincidenza di destinatario e data, le due previsioni normative fanno parte di una medesima costituzione, riportata, senza rilevanti alterazioni, anche nel Codice giustiniano¹⁶⁴. Marito e moglie potranno, da ora in avanti, lasciarsi reciprocamente in eredità «*quantum superstes amor exegerit*» e, conseguentemente, non risulterà più necessario richiedere la grazia imperiale al fine di ottenere il *ius communium liberorum*¹⁶⁵.

Benché si tratti di una concessione circoscritta, è evidente che la diffidenza del legislatore nei confronti degli scambi patrimoniali tra coniugi si è affievolita: è questo un atteggiamento che alcuni non hanno mancato di ricondurre all'influenza della morale cristiana¹⁶⁶. Non è da escludere, dunque,

¹⁶⁴ Sul contenuto dispositivo di C.Th. 8, 17, 2 e C.Th. 8, 17, 3, vd. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 26-27 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 206-207); ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 77 e BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e V secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, cit., pp. 88-89.

¹⁶⁵ La previsione assume però una differente valenza nel Codice giustiniano. Mentre C.Th. 8, 17, 3 riguarda il solo *ius communium liberorum* (come si evince dal suo contesto normativo originario), C.I. 8, 58(59), 1 attiene al più generico *ius liberorum* (e, pertanto, interessa essenzialmente la successione dei beni del liberto e della madre al figlio). Il fatto che C.I. 8, 57(58), 2 è collocata al titolo *de infirmandis poenis caelibatus et orbitatis et decimariis sublatis* e C.I. 8, 58(59), 1 al titolo *de iure liberorum*, infatti, fa pensare si volesse generalizzare la disposizione, scindendola dal suo contesto originario. Vd., sul punto, VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 27 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 208) e ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 80.

¹⁶⁶ Così CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, cit., pp. 402-403 e p. 458, il quale ritiene responsabile dell'abrogazione «[I]deale, invalso col Cristianesimo, della vita casta, consacrata al culto di Dio...». Come si è accennato, questa ragione sembra andare parzialmente bene in relazione a C.Th. 8, 16, 1, mentre con riguardo a C.Th. 8, 17, 2 sembrano venire in gioco altri valori, legati, forse, a una nuova concezione del matrimonio, nonché a ragioni socio-economiche. *Tranchant* BIONDI,

che in tal senso possa interpretarsi il riferimento all’*“amor”* coniugale, benché il termine non si riscontri con frequenza nella letteratura cristiana antica e, ancor meno, venga impiegato trattando del rapporto tra marito e moglie¹⁶⁷. L’allentamento del rigore in materia di lasciti testamentari tra coniugi, come anticipato parlando di C.Th. 5, 1, 9, pare comunque da ricollegarsi anche alle coeve vicende inerenti all’istituto dotale¹⁶⁸.

In merito al momento in cui C.Th. 8, 17, 2, promulgata in Oriente, abbia avuto valore anche in Occidente, si è ampiamente discusso. Il più

Il diritto romano cristiano, III, cit., p. 142. Di influenza cristiana parla anche MANFREDINI, *Il matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia*, cit., p. 275. Circa l’influenza del Cristianesimo sulla concezione del matrimonio di Teodosio II, vd. anche quanto detto *supra*.¹⁶⁷ È interessante osservare che la parola *“amor”* ricorre con maggiore frequenza nelle fonti più tarde. Nelle fonti di diritto romano dell’età del Principato, il termine ha solamente cinque attestazioni: D. 1, 2, 2, 24 (Pomp. *l. s. enchirid.*); D. 24, 1, 1 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 24, 1, 3 pr. (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 24, 1, 31, 7 (Pomp. 14 *ad Sab.*); D. 39, 6, 35, 2 (Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*), tre delle quali in riferimento al rapporto coniugale (collocate al libro XXIV *de donationibus inter virum et uxorem*): D. 24, 1, 1: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*; D. 24, 1, 3 pr.: *Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: “Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret”* e D. 24, 1, 31, 7: *Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisset Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret*. In D. 24, 1, 1 e D. 24, 1, 31, 7, il termine assume una valenza negativa, dal momento che l’*amor* si dice essere una possibile causa di privazione delle proprie ricchezze, a seguito di sconsiderate donazioni nei confronti del consorte. È altrettanto significativa, in D. 24, 1, 3 pr., l’aggiunta dell’aggettivo *“honestus”*, che evidenzia la necessità di connotare positivamente l’*“amor”*. Il termine, equivalente al greco *“ἔρως”*, sembra esser stato *“riabilitato”* dal punto di vista cristiano in particolare da Sant’Agostino, che lo utilizza indifferentemente assieme a *“caritas”* e *“dilectio”*: sul punto vd., in specie, A. NYGREN, *Den kristna kärlekstanken genom tiderna. Eros och Agape*², II, Stockholm, 1947, pp. 368-370 (in lingua italiana ma basata sulla traduzione tedesca alla prima edizione del 1936, vd. *Eros e agape. La nozione cristiana dell’amore e le sue trasformazioni*, trad. ital. a cura di N. Gay, Bologna, 1990 [rist. 2011], pp. 568-570)]. Un singolare frequente uso del termine si riscontra nelle opere di Prudenzio, poeta cristiano chiamato alla corte da Teodosio I: vd. W. J. HENDERSON, *Amor and Related Words in Prudentius*, in *Acta Patristica et Byzantina*, 10.1 (1999), pp. 104-127.

¹⁶⁸ Sulla già menzionata crisi della dote si tratterà ampiamente *infra*.

recente orientamento dottrinale individua un ritardo nel recepimento della previsione¹⁶⁹.

b. C.I. 5, 9, 6 pr.-3 (a. 472) e la tutela dei figli di primo letto

Trattando dei limiti posti alla successione testata passiva della vedova, è necessario menzionare una nuova e particolare previsione risalente al 26 febbraio dell'anno 472¹⁷⁰, emanata dall'imperatore d'Oriente Leone I e indirizzata al prefetto del pretorio Eritrio¹⁷¹. La limitazione si rinviene tra

¹⁶⁹ La questione si basa sull'esegesi di C.Th. 8, 17, 4, emanata da Onorio il 14 febbraio 413 (la datazione è corretta da SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, cit., pp. 66-67, p. 326 e p. 431): *Idem AA. Iohanni p(raefecto) p(raetori)o. Post alia: Quod impetratum ius communium liberorum superstite Catullino clarissimo viro minus allegatum esse cognoscitur, nec succedenti obesse permittimus nec ulli umquam in simili causa statuimus nociturum. Et cetera. Dat. XIII kal. Mart. Rav(ennae) Honorio VIII et Theodosio V AA. cons.* La costituzione riporta il caso di Catullino, il quale assieme a sua moglie aveva ottenuto il *ius liberorum* al fine di assicurarsi la capacità successoria reciproca. Muore la moglie e, nel corso del procedimento per rivendicarne l'eredità, muore anche Catullino. All'erede di quest'ultimo è riconosciuta la possibilità di ereditare il tutto, sebbene il *ius* sia stato «minus allegatum». VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 27 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 207-208) e ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 77-78, ritengono che ciò possa avvenire in forza della costituzione del 410. Una diversa interpretazione offrono, invece, LEVET, *La quotité disponible et les incapacités de recevoir entre époux d'après les lois caducaires*, cit., pp. 235-236 e M. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis». Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano, 1979, p. 72, che considerano la richiesta necessaria in quanto la costituzione orientale del 410, che la rendeva superflua, non era ancora stata recepita. Sul punto vd. anche DAJCZAK, *Die Aufhebung der Beschränkungen der capacitas von Ehegatten in der nachklassischen Periode. Ein Beitrag zur Erforschung der lex Iulia et Papia*, cit., pp. 155-166, il quale ipotizza che in Occidente vi sia stato un ritardo nella recezione della previsione e la considera avvenuta solamente nel 439 – anno in cui il Codice teodosiano è entrato in vigore nelle due *partes imperii* – e BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e V secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, cit., p. 90. Rimane dubbio il contesto normativo della Novella 21, 1 di Valentiniano III del 446 (di cui si è già parlato *supra*), in cui due coniugi chiedono il *ius liberorum* al fine di ottenere la *capacitas* reciproca. Da ultimi, vd. DAJCZAK, *op. cit.*, pp. 162-165, che ritiene la domanda dei coniugi avvenuta in una data precedente al 439 e ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 79-80 e p. 369, secondo il quale si tratterebbe di una richiesta, oramai inutile, rimasta, tuttavia, viva nella prassi. Critica entrambe le posizioni BIAVASCHI, *op. cit.*, pp. 92-94 e parla della «permanenza di una inveterata tradizione, che faticava a tramontare» (p. 94).

¹⁷⁰ La disposizione fa parte di un unico testo normativo assieme a C.I. 6, 20, 17 e C.I. 6, 61, 4 e il giorno indicato nella *subscriptio* (*D. II k. Mart.*) va corretto avendo riguardo a queste ultime, vd. P. KRÜGER, *Codex Iustinianus (editio maior)*, Berolini, 1877, p. 424 n. 1.

¹⁷¹ Eritrio, nativo dell'Egitto, fu prefetto del pretorio d'Oriente per tre volte, nel 466, nel 472 e in un periodo indeterminato tra il 474 e il 491. Su questa figura, vd. MARTINDALE, v. *Erythrius* (1), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., pp. 401-402.

alcune norme poste a tutela dei figli di primo letto¹⁷² ed è posta a svantaggio della moglie superstite, a prescindere dal fatto che fosse o meno sposata in seconde nozze. In questa sede, di C.I. 5, 9, 6 rileva solamente la prima parte della costituzione (pr.-3)¹⁷³:

C.I. 5, 9, 6 pr.-3: *Impp. Leo et Anthemisius AA. Erythrio pp. Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater vel mater ad secunda vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento vel sine scriptura seu codicillis, hereditatisve iure sive legati vel fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine seu mortis causa habita donatione conferre nec inter vivos conscribendis donationibus (quae etsi constante matrimonio civili iure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio vel filiae, si unus vel una extiterit. 1. Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus minime plus, quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. 2. Sin vero non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico testantem relinquere vel donare seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit aut donata, ita tamen, ut quarta pars, quae isdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querellas. 3. Quam observationem in personis etiam avi et aviae, proavi et proaviae, nepotum vel neptum, item pronepotum vel proneptum, sive in*

¹⁷² Circa l'interesse crescente del legislatore alla tutela della prole, vd. *infra*.

¹⁷³ La costituzione concerne, in generale, la disciplina dei lucri nuziali in caso di seconde nozze. Sul contenuto di C.I. 5, 9, 6, per tutti, vd. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 46-47 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 229-230) e, ampiamente, A. S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997, pp. 122-131. In merito ai paragrafi qui analizzati, si considerino anche M. G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano, 1978, pp. 154-156; FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 177 e R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012, pp. 240-241. La costituzione ebbe validità nella sola *pars Orientis*, non risultando in alcun modo recepita in Occidente: più in generale, in argomento, vd. M. A. DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra "occidente ed oriente", nel basso impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, in *RIL*, 87 (1954), pp. 329-487 (pubblicato anche come estratto autonomo con la medesima impaginazione), nonché, da ultimo con ampia ricognizione bibliografica, P. LEPORE, in *Un problema ancora aperto: i rapporti tra Oriente e Occidente nel tardo Impero romano*, in *SDHI*, 66 (2000), pp. 343-398 (= *Riflessioni sui rapporti burocratico-legislativi tra Oriente ed Occidente nel tardo impero romano*, Roma, 2012, pp. 9-101).

potestate sive emancipati emancipataeve sint, ex paterna vel materna linea venientibus, custodiri censemus. sin vero plus quam statutum est aliquid novercae vel vitrico relictum vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, tamquam non scriptum neque derelictum vel donatum aut datum ad liberorum personas deferri et inter eas dividi iubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante. [...] D. II k. Mart. Marciano cons.

In primo luogo, si afferma che l'uomo e la donna, che erano stati precedentemente sposati e avevano avuto figli di primo letto («... *si ex priore matrimonio procreatis liberis pater vel mater ad secunda vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit...*»), non potevano attribuire ai nuovi coniugi più di quanto disposto a favore della loro prole o dei loro discendenti. Inoltre, sempre secondo il dettato della costituzione, le vedove (o i vedovi) di un risposato (o di una risposata) non avrebbero potuto ricevere donazioni *inter vivos* (non revocate alla morte), doti o donazioni nuziali che avessero un valore superiore a quello riconosciuto al figlio o ai figli («... *non sit ei licitum novercae... plus relinquere... quam filio vel filiae, si unus vel una extiterit*») (pr.). Prendendo in esame la situazione di una vedova di uomo che era con lei convolato a seconde nozze, dunque, costei, alla morte del marito, non avrebbe potuto ricevere per mezzo di alcun tipo di disposizione *mortis causa* beni aventi un valore superiore rispetto a quello attribuito alla prole di primo letto.

La disposizione fornisce ulteriori precisazioni: nel caso in cui vi fossero più figli e questi venissero trattati tutti in egual maniera, la vedova avrebbe potuto ricevere una quota pari alla loro (§ 1). Qualora, invece, i figli avessero ricevuto un trattamento differente, al consorte non sarebbero potuti spettare beni di valore superiore a quello attribuito al figlio meno favorito («... *tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico testantem relinquere vel donare seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre,*

quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit aut donata...») (§ 2).

La previsione è genericamente posta a favore di tutti i discendenti («... *avi et aviae, proavi et proaviae, nepotum vel neptum, item pronepotum vel proneptum, sive in potestate sive emancipati emancipataeve sint, ex paterna vel materna linea venientibus...»)». Nel caso di violazione di tali previsioni e attribuzioni oltre il limite consentito, quanto conferito in eccesso sarebbe dovuto essere distribuito tra i figli (§ 3)¹⁷⁴.*

¹⁷⁴ Giustiniano, in un primo tempo, estese a favore degli eventuali figli di secondo letto quest'ultima previsione. Nel caso di un'attribuzione a favore del secondo consorte superiore a quanto concesso, infatti, il *surplus* sarebbe dovuto essere diviso anche con la prole nata dalle seconde nozze: cfr. C.I. 5, 9, 9 pr.-1 (a. 529). Secondo Zoz DE BIASIO, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, cit., pp. 115-156, ai figli di secondo letto non sarebbe comunque stata riconosciuta un'azione contro i propri genitori. A ogni modo, in seguito l'imperatore abrogò la sua disposizione e tornò al regime predisposto da Leone con Nov. 22, 27 (a. 535).

III. L'ISTITUTO DOTALE

1. I BENI DOTALI DELLA VEDOVA

L'istituto dotale, tra le sue funzioni, iniziò ben presto ad annoverare quella di costituire un importante apporto patrimoniale a vantaggio della vedova¹⁷⁵. La dote, infatti, alla morte del marito, qualora fosse stata costituita

¹⁷⁵ La determinazione della funzione (*rectius* delle funzioni) della dote è certamente una *vexata quaestio*. Parte della diatriba che si è sviluppata sulla questione ha avuto a oggetto lo scopo di sostenere le spese della vita familiare (cfr. il dibattito D. 23, 3, 56, 1 [Paul. 6 ad Plaut.]: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*). A. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, Erlangen, 1863, pp. 3-32, ha criticato l'opinione allora dominante che attribuiva alla dote la sola funzione di sostenere gli oneri matrimoniali e formulato una tesi "polifunzionale" dell'istituto: «Die Dos war ein Institut, welches die verschiedenartigsten Zwecke nebeneinander zu erfüllen hatte, und es ist die Ansicht, welche nur einen Zweck, die Gewährung eines Beitrags zur Bestreitung der ehelichen Lasten im Auge behält, durchaus beschränkt und unfruchtbar. Die Dos war das Mittel, welches der Frau eine standesgemässe Heirat ermöglichte, welches der *materfamilias* eine würdige und ebenbürtige Stellung im ehelichen Hause bereitete; sie war, wenn sie vom Vater herrührte, *patrimonium filiae*, der anticipierte Antheil der Tochter am väterlichen Vermögen; sie war endlich das Organ, durch welches den Kindern ein Antheil am mütterlichen Vermögen verschafft wurde» (p. 106). *Contra* e in argomento, vd., in particolare, K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Gießen, 1870, pp. 23-29; F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova, 1876, p. 288 ss.; R. D'ANCONA, *Il concetto della dote nel diritto romano. Studio storico-giuridico*, Firenze, 1889 (rist. anast. Roma, 1972), pp. 27-60; G. PETRONI, *La funzione della dote romana*, Napoli, 1897, seguito da C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, pp. 374-377; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote. Parte prima*, Catania, s.d. (post 1954), pp. 14-30 e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 391-402. Il solo scopo funzionale agli *onera matrimonii* è ricordato, ad esempio, anche da C. A. CANNATA, v. *Dote (diritto romano)*, in *ED*, XIV, Varese, 1965, p. 1 e A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano. Ragguaglio*, Napoli, 2006, pp. 165-166. Parte della dottrina ha ritenuto la correlazione tra *onera matrimonii* e dote costituitasi soltanto in un momento successivo alla nascita dell'istituto. Così, secondo SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 30-48, si tratta del frutto dell'elaborazione giurisprudenziale sorto quando la dote incominciò a essere restituita. Considerano il nesso di età del Principato DUMONT, *Les revenus de la dot en droit romain*, cit., p. 19 e p. 28 ss. e A. WATSON, *The law of persons in the later roman republic*, Oxford, 1967, p. 66. O. GRADENWITZ, *Zur Natur der «dos»*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 283-291, parla di una «Konstruktion spätklassischen Ursprunges» e E. ALBERTARIO, *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio*, in *RIL*, 58 (1925), pp. 85-103 (= *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, pp. 293-316) e ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, Milano, 1942, pp. 100-123, considera la correlazione sviluppatasi addirittura in età giustiniana, ritenendo non genuini tutti i passi che a essa fanno riferimento. Ampiamente discussa è anche un'altra funzione, quella di anticipata successione per la donna sposata *cum manu* (che, invece, è pacificamente riconosciuta nei matrimoni *sine manu*). Vd., in senso affermativo, tra gli altri, BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., pp. 41-42 e pp. 106-107; CZYHLARZ, *Das*

e non fosse già stata restituita¹⁷⁶, poteva essere resa alla moglie superstite secondo differenti modalità: vi era un modello legale di restituzione, operante in mancanza di previsioni testamentarie (o qualora, benché presenti, di esse non si volesse usufruire) e parzialmente modificabile per mezzo di accordi privatistici, e un regime restitutorio operante per mezzo di previsione testamentaria del marito. In età tardoantica, questi regimi non subiscono alcuna particolare modifica e si registra una sola importante novità relativa all'istituto dotale, quella della *pollicitatio dotis*.

römische Dotalrecht, cit., p. 12; G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, I, *Il matrimonio romano*, Bologna, 1887, pp. 71-72; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 4 ss. e p. 122 ss.; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929 (rist. anast. Paris, 1978 e 2003), p. 1008; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960 (e successive rist. anastatiche), p. 453; MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*³, cit., p. 225 e FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, cit., p. 366. Della diatriba sulle funzioni della dote dà conto anche FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II, *Sponsalia matrimonio dote*, cit., pp. 680-686, con ulteriore ampia ricognizione bibliografica. Nei moderni corsi istituzionali viene menzionata, quale ulteriore funzione della dote, quella che più di ogni altra qui rileva: costituire un apporto patrimoniale della donna allo scioglimento del matrimonio. Così, vd. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, cit., p. 532; MARRONE, *op. cit.*, p. 225; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*², Milano, 2013, p. 76; FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, cit., p. 366 e M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*²², München, 2021, p. 412. Vd. anche CANNATA, v. *Dote (diritto romano)*, cit., p. 6 (con riferimento all'età giustiniana): «La dote venne, soprattutto, acquistando sempre più il carattere di patrimonio riservato alla moglie, perché questa, dopo lo scioglimento del matrimonio potesse provvedere al proprio sostentamento...» e ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, cit., p. 49.

¹⁷⁶ La restituzione della dote in costanza di matrimonio era genericamente vietata, ma ammessa in alcuni casi: cfr. P.S. 2, 21b, 1b (= D. 23, 3, 73, 1 [Paul. 2 *sent.*]); D. 11, 7, 27, 1 (Ulp. 25 *ad ed.*); D. 23, 3, 85 (Scaev. 8 *dig.*); D. 23, 4, 28 (Paul. 5 *quaest.*); D. 24, 3, 20 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 24, 3, 21 (Ulp. 3 *disp.*); C.Th. 13, 3, 3 (a. 333), riportata, con alcune variazioni, anche in C.I. 5, 19, 1; Sch. Sin. 13, 35 e Nov. 22, 39 (a. 535). Della classicità di tali eccezioni si è fortemente dubitato in dottrina: sul punto, vd. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, pp. 245-246. Discussa è anche l'ipotesi presentata in D. 24, 3, 24 pr.-1 (Ulp. 33 *ad ed.*), su cui vd. *infra*.

2. I REGIMI DI RESTITUZIONE DELLA DOTE

a. *Il regime di restituzione legale*

La necessità di estendere l'esercitabilità dell'*actio rei uxoriae*, già possibile in caso di divorzio, all'ipotesi di conclusione del matrimonio per morte del marito, è dovuta alla caduta in desuetudine dei matrimoni accompagnati dalla *conventio in manum*¹⁷⁷.

¹⁷⁷ È riconosciuto dalla maggior parte della dottrina, infatti, che l'*actio rei uxoriae* è sorta per tutelare la donna allo scioglimento del matrimonio causato da divorzio. Sul punto, da ultimo, vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., pp. 73-74, che tuttavia la ritiene una tesi priva di un valido appiglio nelle fonti. Circa la modalità di estensione dell'*actio* all'ipotesi di morte del marito, si sono avanzate differenti ipotesi. Secondo BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., pp. 59-61, ciò sarebbe avvenuto per mezzo dell'*edictum de alterutro* (sul quale vd. *infra*) e, pertanto, mentre l'*actio rei uxoriae* sorta a seguito di divorzio sarebbe stata un'azione civile, la stessa azione in caso di morte del marito avrebbe avuto natura pretoria. Segue questa tesi SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 367 ss. *Contra* A. VON SCHEURL, nella sua recensione a BECHMANN, *op. cit.*, in *KritV*, VI (1864), p. 15; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., p. 42 e D'ANCONA, *Il concetto della dote nel diritto romano. Studio storico-giuridico*, cit., pp. 68-70. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 36-39, si avvicina a Bechmann nel sostenere si sia trattato di un'innovazione pretoria, ma la qualifica come un'*actio ficticia de testamento*. Per una critica a Palazzolo, vd. VARVARO, *op. cit.*, p. 74 n. 178. M. VOIGT, *Die lex Maenia de dote. Vom Jahr DLXVIII der Stadt. Festschrift zu Gustav Friedrich Hänel's funfzigjährigem Doctor-Jubiläum*, Weimar, 1866, pp. 58-67, attribuì tale innovazione alla *lex Maenia*; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, 1901, p. 215, parlò di «ein Eingreifen der Gesetzgebung in die Entwicklung des Dotalrechts» e, anche, GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, cit., p. 1013, attribuì tale innovazione a una «loi». Diversamente, A. ESMEIN, *La nature originelle de l'action rei uxoriae*, in *NRHD*, 17 (1893), pp. 168-170, ritenne che l'ipotesi di scioglimento del matrimonio a causa di divorzio e quella a causa di morte dessero luogo a due differenti azioni, in seguito vicendevolmente influenzatesi: «On n'aurait point étendu à la veuve l'action existant au profit de la femme divorcée; on aurait créé pour elle une action nouvelle» (p. 168).

In mancanza di apposita previsione¹⁷⁸, qualunque fosse la sua provenienza – si trattasse di *dos profecticia* o *dos adventicia*¹⁷⁹ –, la vedova *sui iuris* lucrava personalmente la dote¹⁸⁰.

¹⁷⁸ In presenza della quale si ricadeva nell'ipotesi della "*dos recepticia*", vd. *infra*.

¹⁷⁹ Circa il significato di tali denominazioni, cfr. Ep. Ulp. 6, 3: *Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est*. Per la determinazione del concetto di "*dos profecticia*", cfr., in particolare, D. 23, 3, 5 (Ulp. 31 *ad Sab.*); D. 23, 3, 6, 1 (Pomp. 14 *ad Sab.*); D. 23, 3, 81 (Papin. 8 *quaest.*); D. 24, 2, 5 (Ulp. 34 *ad ed.*) e D. 24, 3, 10 pr. (Pomp. 15 *ad Sab.*). Per il significato di "*dos adventicia*", cfr., in specie, D. 23, 3, 5, 9 e D. 23, 3, 5, 11. La dottrina maggioritaria definisce "*profecticia*" la dote genericamente costituita dall'ascendente paterno della donna: così, ad esempio, A. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, II, Erlangen, 1867, pp. 422-427; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., pp. 314-315; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 399-400; E. ALBERTARIO, «*Adventicius*», in *RIL*, 64 (1931), p. 505 (= *Studi di diritto romano*, I, cit., p. 284); BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 413-416; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 22; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 454; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, cit., p. 1009; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, cit., p. 532. Diversamente M. LAURIA, *Matrimonio - dote in diritto romano*, Napoli, 1952, pp. 94-97 e G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², Roma, 1953, pp. 197-198, i quali considerano *dos profecticia*, nel diritto di età del Principato, soltanto quella costituita dal padre di sangue. Circa la necessaria sussistenza della *patria potestas*, vd. *infra*. "*Adventicia*" si definiva, di contro, la dote costituita da ogni altro soggetto. Secondo ALBERTARIO, *op. cit.*, pp. 503-516 (= *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, cit., pp. 283-291) e ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, cit., pp. 87-99, si tratta di un'espressione presente solamente in testi postclassici o alterati, dal momento che in diritto classico si distingueva solamente tra *dos profecticia* e *dos* che non lo fosse, senza formulare un ulteriore termine.

¹⁸⁰ Nessun diritto poteva vantare il padre nel caso di una figlia emancipata dopo averle costituito una dote; cfr. Ep. Ulp. 6, 6 e C.I. 5, 13, 1, 11 (a. 530). Risolta l'interpretazione di C.Th. 3, 13, 3: *Impm. Honor(ius) et Theod(osius) AA. Mariniano p(raefecto) p(raetori)o. Post alia: Si constante matrimonio maritus fatali fuerit sorte consumptus, dos, quae data dicitur vel promissa ex eius uxoris facultatibus, ad feminam revertatur nihilque sibi ex hoc defuncti heres audeat vindicare, quod ad mulierem recurrere fecit obitus maritalis. Et si fortasse constante matrimonio a marito uxori dos refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore defuncta marito ab eius heredibus cum fructibus ex die refusae dotis restituatur, ita ut proprietates eiusdem a liberis ex eadem susceptis alienari a marito non possit. Et cetera. Dat. III non. Novemb. Rav(enna) Honor(io) XIII et Theod(osio) X AA. cons. (a. 422)*. Di questa legge, presente in due differenti luoghi del Codice giustiniano (C.I. 5, 18, 11 e C.I. 5, 19, 1), è stato dibattuto, in particolare, il riferimento alla dote costituita «*ex eius uxoris facultatibus*». Sulla base di tale espressione – e di C.I. 5, 12, 31 (a. 530), su cui *infra* –, BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., pp. 61-68, ha sostenuto che «... die Frau hat eine Klage auf Herausgabe der Dos gegen die Erben des Mannes nur dann, wenn jene aus ihrem eigenen Vermögen herrührt; sie hat aber eine Klage nicht, wenn die Mitgift von einem Dritten bestellt worden war» (p. 63), considerando, tuttavia, che dessero luogo a dovuta restituzione nei confronti della donna sia l'ipotesi di dote costituita da lei stessa, sia quella costituita dal suo *pater familias*. Contro la tesi di Bechmann – smentita anche da C.I. 5, 13, 1, 13 (a. 530; su cui *infra*) – si è schierata la dottrina maggioritaria, senza tuttavia trovare una plausibile giustificazione all'espressione presente in

Si è sostenuto che, al fine di ottenere la restituzione legale della dote da parte della donna, oltre che la validità del matrimonio in base al *ius civile* e al *ius gentium*¹⁸¹, era necessaria anche quella alla legislazione augustea e alle leggi complementari¹⁸². Le fonti invocate a supporto di tale tesi, ossia Ep. Ulp. 16, 4, che qualifica la dote come «*caduca*» solo nell'ipotesi in cui sia la donna a essere morta¹⁸³, e i §§ 24-26 del *Gnomon dell'Idios Logos*, che, di fatto, nulla aggiungono all'argomento¹⁸⁴, non mi sembrano essere univoche e

C.Th. 3, 13, 3. In particolare, VON SCHEURL, nella già menzionata recensione a BECHMANN, *op. cit.*, pp. 17-19, ha ritenuto che «in jedem andern Fall, wo die *dos* nicht *ex uxoris facultatibus* bestellt ist, ihr sein unbedingtes Klagerecht auf Herausgabe zusteht» (p. 18) e CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., pp. 297-298 n. 3, ha ipotizzato che la precisazione avesse probabilmente lo scopo «... den Rückfall der *Dos* an die Frau plausibel zu machen, wobei man freilich übersah, daß der angeführte Grund kein durchgreifender ist». Secondo C. STERNBERG, *Beiträge zur Lehre des römischen Rechts von der Restitution der *dos* nach aufgelöster Ehe*, Breslau, 1880, p. 40, queste parole «liessen sie jedoch stehen, weil sie in ihnen nur einen irrelevanten Zusatz sahen, auf den bereits im Codex Theodosianus kein Gewicht gelegt war». Poca rilevanza alle stesse attribuiscono anche SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 388-390 e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 474, il quale osserva, inoltre, che non viene riaffermata la devoluzione della *dos profecticia* al *pater* (viene da aggiungere: ancora detentore della patria potestà) e ritiene che, pertanto, la dote andasse in ogni caso restituita alla donna (ma vd. quando detto circa il lucro nuziale della *filia familias* e C.I. 6, 61, 2 *supra*). Da ultimo, VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 52 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 236), ha saputo correttamente leggerci un mero riferimento a una *dos adventicia*, la quale – così come la *dos profecticia* –, andava sempre e comunque restituita alla donna *sui iuris* alla morte del marito (salvo ovviamente fossero intervenute apposite pattuizioni).

¹⁸¹ Cfr. D. 23, 3, 3 (Ulp. 63 *ad ed.*): *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*. Vd. anche *supra*. Sul punto, per tutti, vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., pp. 152-153.

¹⁸² Così ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 47 e pp. 115-117, secondo il quale si verrebbe differentemente a creare «una disparità iniqua di trattamento con gli acquisti basati sulla volontà del defunto» (p. 116).

¹⁸³ Cfr. Ep. Ulp. 16, 4: *Quod si maior quinquagenaria minori sexagenario nupserit, impar matrimonium appellatur, et senatus consulto Calvisiano iubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dotes. Itaque mortua muliere dos caduca erit*. È dunque vero che, in caso di matrimonio non conforme alla legislazione augustea e complementare, il marito non poteva trattenere la dote alla morte della moglie, ma non il contrario.

¹⁸⁴ Cfr. *Gnomon dell'Idios Logos* (BGU 5, 1210, ll. 73-78): 24. τὴν διδομένην πρ(ο)ϊκα ὑπὸ γυναικὸς Ῥωμαίας ὑπὲρ πενήκοντα ἔτη γεγону[ί]ας ἀνδρὶ Ῥωμαίῳ ἐντὸς ἐξήκοντα ἐτῶν γεγονότι μετὰ θάνατον ὁ φύσικος ἀναλαμβάνει. 25. ὁμοίως καὶ τὴν διδομένην ὑπὸ γυναικὸς ἐντὸς ἑπτὰ ἐτῶν οὐσης ἀνδρὶ ὑπὲρ ἐξήκοντα ἔτη γεγονότι ἀναλαμβάνεται. 26. κὰν Λατεῖνα ὑπὲρ πενήκοντα ἔτη δῶ τι ὑπὲρ ἕξ ἔτη ὁμοίω(ς) ἀναλαμβ(άνει). Pur mancando nel generico riferimento «μετὰ θάνατον» del § 24 l'indicazione di quale dei due coniugi fosse premorto, ciò non consente certo di desumerne l'«irrelevanza» (così invece ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., p. 47 n. 17). Per un'analisi dei passi, vd. S. RICCOBONO JR., *Il gnomon dell'idios*

sufficientemente probanti. Se si considera, poi, che la conseguenza, nell'ipotesi di morte del marito, sarebbe stata quella di privare la donna, a meri fini punitivi, di un suo personale apporto, tale tesi risulta ancor meno condivisibile¹⁸⁵.

Il diritto di credito dotale era esercitabile personalmente dalla donna *sui iuris*¹⁸⁶ mentre, nel caso di donna *alieni iuris*, dal suo avente potestà, *adiuncta filiae persona*, ossia con il suo consenso¹⁸⁷. Nel caso di scioglimento

logos, Palermo, 1950, pp. 149-153 (con ulteriori rinvii a p. 149 n. 2), cui *adde* M. LAURIA, *Il gnomon dell'idios logos*, in *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*, 75 (1964), Napoli, 1965, pp. 111-114 e MANFREDINI, *Il matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia*, cit., pp. 267-270.

¹⁸⁵ La legislazione augustea e le leggi complementari, infatti, si limitarono pur sempre a vietare, a soggetti considerati non meritevoli, la possibilità di acquisire nuovi beni, ma non giunse mai al punto di privarli di ciò che era di loro appartenenza. Circa la *vexata quaestio* della proprietà della dote, vd. *infra*.

¹⁸⁶ Cfr. Ep. Ulp. 6, 6; Frag. Vat. 269. L'azione passava alla figlia in alcune particolari ipotesi: cfr. D. 24, 3, 22, 4 e 11 (Ulp. 33 *ad ed.*) (ques'ultimo forse non genuino; vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 234 n. 645) e D. 24, 3, 42 pr. (Pap. 4 *resp.*). Sulla peculiare questione della trasmissione dell'*actio rei uxoriae* nel caso di liberazione della figlia dalla soggezione della patria potestà prima che la sentenza fosse emanata o eseguita, vd. G. LAVAGGI, *Litis contestatio e trasmissione dell'actio rei uxoriae*, in *AG*, 134 (1947), pp. 24-38.

¹⁸⁷ Cfr., ad esempio, Ep. Ulp. 6, 6; Frag. Vat. 269; D. 24, 3, 2, 1 (Ulp. 35 *ad Sab.*); D. 24, 3, 3 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 24, 3, 34 (Afric. 8 *quaest.*); D. 31, 34, 5 (Mod. 10 *resp.*); D. 35, 2, 14 pr. (Papin. 9 *resp.*); D. 46, 3, 34, 6 (Iul. 54 *dig.*), nonché C.I. 5, 18, 10 (a. 294). Sull'istituto dell'*adiuncta filiae persona*, ampiamente e per tutti, vd. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 200-244; H. J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in *ZSS*, 53 (1933), pp. 301-340; SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, cit., pp. 151-153. Ulteriore ricognizione bibliografica in VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 41 n. 82. Secondo S. SOLAZZI, *Sul consenso della «filia familias» all'«actio rei uxoriae» esercitata dal padre*, in *RIL*, 70 (1937), pp. 261-266 (= *Scritti di diritto romano*, III, (1925-1937), Napoli, 1960, pp. 557-561), nel diritto dell'età del Principato, questo assenso doveva essere prestato *in iure*, diversamente da quanto avveniva in diritto giustiniano, ove esso poteva essere provato con qualsiasi mezzo e prestato anche in assenza del magistrato. Il silenzio della *filia* era da intendersi come assenso (cfr. D. 24, 3, 2, 2 [Ulp. 35 *ad Sab.*]). Regimi particolari erano previsti in caso di pazzia della figlia o di sua assenza (cfr. D. 24, 3, 2, 2; D. 24, 3, 22, 3 [Ulp. 33 *ad ed.*]; D. 46, 8, 25 pr. [Afric. 8 *quaest.*]). La dottrina maggioritaria ha ritenuto non genuino il concetto di *dos patris et filiae communis*, presente, in particolare, in D. 24, 3, 2, 1; D. 24, 3, 3; D. 24, 3, 22, 1 (Ulp. 33 *ad ed.*) e D. 46, 3, 34, 6. In tal senso, vd. S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*², I, *Introduzione – Diritto delle persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, Roma, 1928 (rist. anast. Roma, 2002), p. 397 n. 4 e WOLFF, *op. cit.*, p. 310 n. 2. Propende fortemente per la tesi interpolazionista J. M. SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos*, I, *Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, Heidelberg, 1937, pp. 31-77. Di contro, A. BURDESE, «*Dos patris et filiae communis*», in *Labeo*, 5 (1959), pp. 284-304 (= *Mnemeion Siro Solazzi*, Napoli, 1964, pp. 54-72), ha difeso la classicità della

di matrimonio per morte del marito, qualora quest'ultimo fosse *pater familias*, i convenuti erano i suoi eredi¹⁸⁸. Diversamente, si sarebbe ricorso contro il suocero e distinto tra costituzione di dote «*iussu soceri*» e costituzione di dote «*non iussu patris*». Nella prima ipotesi, il *pater familias* del marito defunto sarebbe stato responsabile per l'intero mentre, nella seconda, egli avrebbe risposto soltanto nei limiti del peculio del figlio o della *in rem versio*¹⁸⁹.

Omettendo un'analisi dei profili processualistici dell'*actio rei uxoriae*, questione troppo ampia per essere qui affrontata e già ampiamente oggetto di studio, sia sufficiente ricordare che essa, molto probabilmente, conteneva nella *conceptio verborum* la clausola «*quod eius melius aequius erit*» e dava luogo a un giudizio nel quale il giudice era chiamato a commisurare discrezionalmente la condanna del convenuto¹⁹⁰.

comunione, «idea, rispondente alla valutazione sociale, di un comune interesse del padre e della figlia alla restituzione della dote» (p. 303), seguito da VARVARO, *op. cit.*, p. 249 n. 693.
¹⁸⁸ Cfr. C.I. 5, 18, 9 (a. 294) e D. 24, 3, 15, 1 (Paul. 7 *ad Sab.*).

¹⁸⁹ In merito alla trasmissibilità passiva dell'azione nei confronti del suocero, cfr. Frag. Vat. 102; Sch. Sin. 6, 14; D. 24, 3, 15 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 42, 1, 21 (Paul. 6 *ad Plaut.*). Circa la sua responsabilità, cfr. D. 24, 3, 22, 12 (Ulp. 33 *ad ed.*); D. 24, 3, 25 pr. (Paul. 36 *ad ed.*); D. 24, 3, 53 (Tryph. 12 *disp.*); C.I. 5, 18, 10. Per quanto riguarda i limiti entro l'attivo del peculio del figlio del *pater familias* non costituente la dote, cfr. però anche D. 15, 1, 36 (Ulp. 2 *disp.*): ... *ego autem arbitrator non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem...* Sul punto, vd. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 483.

¹⁹⁰ Da ultimo si è occupato del tema VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit. (con la recensione di A. BURDESE in *SDHI*, 75 [2009], pp. 673-678), con ampia ricognizione dottrinale circa il precedente stato dell'arte (p. 19 ss.). L'Autore ha incentrato la propria ricerca sulla ricostruzione della formula dell'*actio rei uxoriae*. La conclusione a cui è pervenuto è che essa aveva natura civilistica e un'*intentio incerta* ricollegata al criterio del *quod eius melius aequius erit*, escludendone dunque l'appartenenza al gruppo delle *actiones in bonum et aequum conceptae* (cfr. il discusso D. 4, 5, 8 [Gai. 4 *ad ed. provinc.*]). La *condemnatio* sarebbe stata rimessa, pertanto, alla libera determinazione del giudice, che poteva tener conto: «... (a.) di eventuali comportamenti dolosi; di patti aggiunti al negozio costitutivo della dote; delle *retentiones* e di eventuali crediti *ex aedem causa* opponibili in compensazione...; (b.) di eventi successivi alla *litis contestatio*; (c.) del *beneficium competentiae* in favore del marito convenuto per la restituzione della dote...» (pp. 271-272). L'Autore ha dunque ipotizzato tre differenti ricostruzioni della formula dell'azione, a seconda che il soggetto agente fosse la donna da sola o l'avente potestà su di lei e che quest'ultimo agisse a seguito di scioglimento del matrimonio per morte o per divorzio (pp. 273-274).

Circa l'oggetto della restituzione, salvo il caso di *dos aestimata venditionis causa*¹⁹¹, i convenuti erano tenuti a restituire i beni e i diritti costituiti in dote, avuto ovviamente riguardo della loro differente natura¹⁹². Alla donna, o al suo *pater familias*, andavano restituite tutte le accessioni¹⁹³,

¹⁹¹ L'*aestimatio dotis* realizzata *venditionis causa* implicava la restituzione del prezzo di stima allo scioglimento del matrimonio – a differenza dell'*aestimatio dotis taxationis causa*, finalizzata alla predeterminazione della somma dovuta dal marito in caso di perdita a lui imputabile dei beni dotali. Il regime era equiparato a quello di una compravendita, ma della genuinità di tale comparazione si sono avanzati dei dubbi: vd., in tal senso, E. ALBERTARIO, *Interpolazioni in D. 20, 4, 9, 3 (appunti sulla aestimatio dotis)*, in *RIL*, 59 (1926), p. 295 (= *Studi di diritto romano*, I, *Personae e famiglia*, cit., p. 405) e ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, cit., pp. 230-231. Sul punto, in particolare e da ultimo, vd. F. M. MAZZANTE, *Dos aestimata, dos vendita? Die geschätzte Mitgift im römischen Recht*, Marburg, 2008, il quale è giunto ad affermare che: «Der Satz *aestimatio venditio est* ist keine byzantinische Erfindung... Gerade die vorhandenen Ausnahmen von dem Grundsatz sprechen für die Klassizität dieser Sichtweise, denn die Römer prüften ursprünglich im Einzelfall, ob die *aestimatio dotis* einem Kauf vergleichbar war oder nicht» (p. 138). Sull'istituto, tra i contributi più rilevanti, oltre alle opere già citate, si considerino anche la tesi dottorale di E. SARRAZIN, *Die dos aestimata*, Halle, 1883; E. VOLTERRA, *In tema di aestimatio dotis*, in *RIL*, 66 (1933), pp. 1014-1032 (= *Scritti giuridici con una nota di Mario Talamanca*, I, cit., 1991, pp. 429-447); K. AYITER, *Aestimatio dotis e compra-vendita come concetti di interpretazione tra i giuristi classici*, in *Annali dell'Università di Ankara*, 6 (1954-55), pp. 81-148 (come estratto autonomo: Ankara, 1958) (con la recensione di A. BURDESE in *Labeo*, 5 [1959], pp. 113-118); A. BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, pp. 165-207; A. CALONGE, *Aestimatio dotis*, in *AHDE*, 35 (1965), pp. 5-57; K. L. STREICHER, *Periculum Dotis. Studien zum dotalrechtlichen Haftungssystem im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1973, pp. 3-20 e E. C. SILVEIRA MARCHI, «*Periculum rei venditae*» e «*periculum dotis aestimatae*», in *Labeo*, 47 (2001), pp. 392-410. Ulteriore ricognizione bibliografica in VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., pp. 34-35 n. 60.

¹⁹² Così, ad esempio, nel caso di beni materiali, qualora questi fossero stati fungibili, gli eredi del marito defunto o il suo *pater familias* erano tenuti alla restituzione «*eiusdem generis et qualitatis*» (cfr. D. 23, 3, 42 [Gai. 11 *ad ed. provinc.*]). Per i diritti su cosa altrui, si era tenuti a ripristinare lo *status* anteriore alla costituzione di dote (cfr., ad esempio, per un'ipotesi di usufrutto, D. 23, 3, 78, 1 [Tryph. 11 *disp.*]). Ancora, nel caso di *acceptilatio dotis causa* – o simili –, il credito era ristabilito, ma se si trattava di una prestazione avente a oggetto una cosa determinata e il bene era già nel patrimonio del marito, si applicavano le regole della restituzione dei beni corporali (cfr. D. 23, 3, 58, 1 [Cels. 19 *Dig.*]). Sul punto e per la prospettazione di ulteriori ipotesi, vd., per tutti, LAURIA, *Matrimonio - dote in diritto romano*, cit., pp. 165-168 e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 483-485.

¹⁹³ Cfr. D. 23, 3, 10, 1 (Ulp. 34 *ad Sab.*). Così, ad esempio, erano oggetto di restituzione anche i parti del bestiame (cfr. D. 23, 3, 10, 3) e delle serve dotali (cfr. D. 23, 3, 10, 2 e D. 23, 3, 69, 9 [Papin. 4 *resp.*]); il *duplum* conseguito in seguito all'evizione di un bene dotale (cfr. D. 23, 3, 52 [Marcian. 3 *reg.*]); l'eredità o il legato acquisito per mezzo di uno schiavo dotale (cfr. D. 23, 3, 65 [Pomp. 5 *ad Q. Muc.*] e D. 29, 2, 45, 1 [Iul. 1 *ad Urs. Ferocem*]) e l'eredità derivante da un servo dotale manomesso (cfr. D. 24, 3, 61 [Papin. 11 *quaest.*]). Cfr. anche C.I. 5, 13, 1, 9a (a. 530; su cui *infra*).

mentre i frutti e gli incrementi di valore prodotti nel corso del matrimonio spettavano agli eredi del marito o al suo *pater familias*¹⁹⁴.

Il debito degli eredi o del *pater familias* del defunto consorte nei confronti della vedova poteva essere diminuito qualora ricorressero specifiche condizioni¹⁹⁵. L'istituto che per primo viene in rilievo è, ovviamente, quello delle *retentiones*¹⁹⁶. Nel caso di scioglimento del

¹⁹⁴ Cfr. D. 23, 3, 7 pr.-1 (Ulp. 31 *ad Sab.*); D. 24, 3, 6 (Paul. 7 *ad Sab.*); Nov. Valent. 14 (a. 444); C.I. 5, 12, 20 (a. 294); C.I. 5, 13, 1, 9b (a. 530). Circa l'impiego dei frutti dotali da parte del marito durante il matrimonio, vd. però anche P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau und Früchte der dos*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, pp. 3-27. Sulla spinosa questione della divisione dei frutti – in particolare dell'ultimo anno dotale, con il discusso D. 24, 3, 7, 1 (Ulp. 31 *ad Sab.*) – vd., con ampio richiamo alla restante dottrina, L. V. PETRAŽYCKI, *Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Vom Standpunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebung. Drei civilrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1892, pp. 1-84, e, più sinteticamente, P. BONFANTE, *La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel diritto romano e nel diritto civile*, in *RISG*, 20 (1896), pp. 338-357 (come estratto autonomo: Torino, 1896; il contributo è presente, con emendazioni e osservazioni, anche in *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Torino, 1916, pp. 72-100), nonché ID., *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 485-492. In argomento anche la tesi dottorale di M. WEILER, *Die Teilung der Dotalfrüchte bei der Auflösung der Ehe*, Saarbrücken, 1896.

¹⁹⁵ Oltre alle fattispecie indicate a seguire, si considerino anche le ipotesi di c.d. *reputatio* (cfr. D. 46, 3, 48 [Marcell. l. s. *resp.*]) e di risarcimento del danno arrecato dalla donna al patrimonio del marito predefunto. Sul punto, vd. COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 161-164.

¹⁹⁶ Cfr. Ep. Ulp. 6, 9: *Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas*. In mancanza di uno specifico e completo contributo sul tema generale delle *retentiones* dotali, rinvio a quella che può considerarsi la principale ed essenziale dottrina genericamente in materia di dote: vd. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., pp. 86-100 e ID., *Das Römische Dotalrecht*, II, cit., pp. 326-339; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., pp. 334-355; COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 119-128 e 151-161; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 244-345; LAURIA, *Matrimonio - dote in diritto romano*, cit., pp. 176-179; LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², cit., pp. 237-242; SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote. Parte prima*, cit., pp. 148-153; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 469-503; P. E. CORBETT, *The roman law of marriage*, Oxford, 1930 (rist. anast. Aalen, 1979), pp. 192-196. Da ultimi, per un generico inquadramento della materia, vd. R. TOFANINI, *La tutela della dos e le retentiones. Appunti per una ricerca*, in *Working Papers del Digips dell'Università di Siena*, 13 (1993), pp. 1-17; FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II, *Sponsalia matrimonio dote*, cit., pp. 708-713; L. SALOMÓN SANCHO, *Las retentiones en la actio rei uxoriae*, in *Revista General de Derecho Romano*, 10 (2008), pp. 1-23 e F. J. ANDRÉS SANTOS, *Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano*, in *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, pp. 216-222. Si consideri anche la ricognizione bibliografica di VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., pp. 30-31 n. 49, nonché, ovviamente, gli Autori citati a seguire per peculiari aspetti concernenti l'istituto. Sulla natura e gli effetti delle *retentiones*, vd., in particolare,

matrimonio per morte del marito, quelle che potevano applicarsi erano solamente due, le *retentiones propter impensas* e le *retentiones propter res amotas*. In età tardoantica, infatti, le *retentiones propter res donatas*¹⁹⁷, pur presenti nell'elenco paolino di D. 24, 3, 15, 1 (Paul. 7 ad Sab.)¹⁹⁸, non potevano spettare all'erede del marito, a seguito della nota *oratio Severi*¹⁹⁹. Rimanevano, altresì, certamente inapplicabili le *retentiones propter liberos* e le *retentiones propter mores*, dal momento che le prime potevano operare solamente in caso di divorzio intervenuto per colpa della donna o del suo *pater familias*, e le seconde punivano i cattivi *mores* della moglie e riguardavano lo scioglimento di matrimonio a causa di divorzio intervenuto per sua colpa²⁰⁰.

Le *retentiones propter impensas* rappresentavano quanto trattenuto a causa delle spese sostenute dal marito per i beni dotali. Delle tre categorie di

con sistematica ricognizione dottrinale, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln, 1963, pp. 18-22. Circa il regime delle *retentiones*, nel Codice teodosiano ci si limita a una formale conferma del regime previgente (cfr. C.Th. 3, 13, 2 [a. 363]), senza alcun accenno all'intercorsa differente applicabilità delle *retentiones propter res donatas* nei confronti dell'erede del marito (vd. subito a seguire). Per quanto concerne le profonde modifiche apportate in materia da Giustiniano, vd. *infra*.

¹⁹⁷ Su tale istituto, vd., in particolare, H. SIBER, 'Retentio propter res donatas', in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, III, Palermo, 1936, pp. 241-282. Circa i rapporti tra queste *retentiones* e il divieto di donazione tra coniugi, vd. BUONGIORNO, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana*, I, *Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, cit., pp. 217-220.

¹⁹⁸ Cfr. D. 24, 3, 15, 1: *Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas: morum vero coercionem non habet.*

¹⁹⁹ Cfr. D. 33, 4, 1, 3 (Ulp. 19 ad Sab.), pur riferita al solo legato di dote. Sull'*oratio Severi*, vd. *supra*. In tal senso, anche SIBER, 'Retentio propter res donatas', cit., p. 271 e GUARINO, «Res amotae», cit., p. 259 n. 26 (= *Pagine di diritto romano*, VII, cit., p. 110 n. 26). D. 24, 3, 15, 1, escerpito dal settimo dei *libri ad Sabinum* di Paolo, è anteriore al 206: vd., altresì, P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*², München und Leipzig, 1912, p. 231 n. 32.

²⁰⁰ Cfr., rispettivamente, Ep. Ulp. 6, 10 e 12. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 469, distingue tra *retentiones* «schiettamente pecuniarie», che passavano agli eredi (ovviamente tutte e tre, in età del Principato), e *retentiones* «non pecuniarie nel loro fondamento, etiche diremmo noi» che non erano trasmissibili, mentre A. GUARINO, «Res amotae», in *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*, 75 (1964), cit., p. 258 (= *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, pp. 109-110), parla di azioni di *retentiones* «di rivalsa» e *retentiones* «di sanzione».

impensae conosciute²⁰¹, le sole *impensae necessariae*, ossia quelle che per loro natura si erano rese indispensabili al fine di conservare i beni dotali, diminuivano la dote *ipso iure*²⁰². Le *impensae utiles* erano, infatti, rimborsabili solamente se compiute *voluntate mulieris*²⁰³, mentre le *impensae*

²⁰¹ Cfr. Ep. Ulp. 6, 14 e D. 25, 1, 1 pr. (Ulp. 36 *ad Sab.*). In merito alla tripartizione “*impensae necessariae, impensae utiles e impensae voluptuariae o voluptuose*”, vd., tra gli ultimi, H. NIEDERLÄNDER, *Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*, in *ZSS*, 75 (1958), pp. 201-219 e J. RESZCZYŃSKI, *Impendere, impensa, impendium (sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, in *SDHI*, 55 (1989), pp. 235-236, nonché M. T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *Las impensas en el derecho romano clásico*, Extremadura, 1998, pp. 37-54, con sistematica ricognizione bibliografica (pp. 40-47). Una peculiare ipotesi non riconducibile alle *retentiones propter impensae* indicate è quella di D. 24, 3, 21. L'intero titolo I del venticinquesimo libro del Digesto *de impensis in res dotale factis* si occupa delle spese dotali, sulle quali vd. la tesi dottorale di L. BOYER, *Droit romain – Des impenses sur la dot. Droit français – Théorie de la preuve en matière de reprises matrimoniales*, Toulouse, 1890, pp. 9-94; A. LEINWEBER, *Die Dotalimpensen*, Wien, 1893; la tesi dottorale di J.-P. LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, Paris, 1937; S. RICCOBONO, ‘*Dal diritto romano classico al diritto moderno*’, in *AUPA*, 3-4 (1917), pp. 409-416 (= *Scritti di diritto romano*, II, *(Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium])*), Palermo, 1964, pp. 215-221) e ID., *Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*, in *BIDR*, 47 (1940), pp. 4-6; A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich, 1989, pp. 33-39, nonché GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *op. cit.*, pp. 163-204.

²⁰² Circa la determinazione del concetto di *impensae necessariae*, cfr. D. 50, 16, 79 pr. (Paul. 6 *ad Plaut.*): “*Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*”. Cfr. anche Ep. Ulp. 6, 15; Sch. Sin. 8, 17; D. 25, 1, 1, 1 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25, 1, 1, 3 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25, 1, 2 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 25, 1, 3 pr. (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25, 1, 4 (Paul. 36 *ad ed.*); D. 25, 1, 14 pr. (Ulp. 5 *reg.*); D. 25, 1, 15 (Nerat. 2 *membr.*). Sull'operatività *ipso iure* di tali spese, cfr. D. 23, 2, 61 (Papin. 32 *quaest.*); D. 23, 3, 56, 3 (Paul. 6 *ad Plaut.*); D. 23, 4, 5, 2 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 25, 1, 5 pr. (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 33, 4, 1, 4; D. 33, 4, 2 pr. (Ulp. 5 *disp.*) e D. 33, 4, 5 (Marcian. 3 *reg.*). La diminuzione doveva essere effettuata sul complesso dei beni dotali: cfr. D. 23, 3, 56, 3; D. 25, 1, 5 pr. e D. 33, 4, 1, 4. In merito a questo meccanismo, oltre agli Autori citati alla p. 69 n. 203, vd., in ispecie, F. SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht*, in *ZSS*, 34 (1913), pp. 57-106, il quale afferma, tra l'altro, che in età classica questa *regula iuris* esprimeva il solo diritto di ritenzione e dubita che l'espressione “*ipso iure*” sia genuina. Le tesi di Schulz sono puntualmente criticate da RICCOBONO, ‘*Dal diritto romano classico al diritto moderno*’, *cit.*, pp. 370-372 n. 4 (= *Scritti di diritto romano*, II, *cit.*, pp. 182-183 n. 29) e da BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *cit.*, pp. 495-496. Vd. anche E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, *Fonti e casi*, Milano, 1947, p. 146, il quale esclude che la regola faccia riferimento a un diritto di ritenzione. Da ultima, sul punto, in particolare, GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *Las impensas en el derecho romano clásico*, *cit.*, pp. 164-187 (in ispecie, pp. 182-183).

²⁰³ Per una definizione di *impensae utiles*, cfr. D. 50, 16, 79, 1 (Paul. 6 *ad Plaut.*): “*utiles impensas esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriore esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. in his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus*”. Cfr. anche Ep. Ulp. 6, 16; D. 23, 5, 18 pr. (Iav.

voluptuariae o *voluptuosae* non potevano mai essere oggetto di rimborso, se non nei limiti del *ius tollendi*²⁰⁴.

Infine, anche le *res amotae* dalla donna, in vista della morte del marito, potevano essere ripetute dagli eredi di quest'ultimo²⁰⁵.

6 *ex post. Lab.*); D. 25, 1, 5, 3 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25, 1, 6 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 25, 1, 10 (Paul. 36 *ad ed.*); D. 25, 1, 14, 1 (Ulp. 5 *reg.*); D. 50, 16, 79, 1. Circa il necessario assenso della moglie, cfr. D. 25, 1, 8 (Paul. 7 *ad Sab.*) e C.I. 5, 13, 1, 5e (a. 530). Non è pacifico se la *voluntas mulieris* sia stata richiesta dai giuristi al fine di ampliare la capacità di rimborso della donna (che prima sarebbe stata riconosciuta solamente in presenza di spese necessarie), ovvero se, al contrario, si sia intervenuti al fine di limitarla (e precedentemente anche le *impensae utiles* venissero sempre restituite). Nel primo senso si orienta la maggioranza della dottrina; vd., ad esempio, BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, II, cit., p. 330; H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preußische und französische Gesetzgebung*, Heidelberg, 1868 (rist. anast. Aalen, 1965), pp. 153-154; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., p. 345; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*², II.1, Halle, 1895 (rist. anast. Aalen, 1963), p. 387; S. RICCOBONO, *Gli scolii sinaitici*, in *BIDR*, 9 (1896), p. 241 n. 2 (= *Scritti di diritto romano*, I, *Studi sulle fonti*, Palermo, 1957, p. 294 n. 1) e ID., 'Dal diritto romano classico al diritto moderno', cit., p. 414 (= *Scritti di diritto romano*, II, *(Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium])*), cit., p. 220), nonché ID., *Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*, cit., p. 5; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, cit., p. 225; LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², cit., p. 240 e F. GUIZZI, *La restituzione della dote e le spese utili*, in *Labeo*, 3 (1957), pp. 245-246 n. 2. *Contra* SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht*, cit., pp. 68-69 e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 496-501. Così anche A. LATORRE, «*Voluntas mulieris*» y reembolso de las *impensas utiles dotaes*, in *Iura*, 5 (1954), pp. 209-212, il quale ritiene che «... el Derecho clásico no exigió el requisito de la *voluntas mulieris* mas que en un caso: el de la doctrina puerorum, y aun en éste fué, al parecer, objecto de discusión entre los juristas...» (p. 209), tesi confutata da GUIZZI, *op. cit.*, pp. 245-250. Anche GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *Las impensas en el derecho romano clásico*, cit., pp. 188-198, segue questo secondo orientamento.

²⁰⁴ Il termine "*voluptuariae*" è presente nei testi più antichi, mentre "*voluptuosae*" in quelli più moderni: vd. RESZCZYŃSKI, *Impendere, impensa, impendium (sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, cit., p. 245 n. 246. Per una definizione, cfr. D. 50, 16, 79, 2 (Paul. 6 *ad Plaut.*): "*voluptariae*" sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augment: ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae. Cfr. anche Ep. Ulp. 6, 17; D. 25, 1, 7 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25, 1, 14, 2 (Ulp. 5 *reg.*). Per il loro negato rimborso: D. 25, 1, 11 pr. (Ulp. 36 *ad Sab.*). Circa il *ius tollendi*, vd. *infra*.

²⁰⁵ Sul tema dei rapporti tra *retentiones propter res amotae* e *actio rerum amotarum*, vd., da ultimi, WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., pp. 3-30 e GUARINO, «*Res amotae*», cit., pp. 254-268 (= *Pagine di diritto romano*, VII, cit., pp. 105-118), secondo il quale: «[l]a sfera di applicazione della *retentio propter res amotas* era in un rapporto di contenente a contenuto rispetto alla sfera di applicazione dell'*ara*, perché riguardava ogni possibile ipotesi di *res amotae* dalla moglie durante il matrimonio, ivi compresa l'ipotesi (caratteristica dell'*ara*) delle *res amotae divortii causa*» (p. 258 [= *Pagine*, p. 109]). L'Autore, che, a differenza della dottrina maggioritaria, propende per un'origine indipendente dell'*actio* rispetto alla *retentio*, con successivi accostamento e tentativo di armonizzazione da parte della giurisprudenza di

Sempre in tema di diminuzione dell'importo oggetto di restituzione, va ricordato il *beneficium competentiae*, che limitava la condanna all'*id quod facere potest*. Pur avendo natura strettamente personale, fu riconosciuto anche al *pater familias* del marito e ai figli comuni della coppia²⁰⁶.

Per quanto concerne i tempi di restituzione della dote, si distingueva tra beni infungibili e beni fungibili, i primi da restituirsì immediatamente, i secondi in tre rate annuali, fatta salva ogni diversa pattuizione²⁰⁷.

età del Principato, ritiene – a mio avviso correttamente – che, anche nel caso di morte del marito, spettasse ai suoi eredi il diritto di ritenzione, in base ad una condivisibile lettura di D. 24, 3, 15, 1 (p. 258 ss. [= *Pagine*, p. 109 ss.]). La dottrina maggioritaria ha, invece, limitato l'ambito di operatività della *retentio propter res amotas* alle ipotesi di scioglimento a causa di divorzio: così anche WACKE, *op. cit.*, p. 7 ss. (con ricognizione dottrinale a p. 9 n. 13).

²⁰⁶ Circa la natura personale del *beneficium competentiae*, cfr. D. 24, 3, 12 (Ulp. 36 *ad Sab.*): *Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est: sed hoc heredi non esse praestandum*; D. 24, 3, 13 (Paul. 7 *ad Sab.*): *quia tale beneficium personale est et cum persona exstinguitur*; nonché D. 42, 1, 23 (Paul. 6 *ad Plaut.*); D. 42, 1, 24 (Pomp. 4 *ex Plaut.*) e D. 42, 1, 25 (Paul. 60 *ad ed.*). Per l'estensione di tale beneficio nei confronti del suocero, cfr. D. 24, 3, 15, 2: *Socero quoque, cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur, ut in id damnetur quod facere potest*; D. 24, 3, 16 (Pomp. 16 *ad Sab.*): *quia parentis locum socer optinet*. Cfr. anche D. 24, 3, 53; D. 42, 1, 21. Nei confronti dei figli comuni, cfr. D. 24, 3, 18 pr. (Pomp. 16 *ad Sab.*): *Etiam filios mulieris, qui patri heredes exstiterunt, in id quod facere possunt condemnandos Labeo ait*. M. PAMPALONI, *Sulla teoria del "beneficium competentiae", nel diritto romano*, in *Studi giuridici dedicati e offerti Francesco Schupfer del XXXV anno del suo insegnamento. Diritto romano*, Torino, 1898 (rist. Roma, 1975), pp. 65-69 (anche come estratto autonomo: Torino, 1898, pp. 9-13), ha sostenuto che, nel diritto dell'età del Principato, aveva avuto carattere personale il solo *beneficium competentiae* accordato al marito *ex omni contractu*, mentre il beneficio del marito convenuto per mezzo dell'*actio rei uxoriae*, inizialmente causale, sarebbe stato qualificato come personale solamente da Giustiniano. L'Autore ha dunque ritenuto non genuini i testi volti a escludere l'estensione del beneficio ad altre persone e le fonti contemplanti l'estensione nei confronti del padre e del figlio come sopravvivenze di diritto classico. *Contra*, tra gli altri, A. LEVET, *Le bénéfice de compétence*, Paris, 1927, pp. 19-21 e n. 29; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione (Anno accademico 1930-31)*², I, Napoli, 1935, pp. 223-230 e A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978 (rist. con una nota di lettura di Annamaria Salomone, Napoli, 2015), p. 132. In merito al *beneficium competentiae* nel procedimento per la restituzione della dote, da ultimo e con ampia ricognizione bibliografica, J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *La "ratio iuris" del llamado "beneficium competentiae" en el ámbito dotal*, in *REHG*, 34 (2012), pp. 103-126. Circa la *ratio* dell'istituto, vd. *infra*.

²⁰⁷ Cfr. Ep. Ulp. 6, 8: *Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi si ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur*; nonché C.I. 5, 13, 1, 7° (a. 530). Cfr., anche, Cic., *ad Att.* 11, 23, 3; 11, 25, 3; 12, 8 e Cic., *ad fam.* 6, 18. I termini riferiti da Polyb., *hist.* 32, 13, sono probabilmente riferiti alla costituzione di dote e non alla sua restituzione: vd., sul punto, M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, in *RIDA*, 2 (1949) (= *Mélanges Fernand De Visscher*, I), pp. 540-541 (= *Ausgewählte Schriften*, I, Camerino, 1976, pp. 374-375). Circa la possibilità di modificare

I successori o il *pater familias* rispondevano degli atteggiamenti dolosi e colposi tenuti del marito tali da danneggiare o far perire i beni dotali non fungibili²⁰⁸.

Nell'eventualità del concorso di più creditori, l'*actio rei uxoriae* godeva di un *privilegium*, che comunque doveva risultava inferiore nei confronti del fisco e di altre pretese parimenti privilegiate (come quelle dei creditori pignorati o ipotecari del marito)²⁰⁹.

convenzionalmente tali termini, vd. *infra*. Certamente inapplicabile, in caso di scioglimento per morte del marito, quanto ricordato da Ep. Ulp. 6, 13.

²⁰⁸ Cfr. Frag. Vat. 94 (= D. 24, 3, 49, 1 [Paul. 7 resp.]); Coll. 10, 2, 2; Sch. Sin. 11, 31; D. 13, 6, 5, 2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13, 6, 18 pr. (Gai. 9 *ad ed. provinc.*); D. 23, 3, 17 pr. (Paul. 7 *ad Sab.*), con ampi e fondati sospetti interpolazionistici; D. 23, 3, 72, 1 (Paul. 8 *resp.*); D. 23, 4, 6 (Ulp. 4 *ad ed.*); D. 23, 4, 12, 4 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 24, 3, 18, 1 (Pomp. 16 *ad Sab.*); D. 24, 3, 25, 1 (Paul. 36 *ad ed.*); D. 24, 3, 49 pr. (Paul. 7 *resp.*); D. 24, 3, 67 (Pomp. 20 *epist.*); D. 50, 17, 23 (Ulp. 29 *ad Sab.*). In particolare, in ipotesi di morte del marito, cfr. D. 24, 3, 66 pr. (Iav. 6 *ex post. Lab.*). Sul punto, per tutti e con ampia ricognizione bibliografica, VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., pp. 126-131. Vd. anche *infra* circa l'invalidità del patto *ut maritus dolum solummodo praestet*.

²⁰⁹ Così F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, pp. 221-222 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, a cura di P. Garbarino, A. Triscioglio, E. Sciandrello, Alessandria, 2016, pp. 144-145). Circa il *privilegium exigendi* dotale, oltre al già menzionato GORIA, *op. cit.*, pp. 221-223 (= *Scritti*, pp. 144-146), vd. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli, 1940, pp. 165-170; H. WIELING, *Privilegium exigendi*, in *TR*, 56 (1988), pp. 288-289; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², neu bearbeitet von K. Hackl, München, 1996, p. 403 e n. 13 (che lo limita ai casi di «unterbliebener Eheschließung oder nichtiger Ehe») e M. DEL PILAR PÉREZ ÀLVAREZ, *Observaciones sobre el privilegium exigendi a favor de la mujer para la restitución de la dote*, in *SDHI*, 69 (2003), pp. 611-622. Probabilmente il privilegio era riconosciuto anche in caso di *actio ex stipulatu*: cfr. D. 46, 2, 29 (Paul. 24 *quaest.*), su cui SOLAZZI, *op. cit.*, p. 166.

b. *Il regime convenzionale di restituzione: stipulationes e pacta dotalia*

La disciplina della restituzione legale poteva essere derogata – parzialmente o pressochè totalmente – in base alla volontà dei privati, per mezzo di *stipulationes*²¹⁰ o *pacta*²¹¹. La tesi secondo la quale, nel diritto di età del Principato, esisteva un generale principio *condicio mulieris deterior fieri non potest* sembra potersi dire oramai superata e si può, a ragione, riconoscere

²¹⁰ Mentre la *stipulatio* poteva interamente sostituire il proprio regime di trasmissibilità a quello legale dell'*actio rei uxoriae*, eventualmente accompagnandosi da *adstipulatio*, da *adiectio solutionis causa* o dalla clausola *cum moriar*, i *pacta* potevano condurre, come per loro natura, a risultati più limitati. Vd., sul punto, VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, cit., pp. 274-276. Per un'analisi sistematica delle differenze tra l'azione nascente da una stipulazione avente a oggetto la restituzione dei beni dotali e l'*actio rei uxoriae*, vd. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 435-442. Prima dell'introduzione dell'*actio rei uxoriae*, i soli mezzi che consentivano a colui che aveva costituito la dote di ripeterla erano proprio le *cautiones* o *stipulationes de reddenda dote*. Di esse ne parla solamente Aulo Gellio in riferimento al noto divorzio di Spurio Carvilio Ruga (cfr. Gell., *noct. att.* 4, 3, 2). In argomento, per tutti, vd. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, cit., pp. 84-93, cui adde VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 27 n. 43, sullo *status doctrinae* circa il rapporto tra tali *cautiones* e l'*actio rei uxoriae*. Che tali *cautiones* venivano originariamente utilizzate in ipotesi di morte del marito, ancor prima che nel caso di divorzio, è stato sostenuto da W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig, 1858, p. 436, seguito da COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., p. 61. Di parere contrario G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, II, *Il primo divorzio nel diritto romano*, Bologna, 1888, pp. 214-215 e SOLAZZI, *op. cit.*, pp. 170-172, il cui orientamento mi sembra potersi condividere.

²¹¹ Ai *pacta dotalia* è dedicato l'intero IV titolo del XXXIII libro del Digesto *de pactis dotalibus* e il XIV titolo del V libro del Codice giustiniano *de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*. Cfr. anche C.Th. 3, 13, 2, in cui ci si limita a confermare l'antico vigente regime. I patti dotali non sono ancora stati oggetto di un'indagine sistematica e sono rimasti il "dornenvoller Bereich" di cui parlava BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., p. 109. Tra i contributi più rilevanti in materia, vd. C. BOYER, *Des pactes dotaux en droit romain. Des cas de nullité du contrat de mariage*, Toulouse, 1870, pp. 5-54; E. ALBERTARIO, *I patti dotali a favore di terzi*, in *RIL*, 58 (1925), pp. 353-367 (= *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, pp. 351-367) e ID., *I contratti a favore di terzi*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar, 1939, pp. 30-36 (= *Studi di diritto romano*, VI, *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, pp. 296-302); A. BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in *BIDR*, 62 (1959), pp. 157-184; P. VAN WARMELO, *Pacta dotalia*, in *Satura Roberto Feenstra sexagesimus quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, ediderunt J. A. Ankum, J. E. Spruit, F. B. J. Wubbe, Fribourg, 1985, pp. 201-213 e, da ultima, M. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Padova, 2002. Per ulteriore bibliografia, vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 125 n. 315.

la sola invalidità del patto peggiorativo nei confronti della figlia concluso senza il suo consenso e a matrimonio avvenuto²¹².

Limitandomi a considerare i profili che qui maggiormente interessano, da un'analisi delle fonti risultano essere soltanto due i patti dotali volti a peggiorare la condizione vedovile che erano espressamente vietati, se conclusi prima dello scioglimento del matrimonio²¹³: il patto *ut longiore die dos salvatur*²¹⁴ e il patto *ut maritus dolum solummodo praestet*²¹⁵.

²¹² Così BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, cit., 157-184, il quale ha dimostrato come nel diritto dell'età del Principato, a differenza di quanto successivamente affermato dai compilatori (vd. *infra*), non esisteva un generale principio finalizzato a sancire l'invalidità delle convenzioni dotali recanti un danno alla moglie. Questa tesi si è posta in linea di rottura con la dottrina che aveva definito «principio fondamentale» il *pactum conditionem mulieris deteriore fieri non posse*; cfr. in tal senso, E. VOLTERRA, *In tema di permutatio dotis*, in *RIL*, 66 (1933), p. 302 (= *Scritti giuridici con una nota di Mario Talamanca*, I, *Famiglia e successioni*, cit., p. 428), nell'ambito di un'indagine – giunta a considerazioni di più ampio respiro – a sostegno della classicità della condizione di utilità richiesta nel caso di *permutatio dotis*. Nello stesso senso, ad esempio, vd. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 439. Da ultima, sul punto, B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, pp. 396-397, la quale condivide la ritenuta sussistenza di un generico principio di ordine pubblico volto a vietare il mutamento *in peius* della condizione della donna. Circa l'invalidità del patto concluso in seguito alle nozze da parte del padre senza il consenso della figlia, cfr. D. 23, 3, 28 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 23, 4, 7 (Pomp. 15 *ad Sab.*); D. 24, 3, 3; D. 24, 3, 29 pr. (Ulp. 3 *disp.*).

²¹³ Nel caso della vedova non rilevano altri due patti espressamente vietati, a determinate condizioni, a tutela della donna. Si tratta del patto *de dote non reddenda liberis non intervenientibus* e il patto *ut plus propter mores retineatur*, connessi, rispettivamente, alle *retentiones propter liberos* e le *retentiones propter mores*, vd. BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, cit., p. 173 ss. Come si è detto *supra*, simili ritenzioni non sarebbero spettate, in ogni caso, agli eredi. Per questa ragione, non trova neppure applicazione, nel caso della vedova, il patto *de dote non reddenda liberis intervenientibus* (genericamente ammesso, invece, nel caso in cui fosse sottesa una convenzione finalizzata ad aumentare la *retentio propter liberos*): cfr. D. 23, 4, 2 (Ulp. 19 *ad Sab.*); D. 33, 4, 1, 1 (Ulp. 19 *ad Sab.*) e C.I. 5, 14, 3 (a. 239).

²¹⁴ Cfr. D. 23, 4, 14 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 23, 4, 15 (Gai. 11 *ad ed. provinc.*); D. 23, 4, 16 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 23, 4, 17 (Proc. 11 *epist.*); D. 23, 4, 18 (Iul. 18 *dig.*) e D. 23, 4, 19 (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.*).

²¹⁵ Cfr. D. 23, 4, 6, su cui, per tutti e da ultimo, vd. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, pp. 148-149.

Per il resto, con il limite del rispetto dei principi fondamentali del *ius dotium*²¹⁶, degli altri divieti posti a tutela del marito²¹⁷ e dei generali principi dell'ordinamento giuridico²¹⁸, il regime legale della dote si poneva in alternativa alla libera autoregolamentazione dei privati²¹⁹.

c. La restituzione della dote per mezzo di testamento

Oltre alla restituzione legale o convenzionale, la restituzione della dote era realizzabile anche per mezzo di previsione testamentaria del marito defunto, possibile per mezzo del già menzionato *legatum dotis*²²⁰, istituto oggetto di peculiare attenzione da parte della giusromanistica. In particolare, molto dibattuto è stato il rapporto tra il regime legale di restituzione della dote e quello per mezzo di lascito testamentario: la dottrina maggioritaria si è orientata, a tal proposito, nel senso di prospettare un unico sistema, evidenziando i punti di convergenza delle discipline dei due istituti, legati da un forte e reciproco vincolo di alternatività.

²¹⁶ Sembra, infatti, potersi dedurre da D. 23, 4, 12, 1 (Paul. 35 *ad ed.*) l'esistenza di un nucleo di norme inderogabili attinente al regime dei beni dotali. Su questo passo e per una sua possibile differente interpretazione, per tutti, vd. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., pp. 13-23. Sul punto anche VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 216 n. 594, con ulteriore bibliografia.

²¹⁷ Sono invalidi i patti volti a convertire i frutti in dote (cfr. D. 23, 4, 4 [Ulp. 31 *ad Sab.*]), di rinuncia ad agire per le spese necessarie (cfr. D. 23, 4, 5, 2) e di rinuncia al *beneficium competentiae* (cfr. D. 24, 3, 14, 1 [Ulp. 36 *ad Sab.*]).

²¹⁸ Così, ad esempio, il divieto di patti successori nella costituzione dotale (cfr. D. 38, 16, 16 [Papin. 12 *resp.*] e C.I. 5, 14, 5 [a. 290]) e il divieto di stipulare a favore di terzo. Sul punto, per tutti, vd. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote. Parte prima*, cit., pp. 90-96.

²¹⁹ Va tuttavia precisato che, andando a considerare le possibili pattuizioni peggiorative non vietate di cui ci prestano testimonianza le fonti e che erano ammesse sino all'età giustiniana, le ipotesi sembrano fermarsi ai patti di *aestimatio dotis* e di *permutatio dotis*. La ragione di queste ammissibilità va forse ricercata nel fatto che si tratta di pattuizioni concernenti «la determinazione dell'oggetto dotale, non il regime legale della dote». Viceversa, espressamente vietati risultano i «... patti dotali contrari all'interesse della donna che vengono a toccare il regime legale stabilito appunto nell'interesse della stessa e considerato inderogabile per convenzione privata...». Così BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, cit., p. 183.

²²⁰ Del *legatum dotis* si è fatta menzione *supra*.

A tale riguardo è fondamentale ricordare la disciplina dettata dall'*edictum de alterutro*²²¹, del quale trattano esplicitamente solamente due fonti, C.Th. 4, 4, 7 pr. (a. 424)²²² e C.I. 5, 13, 1, 3a (a. 530)²²³:

C.Th. 4, 4, 7 pr.: *Imp. Theod(osius) A. Asclepiodoto p(raefecto) p(raetori)o: ... sic mulier in edicto, quod de alterutro est, cum suam explanaverit optionem, ne paenitentia possit ad aliud transire, etiam satisfactione cogetur praecavere, nisi si aetatis iuvetur auxilio. [...] Dat. XVI kal. Mart. Constant(ino)p(oli) Victore v̄. c̄. cons.*

C.I. 5, 13, 1, 3a: *Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales. [...] Sciendum itaque est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum est testatorem, qui non hoc addidit, voluisse eam utrumque consequi. [...] D. k. Nov. Lampadio et Oreste cons.*

La dottrina maggioritaria²²⁴ ha ricostruito il regime pregiustiniano nel senso che l'azione per la restituzione dei beni dotali²²⁵ e il diritto spettante in base a qualsiasi tipo di disposizione *mortis causa* volto a tacitare i diritti

²²¹ L'*edictum de alterutro* viene collocato all'interno dell'editto pretorio da O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 308, pur con grave incertezza (vd. p. 41 e pp. 302-303), nel XX titolo *de re uxoria* al § 144.

²²² C.Th. 4, 4, 7 è parzialmente riportata in C.I. 6, 36, 8 (e C.I. 6, 13, 2), con l'ovvia omissione della menzione al (vecchio) regime dell'*edictum*.

²²³ Sulla disposizione giustiniana, vd. ampiamente *infra*.

²²⁴ Sull'*edictum de alterutro*, vd. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., pp. 56-61; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., pp. 476-479; GRIVAZ, *Droit romain – Étude sur le legs de dot. Droit Français – L'extradition et les délits politiques*, cit., pp. 187-204; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 380-388; GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., pp. 110-111; ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 161-167; BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, cit., pp. 392-395; PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 71-94 e HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 102-106.

²²⁵ Non è chiaro se l'*edictum de alterutro* trovasse applicazione, oltre che nel caso di *actio rei uxoriae*, anche qualora la dote dovesse essere restituita in base a una stipulazione: in senso negativo, vd. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., p. 478, seguito da GRIVAZ, *Droit romain – Étude sur le legs de dot. Droit Français – L'extradition et les délits politiques*, cit., p. 199 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 162-163. *Contra* SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 387-388 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 81-82 n. 26.

sulla dote²²⁶ si ponevano in alternativa tra loro e non erano, dunque, in alcun modo, cumulabili²²⁷. Accedendo alla tesi formulata da Nicola Palazzolo, ritengo tuttavia corretto limitare il discorso al *legatum pro dote* e sostenere, pertanto, che solo tra questo e l'oggetto dell'azione restitutoria poteva sussistere un regime di alternatività²²⁸.

La scelta di quale soluzione avvalersi spettava alla donna e aveva natura irrevocabile («*ne poenitentia possit ad aliud transire*»); ella doveva prestarvi fede con delle *cautiones*²²⁹. Non pacifica è la capacità della vedova di esperire l'*actio* nel caso in cui ella avesse precedentemente optato per il diritto nascente dal testamento, avesse ricevuto meno di quanto avrebbe

²²⁶ Alla questione se l'editto riguardasse anche l'ipotesi di *heredis institutio* e di *donatio mortis causa*, rispondono affermativamente, tra gli altri, BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., p. 57 e n. 3; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., p. 476; GRIVAZ, *Droit romain – Étude sur le legs de dot. Droit Français – L'extradition et les délits politiques*, cit., p. 199; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 373 e pp. 381-382 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 161 e n. 71 e pp. 190-192.

²²⁷ Cfr. D. 31, 53 pr.: *Cum ab uno herede mulieri pro dote compensandi animo legatum esset eaque dotem suam ferre quam legatum maluit, utrum in omnes heredes, an in eum solum, a quo legatum est, actio ei de dote dari debeat, quaeritur. Iulianus in eum primum, a quo legatum sit, actionem dandam putat: nam cum aut suo iure aut iudicio mariti contenta esse debeat, aequum esse eum, a quo ei maritus aliquid pro dote legaverat, usque ad quantitatem legati onus huius aeris alieni sustinere reliqua parte dotis ab heredibus ei praestanda.*

²²⁸ Vd. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 43-94. L'Autore ritiene che la ricostruzione della dottrina maggioritaria offra tre principali motivi di perplessità: 1) il riferimento al solo *legatum pro dote* negli unici due passi sopra menzionati recanti tale disciplina; 2) la presunta "illogicità" dell'inversione operata da Giustiniano; 3) l'insensatezza dell'irrevocabilità e dell'incumulabilità con il *legatum dotis*. Palazzolo, dunque, considera l'*edictum de alterutro* riferito al solo *legatum pro dote*, per il quale ben si giustificerebbero, a suo modo di vedere, la questione dell'irrevocabilità e quella dell'incumulabilità. La tesi, certamente innovativa, mi sembra potersi accogliere: in tal senso, vd. anche VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 206 e n. 563. Sui risultati raggiunti dalla ricca e innovativa indagine di PALAZZOLO, si vedano anche le positive recensioni di KASER, *op. cit.*, pp. 539-544 e LÉVY, *op. cit.*, pp. 225-234. Non pare condivisibile, tuttavia, l'interpretazione dell'Autore della riforma attuata da Giustiniano in materia: vd. *infra*.

²²⁹ Vd., sul punto, ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 163-164, secondo il quale, benché si parli di *optio*, non si fa riferimento a un vero e proprio atto formale e l'irrevocabilità non sarebbe stata una novità introdotta da Teodosio: ipotesi, questa, già sostenuta da SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 384.

ottenuto e desiderasse quindi agire per ottenere la differenza tra la dote e il lascito²³⁰.

In base a quanto si evince dalla riforma giustiniana²³¹, inoltre, antecedentemente sarebbe valsa la presunzione in base alla quale, in mancanza di una chiara intenzione da parte del *de cuius*²³², la disposizione *mortis causa* sarebbe stata considerata presa al fine di tacitare il diritto alla restituzione dei beni dotali della moglie²³³. Per superare tale presunzione, la donna sarebbe stata tenuta a provare il contrario.

Per quanto riguarda il rapporto tra l'*actio rei uxoriae* e il *legatum dotis*, la dottrina ha evidenziato alcuni ulteriori punti di contatto nelle rispettive discipline e, in particolare, ha presupposto una marcata influenza della prima nei confronti della seconda²³⁴. Così, si è sostenuto che il diritto

²³⁰ Secondo la dottrina maggioritaria non sarebbe stato in alcun modo possibile agire in un secondo tempo per ottenere un incremento di quanto ricevuto con il primo mezzo. Così, vd. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., p. 473; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 384-385 e n. 2; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II, 1, Berlin, 1922 (rist. anast. Aalen, 1964), p. 149 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 80-86. *Contra* BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, II, cit., p. 419. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 164-166, adotta una posizione intermedia e ritiene che, mentre nel caso del *legatum pro dote* non fosse possibile ripetere la parte mancante con l'*actio rei uxoriae*, ciò fosse possibile in presenza di un *legatum dotis*.

²³¹ Sulle modifiche apportate da Giustiniano vd. sempre *infra*.

²³² Era necessario, però, che l'applicazione della presunzione non portasse a un risultato contrario alla volontà del testatore: cfr. D. 33, 4, 2 pr.: *...hoc amplius Iulianus scripsit, etsi non fuerit adiectum pro dote esse legatum, hoc tamen animo relictum, adhuc eius esse condicionis...* Sul passo e in tal senso, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 143-144, p. 162 e p. 176. *Contra* PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 86-87, secondo il quale il passo testimonierebbe la necessità di una prova in merito alla volontà del testatore di tacitare i diritti della vedova. Sul punto, vd. anche *infra*.

²³³ La presunzione di tacitazione dei diritti dotali sarebbe stata riferita, dunque, alle sole ipotesi di disposizioni dubbie e ciò è un'ulteriore conferma della tesi di Palazzolo (vd. *supra*). Le disposizioni dei *legata pro dote*, infatti, erano sicuramente le principali fattispecie che, per loro natura, potevano essere oggetto di contrastanti interpretazioni: se da una parte il *legatum dotis* aveva un oggetto predeterminato e ben identificabile (spesso documentato), il *legatum pro dote* era costituito da beni "nuovi" e non precedentemente individuabili, indi le incertezze sulla sua qualifica.

²³⁴ Che la funzione dei due istituti sia la medesima – la restituzione della dote – non può certamente essere posto in dubbio, così come il fatto che, in alcuni casi, tra essi ci possano essere stati dei punti di contatto. Altri accostamenti della dottrina, invece, paiono forzati. In specie, tra gli ultimi, si è pronunciato ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto*

nascente dal *legatum dotis* aveva come presupposto l'esistenza dell'*actio rei uxoriae*²³⁵ e, per quanto attiene all'oggetto della restituzione, si è presunta un'identità di risultato tra i due mezzi restitutori²³⁶, anche se, in realtà, la volontà del testatore poteva intervenire al fine di modificare la natura dei beni da restituirsi²³⁷ e, inoltre, nel caso di *legatum dotis*, non si applicavano le

romano, I, cit., pp. 127-173, il quale ha tenuto come filo conduttore nella trattazione del *legatum dotis* il rapporto tra quest'ultimo e l'*actio rei uxoriae*, presentando sistematicamente le (da lui) presunte reciproche influenze e somiglianze. Il continuo accostamento, sebbene in alcuni punti corretto, in altri non manca di forzature, come si avrà modo di segnalare. Completamente differente l'impostazione di PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 43-94. A questa tematica si affianca la *vexata quaestio* relativa alla natura del legato di dote e avente a oggetto l'attribuzione della qualifica di *legatum debiti*, problematica che non è possibile affrontare in questa sede. Sia sufficiente ricordare che la dottrina maggioritaria ha risposto in maniera affermativa alla questione e che, recentemente, si è registrato un orientamento volto ad abbandonare le posizioni più radicali influenzate dai Pandettisti e di chi a questi si è voluto opporre, per accogliere soluzioni di tipo intermedio, che mirano a identificare i punti di contatto e le analogie di regime tra i due legati, senza peccare di eccessivo dogmatismo. Così, ad esempio, mi sembra potersi dire di ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 127-131 e pp. 167-173 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 95-153 (il quale, comunque, nega la natura di legato di debito). In tal senso, più recentemente, anche G. PAPA, *Per una storia del 'legatum debiti'*, Roma, 2014, pp. 23-25. A tutti costoro si rinvia per una completa ricognizione bibliografica sul tema.

²³⁵ Cfr., ad esempio, D. 33, 4, 1 pr. (Ulp. 19 *ad Sab.*): *Cum dos relegatur, verum est id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat* e D. 33, 4, 1, 5 (Ulp. 19 *ad Sab.*): *Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, ut, si vivus eam uxori (scilicet quibus licet casibus) solverit, cesset legatum*. Così, tra gli altri, ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 137-141 e SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 374. *Contra*, ampiamente, PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 45-46 e pp. 143-153, secondo il quale presupposto del *legatum dotis* è la mera esistenza della dote. Se la dote manca nel patrimonio del testatore, perché non è mai stata consegnata (cfr. D. 33, 4, 1, 7 [Ulp. 19 *ad Sab.*]) o è già stata già restituita (cfr. D. 33, 4, 1, 5) o è perita (cfr. D. 33, 4, 1, 6 [Ulp. 19 *ad Sab.*]) o deve essere restituita a persona diversa dal legatario (cfr. D. 33, 4, 16 [Paul. 2 *ad Vitell.*]), il legato è nullo per estinzione dell'oggetto, pur rimanendo valido come *legatum liberationis*.

²³⁶ Cfr. D. 33, 4, 1 pr. Così, SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 374 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 144-145. Vd. anche VOICI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 325. Sul punto e *contra*, vd. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., p. 44 n. 1, con ulteriore ricognizione bibliografica, e p. 143 ss.

²³⁷ Cfr. D. 33, 4, 9 (Papin. 8 *resp.*): *"Uxori meae fundum Cornelianum et quae nuptura optulit aestimata in speciebus restitui volo". respondi non aestimatum praedium in dotem datum exceptum non videri, sed universa dote praelegata rerum aestimatarum pretium non relictum, verum ipsas res, quales invenirentur*. Se ne evince che il testatore aveva la possibilità di imporre all'erede di restituire in specie la dote, anche nel caso in cui questa fosse stata stimata *venditionis causa*. Il brano viene richiamato anche da ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 144-145, il quale, singolarmente, ne ricava una conferma dell'identità degli oggetti ottenibili.

retentiones, salvo che quelle dovute a *impostae necessariae*²³⁸. Quest'ultima rappresenta, d'altronde, una delle ragioni per le quali, nel caso in cui la vedova avesse a disposizione entrambi gli strumenti, ella avrebbe ragionevolmente prediletto quello nascente da disposizione testamentaria.

Vi sono, inoltre, ulteriori aspetti che denotano una certa influenza del regime legale su quello nascente da disposizione testamentaria. Così, in presenza di un *legatum dotis*, eccezionalmente, mancava nei confronti dell'erede il generale obbligo di riscattare eventuali beni e, inoltre, la donna era tenuta ad assumere gli obblighi di locazione eventualmente contratti dal marito nell'ambito dell'amministrazione dei beni dotali²³⁹. Il *legatum dotis*, poi, non risultava sottoposto né alla *lex Falcidia*, né alla *lex Iulia et Papia*²⁴⁰. Non era altresì valido il fedecommesso imposto alla vedova legataria con cui le veniva ordinato di restituire la dote a un terzo e, in generale, si può dire che fosse valido il solo fedecommesso il cui legato assicurava alla vedova un vantaggio rispetto alla restituzione legale dei beni²⁴¹. Secondo parte della

²³⁸ Sul punto mi paiono esplicite le fonti: cfr. D. 31, 41, 1 (Iav. 7 *epist.*); D. 33, 4, 1, 3; D. 33, 4, 2 pr. e D. 33, 4, 5. In tal senso, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 157-159 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 63-70. Diversamente, vd. COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico*, cit., pp. 170-171 e SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 374. Secondo LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, cit., pp. 141-144, seguito da BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, cit., pp. 389-390, anche le spese utili sarebbero state detraibili.

²³⁹ Sul mancato obbligo di riscatto, cfr. D. 33, 4, 15 (Gai. 2 *de legatis ad ed. provinc.*) e sull'assunzione delle obbligazioni di locazione, cfr. D. 33, 4, 1, 15 (Ulp. 19 *ad Sab.*) e D. 24, 3, 25, 4 (Paul. 36 *ad ed.*). Così anche ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 145-146, del quale non mi pare, invece, condivisibile la tesi per cui vi fosse identica responsabilità di regime in relazione alla responsabilità del marito nella gestione dei beni dotali. Il richiamato D. 33, 4, 1, 6 (p. 145) non offre alcun indizio nel senso da lui suggerito.

²⁴⁰ Cfr., per la *lex Falcidia*, D. 35, 2, 81, 1 (Gai. 18 *ad ed. provinc.*) e, per la *lex Iulia et Papia*, Ep. Ulp. 15, 4 e Pap. Oxy. 2089, 20-21 (ed. Hunt, XVII, p. 117). Sul punto, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 148-150. In merito all'applicabilità della *lex Falcidia*, in particolare, vd. anche ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, cit., pp. 31-37, il quale ritiene che «le *legatum dotis* est totalement excepté de l'application de la loi Falcidia» (p. 37), così come già BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, II, cit., pp. 418-419 n. 7 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., p. 127 n. 21. *Contra* CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit., p. 471; SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 377 e ASTOLFI, *op. cit.*, p. 160, secondo i quali il *commodum repraesentationis* (sul quale vedi *infra*) ne era soggetto.

²⁴¹ Cfr. P.S. 4, 1, 1; D. 33, 4, 1, 13 (Ulp. 19 *ad Sab.*) e D. 33, 4, 2 pr.

dottrina, inoltre, anche le modalità di applicazione del principio *falsa demonstratio non nocet* dimostrerebbero un mutamento volto all'adeguamento nei confronti della disciplina legale di restituzione della dote²⁴². Sotto i menzionati profili, dunque, le discipline vengono fatte coincidere²⁴³.

Come si è anticipato, la vedova il cui defunto consorte aveva attribuito un *legatum dotis* doveva essere portata a prediligere tale soluzione rispetto a quella del regime legale di restituzione, e ciò per una serie di ragioni²⁴⁴. Oltre alla già ricordata inapplicabilità del regime delle *retentiones*, infatti, la disposizione *mortis causa* comportava il c.d. *commodum repraesentationis*: la donna poteva acquistare immediatamente i beni dotali fungibili, che nel caso dell'*actio rei uxoriae*, invece, avrebbero potuto essere restituiti in maniera dilatata²⁴⁵. A ciò, si aggiunga il fatto che il legato poteva essere

²⁴² Così ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 136-140, secondo cui questo principio avrebbe subito un'evoluzione volta a circoscriverlo ai casi in cui il risultato fosse conforme alla volontà del testatore, conseguenza, questa, del processo di adeguamento del legato a quello di restituzione legale (così in base a D. 33, 4, 1, 5). Sul punto e *contra*, PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 54-57, in particolare p. 55 n. 33, p. 56 n. 34 e pp. 57-58 n. 38. In merito al principio *falsa demonstratio non nocet*, vd. *supra*.

²⁴³ Altri elementi testimoniano, poi, una probabile influenza del legato di dote nei confronti dell'*actio rei uxoriae*, ossia la possibilità del *legatum* di rendere esperibile l'azione di restituzione legale anche nel caso in cui le parti avessero inizialmente stipulato che non lo fosse (cfr. D. 33, 4, 1, 1) e il fatto che, nel caso in cui la donna preferisse agire con l'*actio rei uxoriae* e il legato fosse stato disposto a carico di un solo coerede, lui solo sarebbe stato tenuto, in ogni caso, al pagamento dei beni dotali (cfr. D. 31, 53 pr.). Sul punto e per un'interpretazione dei passi citati, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 140-144, al quale si rinvia anche per l'individuazione di quelle generali regole dei legati (e quindi anche del *legatum dotis*) che coincidono con quelle della restituzione legale di dote (pp. 151-152).

²⁴⁴ Oltre ai motivi menzionati a seguire nel testo, ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 160, individua un ulteriore *commodum* nella possibile natura *per vindicationem* del legato: l'*actio rei uxoriae* era, infatti, *in personam* (cfr. C.I. 8, 17[18], 12, 1 [a. 531]: «*in personalibus actionibus rei uxoriae actioni*»). Di contro, lo stesso Autore (pp. 152-153) individua uno svantaggio nel ritenere privo del *privilegium exigendi* il credito della moglie tutelato per mezzo dell'azione testamentaria, riconosciuto, invece, nel caso dell'azione legale e, forse, anche nel caso dell'*actio ex stipulatu* (vd. *supra*).

²⁴⁵ Cfr. D. 33, 4, 1, 2 (Ulp. 19 *ad Sab.*). Sul punto, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 153-156 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 112-117, secondo il quale si trattava di una caratteristica che distingueva il legato di dote da tutti gli altri legati, e non la restituzione dei beni dotali per

trasmesso agli eredi della vedova allorquando il *dies cedens* fosse scaduto mentre la donna era ancora in vita, a differenza dell'*actio rei uxoriae*²⁴⁶.

Accanto al legato di dote può essere collocato il già menzionato *legatum pro dote* che, come anticipato, ha conosciuto una disciplina frammentaria e residuale che lo differenzia da quella del *legatum dotis*²⁴⁷. Il principale punto di distacco va individuato nel fatto che, mentre il *legatum dotis* presuppone l'esperibilità dell'*actio rei uxoriae*²⁴⁸, nel caso del *legatum pro dote* quest'ultima non costituisce una condizione necessaria²⁴⁹. Tuttavia, per potersi definire "*pro dote*", il legato presuppone perlomeno l'esistenza di

mezzo di legato da quella attuata per mezzo dell'azione legale. Secondo l'Autore, il *commodum* consisteva nel fatto che al *legatum dotis* non si applicasse il *dies* stabilito dal testatore, avendo esso un *suus dies* (cioè dovesse essere adempiuto immediatamente). Anche volendo accogliere tale lettura, nulla cambia a quanto si è detto, cioè che il *commodum repraesentationis* era una ragione per preferire il legato di dote all'*actio rei uxoriae*.

²⁴⁶ Circa l'intrasmissibilità dell'azione a favore degli eredi della moglie, salvo che in ipotesi particolari, cfr. Ep. Ulp. 6, 7; Frag. Vat. 95; Frag. Vat. 97; Frag. Vat. 112 e D. 24, 3, 57 (Marcell. 7 *dig.*), che contemplano il caso in cui il marito fosse già stato costituito in mora e l'azione legittimamente intentata, e D. 24, 3, 10, 1 (Pomp. 15 *ad Sab.*), che menziona il caso in cui l'uomo avesse ucciso la moglie. Non credo, invece, si possa parlare di un ulteriore vantaggio, in particolare sul valore del bene ricevuto, sulla base di D. 33, 4, 3; D. 33, 4, 12 (Scaev. 3 *resp.*) e D. 33, 4, 17 pr. (Scaev. 3 *resp.*), indicate, invece e in tal senso, da ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 160: si tratta di situazioni in cui si aggiungono beni ulteriori rispetto a quelli costituiti in dote, ma che costituivano dei legati in sé e per sé, spettanti in ogni caso alla vedova, anche nel caso in cui ella volesse ricevere la dote per mezzo dell'azione legale.

²⁴⁷ ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 177-179, individua numerose differenze tra i due tipi di legato e ritiene che, a differenza di quanto visto con riguardo al *legatum dotis*: a) il *legatum pro dote* non fosse decurtabile delle spese che operavano *ipso iure* (vd. *supra*); b) il *legatum pro dote* fosse (forse) soggetto alla *lex Iulia et Papia* (vd. *supra*). Si tratta, tuttavia, di mere congetture, in mancanza di sufficienti testimonianze nelle fonti (eccessivamente arbitraria l'interpretazione di D. 23, 4, 36 [Ulp. 4 *ad ed.*] in merito all'applicabilità della *lex Iulia et Papia*, come d'altronde finisce per riconoscere anche ASTOLFI, *op. cit.*, pp. 178-179). L'Autore individua come ulteriore punto di differenziazione l'alternatività tra il *legatum pro dote* e l'*actio ex stipulatu* (cfr. D. 10, 2, 20, 8 [Ulp. 19 *ad ed.*]), che ritiene esclusa nel caso del *legatum dotis* (vd. *supra*).

²⁴⁸ Così si è detto almeno secondo la dottrina maggioritaria, vd. *supra*.

²⁴⁹ Per l'irrilevanza dell'effettiva consistenza della dote, cfr. D. 33, 4, 6 pr.; per l'irrilevanza dell'esistenza originaria della dote, cfr. D. 33, 4, 6, 1; per l'irrilevanza del venir meno della dote, cfr. D. 33, 4, 8 (Pomp. 7 *resp.*). Tutti questi passi presentano profili patologici inerenti alla dote e non all'*actio rei uxoriae*. Secondo ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 180, tale distinzione è conseguenza del mancato adeguamento della disciplina del *legatum pro dote* a quella di restituzione legale della dote. *Contra* PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., p. 46.

un obbligo alla restituzione della dote, qualificandosi in caso contrario come un altro tipo di legato²⁵⁰.

3. LA *POLLICITATIO DOTIS* (C.Th. 3, 13, 4 [A. 428])

È giunto il momento di prendere in considerazione l'unica innovazione in materia di diritto dotale introdotta in età tardoantica. Parte della costituzione imperiale emanata da Teodosio II il 20 febbraio nell'anno 428 è già stata esaminata e si è anche anticipata la presenza di una disposizione volta ad agevolare la costituzione della dote²⁵¹. È dunque ora necessario analizzare questa previsione, che ricopre un ruolo rilevante all'interno dell'intera indagine²⁵²:

C.Th. 3, 13, 4: *Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. Hierio p(raefecto) p(raetorio): Post alia: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Et cetera. Dat. X kal. Mart. Costant(ino)p(oli) Tauro et Felice cons.*

²⁵⁰ Cfr. D. 31, 21. Su tale passo, per tutti e con interpretazioni divergenti, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 182 n. 9 e PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., pp. 47-49. Vd. anche SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 379: «[l]'aggiunta *pro dote*, od altra simile, con cui si manifesta lo scopo del legato, non ha che il valore di una *demonstratio*, la quale potrebbe risultar falsa senza che il legato venga meno valido».

²⁵¹ Sulla costituzione di Teodosio II, vd. quanto detto *supra*.

²⁵² Su C.Th. 3, 13, 4 (e C.I. 5, 11, 6) e sulla *pollicitatio dotis*, vd., in particolare, IACOBI GOTHOFREDI *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis... Tomus primus*, cit., pp. 347-348; P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1912, p. 292 ss.; L. LANDUCCI, *Pollicitatio dotis*, in *AG*, 94 (1925), pp. 39-57; G. G. ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, in *RISG*, 8.3 (1933), pp. 563-647 (= *Scritti di diritto romano*, II, *Studi di diritto privato*, 2, Milano, 1981, pp. 1361-1391); J. ROUSSIER, *Le sens du mot «pollicitatio» chez les juristes romains*, in *RIDA*, 2.3 (1949) (= *Mélanges Fernand De Visscher*, II), pp. 306-309; AMELOTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, cit., pp. 310-311; ampiamente A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, Bologna, 1975, in particolare pp. 147-177 e J. SAN JUAN SANZ, *La «pollicitatio» en los textos jurídicos romanos*, Madrid, 1996, pp. 75-76. Recentemente, sul punto, anche U. BARTOCCI, *I comici e la dotis dictio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, pp. 414-415 e P. LEPORE, «*Rei publicae polliceri*». *Un'indagine giuridico-epigrafica*², Milano, 2012, pp. 161-163 n. 43.

La costituzione è riprodotta con alcune variazioni (un'aggiunta e alcune omissioni) anche nel Codice giustiniano:

C.I. 5, 11, 6: *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio pp. Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint sive non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Dat. X k. Mart. Costantinopoli Felice et Tauro cons.*

La cancelleria imperiale sancisce la sufficienza di «*qualiacumque verba*» al fine di costituire la dote, precisando, inoltre, la non necessarietà che a queste facciano seguito la *dictio* o la *stipulatio (promissio)*²⁵³: risulta così evidente che il fine del legislatore è quello di superare le formalità orali. Implicitamente e inevitabilmente, Teodosio II perviene, in tal maniera, alla creazione di una nuova e più agevole modalità di costituzione di dote, la c.d. *pollicitatio dotis*²⁵⁴, affiancandola – ma forse anche sovrapponendola – a quelle già esistenti della *dotis dictio* e della *dotis stipulatio (promissio)*²⁵⁵.

²⁵³ Come noto, erano queste due delle tre possibili forme costitutive della dote (cfr. Ep. Ulp. 6, 1: *Dos aut datur aut dicitur aut promittitur*).

²⁵⁴ Si sono pronunciati in merito all'introduzione di una nuova forma costitutiva di dote, tra gli altri, LANDUCCI, *Pollicitatio dotis*, cit., p. 39 ss.; ROUSSIER, *Le sens du mot «pollicitatio» chez les juristes romains*, cit., pp. 306-307 e ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, cit., p. 168. Similmente, vd. anche ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, cit., pp. 572-574 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 1308-1309) e, più cautamente, ID., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, a cura di G. G. Archi, Milano, 1946, pp. 683-684 (= *Scritti di diritto romano*, III, *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981, pp. 1803-1805), in cui l'Autore circoscrive l'innovazione a una mera «tecnica documentale» (p. 684 [= *Scritti*, p. 1805]); vd. anche più dettagliatamente *infra*.

²⁵⁵ Parte della dottrina ha considerato abrogate le forme classiche di costituzione di dote. Così LAURIA, *Matrimonio - dote in diritto romano*, cit., pp. 188-189, ha affermato che la *pollicitatio* andò a sostituire la *dotis dictio* e la *dotis promissio*. Per quanto concerne la *dotis dictio*, è anzitutto interessante osservare la sua espunzione nella versione giustiniana della costituzione: essa non ricorre mai all'interno dell'intero *Corpus iuris* (vd. *infra*). C. FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, pp. 295-296; LANDUCCI, *Pollicitatio dotis*, cit., p. 39 n. 1 e ROUSSIER, *Le sens du mot «pollicitatio» chez les juristes romains*, cit., pp. 307-308, hanno ritenuto che la *dotis dictio* si sarebbe in seguito confusa con la *pollicitatio* (Fadda parla addirittura di sostituzione). ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, cit., pp. 157-159, invece, ha strenuamente sostenuto la persistenza delle più antiche forme costitutive della dote, adducendo come prova la menzione della *dotis dictio* in Ep. Gai. 2, 9, 3. A tal proposito, tuttavia, si tenga a mente l'osservazione di G. G. ARCHI, *L'Epitome Gai.,. Studi sul tardo diritto romano in*

L'aspetto più problematico della disposizione, quello sul quale la dottrina si è maggiormente soffermata, sta nell'utilizzo del termine "pollicitatio", che sembra evocare l'omonimo istituto giuridico²⁵⁶. Dal tenore del testo, mi sembra tuttavia doversi desumere che il termine – sia nel caso in cui fosse sottintesa una convenzione, sia quello in cui lo fosse una mera dichiarazione unilaterale – avesse probabilmente un significato "atecnico"²⁵⁷. A ogni modo, al di là della precisa portata di tale riferimento, ciò che preme qui sottolineare è la semplificazione apportata alle modalità costitutive della dote, secondo quel fine di agevolazione agli scambi tra coniugi che pervade l'intera costituzione²⁵⁸. Con l'intervento di Teodosio II si abbrevia il processo

Occidente, Milano, 1937, pp. 402-410: «L'epitomatore si trovava a scrivere in un ambiente, che con fedeltà e con tenace tradizionalismo aveva conservato schemi e termini classici, per quanto gli istituti si fossero di fatto alterati e in modo tale, che una esatta valutazione di questo processo avrebbe dovuto in realtà produrre una revisione dei problemi teorici... La *dictio*, come la *stipulatio*, come tante altre figure, pur vivendo di nome, si era di fatto venuta lentamente evolvendo... Anacronismo? Sì certo, ma in un senso tutto speciale...» (p. 409). Propende per la permanenza della *dotis dictio* fino ai tempi di Giustiniano anche COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, cit., pp. 291-305. Per quanto concerne la *dotis promissio*, invece, essa continua a ricorrere con frequenza nei testi giustiniani (emblematico è l'accostamento del titolo C.I. 5, 11 *de dotis promissione vel nuda pollicitatione*): non si può dunque certo parlare della sua scomparsa.

²⁵⁶ In merito alla *pollicitatio*, si veda la recente opera monografica di LEPORE, «*Rei publicae polliceri*». *Un'indagine giuridico-epigrafica*², cit., con ampia ricognizione bibliografica.

²⁵⁷ Con riguardo a C.Th. 3, 13, 4, ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, cit., p. 622 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 1363), ha definito la *pollicitatio* un "patto", precisando che le fonti evitano di definirlo tale per non confondere i termini. Similmente, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 419, ha affermato che esso consisteva in una convenzione (utilizza il termine "contratto"). *Contra*, ad esempio, ROUSSIER, *Le sens du mot «pollicitatio» chez les juristes romains*, cit., p. 307, che la definisce una «déclaration unilatérale» e ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, cit., p. 159 ss. Da ultimo, sul punto, LEPORE, «*Rei publicae polliceri*». *Un'indagine giuridico-epigrafica*², cit., p. 162 n. 43, che considera questa fattispecie una «promessa informale e ultronea». Circa l'atecnicità del termine, rispettivamente e per i due differenti orientamenti citati, vd. BONFANTE, *op. cit.*, cit., pp. 419-420, il quale ritiene si tratterebbe di un termine «suggerito all'imperatore se non dalla preoccupazione di schivare appunto il termine *promissio*, che aveva nell'uso un riferimento quasi tecnico alla stipulazione» e LEPORE, *op. cit.*, p. 162 n. 43, che affida il suo significato al «linguaggio comune». Alla *pollicitatio* "tecnica" viene attribuita natura unilaterale sulla scorta di D. 50, 12, 3 pr. (Ulp. 4 disp.): *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum...*

²⁵⁸ Con specifico riguardo alla questione dotale, sono emblematiche le parole di Gotofredo in IACOBI GOTHOFREDI *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis... Tomus primus*, cit., p. 347: «*Scrupolositam & necessitatem veterem, seu observationem iuris dotis dicendae, vel in stipulatum deducendae, ut dos exigi posset, hac l. abrogat Theodosius Iun. qui in universum proluxa constitutione (cuius haec pars est) id vel unum exigat, ut varias subtilitates,*

costitutivo dotale: dal testo, infatti, sembra potersi evincere che ai tempi fosse in uso far seguire alle «*qualiacumque verba*» le formalità della *dotis dictio* e della *dotis stipulatio (promissio)*, al fine di “formalizzare” la costituzione. Dalla promulgazione di tale disposizione, dunque, sarebbe stato possibile evitare l’ultimo cerimonioso passaggio orale, poco compreso, in particolar modo, dalle popolazioni orientali²⁵⁹.

Come detto, il testo è riportato con due significative variazioni nel Codice giustiniano: da una parte, la specificazione «*sive scripta fuerint sive non*», sintomo del cresciuto frequente ricorso agli *instrumenta* dotali (a cui, tuttavia, non viene comunque riconosciuto valore vincolante)²⁶⁰, dall’altra,

solemnitates, scrupolositates, pompas, celebritates, asperitates veteris iuris superiorumque constitutionum cunctorum actionibus infidantes, abrogatum iret...». CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, cit., p. 513, parla dell’abolizione delle «forme solenni quiritarie». Nello stesso senso, vd. anche R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano, 1951, p. 457 e AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, cit., p. 304 ss., che ben interpreta lo spirito dell’intera costituzione.

²⁵⁹ Sul punto, in particolare, vd. S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in *ZSS*, 35 (1914), p. 270, il quale sottolinea che, in tali regioni, i rapporti patrimoniali tra coniugi erano regolati principalmente per mezzo di atti scritti. Secondo ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 683 (= *Scritti di diritto romano*, III, cit., p. 1804), la *dictio* e la *stipulatio* sarebbero stati semplici formalismi che, nelle provincie orientali, seguivano la redazione dell’*instrumentum* dotale e si erano ridotti a clausole di stile apportate in calce all’atto, «accenno alle formalità romane».

²⁶⁰ Non accoglibile l’esegesi di E. ALBERTARIO, *I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano*, in *SDHI*, 1, 1935, p. 25 n. 59 (= *Studi di diritto romano*, V, *Storia metodologia esegesi*, Milano, 1937, p. 171 n. 1), secondo cui: «Il che è a dire che i *verba* non sono più necessari». Altrettanto non condivisibile la posizione di P. VOICI, *Polemiche legislative nel tardo impero romano in Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d’Ors*, II, Pamplona, 1987, pp. 1109-1110 n. 115 (= [con qualche modifica] *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, in *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, Padova, 1989, p. 245 n. 115), che riferisce l’inciso agli strumenti dotali redatti al fine di concludere un matrimonio. Sul punto, vd. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, cit., pp. 171-172 e G. LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, in *BIDR*, 92-93 (1989-1990), p. 337 n. 17 (= *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, p. 56 n. 17). In merito al rapporto tra *instrumenta* dotali e costituzione di dote in età tardoantica e giustiniana, vd. ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, cit., pp. 628-644 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 1370-1387) e *infra*.

l'eliminazione del riferimento alla *dotis dictio*, elemento che fa presupporre il pressoché completo abbandono di tale istituto²⁶¹.

Si è particolarmente insistito sul fine agevolativo di C.Th. 3, 13, 4, perché ciò assume peculiare rilevanza ai fini della nostra indagine. In particolare, con tale disposizione, Teodosio II agisce su due livelli. Anzitutto, semplificando la “prima fase di vita” della dote, ovvero la sua costituzione. Conseguentemente e in secondo luogo, promuovendo e incoraggiando la costituzione della stessa. Gli effetti che in tal maniera ci si propone di conseguire sono, rispettivamente, una maggiore sicurezza giuridica circa la costituzione dei beni dotali e la garanzia della presenza di un patrimonio utile alla donna in caso di morte del marito. Come più volte ribadito, l'istituto dotale ricopriva un ruolo di primaria importanza nell'assetto della situazione patrimoniale della moglie superstite e, nel corso del V secolo, subì delle battute d'arresto che indussero il legislatore a intervenire, oltre che nella modifica di un profilo del suo regime (come appena visto), nell'intero sistema di sostegno economico vedovile. Si è difatti già ricordato come la previsione ora presa in esame debba essere letta alla luce di C.Th. 5, 1, 9 e C.Th. 3, 5, 13, parti di un'unica costituzione, ma anche C.Th. 8, 17, 2.

²⁶¹ Vd. *supra*, e ancora, in particolare, ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, cit., p. 621 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 1362) e FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 295-296, i quali richiamano alcuni luoghi in cui i compilatori avrebbero sostituito l'espressione “*dotis dictio*”. *Contra*, sul punto, vd. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, cit., pp. 173-177.

IV. LA DONAZIONE NUZIALE

1. LA DONAZIONE NUZIALE COME APPANNAGGIO VEDOVILE

In età tardoantica, nel sistema giuridico romano comparve un nuovo istituto²⁶² che, come si vedrà, rivestì un ruolo di rilievo nell'ambito della condizione patrimoniale apprestata alla vedova: la donazione nuziale.

²⁶² Che la donazione nuziale fosse sconosciuta in età del Principato è lo stesso Giustiniano a confermarlo, cfr. I. 2, 7, 3: *Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur...* In merito alle origini della donazione nuziale sono discordanti le soluzioni proposte in dottrina. Le tesi avanzate si possono sistematicamente suddividere in teorie che hanno proposto un'origine dell'istituto interna al sistema di diritto romano classico e teorie che, invece, ne hanno individuato la genesi in altri sistemi giuridici. Tra queste ultime, in particolare, l'orientamento di chi ha ricollegato la donazione nuziale a usanze provenienti dalle provincie orientali: così, ad esempio, vd. S. W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis Justinian*, I.2, Heidelberg, 1826, pp. 593-594; FRANCKE, *Ueber die propter nuptias donatio*, in *AcP*, 26.1 (1843), pp. 74-76; ampiamente L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Mit Beiträgen zur Kenntniss des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1891, p. 266 ss.; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*², Paris, 1928, pp. 191-192; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 520-522 e ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., pp. 459-460. VON LÖHR, *Von der propter nuptias donatio*, in *AcP*, 15.3 (1832), p. 431 ss. e ID., *Noch ein Paar Worte über die propter nuptias donatio*, *AcP*, 30.3 (1847), pp. 323-339, ha ricollegato l'istituto a quello dell'*arra sponsalitia* (*contra*, vd. D. D. DESMINIS, *Die Eheschenkung nach römischem und insbesondere nach byzantinischem Recht*, Athen, 1897, pp. 3-7). Secondo G. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, p. 297 ss. (= *Scritti di storia giuridica*, IX, *Tra antichità e Medioevo*, Milano, 2000, p. 5 ss.), l'istituto avrebbe origini ebraiche (che l'Autore rinviene specificatamente nella *k^ethübāh*) e si sarebbe poi ampiamente diffuso per mezzo del Cristianesimo. Di contro, parte della dottrina ha parlato di uno sviluppo endogeno al sistema giuridico romano e considerato le donazioni nuziali come evoluzioni delle classiche donazioni a causa della promessa di matrimonio: in tal senso, vd., ad esempio, A. D'AUTHUILLE, *De la donation a cause de nocēs d'après le droit romain (Donatio propter nuptias)*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, VIII (1838), p. 352; H. SCHOTT, *Die donatio propter nuptias*, Mannheim, 1867, p. 36 ss.; BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 8 ss. (e pp. 97-120 contro le presunte influenze orientali) (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, cit., rispettivamente p. 125 ss. e pp. 195-214); DESMINIS, *op. cit.*, pp. 7-9; L. F. RE, *De donationibus ante Nuptias vel propter Nuptias et sponsaliciis. Studi sul Libro V. Tit. 3 del Codice Giustiniano*, Romae, 1935, p. 20 ss. e E. LOZANO CORBÍ, *Las donaciones nupciales en el Derecho Romano*, in *RIDA*, 42 (1995), pp. 221-222. Una posizione intermedia sembra, invece, aver accolto parte della dottrina più recente, come ad esempio ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., p. 395 ss. e LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², cit., pp. 251-253, nonché KASER, *Das römische*

In considerazione di questa novità, da parte di alcuni si è voluta sminuire la funzione rivestita, in tale contesto, dal testamento del marito, ma, come si è detto, questa tesi non è accoglibile per varie ragioni²⁶³. Certamente la donazione nuziale fu un importante strumento per le risorse patrimoniali della vedova, ma, a ogni modo, questo si affiancò a quello già esistente del testamento. In tale contesto devono essere pertanto inquadrati gli effetti – certamente positivi – della donazione nuziale per quel che riguarda la situazione della donna superstite. Effetti che sono stati di forte impatto, ma che sarebbe eccessivo identificare con il fine primario dell’istituto, come invece si è diffusamente fatto²⁶⁴.

*Privatrecht*², II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, cit., p. 194. In particolare, Anné ha ritenuto che la donazione per causa di matrimonio avesse conosciuto un’origine autonoma in Oriente e in Occidente, dove in età tardoantica rappresenta «la nouvelle formule des rapports patrimoniaux entre les époux, le résultat de l’évolution spontanée de la vie sociale et familiale romaine, bien qu’en certaines régions romanisées elle puisse être l’expression romaine d’un usage national» (p. 481).

²⁶³ Sulla rilevanza del testamento del marito anche in età tardoantica, vd. *supra*.

²⁶⁴ Molteplici sono le risposte offerte dalla dottrina in merito allo scopo della donazione nuziale. La questione si intreccia inevitabilmente con quella relativa alla sua origine (vd. *supra*) e ancora oggi non sembra mutato il quadro di incertezza descritto più di un secolo e mezzo fa da SCHOTT, *Die donatio propter nuptias*, cit., p. 3 («Die donatio propter nuptias gehört zu den dunkelsten und bestrittensten Instituten des ganzen römischen Rechts»). Una delle teorie propuginate, che interessa in particolar modo tale indagine, attribuisce alla donazione nuziale la funzione di appannaggio vedovile. Già C. ROGERIUS, *Tractatus de dote, huius in universum iura complectens...*, Lugduni, 1551, p. 115, aveva osservato «Et si quaeras, qua ratione fuerit introducta talis donatio. Respondeo, quòd ex ea consulitur mulieri, matrimonio, soluto, si res dotales non existant: quia illam non potuit alienare maritus, etiam consentiente muliere...»). In seguito, BURCHARDI, *Ueber den Zweck der donatio propter nuptias*, in *AcP*, 9.2 (1826), pp. 197-229, ha parlato di «Wittwenversorgung» e definito la donazione nuziale come «ein von Seiten des Bräutigams oder Ehemanns, oder eines andern für ihn zu dem Zwecke ausgesetzter Vermögenstheil, daß die Frau, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird, und Kinder vorhanden sind, den Usufructus oder Quasiusufructus daraus erhalte» (p. 206). MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., p. 256 ss., ha considerato la donazione nuziale avente funzione essenzialmente di «Wittwenversorgung und Scheidungsstrafe» (p. 306). Di argomentare ampiamente la funzione di tutela vedovile si è in seguito occupato BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 119-214), dimostrando come, nel caso in cui mancasse un patto volto a regolamentare la destinazione di tali beni alla morte del marito, la moglie superstite li avrebbe comunque lucrati. Sebbene paia corretto ritenere che originariamente, in assenza di un patto, la vedova lucrasse la donazione (vd. quanto detto *infra*), pare tuttavia altrettanto arbitrario far dipendere la finalità dell’istituto da una simile costatazione. Successivamente, ha circoscritto alle provincie orientali e al solo diritto giustiniano la primarietà della funzione di appannaggio vedovile della donazione nuziale G. SCHERILLO,

Anche ammesso che, in alcuni casi, si sia visto di buon occhio lo sviluppo della prassi della donazione nuziale e lo si sia incentivato, alla luce delle positive implicazioni sulla condizione patrimoniale della moglie superstite, il legislatore, in seguito, non mancò di limitare questi effetti in virtù di altri scopi, considerati di maggiore rilevanza.

Studi sulla donazione nuziale, in *RSDI*, 3.1 (1930), p. 76 ss. La stessa funzione è condivisa anche da BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 522-523; LOZANO CORBÍ, *Las donaciones nupciales en el Derecho Romano*, cit., p. 221 ss.; A. S. SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, in *Labeo*, 39 (1993), p. 373 e pp. 379-398, nonché da VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, cit., p. 537. Per quanto attiene alle altre tesi avanzate in relazione allo scopo della donazione nuziale, una ricca ricognizione della dottrina più risalente è presente in SCHOTT, *Die donatio propter nuptias*, cit., pp. 3-25 e MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., pp. 256-264. In merito alla dottrina degli scorsi due secoli, le opinioni dei principali Autori che si sono occupati dell'argomento sono le seguenti. Va menzionata, anzitutto, la tesi in base alla quale la donazione nuziale avrebbe avuto la funzione, attribuita anche alla dote (vd. *supra*), di sostenere gli *onera matrimonii*. In tal senso, vd. VON LÖHR, *Von der propter nuptias donatio*, cit., pp. 431-432 e ID., *Noch ein Paar Worte über die propter nuptias donatio*, cit., p. 322 ss.; SCHOTT, *op. cit.*, pp. 4-35 e BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, I, *Il matrimonio romano*, cit., p. 213. La donazione nuziale sarebbe servita, invece, a punire il marito nelle ipotesi di scioglimento del matrimonio per volontà di quest'ultimo, secondo FRANCKE, *Ueber die propter nuptias donatio*, cit., pp. 67-74 e BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., p. 122. WARNKÖNIG, *Kritische Anmerkungen über die neuesten Ansichten von der donatio propter nuptias*, in *AcP*, 13.1 (1830), p. 4 ss., la considera come una compensazione all'eventuale futuro lucro della dote da parte del marito superstite. Un orientamento a questo parzialmente affine è quello di coloro che hanno parlato di un istituto volto alla realizzazione del principio di parità tra coniugi: così D'AUTHUILLE, *De la donation a cause de nocces d'apres le droit romain (Donatio propter nuptias)*, cit., pp. 355-356 e RE, *De donationibus ante Nuptias vel propter Nuptias et sponsaliciis. Studi sul Libro V. Tit. 3 del Codice Giustiniano*, cit., p. 8 (che sottolinea l'influsso del Cristianesimo). È necessario, ancora, ricordare la teoria propugnata da M. ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, Torino, 1919, pp. 124-130, che ha individuato la primaria funzione dell'istituto nella volontà di tutelare i figli, assicurando loro una parte delle sostanze dei genitori; lo segue ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., p. 439 ss. (anche in tal caso entrambi gli Autori sottolineano il presunto influsso del Cristianesimo). Infine, vanno menzionate le "polifunzionali" soluzioni offerte da DESMINIS, *Die Eheschenkung nach römischem und insbesondere nach byzantinischem Recht*, cit., pp. 9-15 e da VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, cit., p. 384 ss. (= *Scritti di storia giuridica*, IX, *Tra antichità e Medioevo*, cit., p. 82 ss.), che ha attribuito alla donazione nuziale scopi di vario ordine (politico, morale, economico). Vd. anche quanto detto *infra* circa la considerazione della donazione nuziale quale *pretium pudicitiae*.

2. LA DONAZIONE NUZIALE E IL LUCRO VEDOVILE

Il regime restitutorio della donazione nuziale in seguito alla morte del marito fu connotato da notevoli limitazioni. Anche ciò, di conseguenza, induce a respingere l'orientamento in base al quale la donazione nuziale avrebbe avuto prettamente la funzione di appannaggio vedovile.

a. *L'originaria completa lucrabilità della donazione nuziale da parte della vedova*

Le costituzioni imperiali che ci si appresta a esaminare, poste a limitazione del lucro della vedova, sono intervenute a modificare un regime originario non esplicitato dalle fonti. Va anzitutto chiarito che, sebbene sia corretto ritenere che fosse possibile prestabilire per mezzo di patti i lucri vedovili²⁶⁵ (prassi che appare più orientale che occidentale²⁶⁶) non è possibile accogliere la tesi – non supportata da alcuna fonte – di coloro che ritengono necessaria la pattuizione per la costituzione della donazione nuziale e liquidare in tal maniera la problematica questione del regime di restituzione della donazione nuziale in mancanza di un patto volto a regolarlo²⁶⁷. Ragionevole è ritenere, infatti, che soprattutto in una prima fase di evoluzione dell'istituto, la predeterminazione pattizia dei lucri vedovili rivestisse un

²⁶⁵ Sulla pattuizione dei lucri nuziali, vd., per tutti, FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 177-182.

²⁶⁶ L'unica fonte derivante dalla *pars Occidentis* che accenna (ma assai vagamente) a tali patti, infatti, è Nov. Valent. 35, 9, ove si fa riferimento a «*interpositis condicionibus*». Oltre alle fonti citate *infra*, in materia di patti sulla donazione nuziale, si considerino le (sempre orientali) C.I. 5, 27, 5 pr. (a. 477) (su cui vd., per tutti, G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano, 1990, pp. 196-199, nonché, ampiamente e da ultimi, A. CUSMÀ PICCIONE, *La perduta lex constantiniana ricordata in C. 5.27.5: spunti per una 'rilettura'*, in *AUPA*, 62 [2019], p. 157 ss. e S. PIETRINI, *La legittimazione dei figli naturali per subsequens matrimonium in un provvedimento imperiale del V secolo*, in *AUPA*, 63 [2020], p. 319 ss.) e C.I. 5, 3, 19, 1 (a. 527) (su cui *infra*).

²⁶⁷ Vd. WARNKÖNIG, *Kritische Anmerkungen über die neuesten Ansichten von der donatio propter nuptias*, cit., pp. 5-7, il quale aveva affermato che «Die donatio ante nuptias war bloßes Vertragsrecht, und jene Rücksichten sind nicht sichtbar» (p. 5). Nello stesso senso, vd. anche VON LÖHR, *Noch ein Paar Worte über die propter nuptias donatio*, cit., p. 335.

ruolo di minimo rilievo²⁶⁸, in virtù del più risalente regime restitutorio, che non poneva alcun limite al lucro della vedova²⁶⁹. È possibile ipotizzare che, inizialmente, simili patti avessero il principale scopo di favorire i figli, assegnando loro la donazione nuziale²⁷⁰. Di contro, in seguito alle limitazioni poste dalla cancelleria imperiale al lucro vedovile, essi assunsero probabilmente la funzione inversa, andando a salvaguardare gli interessi della moglie superstite.

Recentemente, in dottrina ci si è interessati alla questione del regime di lucrabilità della donazione nuziale alla morte del marito in assenza di patti con riguardo alla sola età giustiniana²⁷¹. All'età tardoantica si è finora dedicato qualche breve cenno, orientandosi verso la completa lucrabilità della

²⁶⁸ Un primissimo riferimento a una determinazione pattizia della donazione nuziale si rinviene in un passo di Giovanni Crisostomo (*Hom. 56 in Gen.* [Migne, *PG*, LIV, coll. 489-490]): Εἶδες πόση ἡ φιλοσοφία; Μήπου ἀνδραπόδων ἀγέλαι; μή που γραμματεῖα, καὶ συνθήκαι, καὶ αἰρέσεις ἐκεῖναι αἱ καταγέλαστοι, Ἐὰν τόδε γένηται, καὶ ἐὰν τόδε συμβῆ; Καὶ εὐθέως, πρὶν ἢ συνελθεῖν, οἱ οὐκ εἰδότες οὐδ' εἰ μέχρι τῆς ἐσπέρας διαμενοῦσι, τὰ μετὰ πολλὴν ἐσόμενα χρόνον ἐν τοῖς γραμματεῖοις συντιθέασιν· Ἐὰν ἄτεκνος, φησὶ, τελευτήσῃ, ἐὰν παῖδιά ἐσχηκῶς, καὶ ὅσα τοιαῦτα. Trad. ed.: *Vidisti quanta sit haec philosophia? Num servorum greges? num syngrapha? et pacta, atque conditiones illae ridiculae: Si hoc fuerit, si hoc evenerit? Et priusquam conveniant, nescientes an usque ad vesperam manean, quae post multa tempora ventura sunt, in literis suis consignant: Si liberis carens, inquit, defunctus fuerit: ob filios habuerit, et quaecumque talia.* Nel testo si critica l'uso di predisporre «γραμματεῖα», «συνθήκαι» e «αἰρέσεις» al fine di regolare le sorti dei beni matrimoniali. Che si parla implicitamente della donazione nuziale si evince dalla forma maschile «ἐσχηκῶς». In Nov. Theod. 14 pr. si riscontra un generico riferimento a dei patti nuziali: *Officium est imperatoriae maiestatis his etiam, qui nondum nati sunt, providere et in parentum contractibus futuris quoque liberis fructum naturae debitum praeparare*, ma la prima fonte giuridica che inequivocabilmente tratta di patti inerenti alla donazione nuziale è C.I. 5, 14, 9 (a. 468) (su cui *infra*).

²⁶⁹ Secondo ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 279-283: «[i]l est certain toutefois que, jusq' à la fin du IV^e siècle, l'usage des *pacta de lucranda donatione* – si déjà on peut parler d'un usage, – ne s'était pas encore généralisé» (p. 279) e «[c]ette absence des *pacta de lucranda donatione* trouve son explication, croyons-nous, dans la pratique de l'augment de la dot ou de la *donatio in dotem redacta*, qui atteint son apogée sous le règne de Théodose II» (p. 281). La prassi della *donatio in dotem redacta* consisteva, per l'appunto, nella trasformazione della donazione nuziale in dote: su tale consuetudine, vd. ampiamente *infra*.

²⁷⁰ Vd., sul punto, FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 180-181.

²⁷¹ Il riferimento è all'indagine della già menzionata SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., pp. 365-399, su cui si tornerà anche *infra*.

donazione nuziale da parte della donna²⁷², sebbene, sul punto, nessuna fonte sia esplicita²⁷³.

In un passo del Libro siro-romano attribuibile a Leone I, ossia nel § 87a(8)²⁷⁴ nelle versioni L e R III, si rinviene il riferimento a un regime di completa lucrabilità della donazione da parte della vedova:

ⲛⲟⲙⲓⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ
 ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ
 ⲛⲁⲓⲃⲁⲛⲁ.

Trad.: Wenn aber durch den Tod des Mannes die Frau und die Verbindung der beiden voneinander gelöst wird, soll die Frau ihre ganze Mitgift bekommen und die ganze Eheschenkung, die ihr Gatte ihr gebracht hat.

Secondo l'autorevole interpretazione di Walter Selb e Hubert Kaufhold, tuttavia, si tratterebbe di un «versehentlicher Wechsel in den bearbeiteten Versionen von “ganze δωρεά” zu “halbe δωρεά”», e il regime si potrebbe ricondurre a quello ugualmente predisposto dalla Nov. 35, 8 di

²⁷² Così, ad esempio, vd. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., pp. 28-29 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 141-142); P. VACCARI, *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana e nel medio evo italiano*, in *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Pavia*, a cura di P. Ciapessoni, Milano, 1938, p. 257 ss. (= *Scritti di storia del diritto privato*, Padova, 1956, p. 85 ss.); ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., p. 282 n. 1; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 529-530 e VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 50 ss. (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 233 ss.). Nello stesso senso, più di recente, vd. anche SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, cit., pp. 109-110 n. 127 e FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 180 n. 55.

²⁷³ Non mi sembrano offrire valido appiglio né C.Th. 3, 8, 2 pr. (a. 382), né Nov. Theod. 14, 7, indicate da FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 180 n. 55. Neppure C.Th. 9, 42, 1 pr. (a. 321), menzionata da VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 50 n. 163 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 234 n. 163), fornisce alcuna prova a tal proposito, tenuto conto che la costituzione, probabilmente, non avrebbe neppure riguardato la donazione nuziale (vd. FERRETTI, *op. cit.*, pp. 104-105).

²⁷⁴ L'edizione cui si fa riferimento è quella di W. SELB-H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, II, *Texte und Übersetzungen*, Wien, 2002, pp. 112-113, di cui è riportata la traduzione in tedesco. Circa la paternità delle disposizioni, cfr. § 87a(1) (ed. Selb-Kaufhold, pp. 108-109) e vd., in argomento, SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, cit., pp. 109-110 n. 127.

Valentiniano III (a. 452) nel caso in cui, alla morte di uno dei coniugi, non vi fossero figli comuni e fossero ancora in vita i genitori del defunto²⁷⁵.

Maggiore attenzione merita, di contro, la lettura del § 115(5)²⁷⁶:

ܡܘܬܘܢܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ
 ܡܘܬܘܢܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ
 .ܡܘܬܘܢܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ

Trad.: Wenn aber der Mann und die Frau in Liebe sind und durch den Tod des Mannes ihre Verbindung aufgelöst wird, beansprucht die Frau ihre Mitgift und ihre Eheschenkung, sei es daß sie Kinder hat oder daß sie keine Kinder hat.

²⁷⁵ Vd. W. SELB-H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, III, *Kommentar*, Wien, 2002, pp. 178-179. Tale correzione trova riscontro, oltre che nelle altre versioni del passo (R II, V, D, P, R I), anche in § 108(1) (ed. Selb-Kaufhold, pp. 160-161):

ܡܘܬܘܢܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ
 .ܡܘܬܘܢܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ ܕܥܘܠܐ

Trad.: Wenn ein Mann eine Frau heimführt und der Mann stirbt, während keine Kinder da sind, soll die Frau ihre Mitgift und die Hälfte ihrer Eheschenkung bekommen (vd. anche SELB-KAUFHOLD, *op. cit.*, p. 230). Considera errato il riferimento presente nel § 87a(8) anche VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 62 n. 202 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 246 n. 202). Giunge alla medesima conclusione ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 335-338. Diversamente, attribuisce valore generale alla disposizione MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., p. 309. Su Nov. Valent. 35, 8, nonché, circa il rapporto tra la legislazione di Valentiniano III e quella di Leone, vd. quanto detto *infra*.

²⁷⁶ Ed. Selb-Kaufhold, pp. 168-169.

Il passo, redatto probabilmente dopo il settembre del 439²⁷⁷, sembra fare riferimento a un regime²⁷⁸ in cui la donna avrebbe interamente lucrato la donazione nuziale²⁷⁹.

²⁷⁷ Vd. SELB-KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, III, cit., p. 242, sulla base del mancato recepimento di Nov. Theod. 14, che fu emanata il 7 settembre 439. *Contra* BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 29 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 142).

²⁷⁸ Stando a quanto riportato nel § 115(1), le disposizioni sarebbero state determinate da Teodosio II (ed. Selb-Kaufhold, pp. 168-169):

نحوه که در این مورد در این کتاب آمده است و در این مورد در این کتاب آمده است .
 فتاویٰ و احکام .

Trad.: Die früheren Gesetze aber, die dem siegreichen und gepriesenen Kaiser Leon voraufgehen, die Kaiser Theodosios wegen der Mitgiftsurkunden (φερνή) der Frauen erließ, wie sind sie? Circa l'individuazione della legge di Teodosio II a cui si fa riferimento, convincente mi pare l'argomentazione di SELB-KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, III, *Kommentar*, cit., pp. 239-240, che la identificano in Nov. Theod. 12, risalente al 10 luglio 439, con la quale Teodosio II richiamava in vita disposizioni più antiche in tema di ripudio. Non mi pare accoglibile, dunque, né la posizione di K. G. BRUNS-E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem Fünften Jahrhundert*, Leipzig, 1880 (rist. anast. Aalen, 1961), p. 266, seguiti da MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., p. 249 e SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 315, i quali hanno dubitato dell'attribuibilità delle disposizioni richiamate a Teodosio II, né tanto meno la posizione di P. P. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la "reverentia", tra coniugi in diritto romano. Parte seconda. L'esclusione delle azioni famose diverse dall'"actio furti", e le altre applicazioni dell'obbligo di "reverentia", tra coniugi*, in *RISG*, 47.1-2 (1910), pp. 41-42 (esistente anche come estratto autonomo: Torino, 1910, pp. 41-42) e di VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 53-56 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 237-239), che hanno ipotizzato l'esistenza di una costituzione di Teodosio II andata perduta. Con riguardo al regime della donazione nuziale alla morte del marito, quello di Teodosio II è comunque da ritenersi un semplice richiamo ad antiche disposizioni ai suoi tempi ancora in vigore, dal momento che non risulta intercorsa alcuna modifica normativa. In tal senso, vd. anche SELB-KAUFHOLD, *op. cit.*, p. 239.

²⁷⁹ Una differente spiegazione dell'antinomia tra le fonti del Libro siro-romano che attribuiscono metà della donazione alla vedova e quelle che, invece, le riconoscono un lucro nuziale intero, è proposta da G. L. FALCHI, *Matrimonio «cum scriptis» e «sine scriptis» nel Libro Siro-Romano di diritto*, in *SDHI*, 61 (1995), pp. 886-887. L'Autore, facendo riferimento al doppio regime proporzionale tra lucri nuziali allora vigente (vd. *infra*) e al differente costume relativo all'ideale quantitativo dei due conferimenti riportato nel § 87a(4) (ed. Selb-Kaufhold, pp. 110-111), osserva: «...se la *donatio* viene attribuita in ragione della metà della dote, come in Oriente, la moglie superstite eredita tutta la *donatio* stessa...; viceversa, se la dote e la *donatio propter nuptias* si equivalgono, come nel diritto imperiale, la moglie superstite consegue solo la metà della *donatio*» (p. 887). Non mi risulta però logicamente corretto ricollegare tra loro tutte queste disposizioni, e, a ogni modo, facendo riferimento a Nov. Valent. 35, 8, mi pare certamente più agevole la spiegazione dell'antinomia.

Ritengo pertanto condivisibile la tesi propugnata dalla maggior parte della dottrina circa il regime legale di completa lucrabilità della donazione nuziale da parte della donna alla morte del marito. Ciò alla luce della pur flebile testimonianza presente nel Libro siro-romano e, soprattutto, in base a un ragionamento di natura induttiva svolto sulla base delle successive limitazioni poste al lucro vedovile, che meglio si inseriscono all'interno di un previo regime di totale acquisizione della *donatio* da parte della donna.

b. Le successive limitazioni poste al lucro della vedova

Al pieno e illimitato lucro della donazione nuziale da parte della vedova, il legislatore, in particolare quello della *pars Occidentis*, introdusse ben presto alcuni correttivi. L'orientamento legislativo, infatti, volse verso una graduale limitazione dei diritti della vedova e di ciò si cercherà, a seguire, di tracciare la linea evolutiva, prendendo a riferimento il caso – è bene ricordare – della vedova non binuba²⁸⁰.

aa. Il diritto dei figli al residuo (Nov. Theod. 14, 7 [a. 439])

Il germe di tale sviluppo legislativo pare potersi evidenziare già nella legislazione di Teodosio II, in particolare in Nov. Theod. 14²⁸¹, risalente al 7 settembre del 439 e indirizzata al prefetto del pretorio Flavio Florenzio²⁸²:

²⁸⁰ Circa la disciplina dei lucri nuziali in caso di seconde nozze, vd. *infra*.

²⁸¹ La Novella è riportata anche in C.I. 5, 9, 5 e C.I. 6, 61, 3. In merito al suo contenuto, vd., per tutti, VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 42-45 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 225-228), nonché sui §§ pr.-6 e il § 7, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., rispettivamente, pp. 192-196 e pp. 183-184. Essa ebbe validità anche in Occidente a partire dal 3 giugno del 448 (cfr. Nov. Valent. 26), come tutte le Novelle orientali inviate da Teodosio II in Occidente nel 447 (cfr. Nov. Theod. 2). In argomento, per tutti, vd. DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra "occidente ed oriente", nel basso impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, cit., pp. 462-463.

²⁸² Flavio Florenzio è stato prefetto della città di Costantinopoli nel 422 e per due volte prefetto del pretorio d'Oriente, dal 428 al 429 (anno in cui fu anche console) e dal 438 al 439. Su questa figura, vd. MARTINDALE, v. *Fl. Florentius (7)*, in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., pp. 478-480.

Nov. Theod. 14, 7: *Imp. Theod(osius) et Valent(inianus) AA. Florentio p(raefecto) p(raetori)o. [...] Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur vel mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt, (hoc est ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur nec superstes ad secundas nuptias venit), si res vel maritus vel uxor (hoc est qui superstes est) non consumpserit vel alienaverit, quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominis concessum esse non dubium est, si hereditatem eius qui posterior moritur liberi adire noluerint, ut eis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere. [...] Dat. VII id. Sept. Constantinopoli D. N. Theod(osio) A. XVII et Festo v̄. cons.*

In tale sede, Teodosio II, animato da «*humanis sensibus*», riconobbe ai figli un diritto al residuo sui beni di origine paterna (e materna), dei quali, in ogni caso, il genitore superstite risultava unico proprietario e poteva disporre integralmente e a proprio piacimento. Oggetto di eventuale destinazione ai figli, infatti, era tutto ciò che «*vel maritus vel uxor (hoc est qui superstes est) non consumpserit vel alienaverit*»²⁸³.

Sebbene non si possa parlare di una vera limitazione ai diritti della vedova non binuba, tale disposizione riconobbe alla prole, per la prima volta²⁸⁴, un vero e proprio diritto sui beni derivanti dal padre, costituendo un importante antecedente per la successiva legislazione di Maggiorano e di Libio Severo²⁸⁵. Di diverso contenuto è l'*interpretatio*, che, infatti, vincola

²⁸³ La previsione viene ribadita da Leone nel 472, cfr. C.I. 5, 9, 6, 10-11: *Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. [...] 10. Sin vero liberorum suorum adfectione servata pater materve ad alias nuptias migrare noluerit, neque vir his, quae de bonis uxoris ad se transeunt, neque mulier rebus, quae ex substantia mariti ad se pervenerint, pro suo arbitrio uti vel eas vendere aut quocumque iure vel modo eas alienare vel pignoris iure sive hypothecae (si voluerint) obligare, utpote domini earum, prohibebuntur. 11. Extantes autem praedictas res, si non fuerint alienatae sive consumptae vel suppositae, licebit liberis vindicare etiam non adeuntibus hereditatem parentum. D. II k. Mart. Marciano cons.* Giustiniano la confermerà nuovamente, esplicitando la possibilità da parte del vedovo o della vedova di disporre *mortis causa*: cfr. C.I. 5, 9, 8, 1(2)-2(3) (a. 528), sulla quale vd. *infra*.

²⁸⁴ In realtà, per quanto riguarda il padre, era già stato fatto divieto di alienare la *dos adventicia* in presenza di figli, cfr. C.Th. 3, 13, 3, su cui *supra*.

²⁸⁵ In merito all'interesse per la tutela della prole nella successione paterna (e materna) del legislatore tardoantico, vd., in particolare, HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 395-456. L'Autore ha rinvenuto una discontinuità di soluzioni giuridiche tra il diritto dell'età del Principato e il diritto tardoantico, evidenziando come,

tutti i lucri matrimoniali pervenuti al coniuge superstite – non rileva se binubo o meno – a favore dei figli²⁸⁶.

bb. Il diritto dei genitori del defunto (Nov. Valent. 35, 8 [a. 452])

La prima costituzione a porre un vero e proprio limite al lucro vedovile è Nov. Valent. 35, promulgata dall'imperatore d'Occidente Valentiniano III²⁸⁷ il 15 aprile dell'anno 452²⁸⁸ e indirizzata al prefetto del pretorio

precedentemente, la tutela dei figli di primo letto fosse demandata esclusivamente all'autonomia dei privati: in tal senso, si ricordi la frequente prassi di imporre alla vedova dei fedecommissi di restituzione a favore dei figli comuni e, viene da aggiungere, anche quella dei legati di usufrutto (vd. HUMBERT, *op. cit.*, pp. 214-232 e pp. 422-429; nonché *supra*). Il legislatore sarebbe dunque intervenuto al fine di sostituire un «régime de liberté et d'autonomie» con un «système de protection obligatoire» (p. 427). In argomento, vd. anche A. M. DEMICHELI, *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano, 2008, p. 855 ss.

²⁸⁶ Su *Interp. Nov. Theod. 14*, vd. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 61-62 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 245-246).

²⁸⁷ La rubrica della Novella è *de episcopali iudicio et de diversis negotiis* e gli argomenti trattati sono di natura assai eterogenea, dal momento che attengono alla materia ecclesiastica (§§ 1-7), alla successione dei coniugi (§§ 8-10), al divorzio (§ 11), alla prescrizione (§§ 12-13) e a questioni processualistiche (§§ 14-20). Sul punto, vd. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Le Novelle di Valentiniano III*, I, *Fonti*, Padova, 1988, p. 39: «... poiché l'imperatore aveva molti argomenti su cui legiferare ed era urgente e opportuno provvedere a regolare i giudizi ecclesiastici e materie affini, si coglieva l'occasione e, con notevole risparmio di tempo e fatica, si trattava anche delle altre, meno urgenti, situazioni in attesa di nuova regolamentazione giuridica».

²⁸⁸ Non è chiaro perché non venga menzionato l'imperatore d'Oriente Marciano, che era riconosciuto in Occidente già il 30 marzo 452 (vd. T. MOMMSEN, *Monumenta Germaniae Historica. Auctorum antiquissimorum tomus XI, Chronica Minora. Saec. IV. V. VI. VII*, vol. I, Berolini, 1892 [rist. anast. München, 1981], p. 490). Secondo P. M. MEYER, *Prolegomena in leges novellas ad Theodosianum pertinentes*, in *Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*, edidit adiutore T. Mommseno P. M. Meyer, Berolini, 1905, p. CIII, si tratterebbe forse di una «iurisperitorum vel librariorum neglegentia». Diversamente, BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Le Novelle di Valentiniano III*, I, cit., pp. 18-20, ha attribuito l'omissione all'inefficienza degli uffici imperiali occidentali, che, a suo avviso, al tempo della promulgazione della Novella, non avevano ancora ricevuto la comunicazione ufficiale che ordinava loro di modificare la forma degli atti ufficiali.

Firmino²⁸⁹. La costituzione ebbe validità soltanto in Occidente²⁹⁰ e di essa, per ora, rileva il § 8:

Nov. Valent. 35, 8: *Imp. Valent(inianus) A. Firmino p(raefecto) p(raetorio) et patricio. [...] Opportunum duximus occasione legis ea de successione decernere, quae anterioribus constitutis non sunt evidenter expressa. Itaque si vir sine liberis uxore superstite moriatur, sponsalium, quae mulier accepit, obeuntis patri matrive mediam restituat portionem sibi residuam servatura. Si desint personae quas loquimur, ipsi universa proficiant pro pudore percepta, quae non extantibus tam caris religiosisque nominibus inminui non oportet. [...] Dat. XVII kal. Mai. Romae Herculano vc. cons.*

Valentiniano III, all'interno di un lungo e composito testo normativo, coglie l'occasione per apportare dei chiarimenti in materia successoria, resisi necessari – a suo dire – dall'oscurità delle precedenti leggi («*ea... quae anterioribus constitutis non sunt evidenter expressa*»)²⁹¹. Si dispone dunque, anzitutto, della sorte della donazione nuziale (qui chiamata “*sponsalium*”)²⁹² nel caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito: qualora costui

²⁸⁹ Firmino ha assunto la carica di prefetto di pretorio dell'Italia e dell'Africa dal 449 al 452. Su tale figura, vd. MARTINDALE, v. *Firminus* (2), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., p. 471.

²⁹⁰ Vd., in particolare e per tutti, DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra “occidente ed oriente”, nel basso impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, cit., p. 463.

²⁹¹ L'espressione è stata diversamente interpretata dalla dottrina. Secondo L. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère. Contribution à l'étude du régime juridique de la donation pour cause de mariage, échue à la mère veuve sui iuris, depuis de loi Feminae (a. 382) de Théodose I jusqu'à la Nouvelle I (a. 463) de Sévère*, Courtrai, 1949, pp. 76-77, Valentiniano III avrebbe deliberatamente violato lo spirito delle leggi precedenti (C.Th. 3, 8, 2 e Nov. Theod. 14), andando a toccare aspetti – non a caso – da esse non precisati. Vd., sul punto, anche VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 59 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 243), che collega il riferimento, invece, al regime predisposto da Teodosio II nel Libro siro-romano (cfr. § 115[5]; *supra*) e FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 185 n. 73, che lo ricollega a Nov. Theod. 14, 3.

²⁹² Che nel testo si tratti di donazione nuziale non è mai stato posto in dubbio. Circa la terminologia afferente alle donazioni nuziali presente nelle fonti giuridiche occidentali, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 168-169. Lo stesso Autore ha poi affermato che tale disposizione si riferisce alla sola «donazione nuziale costituita dal padre» (p. 185). La considerazione non può condividersi, perché – a differenza di quanto concerne la dote (e, a tal proposito, vd. *supra*) –, con riguardo alla donazione nuziale, nelle fonti non si riscontra mai una distinzione operata in base al soggetto costituente.

non abbia avuto figli, ma siano ancora in vita i suoi genitori, a loro andrà metà della donazione, mentre la restante parte spetterà alla moglie superstite. Solamente nel caso in cui il padre e la madre del *de cuius* siano deceduti, la vedova lucrerà l'intera donazione «*pro pudore percepta*»²⁹³.

Nel successivo § 9, si dispone alla stessa maniera per quanto concerne la destinazione della dote alla morte della moglie²⁹⁴ e si prescrive l'uguaglianza aritmetica tra dote e donazione nuziale²⁹⁵.

²⁹³ Una simile espressione si incontra in C.Th. 9, 42, 1 pr. (riportata, con alcune variazioni, anche in C.I. 5, 16, 24 pr.-1): *Imp. Constantinus A. Petronio Probiano: Res uxoris, quae vel successione qualibet vel emptione vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato marito, inlibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis frui eam integro legum statu religiosum sit. Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus conlata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit; capacitatis privilegio videlicet et modo inspecto, ut consideretur, quid capere potuit. [...]* *Dat. III kal. Mart. Serdicae Crispo II et Constantino II cc. cons.* Su tali basi, parte della dottrina ha attribuito alla donazione nuziale il valore di *pretium pudicitiae*: tra questi, in particolare, circoscrivendo il concetto alla più antica concezione occidentale della donazione, vd. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., p. 286 ss., seguito da SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale*, cit., pp. 69-78. *Contra* ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 383-384 n. 3, nonché BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 526, il quale considera la locuzione indice del carattere non originariamente romano della donazione nuziale. Secondo GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 156 n. 69, si tratterebbe semplicemente di un'espressione generalizzata utile a designare la donazione nuziale. Recentemente, sul punto, vd. anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 169 n. 11, che non attribuisce alcuna rilevanza a suddette locuzioni, dal momento che, come già detto, non ritiene neppure che C.Th. 9, 42, 1 pr. possa avere a oggetto una donazione nuziale.

²⁹⁴ La previsione ha ricevuto peculiare attenzione da parte della dottrina, poiché in essa si evince l'avvenuto superamento della distinzione tra *dos adventicia* e *dos profecticia* (vd. quanto detto *supra*), in quanto entrambe le tipologie di dote dovevano ora essere restituite per metà ai genitori della defunta moglie (se ancora vivi e in assenza di figli). In tal senso, vd., ad esempio, SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 393; VACCARI, *Matrimonio Franco e Matrimonio Romano. Studi preliminari*, cit., pp. 70-74 e ID., *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana e nel medio evo italiano*, cit., pp. 258-259 (= *Scritti di storia del diritto privato*, cit., p. 87) e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 476. *Contra* BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, II, cit., p. 434 n. 1 (che circoscrive la disposizione alla dote *adventicia*). Sul punto, recentemente, anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 185.

²⁹⁵ Sul rapporto quantitativo tra dote e donazione nuziale prescritto da Nov. Valent. 35, 9 si tornerà *infra*.

Come anticipato, anche la *pars Orientis* conobbe un simile regime, anche se non è pacifico se ciò avvenne per diretto influsso della Novella di Valentiniano III²⁹⁶.

Con questa disposizione si pone, dunque, per la prima volta, un limite al precedente e completo lucro della vedova sulla donazione. Il legislatore decide di anteporre, alla garanzia patrimoniale del coniuge superstite, il lucro dei genitori del defunto, scelta che sottolinea – ancora una volta – il *favor sanguinis* in materia successoria. La legge mi sembra dissipare ogni possibile dubbio in merito a una presunta primaria funzione di tutela vedovile rivestita dalla donazione nuziale: se così fosse stato, certo non si sarebbe giunti, in poco tempo, ad attribuire metà del lucro nuziale ai genitori del defunto (in assenza di prole). L'assenza di una garanzia legale patrimoniale per la vedova, che si è già più volte evidenziata, avrebbe ragionevolmente condotto a ritenere che il legislatore, finalmente, si sarebbe servito della donazione nuziale per colmare questa lacuna. Ebbene, ciò che accadde fu tutt'altro. L'intervento della cancelleria imperiale modificò *in peius* la situazione della vedova, in virtù del principio di riversibilità della donazione nuziale da parte dei genitori del defunto. Come interpretare tale scelta? Altro non si può essere portati a ritenere se non che l'allora insussistente garanzia patrimoniale vedovile non costituiva ancora una situazione a cui il legislatore sentiva di dover porre rimedio in via impositiva, ritenendo opportuno e sufficiente

²⁹⁶ Vd. *supra*. Ritiene che la Novella non ebbe alcuna validità né influenza in Oriente BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 32 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 144), seguito da SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale*, cit., p. 75. Similmente VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 62 n. 202 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 246 n. 202), afferma che non deve essere ammessa una derivazione della legge di Leone da quella di Valentiniano III (pp. 62-63, in particolare n. 206 [= p. 247, in particolare, n. 206]). Così anche ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 382-383 n. 3, pensa che si tratti di due norme identiche, ma tra loro indipendenti. *Contra* SELB-KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, III, cit., pp. 178-179: «Es wäre mehr als seltsam, wenn Leo I. aus der Novelle Valentinians III. gerade diese Teilaussage nicht übernommen hätte (p. 179)». Di simile parere sembra essere anche SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., p. 370 n. 15.

delegare la faccenda all'autonomia dei privati, pur non essendo sempre di facile gestione.

È possibile ipotizzare che questo regime possa aver dato origine alla prassi di determinare pattiziamente il lucro vedovile in Occidente, anche se, come si è detto, le fonti non presentano alcun sostegno in tal senso²⁹⁷.

cc. *Nov. Sev. 1 (a. 463) e l'usufrutto vedovile sulla donazione nuziale*

La disposizione di Libio Severo che si procede ora a esaminare mira alla (parziale) abolizione della costituzione di Maggiorano dell'anno 458 (Nov. Mai. 6). Questa legge, come ampiamente si dirà, concerne l'intera posizione patrimoniale delle vedove e, come quella di Libio Severo, pone una limitazione ai diritti della vedova non binuba, dal momento che a quest'ultima viene fatto divieto di compiere atti di liberalità a favore di soggetti che non siano i suoi figli²⁹⁸.

²⁹⁷ Vd. *supra*. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 526-527, colloca proprio in questa fase l'inizio di detta prassi, seguito da SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale*, cit., p. 74; VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, cit., p. 403 (= *Scritti di storia giuridica*, IX, *Tra antichità e Medioevo*, cit., pp. 99-100) e SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., p. 367 n. 4. Scettico sul punto ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., p. 383 n. 3.

²⁹⁸ Sulla Nov. 6 di Maggiorano, vd. ampiamente *infra*.

La Novella 1 di Libio Severo del 20 febbraio 463 è indirizzata al prefetto del pretorio Basilio²⁹⁹ – con una formula di pubblicazione che lascia discutere³⁰⁰ – e anch'essa ha validità nella sola *pars Occidentis*³⁰¹:

Nov. 1 Lib. Sev: *Impp. Leo et Severus AA. Basilio p(raefecto) p(raetorio) et patricio. Abrogatis capitibus iniustus legis divi Maioriani A. ad locum. Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit, et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri conferre non liceat. Nam quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita libuerit, pro inpensis obsequiis in filiorum electione liberales, usumfructum suum cui voluerint largiantur: proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant. 1. In illa tamen parte matribus salva filiorum utilitate consulemus, ne eas necessitas dandae fideiussionis adstringat, quia et factu difficile est et super hoc filiis abunde vel prioribus constitutis vel praesenti lege prospicitur, quibus et alienatorum vindicatio competit et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum, Basili p(arens) k(arissime) a(tque) a(mantissime). 2. Quare inlustris et praecelsa magnificentia tua huius constitutionis oraculum edictorum faciet sollemnitate proponi, ut legis asperitas, quae ad amplitudinem tuam primae praefecturae administratione data est, per te correcta atque emendata vulgetur. Dat. X kal. Mart. Rom(ae) Basilio vc. cons.*

²⁹⁹ Cecina Decio Massimo Basilio fu due volte prefetto del pretorio d'Italia, nel 458 e dal 463 al 465; nel 463 fu console. Su tale figura, vd. MARTINDALE, v. *Basilius* (11), in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., pp. 216-217.

³⁰⁰ L. CAES, *La destinée de la Nov. Major. 6 d'après la formule de publication de la Nov. Sev. I*, in *RIDA*, 3 (1950) (= *Mélanges Fernand de Visscher*, III), pp. 223-227, propone tre possibili interpretazioni di Nov. Sev. 1, 2, a ciascuna delle quali viene ricollegato un differente ruolo assunto da Basilio. Mentre le prime due interpretazioni riducono a un ruolo pressoché passivo il prefetto del pretorio – egli sarebbe stato semplicemente incaricato di pubblicare la costituzione di Libio Severo o, al più, avrebbe avuto l'onere di correggere ed emendare la costituzione di Maggiorano secondo le indicazioni fornitegli dall'imperatore –, la terza gli attribuisce il merito di essere stato il vero e proprio ispiratore della riforma. *Contra* VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 68 n. 216 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 253 n. 216), che considera la questione «un problema inesistente» e aderisce alla prima delle soluzioni offerte da Caes.

³⁰¹ Vd., in particolare e per tutti, DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra "occidente ed oriente", nel basso impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, cit., p. 463.

Il contenuto dispositivo della costituzione che ci è dato conoscere è il seguente³⁰². Obiettivo principale di Libio Severo, come già ricordato, è quello di abrogare gli *iniusta capita* della legge di Maggiorano, pur mantenendo in vigore quelle disposizioni “supportate” dalla *veterum legum auctoritas*³⁰³. Così, egli dispone che, della donazione nuziale, alla madre vedova rimanga il solo usufrutto, che ella non possa alienare i beni che di tale donazione fanno parte a svantaggio dei figli e che non abbia il *ius eligendi*, ovvero la facoltà di disporre una disuguale divisione della donazione tra i figli. Al più, essa può disporre del proprio diritto di usufrutto come meglio crede. Tutte queste previsioni valgono tanto per la madre vedova risposata quanto per quella non risposata. Si precisa, inoltre, che non è necessario che un fideiussore garantisca sulla donazione nuziale, essendo questa una disposizione onerosa e superflua, spettando già ai figli l’azione di rivendica nei confronti di terzi nel caso di alienazione dei beni e potendo essi, eventualmente, rifarsi sui beni materni³⁰⁴.

³⁰² La costituzione è ritenuta troncata nel *principium*: vd. MOMMSEN, MEYER, *ad h. l.*, e M. A. DE DOMINICIS, *Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle Postteodosiane segnalate dalla critica*, in *BIDR*, 57-58 (1953), p. 441. Un’analisi della struttura della costituzione è di G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo*, 19 (1983), pp. 302-303.

³⁰³ Come si vedrà, delle tre disposizioni che in Nov. Sev. 1 si dice voler mantenere, Maggiorano, rispetto alla legislazione precedente, aveva innovato là dove aveva abolito il *ius eligendi* (e introdotto il divieto di compimento di atti di liberalità da parte della vedova non binuba a favore di estranei). Tuttavia, in tal caso, Libio Severo tentò di giustificare la legittimità della previsione di Maggiorano per mezzo di una sua personale e – di certo – consapevolmente travisante interpretazione dello spirito della legge (vd. *infra*). Pertanto, il significato di «*commendat*», nei primi due casi, potrebbe essere reso con “consegna” e, nell’ultimo, con “ispira”; “supporta” può essere ambiguamente adoperato per tutti e tre. Diversamente sul punto e coerentemente alla sua tesi, CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 13-14. Questo verbo, inoltre, potrebbe essere stato oggetto di un’alterazione e aver sostituito un originario «*confirmat*», vd. DE DOMINICIS, *Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle Postteodosiane segnalate dalla critica*, cit., pp. 441-442 e n. 3.

³⁰⁴ Questa garanzia era stata imposta da Nov. Mai. 6, 6. Il primo strumento risale a Nov. Theod. 14, 6: *In his autem casibus, in quibus res ut paternas mater liberis communibus servare praecepta est (hoc est ubi morte mariti matrimonio dissoluto mulier ad alias nuptias venit) vel ubi ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus (hoc est ubi morte mulieris matrimonio dissoluto vir ad alias nuptias venit), si hereditatem eius parentis qui*

Esaminiamo nel dettaglio le singole previsioni. In primo luogo, si consideri il divieto di alienare i beni facenti parte della donazione nuziale a svantaggio dei figli («*a filiis alienare non possit*»). Al contrario di quanto è stato affermato³⁰⁵, ritengo che la previsione non debba identificarsi con quella inerente al *ius eligendi*, ma goda di un suo pieno significato dispositivo. A tale interpretazione, infatti, induce in maniera inequivocabile la struttura del periodo in cui Libio Severo elenca i (tre) *capita* che egli desidera mantenere in vigore («*Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut... et... et ut...*»)³⁰⁶.

L'espressione «*Nam quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri?*» deve, pertanto, essere così intesa: “Infatti, cosa significa portar via ai figli, se non lo è, qualora capiti una prole numerosa, il desiderio di donare con generosità a uno o all'altro con malvagio proposito, dimenticando tutti gli altri?”. La diseguale spartizione della donazione nuziale tra la prole, secondo l'innovativa interpretazione di Libio Severo, costituisce, pertanto, una particolare ipotesi di alienazione a svantaggio dei figli, che si può verificare solamente in presenza di discendenza numerosa e che egli decide di vietare proprio dopo – e in ragione di – aver genericamente sancito

prior mortuus est non adierint liberi, licebit eis, tamquam eius tantum res fuerint, eas sibimet vindicare, scilicet si vel eius qui posterior moritur hereditatem crediderint ad eundam, ne, quod favore liberorum indictum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inventum. Il secondo rimedio venne previsto già in C.Th. 3, 8, 2 pr.: Idem AAA. Floro p(raefecto) p(raetorio)... Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternas redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant. [...] Dat. XVI kal. Ian. Constant(ino)p(oli) Antonio et Syagrio cons.

³⁰⁵ Vd. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, pp. 105-108, il quale afferma che «*a filiis alienare*» altro non significa, per Severo, che «attribuer, prava intentione, les sponsalia à l'un des enfants communs au détriment des autres» (p. 105). È dunque da respingersi la tesi, formulata dall'Autore su tale presupposto, circa i presunti «bévues» commessi dall'imperatore e la sua accusa di mancanza «total d'esprit juridique» (p. 108).

³⁰⁶ Vd., sul punto, sempre CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 107-108, che arbitrariamente attribuisce al terzo elemento del periodo il superfluo valore di una ripetizione.

il divieto di «*a filiis alienare*». Un corollario, dunque, una declinazione di un più generale principio che, per la rilevanza che assume e per il fatto di non trovare alcun precedente nella legislazione anteriore a Maggiorano, necessita di essere “esplicitato” e giustificato³⁰⁷.

Ciò detto, come lo stesso Libio Severo afferma, il divieto di alienare beni facenti parte della donazione nuziale vigeva anche prima della costituzione di Maggiorano, sebbene riguardasse la sola madre risposata e fosse esteso, in realtà, a tutti i beni ricevuti dal primo marito³⁰⁸. Maggiorano aveva addirittura imposto alla vedova binuba di garantire per mezzo di fideiussione l’integrità della donazione (su cui vigeva un generico divieto di alienazione a danno dei figli), ma aveva anche previsto un divieto di compimento di atti di liberalità con riguardo a ogni bene di proprietà della vedova non binuba³⁰⁹. Libio Severo dispone, dunque, una disciplina che non segue pedissequamente alcuna delle precedenti.

Passiamo alla seconda previsione, ovvero l’abolizione del *ius eligendi*. Come detto, la giustificazione che viene offerta a sostegno di tale previsione si basata sul divieto – appena esaminato – di alienazione dei beni

³⁰⁷ In tal senso, vd. anche BAUER-GERLAND, *Das Erbrecht der Lex Romana Burgundionum*, cit., p. 131 n. 17. Sul punto, vd. anche VOCI, *Il diritto ereditario romano nell’età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 68 n. 217 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 253 n. 217), che sembra avallare la lettura che qui si propone.

³⁰⁸ Cfr. C.Th. 3, 8, 2 pr.: *Feminae, quae susceptis ex priori matrimonio filiis ad secundas transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate perceperint, quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant... Nec quidquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumant atque habeant potestatem: possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternarum redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant.* L’intera costituzione è riportata, con alcune variazioni, anche in C.I. 5, 9, 3. Cfr. anche Nov. Theod. 14, 5: *Alienandi sane vel obligandi suo nomine eas res, quae liberis reservari praeceptae sunt, eis qui reservaturi sunt adempta licentia est...*

³⁰⁹ Cfr. Nov. Mai. 6, 6-8, esaminata *infra*.

facenti parte della donazione nuziale a svantaggio dei figli. È questo un fine *escamotage* volto a confermare quanto detto da Libio Severo all'inizio della Novella: mantenere, della legislazione di Maggiorano, quanto supportato dalle costituzioni precedenti e abolire tutto il resto. Il *ius eligendi*, infatti, era esplicitamente previsto in C.Th. 3, 8, 2 pr. (a. 382)³¹⁰ e in Nov. Theod. 14, 5³¹¹, mentre era stato abolito da Maggiorano³¹². Libio Severo, che condivideva la decisione di Maggiorano di abolire il *ius eligendi*, si trovava nell'ostica condizione di doverne avvallare una previsione non supportata in alcun modo dalla *veterum legum auctoritas*, ma, anzi, in aperta contraddizione con essa. Come uscire dunque dall'*impasse*, se non giustificando la scelta legislativa sulla base di un principio (quello del divieto di alienazione) che era presente anche nelle costituzioni più antiche? Che poi, di fatto, le ragioni alla base della previsione di Libio Severo fossero essenzialmente di carattere ideologico-morale si evince dallo stesso testo («*Nam quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri?*»)³¹³. In tal caso, Libio Severo, rispetto alla legislazione di Maggiorano, innova laddove estende il divieto alla madre vedova non risposata³¹⁴, la quale, non essendo ora più proprietaria dei beni, non può disporre a proprio piacimento della loro sorte.

³¹⁰ Cfr. C.Th. 3, 8, 2 pr.: ...*vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum...*

³¹¹ Cfr. Nov. Theod. 14, 5: ...*Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi quem voluerint licentiam non negamus.*

³¹² Cfr. Nov. Mai. 6, 8 prima parte, su cui *infra*.

³¹³ Inaccettabili, dunque, le critiche mosse da CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 106-107, che attribuisce a una mera ragione morale la scelta di Libio Severo. Critico sulla ragione giustificativa offerta dall'imperatore il già citato VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 68 n. 217 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 253 n. 217).

³¹⁴ Sulle previsioni di Maggiorano, vd. nel dettaglio *infra*.

Veniamo ora all'intricata questione relativa all'usufrutto. Si è già detto che tale istituto si presta a compendiare la tutela della prole con quella del coniuge superstite e che, probabilmente, proprio per tale finalità, esso venne ideato³¹⁵. Non c'è dunque da meravigliarsi, se proprio al regime dell'usufrutto abbia fatto ricorso la legislazione imperiale tardoantica nell'attribuire nuovi diritti successori ai figli di primo letto sui beni di origine paterna nel caso di seconde nozze della madre³¹⁶. Le ragioni di questa legislazione vanno individuate sia nel crescente interesse del legislatore nei confronti della prole che nel disvalore con cui erano viste le seconde nozze: la vedova binuba non era considerata né bisognosa, né tanto meno meritevole di tutela³¹⁷.

Fino alla legislazione di Libio Severo, a ogni modo, non si era mai giunti a porre in discussione la natura del diritto della madre vedova (non risposata) sulla donazione nuziale lasciatale dal marito, ed ella risultava piena e unica proprietaria di tali sostanze. L'orientamento legislativo occidentale limitativo dei diritti vedovili sulla donazione nuziale, che in questo paragrafo si è cercato di delineare, giunge ora all'apice della sua linea evolutiva: con l'estensione del regime dell'usufrutto anche in capo alla donna "meritevole" (ossia a colei che non era passata a seconde nozze) e la conseguente

³¹⁵ Sulla verosimile origine dell'usufrutto si è detto *supra*, ove ricognizione bibliografica.

³¹⁶ Cfr. C.Th. 3, 8, 2 pr.; C.I. 5, 10, 1 (a. 392); C.Th. 3, 9, 1 (a. 398); C.Th. 3, 8, 3 (a. 412); Nov. Theod. 14, 4-5. Circa l'intricata disciplina delle seconde nozze in età tardoantica (e le relative conseguenze patrimoniali), vd. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 537-547; HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 301-456; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il IV sec.*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 102-105 (= *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo*, in *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 169-172) e ID., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 40-47 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 222-230), nonché ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 201 ss. In merito alla specifica disciplina della donazione nuziale, vd. anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 192-199.

³¹⁷ Così HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., in specie p. 453, che in ciò individua una chiara influenza del Cristianesimo. Diversamente sul punto, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 538-539, ritiene siano costituzioni con influenza più orientale che cristiana, orientate alla creazione di un regime di protezione dei figli di primo letto, frutto della crescente parificazione giuridica dei sessi e dell'introduzione dei lucri nuziali.

attribuzione della nuda proprietà della donazione nuziale in capo ai figli della coppia, vengono definitivamente relegati in secondo piano i diritti della vedova su questi beni. L'interesse del legislatore occidentale per la tutela della prole comune supera dunque – e definitivamente – quello per il riconoscimento dei diritti *post mortem consortis*, sebbene si limiti a intaccare, per ora, soltanto quelli sulla donazione nuziale.

Usufrutto, dunque. Ma in Nov. Sev. 1 si sta davvero facendo riferimento a quello stesso *ius in re aliena* di età del Principato, di quel diritto che Paolo aveva definito «*ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*» (D. 7, 1, 1 [Paul. 3 *ad Vitell.*])³¹⁸? L'interrogativo sorge spontaneo se ci si addentra nell'analisi delle costituzioni attinenti alla vedova binuba anteriori a Nov. Sev. 1, la quale – come abbiamo detto – con esse si pone in linea di continuità³¹⁹. Sul reale contenuto e sulla natura del diritto riconosciuto alla vedova passata a seconde nozze sui beni facenti parte della donazione nuziale, infatti, la moderna dottrina si è ampiamente divisa: a chi ha parlato di un diritto *sui generis* (più simile a quello di proprietà che a quello di usufrutto)³²⁰, si è opposto chi ha più genericamente attribuito all'usufrutto di

³¹⁸ La medesima definizione è ripetuta in I. 2, 4 pr. Su D. 7, 1, 1, vd. tra gli altri e da ultimi, con ampia ricognizione bibliografica, F. BONIN, *Tratti formali e stratificazioni testuali nei libri paolini 'ad Vitellium'*, in *Prolegomena per una palingenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco (Bologna - Ponte Ronca, 26-29 maggio 2016)*, cit., pp. 280-282 e S. DI MARIA, *I 'libri ad Vitellium' di Paolo: trattamento e inquadramento da parte dei Compilatori*, sempre in *Prolegomena per una palingenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo*, cit., pp. 357-359.

³¹⁹ Il riferimento è alle costituzioni indicate *supra*.

³²⁰ Così CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., *passim*, ha ampiamente sviluppato la questione giungendo a questa conclusione, almeno per quanto riguarda il regime che va da C.Th. 3, 8, 2 a Nov. Theod. 14. L'argomentazione principale – piuttosto convincente – è tratta dal *ius eligendi*. Lo segue L. WENGER, nella sua recensione al lavoro di Caes in *ZSS*, 67 (1950), pp. 588-595. Similmente S. SOLAZZI, *Dall'usufructus della sponsalicia largitas all'usufructus di Gai. 2, 7*, in *SDHI*, 17 (1951), pp. 253-254, il quale osserva che «tra la fine del IV ed il principio del V secolo un diritto più ampio dell'usufrutto propriamente detto aveva il nome di *usufructus*». *Contra*, in specie, VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 68 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 253).

età tardoantica un peculiare concetto di proprietà³²¹ e chi ha rigettato ognuna di tali concezioni, riconducendolo nell'ambito di una "grossolana" interpretazione di usufrutto³²². Con riguardo a Nov. Sev. 1, a ogni modo, la risposta alla domanda che ci si è posti non può che essere affermativa. Non mi pare possa sorgere alcun legittimo dubbio: la madre vedova, in quanto mera usufruttuaria, non può alienare i beni di proprietà dei figli e neppure può attribuirli soltanto a uno o ad alcuni di loro, ai quali spetta il tipico rimedio del proprietario, la *rei vindicatio*³²³. Queste precisazioni, che possono anche apparire "superflue", certo non possono condurre ad altro risultato³²⁴.

È rilevante ricordare, infine, che la costituzione di Libio Severo non ebbe mai applicazione in Oriente. Ciò significa che, mentre in Occidente si giunse a parificare la disciplina della madre vedova non risposata con quella della risposata, attribuendole in entrambi i casi un mero diritto di usufrutto sulla donazione nuziale, in Oriente si continuò a trattare differentemente le due ipotesi, favorendo la madre che non fosse passata a seconde nozze e

³²¹ Così E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The law of property*, Philadelphia, 1951, pp. 34-40 e M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967, pp. 45-59 (in particolare, vd. pp. 47-50). Anche C. DUPONT, *Les jura in re aliena dans le Code Théodosien*, in *RIDA*, 24 (1977), pp. 247-248, riferendosi a tali fattispecie, parla di una «simple limitation légale de la propriété» (p. 248). C. SANFILIPPO, nella sua recensione critica a CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., in *Iura*, 1 (1950), pp. 504-506, giunge ad affermare che si tratta «tout court di proprietà» (p. 505). Similmente HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 419 ss.

³²² Così VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 68-70 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 252-223).

³²³ In tal senso, vd. anche CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, pp. 108-110. L'Autore, sebbene individui delle argomentazioni valide a sostenere l'ipotesi che anche in Nov. Sev. 1 è presente quel diritto d'usufrutto *sui generis* delle precedenti costituzioni, quali l'ispirazione che da esse trae e il bisogno di affermare il divieto di *ius eligendi*, osserva infine che tali deduzioni «s'il peuvent paraître séduisants, sinon convaivants» sono a ogni modo «simple conjectures», e che «le terme *ususfructus* a incontestablement le sens d'usufruit, au sense technique du mot» (p. 110).

³²⁴ Vale la pena sottolineare, come già osservato da VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 61 (ma non riportato in *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 61), che nell'*interpretatio* a Nov. Sev. 1, il diritto dei figli sia singolarmente definito "pegno": cfr. «*maritorum facultates loco pignoris obligentur*».

riconoscendole un'illimitata disponibilità su queste sostanze³²⁵. Identico rimase, invece, in entrambe le *partes imperii*, il diritto della vedova senza figli, la quale continuò a lucrare l'intera donazione nuziale (o la metà, se in presenza dei genitori del defunto marito).

³²⁵ Sul punto, vd. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 58-64 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 242-248).

V. LA BREVE PARENTESI DELL'INIUSTA LEX MAIORANI
(NOV. MAI. 6, 5-8 [A. 458]).

Al 26 ottobre dell'anno 458 risale una costituzione dell'imperatore Maggiorano destinata ad avere breve vita e che riguarda direttamente il tema della nostra indagine. La legge, indirizzata al prefetto del pretorio Basilio, ebbe validità solamente in Occidente³²⁶ e presenta un contenuto eterogeneo³²⁷. Con questa disposizione, Maggiorano perseguì due finalità, ovvero realizzare un incremento demografico e apprestare tutela ai figli di primo letto³²⁸. In tale sede interessano i §§ 5-8.

Nov. Mai. 6, 5-8: *Imp. Leo et Maiorianus AA. Basilio p(raefecto) p(raetorio): [...] 5. Viduarum sane obstinationibus permovemur, quae nulla prole suscepta fecunditatem suam reparationemque familiae repudiata coniugii iteratione condemnant et solitariam vitam non eo eligunt, ut pudicitiae religionis amore famulentur, sed potentiae ambitum orbitatis suae casibus viduitatisque captantes lascivam vivendi eligunt libertatem: quibus ad omnem licentiae usum aut sollicitantium ficta religio personarum aut favor callidi captatoris adplaudit. Has ad honestioris vitae tramitem prisca dispositione revocantes aeternabili lege sancimus, ut maritali obitu destituta mulier quadragenaria minor, donec procreare per aetatem liberos potest, intra quinquennium nubat. Cui idcirco currentis lustris largimur indutias, ut per spatium legitimi temporis luctus maerore deposito eligendi honestiores nuptias habeat potestatem. Sin vero saecularem vitam et conjugales taedas perosa damnaverit, emenso, ut dictum est, quinquennio in viduitate persistens mox cum germanis fratribus vel sororibus eorumque filiis vel parentibus propinquisque, per quos familiae origo reparatur, suas*

³²⁶ Vd., in particolare e per tutti, DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra "occidente ed oriente", nel basso Impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, cit., p. 463.

³²⁷ La costituzione si compone di dodici paragrafi. Dei §§ 1-3, 9 e 10 si tratterà *infra*, rispettivamente pp. 138-139; pp. 123-124; pp. 129-130. Per una puntuale e precisa analisi dell'intera Nov. Mai. 6, vd. H. WIELING, *Iniusta lex Maioriani*, in *RIDA*, 38 (1991), pp. 385-420.

³²⁸ Cfr. Nov. Mai. 6, 9: *Et quia studiose tractatur a nobis utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento et procreatis competentia commoda perire non patimur...* Sul punto, vd. ampiamente *infra*. Un inquadramento della Novella nella politica di Maggiorano è di F. GIOVANNINI, *La politica demografica di Maioriano e il mutamento sociale e culturale della seconda metà del V secolo*, in *AHB*, 15.3 (2001), pp. 135-142.

dividat facultates aut, si hi fortasse defuerint, cum fisco patrimonium partiat: nihil intra lustrum temporis illius, quod luctui deliberationique deputavimus, alienaturam de praedictis sex uncis se esse cognoscens, quas parentibus vel propinquis statuit serenitas nostra proficere, usufructu tantum contenta vivendi, quae tum se probare poterit studio castitatis secundas nuptias respuisse, cum liberalis fuerit in propinquos. 6. Illarum vero ratio diversa est, quae suscepta prole gaudentes ob hoc ad secundas nuptias non demigrant, ut adfectuosam decedentis viri memoriam in alendis et locupletandis filiis sollicita pietate conservent: quas nubendi, si hoc maluerint, libertate suscepta a condicione superius enarratae definitionis absolvimus, ita ut filiis ex matrimonio priore susceptis, si hoc tamen pars voluerit filiorum, dato fideiussore prospiciant, qui salva fore corpora omnia sponsaliciae largitatis evidenti sponsione promittat. 7. Optionem sane continuae viduitatis matribus eatenus relaxamus, ut filios in gremio indulgentiae suae positos vel donationibus pro merito prosequantur viventes vel heredes suprema voluntate constituent. 8. Illud sane latus divalis constitutionis abolemus, quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsaliciae largitatis in unum filium, si vellent, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem: in quam nos filios aequa iubemus lance succedere, si quidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum. Si vero matri contra religionem sanguinis propositumque pietatis externus heres insidiatorque subreperit, quidquid ab ea non iustis causis exheredationis extantibus, quas sine dubio probaturus est qui videtur filiis anteferri, donatum fuerit vel relictum aut in religioso alienatum translatumque commento, id totum ab eisdem filiis vindicetur. [...] Dat. VII Kal. Nov. Rav(ennae) D. N. Leone et Maioriano AA. cons.

La cancelleria imperiale pone anzitutto una distinzione, quella tra le vedove «*nulla prole suscepta*» (di cui tratta il § 5) e le vedove «*suscepta prole*» (a cui sono dedicati i §§ 6-8)³²⁹. Sono considerate condurre una vita disonesta («*et solitariam vitam non eo eligunt... adplaudit*»)³³⁰ le vedove che

³²⁹ Il significato da attribuire all'espressione vedova "*suscepta prole*" è ragionevolmente quello di "donna che ha generato dei figli". Sono dunque da ricomprendersi anche le donne a cui sono precedentemente deceduti i figli. In tal senso, vd. anche CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., p. 82 n. 86.

³³⁰ È interessante notare che per ben due volte all'interno della Novella compare la figura del "cacciatore di vedove" (il riferimento successivo è nell'ultimo periodo del § 8), ovvero un soggetto astuto e spregiudicato che cerca di approfittare della situazione della donna al fine di trarre vantaggi economici personali e che la incoraggia a condurre una vita lasciva e disonesta.

non hanno avuto figli e che, alla morte del marito, non desiderano le seconde nozze e che dunque condannano, in tal modo e per sempre, la propria capacità procreatrice e il destino della loro famiglia.

Il legislatore, richiamando in vita un'antica disciplina («*prisca dispositione*»)³³¹, prevede, per mezzo di una legge che definisce “eterna”³³², che esse, qualora abbiano meno di quarant'anni al momento del decesso del coniuge³³³, debbano prender marito entro cinque anni³³⁴. Se così non fosse, esse saranno tenute a dividere i loro averi³³⁵ con i fratelli o le sorelle germani e i figli di costoro, o con i genitori e i parenti che continuano le sorti della famiglia («*propinquisque, per quos familiae origo reparatur*»)³³⁶, e, in loro

³³¹ Il riferimento è alle leggi matrimoniali augustee, che colpivano duramente i celibi e gli *orbi* e a cui si è precedentemente fatto riferimento (vd. *supra*). Suggestive le similitudini individuate da L. CAES, *L'origine historique de l'argomo(u)niatikon ou contribution de veuvage permanent imposée dans l'île de Chio à certaines veuves*, in *RIDA*, 13 (1966), pp. 163-176 (= *Studi in onore di Edoardo Volterra*, VI, Milano, 1971, pp. 318-328), tra le disposizioni della Novella di Maggiorano e l'*argomoniatikon*, un peculiare contributo imposto alle vedove atte alla generazione, ma non sposate, presente nell'isola di Chio, che, a suo parere, avrebbe tratto origine proprio dalla citata costituzione. *Contra* A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, 13 (1967), pp. 124-125 (= *L'«argomoniatikon»*, in *Pagine di diritto romano*, II, Napoli, 1993, pp. 454-455).

³³² Ironia della sorte, essa non rimarrà in vigore che pochi anni: dal 458 al 463, anno della sua abrogazione da parte di Libio Severo (vd. *supra*).

³³³ Superata la soglia dei quarant'anni, dunque, la donna non sarebbe più stata considerata fertile e perciò tenuta alle seconde nozze. È evidente che si tratta di una mera presunzione, che, tuttavia, dal tenore della costituzione non sembrerebbe ammettere prova contraria, né al fine di favorire la donna minore di quarant'anni non più abile alla riproduzione, né per svantaggiare quella ancora fertile superata quell'età. Diversamente, CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., p. 83 n. 88, ritiene che il «caractère pragmatique» della Novella (che a me, invece, tutto sembra avere, tranne che senso pratico) avrebbe ammesso la prova contraria e dunque esonerato dall'obbligo delle seconde nozze le vedove minori di quarant'anni manifestamente fisicamente incapaci alla riproduzione.

³³⁴ Il lustrò è considerato necessario al fine di elaborare il lutto e scegliere delle «*honestiores nuptias*»: cfr. «*Cui idcirco... habeat potestatem*».

³³⁵ Si evince indirettamente che ciò avverrà nella misura della metà del patrimonio, dal momento che le è vietato alienare «*sex unciiis*» di esso (vd. subito a seguire nel testo).

³³⁶ Secondo VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 45 n. 144 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 228 n. 144), potrebbe trattarsi degli agnati, che continuano il *nomen familiare*. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., p. 84 n. 91, sottolinea come vengano individuati come beneficiari soggetti che hanno già avuto dei figli.

assenza, con il fisco³³⁷. Durante il quinquennio, per costoro sarà in vigore il divieto di alienazione di metà dei loro beni e, su tale quota, spetterà loro il solo usufrutto.

Differenti e certamente più benevole le previsioni per le vedove che hanno già avuto figli e, in particolar modo, per quelle non binube³³⁸. Qualora le madri vedove decidano di passare a seconde nozze, esse saranno tenute a garantire, per mezzo di un fideiussore e su richiesta di almeno uno dei figli, l'integrità dei beni facenti parte della donazione nuziale, sulla quale manterranno il solo diritto di "usufrutto"³³⁹ (§ 6). A esse (e a loro sole)³⁴⁰,

³³⁷ Sembra cogliersi un sottile velo di ironia da parte del legislatore nel descrivere le sorti patrimoniali della vedova minore di quarant'anni non risposatasi: cfr. «*quae tum... in propinquos*». WIELING, *Iniusta lex Maiorani*, cit., p. 395 n. 26 parla di un «Hauch einer ironischen Anwendung des Kaisers».

³³⁸ R. ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della 'lex Iulia et Papia'*, in *SDHI*, 39 (1973), p. 233, ritiene che l'esonero delle vedove con figli dall'obbligo del matrimonio sia dovuto alla consuetudine non romana di ostacolare le nozze in presenza di prole nata dal primo matrimonio, più che dalla volontà del legislatore di fare un omaggio allo sfavore con cui la Chiesa le guardava.

³³⁹ Che alle madri vedove binube spetti il solo "usufrutto" sulla donazione nuziale si evince in base alle precedenti costituzioni in materia e, sul punto, vd. quanto già detto *supra*. Sulla natura del diritto riconosciuto da Maggiorano alle vedove risposate, vd., in particolare, CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 96-99, che ritiene, coerentemente alla sua interpretazione della Novella, che tale diritto spetti anche alla vedova non binuba (vd. subito a seguire) e sia di piena proprietà, limitato unicamente dall'obbligo di «conserver la sponsalicia largitas à tous les enfants communs et de ne pas en transférer, par conséquent, la propriété à l'un d'eux au détriment des autres» (p. 98). *Contra*, circa tale ultimo profilo, GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 157 n. 72.

³⁴⁰ Non mi pare in alcun modo accoglibile, infatti, l'interpretazione di CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 92-94, secondo il quale l'eliminazione del *ius eligendi* avrebbe riguardato anche le madri vedove non risposate, per più ordini di ragioni. Come già evidenziato in dottrina, vd. BAUER-GERLAND, *Das Erbrecht der Lex Romana Burgundionum*, cit., pp. 129-130, tale lettura presta il fianco a molteplici critiche. Anzitutto, le argomentazioni a sostegno di questa ipotesi sono di dubbia solidità: il termine declinato al plurale per indicare i genitori e l'indicazione dei *bona paterna* sono presenti, rispettivamente, anche in Nov. Theod. 14, 5 e Nov. Theod. 14, 7, ove chiaramente si parla dei soli vedovi binubi. L'esplicito richiamo all'inizio del § 8 delle costituzioni che precedentemente avevano concesso il *ius eligendi* alle vedove binube (C.Th. 3, 8, 2 pr. e Nov. Theod. 14, 5), inoltre, porta logicamente a delimitare l'ambito di applicazione a quello da esse individuato. Ma la più rilevante argomentazione che, a mio parere, è da sola in grado di far perdere fondatezza, sotto questo profilo, alla tesi di Caes, è che non avrebbe alcun senso parlare di *ius eligendi* nei confronti del proprietario dei beni (la vedova non binuba), essendo logicamente questo un diritto che si esercita nel momento stesso in cui si perde la piena proprietà (vd. VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 43 [= *Studi di diritto*

viene negato il *ius eligendi*: la donazione nuziale, d'ora in poi, dovrà essere suddivisa equamente tra i figli del defunto, essendo un bene lasciato dal padre alla moglie ai tempi delle nozze³⁴¹ (§ 8 prima parte). Le madri vedove non risposate, invece, che conservano in ogni caso la proprietà di ogni loro bene, hanno la facoltà di effettuare donazioni solamente a favore dei propri figli e di istituire eredi soltanto costoro (si tratta, dunque, di un divieto di compimento di atti di liberalità a favore di terzi)³⁴². Viene però concessa alla

romano, II, cit., p. 226]). Infine, mi pare si pongano in perfetto parallelismo il § 8 il § 7, che afferma chiaramente che alla discrezione della vedova non binuba spetta la decisione di come ripartire in vita o *mortis causa* i propri beni (quindi anche la donazione nuziale) secondo i meriti di ciascun figlio. In tal senso, vd. anche ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 231. Condividono la posizione di Caes, invece, HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 445 e DEMICHELI, *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, cit., p. 871.

³⁴¹ Cfr. «*donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum*». In dottrina si è sostenuto che questo passo presenta una sineddoche e che Maggiorano voleva indicare tutti i *bona paterna* col menzionare la sola donazione nuziale. Conseguentemente, l'eliminazione del *ius eligendi* (confermata da Libio Severo ed estesa alla vedova non binuba) avrebbe riguardato tutti i beni del padre: possibilista sul punto è ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 232. Limita il discorso alla sola donazione nuziale, tra gli altri, VOCI, *Storia della 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 46 n. 194 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 516 n. 194) e ID., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., pp. 60-61 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 245), che vi trova conferma anche in *Interp. C.Th.* 3, 8, 2. A parte il fatto che in Nov. Sev. 1 il riferimento è chiaro (si parla esclusivamente di «*sponsalia*»), si consideri quale possa essere stato il significato dell'affermazione di Maggiorano. Il motivo della spettanza della donazione nuziale a tutti i figli è ragionevolmente dato dal fatto che essa è un donativo lasciato dal padre alla madre al tempo delle nozze (particolare espressamente indicato), che, come si evince dall'intero spirito della Novella, nell'ottica del legislatore, rivestono una finalità prettamente – *rectius* esclusivamente – procreativa. In tale ottica, dunque, i beni di cui si sta parlando sarebbero stati da sempre destinati alle esigenze dei figli e, per tale motivo, sarebbero spettati loro, in equa misura, alla morte del padre. Ciò detto, il fatto che si evidenzia che la donazione nuziale sia un bene paterno sta a sottolineare come essa non perde mai la sua originale natura (e finalità), sebbene venga data alla madre. Il ragionamento, per quanto potrebbe teoricamente valere sia per la vedova binuba che per quella non binuba, in questa sede viene svolto esclusivamente con riguardo alla prima. *Contra* CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 93-94. Sul passo, vd. anche quanto detto da FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 169-170.

³⁴² Non mi pare, infatti, esegeticamente (né logicamente) possibile parlare di un generico dovere di trasferire tutti i propri beni a favore dei figli (meritevoli). Tale interpretazione, infatti, trascende a mio parere il tenore letterale della norma, che menziona – e di conseguenza limita – il solo compimento di atti di liberalità (per la verità si menzionano solo donazioni e istituzioni di erede, ma forse sarebbe logico ricomprendere ogni tipo di liberalità e quindi, ad

loro discrezionalità la possibilità di distinguere i figli in base ai loro specifici meriti, potendone dunque anche favorire uno (o alcuni) a scapito dell'altro (o di altri) (§ 7). Infine, si prevede che, qualora la vedova binuba³⁴³ venga raggirata e anteponga ingiustamente i vantaggi di altri a quelli dei propri figli, costoro abbiano il diritto di rivendicare quanto donato, lasciato per mezzo di testamento³⁴⁴ e alienato con «*inreligioso commento*» dalla loro madre (§ 8 ultima parte).

esempio, ritenere vietata anche la remissione di un debito). Vd., per l'opinione ora criticata, CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 91-92; VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 45 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 229); DEMICHEL, *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, cit., p. 872 (che tuttavia male interpreta la tesi di Caes sul punto) e ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 231. Questi Autori, tra l'altro, non specificano quali sarebbero i risvolti pratici da attribuire alla previsione. La donna avrebbe dovuto lasciare tutti i propri beni esclusivamente ai figli? Non li avrebbe, più genericamente, potuti alienare a terzi? In questo ultimo caso, si arriverebbe all'assurda e sproporzionata limitazione di ogni capacità dispositiva (anche a titolo oneroso) della vedova non binuba. Altrettanto non condivisibili le tesi di WIELING, *Iniusta lex Maiorani*, cit., p. 396 e di BAUER-GERLAND, *Das Erbrecht der Lex Romana Burgundionum*, cit., p. 130, che limitano il discorso alla sola donazione nuziale e ritengono, rispettivamente, possibile e impossibile alienarla a terzi. Non si parlerebbe genericamente e ampiamente di donazioni e di istituzione di erede, se si trattasse della destinazione della sola donazione nuziale.

³⁴³ Ritengo che la disposizione attenga alla sola vedova binuba. Il § 7, infatti, come si è visto, prevede che la vedova non risposata non possa porre in essere alcun tipo di atto di liberalità se non a vantaggio dei propri figli. Si tratta di un divieto che riguarda tutti i suoi beni e che non è, per l'appunto, applicato alla binuba, per la quale era probabilmente ancora in vigore il divieto di alienazione dei beni ricevuti dal primo marito (vd. *supra*) – e, certamente, della donazione nuziale (cfr. Nov. Mai. 6, 6) –, ma non di tutti i suoi beni. Nella seconda parte del § 8, si circoscrive la possibilità di rivendicare i beni da parte dei figli solamente ai casi in cui la donna avesse alienato ingiustamente a svantaggio della prole (quindi senza una giusta causa di diseredazione o con «*inreligioso commento*» nel caso di donazioni o alienazioni a titolo oneroso). La seconda parte del § 8 non può, dunque, essere riferita alla vedova non binuba, la quale, anche se avesse agito “onestamente”, non avrebbe potuto in ogni caso donare o nominare eredi soggetti diversi dai suoi figli, ma può riguardare la sola risposata, per la quale vige un generale divieto di alienazione nel caso in cui ella avesse agito ingiustamente e dolosamente a danno della prole. Tale lettura confermerebbe, inoltre, un parallelismo di contenuto (già evidenziato *supra*) tra il § 7 e il § 8, il primo rivolto alle vedove non risposatesi, il secondo alle vedove binube. Non si esprime sul punto CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 99-102.

³⁴⁴ Nella legge si richiede che ciò avvenga «*non iustis causis exheredationis extantibus, quas sine dubio probaturus est qui videtur filiis anteferris*». In merito alla necessità di indicare le ragioni di diseredazione, vd. le osservazioni di CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*,

Dopo questa complessa esegesi, è opportuno riflettere sugli effetti patrimoniali che una simile costituzione può aver avuto nei confronti della vedova che non desiderava convolare a nuove nozze, e determinare il significato da attribuire alla legislazione di Maggiorano. La condizione patrimoniale della vedova non binuba venne fatta profondamente dipendere dall'età della donna e dall'aver o meno avuto una prole. Come si è visto, nel caso in cui fosse stata ancora giovane alla morte del marito e non avesse avuto dei figli, il legislatore la sanzionò severamente, con una pena che poteva verosimilmente condurla in gravi difficoltà economiche. Diversa la situazione per la vedova con prole, per la quale si prevede solamente il divieto di compiere atti di liberalità nei confronti di soggetti che non fossero i propri figli. Come anticipato, si trattò comunque di una misura eccezionale, temporalmente e territorialmente circoscritta, che presumibilmente conobbe non poche difficoltà applicative³⁴⁵ e che si giustifica alla luce della tragica condizione – non solo demografica – in cui versava quella parte di Impero, destinata a “cadere” di lì a pochi anni.

cit., pp. 102-103, con ulteriori rinvii bibliografici. Circa la possibilità di diseredare o meno i figli con riguardo alla donazione nuziale, sono di discorde parere il già menzionato CAES, *op. cit.*, pp. 96-97 (seguito da ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 231) e HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., pp. 445-446 n. 14.

³⁴⁵ Vd. VOCI, *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., (dunque solo nella ripubblicazione del contributo), p. 238 n. 85, il quale si domanda quale possa essere stata l'efficacia pratica di Nov. Mai. 6 e Nov. Sev. 1.

VI. PRASSI E DIFFUSIONE DI DOTE E DONAZIONE NUZIALE. LA CRISI DELL'ISTITUTO DOTALE NEL CORSO DEL V SECOLO

Se in età tardoantica la disciplina dell'istituto dotale rimase pressochè la medesima dei secoli antecedenti, lo stesso non si può dire della prassi sociale che la accompagnò, caratterizzata invece da un processo di declino, come si evince da alcune fonti che ci si appresta a esaminare e come si è più volte accennato. A tale processo di decadenza della dote fece da contraltare la crescente diffusione del suo istituto complementare, quello della donazione nuziale.

È questo un fenomeno già evidenziato, in termini più o meno condivisibili e non univoci, da alcuni storici del diritto all'inizio del secolo scorso, interessati per lo più agli sviluppi giuridici successivi³⁴⁶ e, in tempi

³⁴⁶ Per primo, F. BRANDILEONE, *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Italia*, in *AG*, 67 (1901), pp. 222-223 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 254-255), parlò di un «movimento contrario», una «tendenza avversa» alla dote (p. 222 [= *Scritti*, p. 255]). Le cause furono da lui rinvenute, per quanto riguarda i sudditi «non romani in senso stretto», presso i quali la donazione nuziale godeva di particolare importanza, nell'ignoranza dell'istituto dotale o nella conoscenza di istituti simili, ma rudimentali, mentre, per quanto riguarda la restante popolazione, nella decadenza dei primitivi *mores*, che non fece più sentire (o lo fece in misura minore) l'antico obbligo morale di dotare le figlie. A sostegno dell'ipotesi vennero richiamate C.I. 5, 3, 3 e le Novelle di Valentiniano III e Maggiorano che si sono precedentemente esaminate. Le osservazioni di Brandileone furono riprese dopo pochi anni da F. ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore*, in *AG*, 80 (1908), pp. 429-438 (pubblicato anche come estr. autonomo: Roma, 1908, pp. 41-50), che restrinse il fenomeno alle provincie e vi rinvenne ulteriore conferma nella prassi della *donatio in dotem redacta*. Tornò nuovamente sul punto ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., pp. 107-111, che, all'attenuazione dell'obbligo morale di dotare nella coscienza giuridica popolare, aggiunse alcune rilevanti osservazioni in merito all'allentamento dei legami familiari, in particolare ai poteri del *pater familias* sulla persona e sui beni della figlia maritata. I citati Autori anticipano di molto il fenomeno, menzionando C.I. 5, 3, 3, a cui il solo ROBERTI, *op. cit.*, pp. 108-109, aggiunge C.Th. 3, 5, 6 (a. 336). Quest'ultima costituzione attiene, però, alle donazioni a causa della promessa di matrimonio tra fidanzati e a questo tipo di liberalità – non alla dote – è da riferirsi l'inciso «*quod raro accidit*» con riguardo agli apporti muliebri (vd., per tutti, FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 113-120), mentre da C.I. 5, 3, 3, che riporta un caso in cui «*in dote uxor maritum fefellit*» non mi è possibile evincere che si trattasse di una prassi allora diffusa. Più di recente, G. VISMARA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nell'alto medioevo*, in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto Medioevo XXIV*. II

più recenti, da alcuni storici³⁴⁷, ai quali la dottrina giusromanistica non sembra aver tuttavia prestato particolare attenzione³⁴⁸. La questione, come si vedrà, coinvolge profili di indagine giuridici, storici e antropologici e meriterebbe l'attenzione di una sinergia interdisciplinare che finora non ha conosciuto. Procedo pertanto a inquadrare il fenomeno nella consapevolezza

matrimonio nella società altomedievale. 22-28 aprile 1976, II, Spoleto, 1977, p. 643 (= *Scritti di storia giuridica*, V, *La famiglia*, Milano, 1988, p. 149), ha ricollegato la decadenza della dote all'acquisizione di un maggior significato economico «della presenza e dell'attività della donna nella famiglia», dovuta a sua volta al «crollo della società e dell'economia del mondo antico». Il fenomeno delle monacazioni forzate (vd. subito a seguire nel testo), a mio parere, testimonia invero che una figlia rappresentava per le famiglie non abbienti un peso, più che una risorsa.

³⁴⁷ In questo campo di studi il fenomeno è stato giustificato per mezzo delle più disparate – e fors'anche disperate – argomentazioni. Così, D. HERLIHY, *Medieval Households*, Cambridge-London, 1985, pp. 15-23, ha ritenuto che nella tarda antichità vi sia stato un rifiuto alle nozze e alla procreazione da parte delle donne tale da mutare la loro posizione sul “mercato matrimoniale” e renderle in grado di assumere la posizione di parte forte nelle trattative patrimoniali coniugali. La tesi non ha trovato particolare seguito nella dottrina successiva e risulta smentita anche dal costante ricorrere, in particolare per i ceti sociali superiori, alle seconde nozze (vd. *infra*) (*contra*, in specie, già KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., p. 73, che non ritiene tuttavia neppure possibile poter parlare di un «generellen “Niedergang” der Mitgift»). Accenna al fenomeno anche D. OWEN HUGHES, *From Brideprice to dowry in Mediterranean Europe*, in *JFH*, 3.3 (1978), pp. 273-274, secondo cui l'ascesa della donazione è dovuta alla soddisfazione di «social needs, not only in Europe but throughout the Empire» (p. 274 n. 36). Anche A. ARJAVA, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford, 1996, pp. 56-62, ritiene poco sostenibile la tesi di Herlihy e, sulla decadenza della dote e l'ascesa della donazione nuziale, si limita a osservare che il «dotal marriage is better consonant with a patrilineal structure of the family economics while bridegift in Europe has been associated with bilateral principles» (p. 57), riconoscendo al contempo l'insufficienza dell'argomentazione proposta. Sul punto è poi intervenuto K. HARPER, *Marriage and Family*, in *The Oxford handbook of late antiquity*, edited by S. Fitzgerald Johnson, Oxford, 2012, pp. 688-692, che rigettando le argomentazioni di Herlihy, ha sostenuto che in età tardoantica gli uomini tendevano a sposarsi con donne di ceti superiori e che dunque la donazione nuziale era divenuta un «bargaining chip to secure a socially favorable marriage» (p. 690) tale da comportare una rapida diffusione dell'istituto. Si osservi soltanto che, sicuramente, in determinati casi, un'ingente donazione nuziale poté essere adoperata da giovani ambiziosi allo scopo di concludere un matrimonio di convenienza e permettere loro di scalare di ceto sociale, ma ciò non permette di spiegare un fenomeno di più ampio respiro come quello preso ora in considerazione. La tesi di Harper, inoltre, risulta smentita se si ha riguardo al favorevole accoglimento dell'istituto della donazione nuziale da parte dei Padri della Chiesa, a differenza dei matrimoni tra ceti sociali differenti (vd. ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 135 n. 1 e pp. 175-180).

³⁴⁸ Un accenno alla questione è in VOCI, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1104 (= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 240): «Valentiniano III e Maggioriano combattono il prevalere della donazione sulla dote: un prevalere che doveva essere un prodotto degli usi».

dei suoi ostacoli intrinseci, nella speranza che quanto si andrà a osservare permetta, perlomeno, di contestualizzare alcuni suoi riflessi sulla legislazione coeva e successiva.

1. FONTI CHE ATTESTANO UNO SQUILIBRIO TRA GLI APPORTI DEI NUBENDI

Iniziamo dalla già menzionata Nov. 35 promulgata dalla cancelleria di Valentiniano III nell'aprile del 452. Di essa, si deve prendere ora in esame il secondo periodo del § 9³⁴⁹:

Nov. Valent. 35, 9: ... *Pars vero feminae tantum dare debebit quantum sponsalibus maritus intulerit, ut dantis et accipientis sit aequa condicio, ne placita futuraque coniunctio uni lucrum, alteri faciat detrimentum.*

In questa sede, il legislatore impone l'uguaglianza aritmetica tra dote e donazione nuziale, iniziando quel processo di parallelizzazione tra i due istituti che accompagnerà tutta l'età tardoantica e culminerà in quella giustiniana. Quello che è rilevante osservare sono i termini in cui ciò è previsto: si dice che è la dote a dover eguagliare la donazione nuziale, non che entrambe debbano eguagliarsi o che la donazione nuziale deve essere pari alla dote. Da un punto di vista contenutistico non sarebbe certo cambiato nulla se avesse adoperato una di tali due ultime espressioni, ma il tenore del testo permette per la prima volta di ipotizzare – sia pure in termini di mera congettura – che, allora, fosse comune che la dote fosse inferiore alla donazione e che, pertanto, al termine dell'unione, una parte fosse solita ottenere un lucro, mentre l'altra un «*detrimentum*».

³⁴⁹ Sul § 8 e la prima parte del § 9, vd. *supra*. Su tale passo, per tutti, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 174-175. Vd. anche *infra* in merito alla prassi della *donatio in dotem redacta*.

Questa lettura trova conferma nella successiva Novella di Maggiorano nel 458, di cui si consideri ora il § 9³⁵⁰:

Nov. Mai. 6, 9: ... *Et quia studiose tractatur a nobis utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento et procreatis competentia commoda perire non patimur, hoc necessario putavimus praecavendum, ut marem feminamque iungendos copula nuptiali par condicio utrimque constringat, id est ut numquam minorem quam exigit futura uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo se noverit conlaturam, scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis ambos infamiae maculis inurendos, qui fuerint sine dote coniuncti, ita ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur.*

Le dichiarate finalità di «*utilitas filiorum*» e di aumento della natalità³⁵¹ portano Maggiorano a ribadire che le doti dovessero (perlomeno?)³⁵² eguagliare quantitativamente le donazioni nuziali, cosa che avviene in questi precisi termini: «*numquam minorem quam exigit futura uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo se noverit conlaturam*». La previsione viene, inoltre, accompagnata da una grave condanna alle unioni in cui compare la donazione, ma non la dote³⁵³, unioni alle quali non si ritiene

³⁵⁰ Su Nov. Mai. 6, 9, per tutti, vd. WIELING, *Iniusta lex Maioriani*, cit., p. 398 ss. e FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 175-177. Vd. anche *infra* circa la prassi della *donatio in dotem redacta*.

³⁵¹ Circa le specifiche ragioni delle previsioni di Nov. Mai. 6, 9, vd. BRANDILEONE, *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Italia*, cit., pp. 219-223 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 251-255), che le rinvia nel riguardo dei figli (circa i diritti dei figli sulla dote, per tutti, vd. VOCI, *Storia della 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 44 ss. [= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 514 ss.]) e del marito, nonché nella tutela dell'istituto dotale, profilo che si sta prendendo ora in particolare considerazione.

³⁵² Così anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 175, avanza qualche dubbio circa la presunta uguaglianza prescritta da Maggiorano, ritenendo forse possibile che la dote potesse essere anche maggiore della donazione, come suggerisce il termine "*minor*".

³⁵³ Mi pare, dunque, esegeticamente corretto seguire la linea interpretativa già tracciata da BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., pp. 33-34 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 144-145), in seguito più ampiamente argomentata in ID., *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Italia*, cit., pp. 217-223 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 248-255) e seguita da H. BRUNNER, *Die fränkisch-romanische dos*, in *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, II, Berlin, 1894, pp. 551-552 (pubblicato anche come estratto autonomo: Berlin, 1894, pp. 7-8); ROBERTI, *Le origini*

neppure di poter attribuire il termine «*matrimonium*» e dalle quali non potranno nascere figli legittimi.

Si osservi come le testimonianze finora analizzate riguardino la sola *pars Occidentis* dell'Impero. In Oriente, si seguì un differente orientamento e, nel 468, l'imperatore Leone impose l'uguaglianza proporzionale dei lucri nuziali su dote e donazione nuziale, rispettivamente da parte del marito e della moglie in caso di premorienza del coniuge, senza accennare ad alcuna sorta di prassi diseguale tra i due apporti (cfr. C.I. 5, 14, 9)³⁵⁴. Sebbene ciò possa far pensare che la parte orientale abbia risentito in misura minore della crisi dotale, anche grazie alle migliori condizioni economiche in cui versava, le fonti menzionate a seguire, a ogni modo, non permettono di escluderla del tutto dall'area di diffusione del fenomeno.

2. LA DONATIO IN DOTE REDACTA

Un'ulteriore manifestazione del declino dell'istituto dotale si ha, a mio parere, nella c.d. *donatio in dotem redacta*, una prassi – probabilmente più orientale che occidentale – le cui ragioni non sono tuttora pacifiche in

romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi, cit., pp. 114-115 (ma che si contraddice a p. 223); ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 379-381; ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, cit., pp. 467-470 e GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, I, cit., p. 157. Inizialmente condivide questa lettura anche VOCI, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1102 n. 85 (successivamente ritrattata in *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, cit., p. 238 n. 85). Da ultimi, in tal senso, anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 175-176 (con ulteriori rinvii a n. 38); LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., p. 230 n. 99 e WIELING, *Iniusta lex Maiorani*, cit., pp. 400-419. Questo filone dottrinale ridimensiona la portata attribuita alla costituzione dalla dottrina maggioritaria (ampia ricognizione bibliografica è presente in ORESTANO, *op. cit.*, p. 468 n. 1200), secondo cui Maggiorano avrebbe reso obbligatoria la costituzione della dote (e per alcuni anche la redazione degli strumenti dotali). L'assurda conseguenza (illogica anche tenendo a mente i fini demografici perseguiti dalla Novella) sarebbe stata quella di aver imposto il divieto di matrimonio con una donna povera e indotata.
³⁵⁴ Sulla legislazione di Leone e il suo richiamo nella legislazione giustiniana, vd. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, cit., pp. 105-113. Sul punto anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 177, nonché, sugli sviluppi successivi, vd. *infra*.

dottrina³⁵⁵. Le fonti che ne parlano, per la verità, sono poche, ma una loro attenta esegesi sembra confermare quanto sinora asserito³⁵⁶.

La prima fonte da prendere in considerazione è C.Th. 3, 5, 13 del 428³⁵⁷. Si è già accennato al fatto che questa disposizione apportò una semplificazione al regime di costituzione della donazione nuziale al fine di rafforzare il regime patrimoniale della vedova, contestualmente all'abrogazione di una costituzione che le aveva riconosciuto una più

³⁵⁵ Secondo ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 270-275, che riprende alcune osservazioni già di ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, in *NRHD*, 8 (1884), pp. 27-28 (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, cit., pp. 66-67), questa prassi deriverebbe dall'usanza, frequente nelle province orientali, di aumentare la dote da parte dei mariti e, nel diritto romano, avrebbe comportato alcuni tangibili vantaggi a favore del marito (che sarebbe rimasto titolare dell'apporto durante il matrimonio, alla morte della donna e, in parte, in caso di divorzio a lei imputabile). Similmente, secondo VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V sec.*, cit., p. 51 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 234), la ragione andrebbe ricercata nella volontà di applicare anche ai beni donati dal marito la disciplina dotale, più favorevole al marito di quanto fosse quella della donazione nuziale (solamente dei primi, infatti, egli era titolare). L'Autore, accennando nuovamente alla prassi in *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1085 e n. 16 (= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 221 e n. 16), afferma che la pratica serviva a dar lustro al matrimonio o a non rinunciare al documento dotale anche qualora mancasse la dote, e potesse avere scopi leciti e illeciti. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 195, evidenzia che il vantaggio sarebbe stato principalmente quello di permettere al coniuge superstite di rimanere titolare dell'apporto. Così già BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., pp. 26-28 e p. 34 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 139-141 e p. 145), a cui aggiunge il fine di evitare che la donna avesse la libera disposizione dei beni, turbando l'unità economica della famiglia (pp. 10-11 [= *Scritti*, pp. 126-127]), seguito su tale ultimo rilievo da ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore*, cit., p. 431 (p. 43 dell'estratto) e da ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 112. Presupposto comune a tutte queste tesi (tranne la ricordata seconda posizione di Voci) è il ritenere che la prassi fosse condivisa e perseguita da entrambi i consorti. Come si evince da C.Th. 3, 5, 13, a me pare, invece, che fossero solo le donne a beneficiare del ricorso alla *donatio in dotem redacta* e che i mariti cercassero di opporvisi.

³⁵⁶ Non devono essere prendersi in considerazione C.I. 5, 3, 1, D. 6, 2, 12 pr. (Paul. 19 *ad ed.*) e C.I. 5, 3, 14, che riguardano la riproposizione in dote di una donazione del fidanzato, non della donazione nuziale: in argomento e su queste fonti, vd., per tutti, FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 63-64 e pp. 68-70.

³⁵⁷ Su C.Th. 3, 5, 13, vd. AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, cit., pp. 309-310; ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, cit., pp. 251-252; P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, 38 (1987), p. 123 (= *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, p. 48) e FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 135-141.

favorevole posizione successoria intestata e all'introduzione della *pollicitatio dotis*³⁵⁸. Si consideri ora, più nel dettaglio, il suo contenuto dispositivo:

C.Th. 3, 5, 13: *Impm. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. Hierio p(raefecto) p(raetorio): Post alia: Si donationis instrumentum ante nubtias actorum sollemnitate firmatum sit, de traditione, utrum nubtias antecesserit an secuta sit vel penitus praetermissa, minime perquiratur: in illa donatione, quae in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitatem, nec actorum confectione quaerenda. Haec enim commoda nec mariti fraude nec successorum eius improbitate nec scrupulositate iuris, etsi inperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem, denegari uxoribus deceptis patimur vel his, qui in earum iura succedunt, sed a marito vel ab heredibus eius exacta restitui; illa manente lege, quae minoribus aetate feminis etiam actorum testificatione omissa, si patris auxilio destitutae sint, iuste consuluit. Et cetera. Dat. X kal. Mart. Costant(ino)p(oli) Tauro et Felice cons.*

Teodosio II prevede l'abolizione dell'obbligatorietà di *traditio* e anche di *insinuatio*, quest'ultima nel caso in cui la donazione fosse inferiore a 200 solidi (ma le donne di minore età *sui iuris* non incontravano limiti di valore)³⁵⁹. La semplificazione del regime mirò a uno scopo ben preciso («*Haec enim commoda... exacta restitui*»). La costituzione afferma, infatti, l'esigenza di tutelare le donne dalle frodi poste in essere dai mariti o dai loro eredi al fine di mantenere la titolarità sulla donazione nuziale, omettendo di compiere l'*insinuatio*³⁶⁰.

Come è stato correttamente osservato, il caso preso in considerazione dal legislatore è soltanto quello in cui la *donatio* fosse poi riconsegnata in dote, in quanto solo la dote (e non la donazione) poteva essere oggetto di restituzione da parte del marito agli eredi della moglie in caso di morte di

³⁵⁸ Il riferimento è a C.Th. 5, 1, 9 e C.Th. 3, 13, 4: vd. *supra*.

³⁵⁹ Come si vedrà, Giustiniano manterrà solo una minima parte di tale previsione e affronterà nuovamente il problema dell'*insinuatio*: vd. *infra*.

³⁶⁰ Di questo espediente si parlava già in C.Th. 3, 5, 3 con riguardo alle donazioni a causa della promessa di matrimonio: Costantino era similmente intervenuto a esonerare dall'obbligo di *insinuatio* nel caso di nubende di minore età. Vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 120-122 e p. 229 n. 43.

quest'ultima – e ciò trova ulteriore conferma nell'utilizzo del verbo “*restituere*”³⁶¹. È dunque chiaro che i mariti realizzavano quei raggiri proprio al fine di evitare che la donna restituisse loro in dote quanto apportato come donazione nuziale. Non a caso, infatti, si dice che costoro non avrebbero potuto evitare di restituire la *donatio in dotem redacta* neppure qualora avessero indicato nell'atto della donazione quali beni avessero dovuti essere costituiti in dote («*etsi inperite... donatio mentionem*»).

Posto dunque che la donazione redatta in dote poteva essere, in svariati casi, particolarmente invisa ai mariti, è necessario ragionare sulle cause di questa prassi. Una ragione, parzialmente già individuata in dottrina³⁶², va certamente rivenuta nell'attribuzione all'apporto del marito di un regime più favorevole alla donna nel caso di seconde nozze, quello dotale. Si ricordi, infatti, che in base a C.Th. 3, 8, 2, tutto ciò che la donna aveva ricevuto dal marito, in caso di nuove nozze, doveva essere acquistato dai figli (o dal figlio da lei prescelto in base al *ius eligendi*), mentre ella manteneva quel particolare diritto di “usufrutto” di cui si è già detto³⁶³.

Ma c'è dell'altro, racchiuso, a mio parere, nelle parole «*etsi inperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem*». Il termine «*inperite*», in particolare, caratterizza l'azione di coloro che indicano nel documento della donazione nuziale i beni da apportare in dote. L'imperizia è l'ignoranza di chi ritiene di assicurarsi determinati beni dotali semplicemente facendone menzione nell'atto della *donatio* e poter eventualmente eccepire la loro mancata assegnazione di fronte alle pretese

³⁶¹ Vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 136-137. C.Th. 3, 5, 9 (a. 368?, 370?, 373?), infatti, esaminata da FERRETTI, *op. cit.*, alle pp. 130-134, riconosceva al marito il diritto di trattenere la donazione in caso di morte della moglie.

³⁶² Per una ricognizione delle differenti posizioni assunte in letteratura sulle ragioni del fenomeno della *donatio in dotem redacta*, vd. subito *supra*.

³⁶³ Vd. *supra*. Al marito, che pur viene invitato a mantenere un simile comportamento, non viene imposto alcun vincolo e solo con Nov. Theod. 14, 1 (vd. subito *infra*) verrà estesa la medesima disciplina in vigore per la donna. Questa è un'ulteriore prova del fatto che, a trarre vantaggio dalla redazione in dote della donazione, fosse solo la moglie.

delle donne e delle loro famiglie sulla *donatio in dotem redacta*³⁶⁴. La paura dei mariti era quindi quella di non ricevere quanto promesso e di vedersi riconsegnato il loro stesso apporto (o, eventualmente, poco di più).

Da ciò mi sembra coerente dedurre che un'ulteriore originaria finalità perseguita dalle donne – ma soprattutto dalle loro famiglie – per mezzo di questa prassi fosse proprio quella di evitare di sborsare quanto meno possibile del proprio al fine di costituire una dote e “riciclare” quanto offerto del marito. In pratica, era possibile far figurare una dote – o nel caso in cui comunque un contributo della donna vi fosse, farla figurare di maggior importo –, nonostante la moglie e la sua famiglia avessero apportato nulla o poco nulla. Pacifico che la presenza degli strumenti dotali costituì soltanto in limitate ipotesi un requisito per la validità del matrimonio³⁶⁵, era il sentire sociale che ancora richiedeva la presenza di una dote al fine di dare legittimità e dignità all'unione coniugale³⁶⁶.

Nel 439 Teodosio II intervenne al fine di tutelare i figli nati dal primo matrimonio, i quali, nell'ottica del legislatore, dovevano essere i principali beneficiari della donazione nuziale. Nella lunga Nov. 14, avente principalmente a oggetto la destinazione dei lucri nuziali in caso di seconde nozze³⁶⁷, si dispone in tal maniera:

³⁶⁴ Così VOCI, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1085 n. 16 (= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 221 n. 16), osserva che l'*imperitia* era di chi erroneamente riteneva che fosse necessaria la costituzione di dote, contrariamente a quanto espressamente stabilito in C.Th. 3, 7, 3 (= C.I. 5, 4, 22). A mio parere, così si dice anche perché non era ancora stato introdotto l'obbligo giuridico di dotare (vd. diffusamente *infra*).

³⁶⁵ In argomento, vd. ampiamente LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, cit., pp. 325-376 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., pp. 43-97).

³⁶⁶ Similmente, come già ricordato, vd. VOCI, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1085 (= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 221), che a tal proposito richiama anche i casi in cui la dote era oggetto di una promessa non adempiuta (c.d. dote fittizia), fenomeno a cui accenna già Arcadio in C.Th. 9, 42, 15 (a. 396) e trattato da Giustiniano in C.I. 5, 15, 3 (a. 528), nonché in Nov. 2, 5 (a. 535), su cui *infra*.

³⁶⁷ La principale bibliografia su Nov. Theod. 14 è già stata indicata *supra*.

Nov. Theod. 14, 3: ... *Haec observari praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redigantur...*

Il regime proprio della donazione sarebbe seguito anche nel caso in cui questa fosse stata redatta in dote. In tal modo, si impediva il tentativo di aggirare le disposizioni sulle seconde nozze da parte delle mogli per mezzo della *donatio in dotem redacta*, di larga diffusione («*ut adsolet fieri*»).

Al fine di aggirare questo ostacolo, successivamente i padri delle nubende ricorsero a nuovi stratagemmi, di cui ci informa Maggiorano, nel § 10 della nota Nov. 6 del 458³⁶⁸:

Nov. Mai. 6, 10: ... *Sane quoniam quorundam cupiditatibus obvianandum est, qui generorum exhauriunt facultates ac sibi vel filiabus suis vel subornatis quibuscumque personis, priusquam aliquid de nuptiarum pactione constituent, ab incautis iuvenibus et futuri coniugii desiderio concitatis multa faciunt occulta fraude conferri, quae secuta sollemnitate votorum filiabus refundant aut forte maiore amore perfidiae sibi existimant acquisita, unde huius callidi frivolique commenti ita nullum esse iubemus effectum, ut infirmato talis colore contractus sui iuris postea gener vindicet vel actione proposita securus reposcat, quidquid per illiciti posthac contractus imaginem alienare compulsus est.*

La cancelleria interviene al fine di tutelare quei giovani «*incauti*» e «*futuri coniugii desiderio concitati*» che, prima delle nozze e della stipulazione dei patti nuziali, venivano frodati dai futuri suoceri. Le modalità in cui questi raggiri potevano compiersi erano varie. I giovani erano indotti dai suoceri a donare loro (o alle figlie o a terzi interposti) molte ricchezze e, in seguito, i beni venivano trasferiti alle fanciulle – o, nei peggiori dei casi, trattenute dai padri – e presumibilmente da queste costituiti in dote. Al fine di evitare questi imbrogli, viene riconosciuta l'invalidità di simili contratti di alienazione e la facoltà, in capo ai generi, una volta divenuti *sui iuris*, di agire in giudizio per rivendicare quanto illegittimamente trasferito. È ragionevole pensare, a mio avviso, che tali artifici avessero proprio lo scopo di non far

³⁶⁸ Su questa fonte, vd. anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 176 n. 39.

figurare la natura di donazione nuziale dei beni apportati al marito e aggirare così i vincoli previsti da Nov. Theod. 14, 3³⁶⁹.

Benché parte della dottrina abbia parlato di una caduta in desuetudine della prassi di restituire in dote la donazione³⁷⁰ – senza spiegare quale ne sarebbe il motivo – o addirittura di una sua abrogazione³⁷¹, non ritengo possibile aderire a questa tesi. Che la *donatio in dotem redacta* fosse ancora una consuetudine ai tempi di Giustiniano ne è la prova il duplice riferimento all'interno delle Novelle, nonché l'aver integralmente riportato, in C.I. 5, 9, 5, 1, il passo sopra indicato di Nov. Theod. 14, 3, senza omettere l'inciso «*ut adsolet fieri*». Così, alla fine di Nov. 22, 23 (a. 535)³⁷², si precisa che «Κᾶν ἐν δοκῆ πῶς συναειληφῆται καὶ ἡ προγαμιαία δωρεὰ τῆ προικί» («*Licet videatur quodammodo comprehensa et antenuptialis donatio doti*»)³⁷³. E in

³⁶⁹ Vd., similmente, BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 34 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 145). Anche secondo ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore*, cit., p. 432 e n. 3 (p. 44 e n. 3 dell'estratto), tali raggiri servivano a dotare le figlie con i beni del futuro marito, ma l'intento sarebbe stato quello di aggirare l'obbligo di apportare una dote in presenza di una donazione nuziale (a suo parere introdotto da Nov. Valent. 35, 9) (ma vd. *supra*).

³⁷⁰ Così, H. MONNIER, *Du "casus non existentium liberorum" dans les nouvelles de Justinien*, in *Mélanges Gérardin*, I, Montpellier, 1907, pp. 451-452; ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire*, cit., pp. 275-276, seguito da CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, cit., pp. 42-43 n. 50. Recentemente, in tal senso, anche SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., p. 378 e n. 51 (che prosegue a p. 379).

³⁷¹ Vd. VON LÖHR, *Von der propter nuptias donatio*, in *AcP*, 16.1 (1833), pp. 1-4, secondo il quale la prassi della *donatio in dotem redacta* sarebbe stata vietata da Nov. Valent. 34, 9 (a. 451) e Nov. Mai. 6, 9. Come correttamente osservato da BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 31 ss. (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 143 ss.) non è certo questo il contenuto delle due disposizioni.

³⁷² Su Nov. 22, 23, si tornerà *infra*.

³⁷³ SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., p. 379 n. 51, pone l'attenzione sullo Scolio dei Basilici a Nov. 22, 23 in cui si dice essere un'antica prassi quella di restituire la donazione in dote, cfr. Sch. 14 a Bas. 28, 14, 1 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 1970) = Sch. 9 a Bas. 28, 14 (ed. Heimbach, III, p. 323): Σχόλιον Εὐσταθίου μαγίστρου τοῦ Ῥωμαίου. Ἔθος ἦν ἐν τοῖς γάμοις τοιοῦτον, ἵνα ὁ ἀνὴρ πρὸ τοῦ γάμου δωρῆται τῆ γυναικί πράγματα, καὶ ἡ γυνὴ ταῦτα τὰ πράγματα λαμβάνουσα ἐπιδῶ τῷ ἀνδρὶ ὡς εἰς προικὰ μετὰ τῶν ἄλλων παρ' αὐτῆς παρεχομένων ἐν προικὶ πράγματων. Ὁ τοίνυν φησὶν ἡ νεαρά, τοῦτο ἔστιν, ὅτι κᾶν τὰ μάλιστα δοκῆ ἡ προγαμιαία δωρεὰ ἐν προικὶ ἀνάγεσθαι παρὰ τῆς γυναικὸς καὶ ὡς προῖξ παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ἀναλαμβάνεσθαι, ὅμως φυλαττέσθω τοῖς παισὶν ὡς πατὴρ ἢ πατρὶς παρὰ τῆς μητρός. Τοῦτο ἔλαβεν ἡ νεαρά ἀπὸ

Nov. 127, 2 (a. 548), che riprende la questione circa la soglia entro la quale non è necessaria l'insinuazione della donazione nuziale³⁷⁴, si prevede che, nel caso in cui questa venga omessa, la donna non debba comunque subire alcun danno, a differenza dell'uomo al quale siano stati riconosciuti dei diritti sulla dote, al quale non verrà riconosciuta alcuna azione. Ora, come già evidenziato da Max Kaser³⁷⁵, è logico presupporre che qui si stia sottintendendo un'ipotesi di *donatio in dotem redacta*: come si spiegherebbe altrimenti la connessione tra l'omessa insinuazione della donazione nuziale e il diniego dell'azione per l'ottenimento della dote da parte del marito?

Un ulteriore richiamo a questa prassi si potrebbe forse evincere anche in C.I. 5, 27, 10, 2 (a. 529), ove, riferito all'uomo, vi è l'inciso «*qui postea vel donationem vel dotem conscripsit*»³⁷⁶, nonché in Nov. 53, 6 pr. (a. 537), che correla l'indotazione della donna alla mancata costituzione di dote così come di donazione nuziale³⁷⁷.

τοῦ ε'. ββ. τοῦ Κωδ. ττ. θ'. διατ. ζ'. (Trad. Heimbach: *Scholium Eustathii magistri Romani. Erat olim hic mos in nuptiis, ut maritus ante nuptias res uxori donaret, et uxor eas res acceptas marito quasi in dotem daret cum aliis rebus, quae ab ipsa in dotem dabantur. Dicit ergo Novella: Licet donatio ante nuptias videatur in dotem reduci a muliere, et tanquam dos a marito recepti, liberis tamen servetur a matre tanquam bona paterna. Hoc recepit Novella ex lib. 5 Codicis, tit. 9. const. 6.* L'Autore di questo Scolio, tuttavia, Eustathios Rhomaios, visse a cavallo tra il X e l'XI secolo (vd. v. Rhomaios, Eustathios in *The Oxford Dictionary of Byzantium*, III, Oxford, 1991, p. 1793): è ovvio, dunque, che per lui la *donatio in dotem redacta* fosse, oramai, un antico costume. Vd. anche BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., pp. 39-40 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 150).

³⁷⁴ Sul punto Giustiniano torna più volte mutandone l'importo (arrivando anche ad abolirlo del tutto): vd. *infra* (ove è riportato il testo di Nov. 127, 2 con alcune indicazioni bibliografiche).

³⁷⁵ Vd. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, cit., p. 198 n. 40 e p. 200.

³⁷⁶ Cfr. C.I. 5, 27, 10, 2: *Idem A. Demostheni pp. [...] Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem vel dotem conscripsit, et ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuisse, quae eam dignam esse uxoris nomine faciebat. [...] D. XV k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons.* Vd. anche BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 37 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 148). Sulla costituzione, per tutti, vd. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., pp. 227-236.

³⁷⁷ Cfr. «... ορώμεν δέ τινας συνοικοῦντας γυναίξϊ προικῶων χωρίς... διὰ τὸ μὴ γενέσθαι μήτε προῖκα μήτε προγαμιαίαν δωρεάν...» («... *videmus autem quosdam cohaerentes mulieribus indotatis... quod non sit facta neque dos neque antenuptialis donatio...*») (pr.). Vd. nel dettaglio *infra*.

È interessante notare il ricorso al verbo “συναλαμβάνω” (composto di σύν e ἀναλαμβάνω) presente in Nov. 22, 23. Più che una semplice riproposizione della donazione in dote, qui sembra intendersi che all’apporto dell’uomo venissero aggiunti anche dei beni “veramente dotali”. Questo è quanto suggerisce anche il corrispondente scolio dei Basilici («ἡ γυνὴ ταῦτα τὰ πράγματα λαμβάνουσα ἐπιδῶ τῷ ἀνδρὶ ὡς εἰς προῖκα μετὰ τῶν ἄλλων παρ’αὐτῆς παρεχομένων ἐν προικὶ πράγματων»); trad. Heimbach: «*uxor eas res acceptas marito quasi in dotem daret cum aliis rebus, quae ab ipsa in dotem dabantur*»)³⁷⁸. Probabilmente, ciò è dovuto all’introduzione dell’obbligo giuridico di dotare da parte di Giustiniano³⁷⁹ e la restituzione della donazione in dote fu allora con maggior frequenza accompagnata anche da una (almeno minima) parte di apporto muliebre.

Non va dimenticato, infine, che a partire dal 452 in Occidente e a seguire, con Giustiniano, anche in Oriente, il lucro sulla donazione nuziale da parte della vedova conobbe delle progressive limitazioni³⁸⁰ e la *donatio in dotem redacta* permetteva, dunque, di aggirare anche questi vincoli.

Come correttamente osservato da Francesco Brandileone³⁸¹, è vero che, affinché le disposizioni di Maggiorano (Nov. 6, 9), di Leone (C.I. 5, 14, 9) e di Giustiniano (C.I. 5, 14, 10 [a. 529] e Nov. 97, 1 [a. 539]) trovassero applicazione, era necessario che esistessero entrambi gli apporti, distinti tra loro³⁸². Ma è anche vero che queste leggi riguardavano le ipotesi in cui

³⁷⁸ Sch. 14 a Bas. 28, 14, 1 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 1970) = Sch. 9 a Bas. 28, 14 (ed. Heimbach, III, p. 323).

³⁷⁹ Argomento su cui si tornerà ampiamente *infra*.

³⁸⁰ Sulle limitazioni introdotte in età pregiustiniana, vd. *supra*. Sulle novità introdotte dall’imperatore bizantino si darà invece conto *infra*.

³⁸¹ Vd. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 35 ss. (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 146 ss.).

³⁸² Su Nov. Mai 6, 9 e su C.I. 5, 14, 9, vd. *supra*; su C.I. 5, 14, 10 e su Nov. 97, 1, vd. *infra*. Nov. Valent. 35, 9 non sembra, invece, aver presupposto la presenza di due separati apporti: così anche BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 33 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 144). Diversamente, ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell’Italia superiore*, cit., p. 432 (p. 44 dell’estratto).

fosse stata costituita una donazione nuziale e non una dote, non anche il contrario. Come si vedrà più avanti, mentre nelle Novelle giustinianee si ripete più volte che per lucrare la donazione nuziale è necessario aver costituito una dote, non si afferma mai il contrario³⁸³. A parte il fatto che il discrimine tra matrimonio *cum scriptis* e *sine scriptis* consistette nella redazione dei soli strumenti dotali, non anche dei documenti della donazione nuziale³⁸⁴, la costituzione e l'incremento della donazione nuziale a seguito delle nozze furono vincolati all'ammontare della dote, ma non viceversa³⁸⁵. Pertanto, se in presenza di una donazione nuziale doveva sempre esserci anche una dote, in presenza di una dote non era necessario vi fosse anche una donazione nuziale. Ciò non implica, dunque, che la donazione non potesse continuare a essere restituita come dote, e questo probabilmente avvenne assai di frequente³⁸⁶. Se da una parte, pertanto, il legislatore si premurava di regolare le più rare ipotesi in cui comparivano entrambi gli apporti seguendo ideali di equilibrio e parità, dall'altra, la prassi – soprattutto delle classi inferiori – doveva apparire ben diversa³⁸⁷.

³⁸³ Sul regime novellare che vincolava l'acquisizione della donazione nuziale alla costituzione di dote, vd. *infra*.

³⁸⁴ Vd., per tutti, LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustinianee*, cit., pp. 330-331 n. 6 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., p. 49 n. 6).

³⁸⁵ Questa è la disciplina di C.I. 5, 3, 20 (a. 533), parzialmente anticipata da C.I. 5, 3, 19 pr.-1 (a. 527), sulle quali vd. *infra*.

³⁸⁶ BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., pp. 37-39 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 148-149), ritiene che in età giustiniana la *donatio in dotem redacta* abbia conosciuto degli avvenimenti a lei favorevoli, quali l'abolizione della *traditio* e l'uguaglianza aritmetica imposta da Giustiniano tra dote e *donatio* per mezzo di Nov. 97, 1. In realtà, Giustiniano introdusse nuovamente la necessità della *traditio* (vd. *infra*). Non ritengo neppure condivisibile la seconda osservazione per cui «pur di costituire una *donatio* inferiore alla dote, il marito doveva contentarsi che la moglie la riducesse in dote» (*op. cit.*, p. 38 [= *Scritti*, p. 149]). Come si sta dicendo, furono rari i casi in cui l'ammontare della dote superava l'apporto del marito: ancor più rari quelli in cui poteva addirittura metterlo in difficoltà. Al più, è possibile ipotizzare che la prassi mutò leggermente forma, posto l'obbligo giuridico di dotare.

³⁸⁷ Così anche BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., p. 40 ss. (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., p. 150 ss.), che in tal senso adduce alcuni commenti presenti in leggi postgiustiniane in cui si accusa l'imperatore di non aver prestato attenzione alla realtà giuridica e alle prassi consuetudinarie. Benché l'Autore forzi di molto la portata delle fonti, rimane a mio avviso corretto osservare che, in svariati casi, la legislazione imperiale si sia discostata da quella che doveva essere la realtà.

3. POSSIBILI CAUSE E ARGOMENTAZIONE BASATA SUL CONNESSO FENOMENO DELLE MONACAZIONI E ORDINAZIONI FORZATE

Tutto quanto si è detto finora, dunque, conduce a supporre una situazione in cui le doti erano quantitativamente inferiori alle donazioni nuziali, quand'anche non del tutto assenti. A cosa deve essere imputata questa situazione? Quali fattori possono aver portato i padri a non voler più costituire doti – o a costituirne di limitato valore – per le loro figlie?

Una prima ragione circa il declino dell'istituto dotale mi pare potersi rivenire nella lenta erosione a cui era inesorabilmente andata incontro la *patria potestas* che, come si è detto, comportò, tra l'altro, un accrescimento dei diritti dei figli e delle figlie sui propri lucri nuziali, legislativamente riconosciuto a partire dal V secolo³⁸⁸. È ragionevole presumere, infatti, che i *patres*, a fronte di un minore riconoscimento di potere sugli apporti nuziali della loro prole, sentito a livello consuetudinario e sociale ancor prima che legislativo, tesero ad “aggirare” un simile incombente patrimoniale, onde evitare di intaccare i propri patrimoni. Benché infatti C.I. 6, 61, 2 (a. 428), come si è detto, riconoscesse in ogni caso la piena proprietà dei padri sui lucri nuziali dei *filiis familias* da lui personalmente costituiti, il succedersi di queste leggi è sintomo di un mutato sentire sociale circa gli apporti patrimoniali nuziali dei figli.

È importante considerare che questo dovette avere delle conseguenze differenti per le donne e per gli uomini: mentre le prime, pressoché prive di indipendenza economica, si ritrovarono in molti casi con una dote di poco valore o del tutto indotate, gli altri furono invece in altrettante ipotesi in grado

³⁸⁸ Vd. *supra*. Circa il “logoramento” della *patria potestas*, vd., per tutti, P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31 (1980), pp. 37-100 (= *La patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 399-463) e ID., *Storia della 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, cit., pp. 1-72 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 467-543). Per un'interessante prospettiva storico-comparatistica, vd. M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007, ma in specie pp. 14-43 per quel che concerne l'età romana.

di costituire autonomamente la propria donazione nuziale. È possibile pensare, infatti, che le donazioni nuziali venissero costituite, nella maggior parte dei casi, dallo sposo in persona, mentre, per le doti, dovessero quasi sempre intervenire il padre o la madre della sposa. Si noti, infatti, che nella già vista Nov. Mai. 6, 10³⁸⁹, le parti sono rappresentate dal padre della sposa e dal suo futuro genero (non dal padre di quest'ultimo). Le fonti papirologiche greche genericamente identificabili come documenti di unioni coniugali confermano, inoltre, la costante presenza del marito in persona, a differenza di quanto avveniva per la donna, per la quale compariva quasi sempre uno dei due genitori³⁹⁰.

Ciò detto, sembra esservi una ragione più profonda a tale fenomeno, che si identifica nell'accentuazione, in età tardoantica, del bisogno della classe medio-bassa di preservare l'unità del patrimonio familiare, a inevitabile svantaggio anche delle figlie, la cui dote e successione ereditaria spesso vennero negate, come si evince dalle prime testimonianze di monacazione forzata³⁹¹. Nel 375, San Basilio racconta che molte fanciulle erano condotte forzatamente nei monasteri in precoce età da genitori, fratelli e altri parenti «τι βιωτικὸν ἑαυτοῖς διοικούμενοι» («*ut sibi ipsi aliquod in vita*

³⁸⁹ Di Nov. Mai. 6, 10 si è già detto *supra*.

³⁹⁰ Vd. O. MONTEVECCHI, *Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto greco-romano. II. - I contratti di matrimonio e gli atti di divorzio*, in *Aegyptus*, 16.1-2 (1936), pp. 32-35 e, soprattutto, per un'età circoscritta tra la fine del III e la metà del VII secolo, vd. J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4^e-7^e siècle)*, II, *Les pratiques social*, Paris, 1992, in specie pp. 107-108 e p. 114, che ne rinviene la causa nel fatto che «l'âge du mariage est plus précoce pour les femmes que pour les hommes et par le fait que leur indépendance économique est nulle ou moindre» (p. 114).

³⁹¹ In argomento e su alcune delle testimonianze citate a seguire, vd. M. CARD. RAMPOLLA DEL TINDARO, *Santa Melania Giuniore Senatrice romana. Documenti contemporanei e note*, Roma, 1905, p. 157 (il cui tenore volto a sminuire il fenomeno va certamente contestualizzato nell'ambito di provenienza dell'Autore e con il fine cristiano-moraleggiante dell'opera); R. LIZZI, *Una società esortata all'ascetismo: misure legislative e motivazioni economiche nel IV-V secolo d.C.*, in *Studi Storici*, 30.1 (1989), pp. 140-142; J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4^e-7^e siècle)*, II, *Les pratiques sociales*, pp. 303-305 e V. VUOLANTO, *Children and Asceticism in Late Antiquity. Continuity, Family Dynamics and the Rise of Christianity*, Farnham, 2015, pp. 131-138.

commodum provideant)³⁹². Nel 414, San Girolamo afferma che «[c]erte qui religiosiores sibi videntur, parvo sumptu, et qui vix ad alimenta sufficiat, virginibus dato, omnem censum in utroque sexu, saecularibus liberis largiuntur» cosa che «[f]ecerunt hoc multae, proh dolor, nostri propositi feminae; atque utinam rarum esset exemplum, quod quanto crebrius est, tanto istae feliciores, quae ne plurimarum quidem exempla secutae sunt»³⁹³. Di simili episodi dà conto anche Salviano di Marsiglia³⁹⁴.

Come si dimostrerà, il fenomeno interessò principalmente i ceti medio-bassi, mentre vergini e vedove consacrate di alto rango, in svariati casi, portarono con sé ingenti patrimoni (personali o ereditari), arricchendo notevolmente le casse della Chiesa e conferendole particolare prestigio³⁹⁵. È quest'ultima la differente realtà in cui collocare la testimonianza di Sant'Ambrogio, che descrive il fenomeno opposto per cui, spesso, le famiglie di origine, preoccupate dalla dispersione del patrimonio a favore della Chiesa, ostacolavano le fanciulle desiderose di prendere il velo, anziché costringerle

³⁹² Cfr. S. Basilius Magnus, *Epistolarum classis* II. *Epist.* 199 (Migne, *PG*, XXXII, coll. 719-720): Πολλὰς γὰρ γονεῖς προσάγουσι καὶ ἀδελφοὶ καὶ τῶν προσηκόντων τινὲς πρὸ τῆς ἡλικίας, οὐκ οἴκοθεν ὀρμηθεῖσας πρὸς ἀγαμιάϊν, ἀλλὰ τι βιωτικὸν ἑαυτοῖς διοικούμενοι. ἃς οὐ ῥαδίως προσδέχεσθαι δεῖ, ἕως ἂν φανερωῶς τὴν ἰδίαν αὐτῶν ἐρευνήσωμεν γνώμην. Trad. ed.: *Multas enim parentes adducunt et fratres et propinquorum nonnulli ante aetatem, non sua sponte ad caeliuam vitam incitas, sed ut sibi ipsi aliquod in vita commodum provideant. Tales non facile admittendae, donec aperte ipsarum perscrutati fuerimus sentantiam.*

³⁹³ Cfr. S. Hieronymus, *Epist.* 130, 6 (Migne, *PL*, XXII, col. 1111). Nella fonte viene anche riportato uno specifico episodio: *Quod nuper in hac urbe dives quidam fecit Presbyter ut duas filias in proposito virginali inopes relinqueret, et aliorum ad omnem copiam filiorum luxuriae atque deliciis provideret.* Il fatto che, in questo caso, il padre delle ragazze fosse “dives” non deve però indurre a inquadrare il fenomeno come proprio delle famiglie più ricche (vd. subito a seguire nel testo).

³⁹⁴ Cfr. S. Salvianus Massiliensis Presbyter, *Adversus avaritiam* 3 (Migne, *PL*, LIII, col. 209): *Denique si qui a parentibus filii offerentur Deo, omnibus filiis postponuntur oblatis; indigni judicantur hereditate, quia digni fuerint consecratione; ac per hoc una tantum re parentibus viles fiunt, quia coeperint Deo esse pretiosi. Ex quo intelligi potest quod nullus pene apud homines vilior est quam Deus; cujus utique fit despectione, ut eos praecipue parentes filios spernant qui ad Deum coeperint pertinere.* Sulla testimonianza, vd. anche G. PENCO, *La composizione sociale delle comunità monastiche nei primi secoli*, in *Studia Monastica*, 4.2 (1962), p. 272 e n. 96 (che prosegue a p. 273).

³⁹⁵ È questo il tema ampiamente trattato nel contributo di LIZZI, *Una società esortata all'ascetismo: misure legislative e motivazioni economiche nel IV-V secolo d.C.*, cit., che riporta molteplici testimonianze.

a farlo per interessi economici³⁹⁶, e minacciavano la loro diseredazione³⁹⁷.

Nel *De Virginibus*, opera certamente successiva al 377³⁹⁸, Sant'Ambrogio non dimentica comunque gli interessi delle famiglie più modeste quando, nell'esortare i genitori a educare le proprie figlie alla verginità, illustra loro i vantaggi di avere una figlia vergine, tra i quali vi è il fatto che «[v]irgo indiuiduum pignus parentum, quae non dote sollicitet, non emigratione destituat, non offendat iniuria», a differenza della figlia da maritare, per la quale il genitore «defraudare incipit» e «confert opes proprias et adhuc poscitur, nisi dotem soluat, exigitur»³⁹⁹.

Il fenomeno deve certo aver conosciuto un certo incremento, invisibile agli stessi interessi ecclesiastici, se ben presto in alcuni concili si decise di porre un limite minimo di età al fine di evitare consacrazioni considerate

³⁹⁶ Cfr. *De Virg.* 1, 11, 63 e 65-66 (vd. *Sant'Ambrogio. Opere morali*, II/I, *Verginità e vedovanza*, introduzione, traduzione, note e indici di F. Gori, Milano/Roma, 1989, pp. 160-165).

³⁹⁷ Sulla diseredazione dei figli che si fossero consacrati, cfr. anche, ad esempio, C.I. 1, 3, 54(56), 5 (a. 533) e Nov. 123, 41 (a. 546), nonché Nov. Mai. 6, 3, sulla quale vd. subito *infra* nel testo. La motivazione, come detto, ha a che fare con gli ingenti donativi e lasciti sovente elargiti da queste donne alla Chiesa (vd. il contributo della già menzionata LIZZI, *Una società esortata all'ascetismo: misure legislative e motivazioni economiche nel IV-V secolo d.C.*, cit., p. 140 ss.): in argomento, vd. ARJAVA, *Women and Law in Late Antiquity*, cit., pp. 158-161; J. E. GRUBBS, *Virgins and Widows, Show-Girls and Whores: Late Roman Legislation on Women and Christianity*, in *Law, Society, and Authority in Late Antiquity*, edited by R. W. Mathisen, Oxford, 2001, pp. 226-227. Vd., però, anche le osservazioni di H. SIVAN, *On hymens and holiness in late antiquity. Opposition to Aristocratic Female Asceticism at Rome*, in *JbAC*, 36 (1993), pp. 81-93. Errata dunque la lettura di VUOLANTO, *Children and Asceticism in Late Antiquity. Continuity, Family Dynamics and the Rise of Christianity*, cit., pp. 133-138, che confonde le differenti "strategie" economiche messe in atto dai ceti medio-bassi con quelle dei ceti familiari superiori: i primi forzavano le figlie alla monacazione, al fine di evitare di conferire loro la dote ed escluderle dalla successione, i secondi cercavano di dissuaderle per mezzo della minaccia (talvolta concretizzatasi) della diseredazione, per paura che queste dissipassero il patrimonio a favore della Chiesa. Circa le (sovente contraddittorie) misure legislative predisposte dalle cancellerie imperiali al fine di evitare simili dispersioni di patrimoni familiari, vd. R. MARTINI, *Su alcuni aspetti della testamenti factio passiva dei clerici*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, IX Convegno Internazionale*, Napoli, 1993, pp. 325-330 e F. PERGAMI, *Legislazione tardoimperiale e politica ecclesiastica in tema di conservazione dei patrimoni familiari*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, pp. 87-100.

³⁹⁸ Per la datazione dell'opera, vd. *Sant'Ambrogio. Opere morali*, cit., pp. 69-70.

³⁹⁹ *De Virg.* 1, 7, 32-33 (ed. Gori, II/I, pp. 134-135).

troppo precoci⁴⁰⁰. La stessa legislazione imperiale fece proprie tali misure, e in particolare fu la Nov. 6, 1 di Maggiorano a prevedere l'età minima di quarant'anni per la consacrazione delle vergini⁴⁰¹. La previsione venne corredata dalla sanzione della confisca di un terzo dei beni nei confronti dei genitori che avessero infranto tale divieto (applicabile anche nei confronti della vergine orfana che avesse violato la norma) e la proscrizione del diacono che avesse consacrato (§ 2)⁴⁰². Le donne che, pur essendo indotte al *propositum*, una volta compiuti quarant'anni e divenute *sui iuris*, avessero deciso di sposarsi – e dunque di non consacrarsi –, sarebbero state tutelate dall'eventuale diseredazione o riduzione alla sola Falcidia da parte dei genitori (§ 3 ultima parte)⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Per una precisa indicazione di queste fonti, vd. F. E. CONSOLINO, *Il monachesimo femminile nella tarda antichità*, in *Segundo Seminario sobre el monacato. Monacato y sociedad*, Aguilar de Campoo, 1989, p. 36. Il limite a quarant'anni era stato già previsto nel Concilio di Saragozza del 380 (cfr. *Isidori Mercatoris decretalium collectio. Concilium Caeseragustanum*. Can. 8: *Item lectum est: Non velandas esse virgines quae se Deo voverunt, nisi quadraginta annorum probata aetate, quam sacerdos comprobaverit. Ab universis episcopis dictum est: Placet.* [Migne, PL, CXXX, col. 426]). Rileva il diretto recepimento del precetto nella legislazione di Maggiorano P. F. D. B. VIZMANOS, *Las virgenes cristianas de la Iglesia primitiva. Estudio histórico-ideológico seguido de una Antología de tratados patrísticos sobre la virginidad*, Madrid, 1949, p. 150.

⁴⁰¹ Cfr. Nov. Mai. 6, 1: *Unde ne per huiusmodi impietatem parentum egestas et obprobrium personis nubilibus inrogetur et quod praecipue submovendum est, inrisionibus execrandis omnipotentis dei contrahatur offensio, edictali lege sancimus filias, quas pater materve a saeculari permixtione translatae Christianae fidei servire praeceptis continuata virginitate censuerint, in beatae vitae proposito permanentes non ante suscepto honorati capitis velamine consecrari quam quadraginta annos aetatis emensae talibus infulis inoffensa meruerint observatione decorari, ut multi temporis series et caelestis consuetudo servitii ad perfidam voluntatem novis desideris aditum non relinquunt.* Sui §§ 1-4 di Nov. Mai. 6, in particolare, vd. L. DESANTI, *Sul matrimonio di donne consacrate a Dio nel diritto romano cristiano*, in *SDHI*, 53 (1987), pp. 278-281.

⁴⁰² Cfr. Nov. Mai. 6, 2: *Quod si ante definitum temporis spatium sanctimoniam puellam aliis adulti sexus sui votis calentem memoratorum quisquam parentum velari fecerit atque permiserit, tertia bonorum parte multetur. Eadem poena constringet etiam illam, quae parentibus destituta intra praedictae aetatis annos voluerit consecrari. Diaconi quoque, qui huic rei ministerium contra interdicta praebuerint, proscrizione plectentur.*

⁴⁰³ Cfr. Nov. Mai. 6, 3: *... Cum itaque in matrimonium nuptias secuta convenerit, exhereditatio illi ob hoc a parentibus veniens aut sola Falcidiae quantitas relicta non noceat, sed scriptis heredibus vel suis in virilem portionem vel extraneis in dimidiam tamquam praeterita secundum normam veteris iuris ad crescat. Digna siquidem tali praemio et successione censenda est, quae procreationem liberorum professa generositatem familiae suae ab interitu nititur vindicare.*

Meritano particolare attenzione le ragioni che la cancelleria imperiale rinviene alla base di queste consacrazioni forzate, ben esplicate nella prima parte del § 3:

Nov. Mai. 6, 3: *Et quia earum coepit causa tractari, quas ad divinae religionis cultum cupientes demigrare volumus, non coactas, si qua parentum odiis ablegata propositum servandae virginitatis induerit, quae a fratrum consortio parricidali quodammodo arte subtrahitur, ne aut copulae tradenda maritali patris matrisve congrua largitate aut eorum decedentium aequa cum reliquis filiis successione potiatur, parentum obeuntium morte iam libera necdum quadraginta annos, quibus velari nequiverit, aetatis egressa nubendi, ex quo suae potestatis esse iam coeperit, licentiam sortiatur...*

Qui sono chiaramente esplicitati i motivi che inducevano i genitori a condurre le proprie figlie, fin dalla più precoce età, alla consacrazione forzata: evitare di costituire una congrua dote e disperdere il futuro asse ereditario a favore degli altri fratelli.

Risulta ora necessario sviluppare qualche ulteriore riflessione circa questa nuova tendenza nella gestione del patrimonio familiare. In un simile frangente, deve certo aver influito anche il nuovo regime relativo ai poteri del *pater familias* sui lucri nuziali dei figli, ma indubbiamente non in via esclusiva, dal momento che gli altri figli “preferiti” alla giovane indotta alla consacrazione avrebbero comunque richiesto degli apporti nuziali. Di certo, anche in questo caso è necessario distinguere tra figli e figlie, le seconde economicamente più gravose, i primi da questo punto di vista maggiormente autonomi e dunque in grado di costituirsi autonomamente una donazione nuziale⁴⁰⁴. Ma il fenomeno della costrizione alla vita consacrata, come ci si appresta a dimostrare, interessò anche gli uomini – benché probabilmente in

⁴⁰⁴ Si consideri, però, la già menzionata testimonianza di S. Girolamo (cfr. *Epist.* 130, 6 [Migne, *PL*, XXII, col. 1111]), secondo il quale la divisione del patrimonio a favore dei figli che fossero rimasti a condurre vita secolare sarebbe avvenuta senza discriminazioni basate sul loro sesso («*omnem censum in utroque sexu, saecularibus liberis largiuntur*»).

misura minore –, segno questo della compartecipazione al fenomeno di fattori di più ampio respiro.

Una conferma di questo inquadramento si ha nella Nov. 11 – sempre – di Maggiorano risalente al 28 marzo del 460⁴⁰⁵. Qui la cancelleria imperiale condannò le ordinazioni a chierico dovute alla «*persuasio sacerdotum*» e, spesso, anche ai «*parentum concludia*», affermò che i genitori in molti casi «*liberis aliis amore nimio gratificantur et alios iniusta sententia persequuntur*» e li condannò, in caso di costrizione all'ordinazione – similmente a quanto visto per la forzata consacrazione delle vergini –, alla perdita di un terzo dei beni da destinare al figlio. Un importante elemento è dato dal fatto che il fenomeno descritto sarebbe da inquadrarsi all'interno del fenomeno del *patrocinium* illegittimamente esercitato da cariche ecclesiastiche⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Cfr. Nov. Mai. 11: *Impp. Leo et Maiorianus AA. Ricimeri v(iro) inl(ustri) com(iti) et mag(istro) utriusque militiae atque patricio. De re necessaria ad locum. Ad suscipiendum clericatus officium unicuique nos optionem dedisse, non legem, quia quamlibet sanctum onus ut volentibus patimur inponi, ita ab invitis iubemus arceri. Nonnullorum enim persuasio sacerdotum reluctantibus onus istud inponit, ut improvidas mentes violentiae intercedentis offensa ad odium piae religionis instituat. Eo ergo licentiam huius praesumptionis excludimus, ut, si quispiam probatus fuerit vi coactus sub contumelia publica clericatus officii successisse, spontaneis accusatoribus, vel si ipse voluerit allegare perpessa, licentiam commodemus apud iudices competentes huiusmodi admissa damnare: ut, si inter leges obiecta constiterint, decem libras auri archidiaconus cogatur inferre ei, qui pertulerit, exsolvendas, dehinc, si ille desistit, accusatoris censibus et civitatis ordini profuturas: illo suae reddito voluntati qui coactus non potuit consecrari. Et quia ab huiusmodi ausu nec episcopum a verecundia esse convenit alienum, ad apostolicae sedis devocetur antistitem, ut in illa reverentissima sede notam illicitae praesumptionis incurrat. Sane quia non iniusta suspicio est huic operi parentum concludia plerumque misceri, dum liberis aliis amore nimio gratificantur et alios iniusta sententia persequuntur, aequae patres ac matres, si comprobati fuerint invitos filios praefato oneri subdidisse, bonorum suorum tertia iubemus adfligi ipsius filii censibus profutura. Si quis sane invitus episcopus fuerit ordinatus, hanc consecrationem nulla violari accusatione permittimus. Dat. V kal. April. Arelato Magno et Apollonio vv. cc. cons.*

⁴⁰⁶ Vd. S. GIGLIO, *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato. Privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*, Napoli, 1990, pp. 168-169 e ID., *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*², Perugia, 2008, pp. 124-26, al quale si rinvia per una più dettagliata analisi del testo legislativo.

Limitandoci a considerare il profilo che qui più interessa, Nov. Mai. 11 testimonia dunque la diffusione di ordinazioni forzate⁴⁰⁷ tra gli *humiliores*, quelli per l'appunto colpiti dal fenomeno del *patrocinium*. È consequenziale presupporre che le consacrazioni forzate delle vergini, quand'anche non riconducibili a simili episodi di prevaricazione, possano comunque essere ascrivibili a bisogni e preoccupazioni economiche simili a quelle in cui versavano le famiglie soggetto a *patrocinium*⁴⁰⁸. Se, da una parte, ciò permette di rigettare *in toto* la tesi di chi ha ricondotto il fenomeno delle consacrazioni forzate esclusivamente alle *élites*⁴⁰⁹, dall'altro conferma che

⁴⁰⁷ In merito alle ordinazioni imposte, vd. ampiamente P.-H. LAFONTAINE, *Les Conditions positives de l'Accession aux Ordres dans la première législation ecclésiastique (300-492)*, Ottawa, 1963, pp. 77-100, che tratta di Nov. Mai. 11 a pp. 92-94 e pp. 95-98. L'Autore osserva che, nell'epoca da lui presa in considerazione, la libertà di intenzioni non fu mai un requisito di validità per l'ordinazione secondo la legislazione canonica. Secondo G. LE BRAS, nella recensione a Lafontaine in *RHD*, 43 (1965), p. 107: «La rareté des vocations fut une des causes qui multiplèrent les ordinations forcées».

⁴⁰⁸ Vd. GIGLIO, *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato. Privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*, cit., pp. 168-169, che a proposito di Nov. Mai. 11 osserva: «Da un punto di vista sociale ed economico il fatto può essere evidentemente collegato alla difficoltà da parte dei genitori di assicurare un futuro a tutta la prole data l'esiguità delle loro risorse e all'esigenza di non dividere ulteriormente una proprietà terriera già esigua e non in grado di assicurare a tutti un futuro» (e ricorda poi il diffondersi dell'istituto del maggiorasco nei secoli successivi). In GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*², cit., l'Autore si limita a richiamare le «cattive condizioni della società romana a metà del V secolo d.C.» (p. 129 e vd. anche p. 126). Similmente, LAFONTAINE, *Les Conditions positives de l'Accession aux Ordres dans la première législation ecclésiastique (300-492)*, cit., assimilando le ordinazioni imposte di Nov. Mai. 11 e le consacrazioni forzate di Nov. Mai. 6, 3, argomenta, in base a quest'ultima, che la motivazione comune a entrambe fosse «le but d'éviter une trop grande division du patrimoine» (p. 97).

⁴⁰⁹ Così VUOLANTO, *Children and Asceticism in Late Antiquity. Continuity, Family Dynamics and the Rise of Christianity*, cit., in specie p. 137, che ha, per l'appunto, circoscritto il fenomeno della monacazione forzata a scopi di strategie economiche familiari delle sole *élites*. Inaccettabile, tra l'altro, la considerazione che Nov. Mai. 6 fosse «directed at elite [*sic*] families: *humiliores* still had the freedom to act as they wished towards their young daughters» (p. 136), non giustificata in alcun modo. Qualora tale opinione sia sorta dal fraintendimento del riferimento alle «*nobiles feminae*» presente nel *principium* della Novella, basti notare che su di esse Maggiorano fa affidamento al fine di risolvere il drammatico calo demografico che affliggeva in quel periodo l'Impero: priva di ogni logica sarebbe dunque l'ipotesi che riponesse le proprie speranze sul solo ed esiguo ceto aristocratico. Il termine «*nobilis*» non indica qui un preciso strato sociale, ma si inquadra all'interno della politica etnica perseguita da Maggiorano rievocata anche nel § 9 («*quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento*»): sul tale particolare aspetto, ma senza inquadrare correttamente il riferimento, vd. GIOVANNINI, *La politica demografica di Maioriano e il mutamento sociale e culturale della seconda metà del V*

ragioni di natura economica influenzarono fortemente le interne dinamiche di gestione del patrimoniale familiare dei ceti medio-bassi in età tardoantica.

4. CONCLUSIONI

È dunque possibile asserire che ragioni di ordine essenzialmente economico remarono in quegli anni contro l'istituto dotale e che vi fu una diminuzione (quantitativa e qualitativa) delle doti. Fu un'interazione di cause (la perdita di potere del *pater familias* sui beni dotali e, ancor di più, il bisogno crescente di preservare l'integrità del patrimonio familiare) a condurre le famiglie a non costituire più doti per le proprie figlie – o di costituirne di minimo valore.

Un discorso differente attiene alla donazione nuziale. Questo istituto, di origine non romana, conobbe una rapida ascesa. Il fenomeno è preludio del capovolgimento di sistema che interesserà, al termine dell'esperienza giuridica romana, le relazioni patrimoniali tra coniugi⁴¹⁰. Limitandoci a

secolo, cit., pp. 139-140. A voler tacere ogni ulteriore possibile dubbio, in chiusura (§ 12) si indirizza la costituzione alla conoscenza di «*omnes*».

⁴¹⁰ Vd. OWEN HUGHES, *From Brideprice to dowry in Mediterranean Europe*, cit., p. 274: «The rise in the value of the Roman counterdower... and its at least occasional conversion from a credit to a real grant suggest that on the eve of the Germanic invasions, even in the heart of the Empire, husbands had begun to pay». Il contributo, al quale si rinvia per i generali sviluppi di diritto romano-barbarico (con ulteriori rinvii alla principale dottrina), analizza la successione di differenti sistemi di apporti matrimoniali, sfociando in considerazioni storico-antropologiche. Circa le specifiche sorti dell'istituto dotale in seguito alla caduta dell'Impero romano d'Occidente, vd., in ispecie, ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore*, cit., pp. 393-490 (pp. 7-101 dell'estratto), nonché ID., *L'istituto dotale nella pratica e nella legislazione statutaria dell'Italia superiore*, in *RISG*, 45 (1908), pp. 191-302 e ID., *L'istituto dotale nella pratica e nella legislazione statutaria dell'Italia superiore II*, in *RISG*, 46 (1910), pp. 167-257 (entrambi estratti e uniti: Torino, 1909). Degne di particolare attenzione, le considerazioni dell'Autore in *Vicende storiche*, pp. 434-435 (pp. 46-47 dell'estratto), circa alcune previsioni presenti nella *Lex Romana Wisigothorum* e della *Lex Romana Burgundionum*, secondo lui direttamente riconducibili al fenomeno di decadenza della dote, particolarmente sentito nella prassi romana delle province galliche. Così, nella legge dei Burgundi, “*dos*” non sarebbe altro che la *donatio in dotem redacta* (vd. però, da ultima, JOHLEN, *Die vermögensrechtliche Stellung der weströmischen Frau in der Spätantike. Zur Fortgeltung des römischen Rechts in den Gotenreichen und im Burgunderreich*, cit., p. 111 ss., che ritiene sia sopravvissuto, pur in misura minore, anche il “vero” apporto muliebre). Per quando concerne i Visigoti, invece, si osservi che Interp. Nov. Valent. 35 non prescrive la necessaria uguaglianza tra dote e donazione e Interp. Nov. Theod.

considerare l'esperienza del mondo romano, si consideri che, a differenza della dote, la donazione nuziale trovò il suo punto di forza nel fatto che potesse essere costituita anche direttamente dallo sposo e rimanere dunque illesa dal mutato assetto delle dinamiche familiari che portarono al declino della prima. Proprio la stessa crisi della dote mi sembra potersi ricollegare all'inversa crescente diffusione della donazione nuziale, che gradualmente la sostituì nelle sue principali funzioni (sostenimento degli oneri matrimoniali e, poi, della vedova), come dimostra il costante parallelismo tra i due istituti – che ne testimonia appunto l'interscambiabilità – perseguito dall'ultima legislazione imperiale⁴¹¹.

Per quanto concerne la moglie superstite, i risvolti negativi dovuti al declino della dote che avrebbero potuto intaccare la sua posizione patrimoniale furono, dunque, parzialmente compensati dalla frequente presenza della donazione nuziale, nonostante i sempre maggiori vincoli legali apposti al suo lucro, nonché dalla prassi della *donatio in dotem redacta*. Teodosio II, inoltre, più sensibile di altri al mutato assetto degli apporti economici alla vedova dovuto alla crisi dell'istituto dotale, come si è più volte ripetuto⁴¹², cercò di riequilibrare il sistema eliminando ogni ostacolo alla successione testamentaria tra coniugi e agevolando la costituzione della dote e della donazione nuziale (e della *donatio in dotem redacta*). Per quanto concerne la dote, comunque, non sembra che la *pollicitatio dotis* sia riuscita a risollevarne di molto le sorti dell'istituto.

Il fenomeno che si è ora cercato di inquadrare assume particolare importanza al fine di una completa analisi della legislazione giustiniana sulla

14 consente espressamente una "sostituzione" della dote con la *donatio*: «*Nam permisit, ut mulier de sponsalicia donatione quam a marito percepit, si proprium mulier nihil habeat, dotem exinde ipsi marito possit offerre*».

⁴¹¹ Vd., a tal proposito, l'ottimo quadro riassuntivo di BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 533-535.

⁴¹² Della legislazione teodosiana in materia si è dato conto *supra*.

dote, ove l'“indotata” tanto preoccupò Giustiniano da indurlo a introdurre l'obbligo giuridico di dotare.

PARTE II

GLI APPORTI PATRIMONIALI ALLA MOGLIE SUPERSTITE IN ETÀ GIUSTINIANA

I. LA SUCCESSIONE INTESTATA E TESTATA DEL CONIUGE SUPERSTITE

Giustiniano non apportò alcuna diretta modifica alla posizione della moglie superstite nel sistema di successione intestata, pur profondamente rinnovato dalla Nov. 118 (a. 543)⁴¹³. È pacifico, infatti, che, pur non essendo esplicitamente richiamata dalla legge, la *bonorum possessio unde vir et uxor* sia rimasta in vigore, come testimonia il titolo Bas. 45, 5 ἀγωγὴ δι' ἧς ὁ ἀνὴρ ἢ ἡ γυνὴ συγγενῶν μὴ ὄντων κληρονομοῦσιν ἀλλήλους (*actio, per quam vir vel uxor, si cognati non sint, sibi invicem succedunt*)⁴¹⁴. Nov. 118, invero, apportò indirettamente un lieve peggioramento alla condizione del coniuge superstite, dal momento che non poneva alcun limite alla successione dei cognati (§ 3, 1), che erano dunque preferiti al consorte qualunque fosse il loro grado⁴¹⁵.

Per quanto attiene alla successione testata passiva della vedova, se la riforma giustiniana dell'*edictum de alterutro* modificò *in melius* la sua posizione⁴¹⁶, si registra anche un suo indiretto peggioramento a seguito di una

⁴¹³ Sulla riforma apportata dalla Nov. 118, vd., per tutti, l'indagine di R. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977.

⁴¹⁴ Ed. Scheltema-van der Wal, A VI, p. 2114; ed. Heimbach, IV, p. 543. Cfr. anche i relativi scoli: ed. Scheltema-Holwerda, B VII, pp. 2724-2725; ed. Heimbach, IV, pp. 543-544. Sul punto e in tal senso, vd. NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*, cit., p. 68 e n. 1; F. v. BOSSOWSKI, *Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte. Römische und orientalische Elemente*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 292; R. BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, in *Studi Sassaresi*, III s. (1970-1971), III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, p. 814 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, Bologna, 1990, p. 29); KASER, *Das römische Privatrecht*², II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, cit., p. 519 e LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, cit., p. 41 e n. 51. Più in generale, in merito all'assetto della *bonorum possessio* in età giustiniana, cfr. I. 3, 9 *de bonorum possessionibus* e, per tutti, VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., pp. 50-51.

⁴¹⁵ In tal senso, vd. anche H. DERNBURG, *Pandkten*⁷, III, *Familien- und Erbrecht*, Berlin, 1903, p. 267 n. 2 (vd. A. DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, prima traduzione dal tedesco sulla 6^a ed. di F. B. Cicala, Torino, 1905, p. 516 n. 2) e SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., p. 133, nonché G. WESENER, *Pflichtteilsrecht und Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten in historischer Sicht*, in *Reformen des Rechts. Festschrift zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz*, Graz, 1979, p. 96.

⁴¹⁶ Sulla riforma giustiniana dell'editto, vd. *infra*.

maggior tutela apprestata agli eredi legittimari, introdotta dalla Nov. 18 (a. 536), di cui rileva particolarmente il *caput terzo*⁴¹⁷:

Nov. 18, 3: Imp. Iustinianòs Aŷgouσtoσ Iωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν τῆσ Ἐω praetoriῶν τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. [...] Κωλύομεν δὲ κάκεῖνο, βαρὺ τε ὄν καὶ ἔχον μὲν τινα νόμιμον ἀφορμὴν, εἰσ δεινὴν δὲ ἐμπίπτον ἀπήνειάν τε καὶ πικρίαν. ἴσμεν γάρ τινασ διαθήκασ, καθ' ἃσ οἱ τελευτῶντεσ οὐ πατρικῶσ οὐδὲ ὡσ ἄνδρασ ἐχρῆν, ἀλλὰ σφόδρα μαλθακῶσ καὶ ὑποκεκλιμένωσ ἐποίησαντο τὰσ ἐνστάσεισ. ταῖσ μὲν γὰρ γυναίξει πάντα κατέλιπον τῶν ἐαυτῶν πραγμάτων τὸν οὐσούφρουκτον, τοῖσ δὲ παισὶ τὴν δεσποτείαν γυμνήν· ὥστε, οἶμαι, σπούδασμα εἶναι τῆσ τοιαύτησ διαθήκησ τὸ τὴν γυναῖκα καὶ τὴν δεσποτείαν προσλαβεῖν, τῶν παίδων ἴσωσ λιμῶ φθειρομένων. πόθεν γὰρ ἂν ἐν μέσῳ καὶ διοικοῖντο καὶ τὴν ἐφήμερον ἔχουεν δίαιταν, οὐδενὸσ αὐτοῖσ καταλελειμμένου, γυναικειάσ ὀργῆσ ἴσωσ καὶ ἀλόγου παρεμπιπτούσησ, ἣτισ αὐτῶν καὶ τὴν καθ' ἡμέραν ἀφαιρεῖται διοίκησιν; Οὐκ ἐξέσται τοίνυν τὸ λοιπὸν οὐδενὶ παντελῶσ παῖδασ ἔχοντι τοιοῦτὸ τι πράττειν, ἀλλὰ πάντωσ αὐτοῖσ τοῦ νομίμου τούτου μέρουσ, ὅπερ νῦν ἀφωρίσαμεν, καὶ τὴν χρῆσιν καὶ τὴν ἐπικαρπίαν πρὸσ τῇ δεσποτείᾳ καταλιμπανέτω, εἰ βούλεται παίδων οὐκ εὐθύσ λιμῶ τελευτῶντων, ἀλλὰ καὶ ζῆν δυναμένων καλεῖσθαι πατήρ. Καὶ ταῦτα πάντα φαμὲν οὐκ ἐπὶ πατρὸσ μόνου, ἀλλὰ καὶ μητρόσ, καὶ πάππου καὶ προπάππου καὶ τῶν παρεζευγμένων ἐκάστω θηλέων προσώπων, μάμμησ φαμὲν καὶ προμάμμησ, εἴτε πρὸσ πατρὸσ εἴτε πρὸσ μητρόσ εἶεν. [...] Dat. k. Mar. CP. <post> cons. Belisarii v.c.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Cfr. *Epit. Iul.* 34, 3 (ed. G. HAENEL, *Iuliani Epitome Latina Novellarum Iustiniani*, Lipsiae, 1873 [rist. Osnabrück, 1965], p. 54; P. FIORELLI, A. M. BARTOLETTI COLOMBO, *Legum Iustiniani imperatoris vocabularium. Iuliani Epitome Latina Novellarum Iustiniani*, Firenze, 1996, pp. 62-63); *Epit. Athan.* 9, 2, 2 (vd. D. SIMON, S. TROIANOS, *Das Novellensyntagma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt am Main, 1989, pp. 272-275); *Summa Nov. Theod.* 18, 3 (C. E. ZACHARIAE, *Anekdotia*, III, *Theodori scholastici breviarium novellarum*, Lipsiae, 1843 [rist. Aalen, 1969], p. 29). Cfr. anche Bas. 41, 4, 2 (ed. Scheltema-van der Wal, A V, p. 1868; ed. Heimbach, IV, p. 154) e Sch. 2 ad Bas. 41, 4, 2 (ed. Scheltema-Holwerda, B VI, p. 2467; ed. Heimbach, IV, p. 155) e *Synopsis Novellarum Iustiniani* II. 344-348 (vd. A. SCHMINCK, D. SIMON, *Eine Synopsis der Novellen Justinians*, in *Fontes Minores*, IV, Frankfurt am Main, 1981, p. 146).

⁴¹⁸ Trad. Auth.: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* [...] *Prohibemus autem et illud grave existens et habens quidem aliquam legalem occasionem, in diram tamen incidens crudelitatem et amaritudinem. Novimus enim aliqua testamenta, secundum quae morientes non paterne nec ut viros oportebat, sed nimis molliter atque remisse fecerunt institutiones: uxoribus si quidem omnem reliquerunt suarum rerum usumfructum, filiis autem proprietatem nudam. Quamobrem arbitror studium esse huiusmodi testamentis uxorem etiam proprietatem acquirere, filiis forte fame peremptis. Unde enim in medio etiam gubernentur et cotidianum habeant cibum, nihil eis derelicto, uxoris ira forsitan et irrationabili intercedente, quae etiam eis cotidianam gubernationem abripiat? Non licebit igitur de cetero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere, sed modis omnibus eis huius legitimaie partis, quam nunc deputavimus, et*

Dopo aver innalzato la quota legittima da un quarto a un terzo o a metà dell'asse ereditario, qualora il defunto avesse rispettivamente fino a quattro o più di quattro figli (*praef.* e, in particolare, *caput* 1), si prescrive che questa debba essere in piena proprietà⁴¹⁹. La ragione della modifica sta nell'evitare

usumfructum insuper et proprietatem relinquat, si vult filiorum non repente fame morientium, sed vivere valentium vocari pater. Et haec omnia dicimus non in patre solo, sed et matre et avo et proavo et adiunctis unicuique feminarum personis, id est avia et proavia, sive paternae sive maternae sint. [...] Dat. k. Mar. CP. post cons. Belisarii v.c.

⁴¹⁹ Nov. 18 *praef.*-1: Ἦδη μὲν τῇ μεγάλῃ ταύτῃ καὶ ὡς ἂν τις εἴποι καλῶς παρὰ θεοῦ συστάσῃ πολιτεία, τῇ Ῥωμαίων φαμέν, πολλὰ περὶ διαθηκῶν διεσπούδασταί τε καὶ μεστὰ τὰ τῶν νόμων βιβλία τῶν τοιούτων καθέστηκε· καὶ οὐ μόνον οἱ πάλοι σοφοὶ ταῦτα γεγραφήκασιν οὐδὲ ἡ τῶν εὐσεβῶν μονάρχων ἐξουσία, ἀλλὰ καὶ ἡμῖν ἤδη τῶν πρὸ ἡμῶν αὐτοκρατόρων οὐδενὸς ἐλάττους καταβέβληνται περὶ τούτου νομοθεσίαι. Τὸν δὲ θεὸν ἐννοοῦντες ἀεὶ, καὶ ὅπως ἂν ἄρεστοὶ τε αὐτῷ φαινοίμεθα καὶ τι τῶν εἰς ἡμᾶς ἀγαθῶν ἄξιον πράττοιμεν, πειρώμεθα τι προσεξευρίσκειν ἀεὶ τῇ φύσει τε ἀκόλουθον καὶ τὰ πρόσθεν ἐπανορθούμενον. Πολλάκις τοίνυν καὶ ἄλλοτε τεθναυμάκαμεν, ἀνθ' ὅτου τοῖς γνησίοις καὶ εὐγνώμοσι τέκνοις, οἷς ἔχουσι χάριν οἱ γονεῖς, τὸ καταλιμπανόμενον, ὃ ἤδη καὶ χρέος καλοῦσι, μόνον τριούγκιον ὄρισαν ἐξ ἀνάγκης καταλιμπάνεσθαι, τὸ λοιπὸν δὲ ἐν τῇ γνώμῃ τῶν γονέων ἀπόκειται, καὶ λήγονται μὲν καὶ συγγενεῖς ἅπαντες καὶ οἱ γε ἔξωθεν καὶ μετ' ἐλευθερίας οἰκέται, οἱ παῖδες δέ, εἰ καὶ πολλοὶ καθεστήκοιεν, εἰ καὶ μηδὲν προσκρούοιεν τοῖς γονεῦσι, καταιδῶνται καὶ τὸ τριούγκιον διαιρήσονται μόνον, κἂν εἰ δέκα τυχόν κἂν εἰ πλείους εἶεν, καὶ πένητες ἔσονται παῖδες πατρὸς ἕως ἐξῆς πλουτοῦντος. 1. Ταῦτα ἡμᾶς ἐκίνησεν ἐπανορθῶσαι τὸν νόμον, καὶ μὴ περιδεῖν αὐτὸν μέχρι παντὸς ἐρυθριῶντα, ἀλλὰ τοιούτῳ διορίσαι τὸ πρᾶγμα τρόπῳ ὥστε, εἰ μὲν ἐνός ἐστὶ παιδὸς πατὴρ ἢ μήτηρ ἢ δυοῖν ἢ τριῶν ἢ τεσσάρων, μὴ τριούγκιον αὐτοῖς καταλιμπάνειν μόνον, ἀλλὰ τὴν τρίτην τῆς ἑαυτοῦ περιουσίας, τουτέστιν οὐγκίας τέσσαρας, καὶ τοῦτο εἶναι τὸ διορισμένον μέτρον ἄχρι τοῦ ῥηθέντος ἀριθμοῦ. εἰ δὲ ὑπὲρ τοὺς τέσσαρας ἔχει παῖδας, τὴν ἡμίσειαν τῆς πάσης περιουσίας αὐτοῖς καταλιμπάνεσθαι μοῖραν, ὥστε ἐξασούγκιον εἶναι πάντως τὸ ὀφειλόμενον. ἐκάστου κατ' ἴσον τὸ τετραούγκιον τυχόν ἢ τὸ ἐξασούγκιον διαιρουμένου, καὶ τοῦτο οὐκ ἐν ἀδίκῳ περιστάσει πραγμάτων (εἰκὸς γὰρ κἀναυθῆα τοὺς ἄλλους ἀδικηθῆναι, τῶν μὲν τὰ καλλίονα, τῶν δὲ τὰ χεῖρονα λαμβανόντων)· ἀλλὰ τοῦτο δὴ τὸ ἐπιβάλλον ἐκάστῳ διὰ πάντων ἴσον εἶναι ἐν ποιότητι τε καὶ ποσότητι, εἴτε τις αὐτὸ κατὰ τρόπον ἐνστάσεως εἴτε κατὰ πρᾶξεως, ταῦτόν δὲ ἔστιν εἰπεῖν καὶ φιδεῖκομῖσσο, καταλιμπάνει πρόφασιν. πᾶρεστι γὰρ αὐτῷ τὸ λοιπόν, ὀκταούγκιον τυχόν ἢ ἐξασούγκιον, ἔχειν καὶ φιλοτιμῆσθαι καθ' ὅσον ἂν βουλευθεῖ ἢ τοῖς παισὶν αὐτοῖς ἢ τισὶ τῶν ἔξωθεν, καὶ τῆς φύσεως πρότερον θεραπευθεῖσης τὰ εἰκότα οὕτως ἐπὶ τὰς ἔξω φιλοτιμίας χωρεῖν. τούτου κρατοῦντος ἐφ' ἀπάντων τῶν προσώπων, ἐφ' ὧν ἐξ ἀρχῆς ὁ τοῦ πάλοι τετάρτου τῆς de inofficioso venoμοθετῆται λόγος. Trad. Auth.: *Iam quidem magnae huic et, ut ita quis dicat, bene a deo constitutae reipublicae, dicimus Romanorum, plurima de testamentis disposita sunt, et pleni legum codices de talibus consistunt, et non solum antiqui sapientes haec scripserunt aut piorum potestas imperatorum, sed etiam a nobis iam non aliquo priorum principum minus legislationes prolatae sunt. Deum vero considerantes semper et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid adinvenire semper et naturae consequens et quod possit priora corrigere. Frequenter igitur et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis et benivolis filiis, quibus agunt gratias parentes quibusque quod relinquitur iam etiam debitum vocant, solum triuncium definierunt ex necessitate derelinqui, reliquum vero iacet in voluntate parentum, et capiunt quidem cognati omnia et extranei vel cum libertate servi, filii vero, licet multi consistant, etiamsi nihil offenderint parentes, confunduntur et triuncium dividunt solum, vel si decem forte aut amplius fuerint, et pauperes erunt filii donec vixerint patres idonei. 1. Haec nos moverunt*

che si istituisca usufruttuaria dell'intero patrimonio la moglie, lasciando ai figli null'altro che la nuda proprietà, inadatta a fornire loro «τὴν ἐφήμερον... δίατατον» (il «*cotidianum... cibum*») e correndo il rischio che la donna amministri male le sostanze. Il sospetto del legislatore su lasciti considerati troppo generosi nei confronti della moglie è grave: si prospetta addirittura che lo scopo del *de cuius* sia quello di far morire i figli di fame e permettere così alla moglie di acquisire l'intera proprietà («ὥστε... φθειρομένων»); «*Quamobrem... peremptis*»).

Un simile timore mi pare ragionevolmente fondato nel caso di seconde nozze: pur in mancanza di precisi dati testuali, è forse corretto ipotizzare che la situazione cui voleva porre rimedio il legislatore fosse, probabilmente, quella di un conflitto tra una matrigna e i figli di primo letto. Che tale preoccupazione affliggesse il legislatore bizantino trova conferma, d'altro canto, in D. 5, 2, 4 (Gai. *l. s. ad l. Glitiam*), proprio nella parte su cui gravano forti sospetti di interpolazione: *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: <quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti>*⁴²⁰.

*corrigere legem, et non eam despiciere semper erubescens, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendum, et hoc non sub iniusta circumstantia rerum (forsan enim etiam hic alii iniustitiam patiuntur, aliis quidem meliora aliis vero deteriora percipientibus), sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et in quantitate, sive quis illud institutionis modo sive per legati (idem est dicere et fideicommissi) relinquat occasionem. Licebit enim ei reliquum octouncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere. Hoc servando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Vd., in specie, A. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, 1996, p. 118 ss. e G. COPPOLA BISSAZZA, *La successione contra voluntatem defuncti. Tra vecchi principi e nuove prospettive. Corso di diritto romano*², Milano, 2019, pp. 135-141.*

⁴²⁰ Una simile espressione compare, infatti, in I. 2, 18 pr. (nella parte in cui non riprende D. 5, 2, 2 [Marcian. 4 *inst.*]): «*Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant*

vel omittunt...» e in D. 5, 2, 3 (Marcell. 3 dig.): «... *quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt*», parimenti di probabile mano compilatoria. Sulla dubbia genuinità del passo si era espresso già LENEL, *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, cit., col. 246 n. 3. Vd. anche *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, a cura di E. Levy ed E. Rabel, Weimar, 1929, col. 70 (interpolazioni a D. 5, 2, 4), cui *adde*, almeno, G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 439 e n. 1 (= *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, II.2, a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, p. 937 e n. 55) e VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 681 n. 49. Richiama il passo, parlando di Nov. 18, 3, anche SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, cit., p. 125 n. 66, senza tuttavia ricordarne l'incerta genuinità.

II. L'ISTITUTO DOTALE

1. GIUSTINIANO E LA DOTE

a. *L'istituto dotale giustiniano e il "favor dotium"*

Anche in età giustiniana la dote ebbe un ruolo fondamentale nel sistema di tutela patrimoniale vedovile. È lo stesso Giustiniano a sottolineare la funzione di sostentamento muliebre, quando, apprestando ulteriori tutele per la sua integrale restituzione, precisa che la donna la possiede «*ad suos victus suasque alimonias*» (C.I. 8, 17[18], 12, 3 [a. 531]). Ciò risulterà particolarmente evidente quando si esamineranno i presupposti applicativi dell'istituto della *quarta uxoria* e si ricostruirà il quadro legislativo dell'imperatore in materia⁴²¹.

In età giustiniana l'istituto della dote presenta nuovi profili. Per non cadere in eccessivi estremismi, è anzitutto necessario considerare che la materia dotale che compare nel *Corpus iuris* è il risultato di un percorso evolutivo durato secoli, su cui hanno probabilmente influito anche prassi non prettamente occidentali. Il tratto più rilevante – e che ha effetti pervasivi sulla disciplina dell'intero istituto, soprattutto sul regime della restituzione – è probabilmente la nuova concezione della proprietà dei beni dotali, attribuita «*naturaliter*» alla donna⁴²². Sebbene si continui a discutere, a causa dell'apparente contraddittorietà e oscurità delle fonti, circa la determinazione

⁴²¹ In merito all'assetto e al coordinamento degli strumenti pensati per la tutela vedovile da parte di Giustiniano, vd. *infra*.

⁴²² Cfr. C.I. 5, 12, 30 pr. (a. 529): *Idem A. Demostheni pp. ... cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio. non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. [...] Recitata septimo in nono consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons.* Circa il riferimento alla "natura", vd., ampiamente, C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, pp. 314-357, che lo ricollega al concetto classico di *ius naturale* (vd. anche *infra*). Sul contenuto dispositivo di C.I. 5, 12, 30, vd. *infra*.

dell'appartenenza della dote in età del Principato durante il matrimonio⁴²³, sembra possa comunque scorgersi, tra la precedente concezione e quella di diritto giustiniano⁴²⁴ – e forse già tardoantico⁴²⁵ – una notevole distanza⁴²⁶.

⁴²³ Al centro della diatriba dottrinale sono frammenti del tenore di D. 23, 3, 75 (Tryph. 6 disp.): *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. porro cuius interest non esse evictum quod in dote fuit quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet*. Parte degli Autori ritiene questi passi (per un'ampia ricognizione si veda BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 442-443 e LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², cit., pp. 229-232) modificati o interpolati in età tardoantica o giustiniana (vd. gli Autori indicati alle note seguenti). Altri, invece, hanno riconosciuto un minor numero di interventi modificativi sulle fonti e hanno offerto delle interpretazioni in grado di attribuire ad alcuni frammenti un significato coerente con la concezione classica della dote: così BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 447-448 e S. RICCOBONO, *Formulae ficticiae a normal means of creating new law*, in *TR*, 9 (1929), pp. 23-33. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, cit., pp. 357-360, osserva: «In einem Teil der Stellen scheint auch mir die Interpolation erwiesen. Aber es mochte wohl auch einmal ein Klassiker in untechnischer Redeweise die Stellung der Frau ähnlich umschreiben» (p. 357). LONGO, *op. cit.*, p. 232, ritiene che un giurista di età del Principato «dichiarando l'appartenenza della dote alla donna, esprimeva, piuttosto, un principio di natura prevalentemente sociale, con riguardo alla destinazione normale della dote». Secondo G. G. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953, p. 246 ss. e, in particolare, p. 252 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 1095 ss. e, in particolare, pp. 1102-1103), i testi di età del Principato si esprimono nel senso di una semplice aspettativa della donna, di un diritto alla restituzione al verificarsi di certi eventi e condizioni. Così anche M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*², cit., p. 77, seguito da A. MANZO, *Un'ipotesi sull'origine della dote*, in *Index*, 25 (1997), pp. 312-314.

⁴²⁴ Attribuisce questa concezione alla sola età giustiniana E. ALBERTARIO, ampiamente in *Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano*, in *RIL*, 58 (1925), pp. 808-836 (= *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, cit., pp. 371-398) e ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, cit., pp. 187-223, seguito da H. SIBER, *Römisches Privatrecht*, II, Berlin, 1928, p. 306 e SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos*, I, *Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, cit., p. 48 ss. Nello stesso senso anche MANZO, *Un'ipotesi sull'origine della dote*, cit., p. 314.

⁴²⁵ Ritiene che i mutamenti concettuali circa l'appartenenza della dote si rinverano già in età tardoantica MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., pp. 242-244, seguito da BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 473-476. Così anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 455. A. GUARINO, nella sua recensione critica all'opera di SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos*, I, *Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, cit., in *SDHI*, 5 (1939), pp. 282-285, considerando la Summa del Digesto dell'Anonimo, ritiene che le alterazioni sottintendenti una concezione dotale di diritto greco siano già di età postclassica: «... è evidente che Giustiniano si trovava, nella compilazione dei Digesti, di fronte a due sistemi contrapposti, quello romano e quello greco, di cui il secondo già aveva dovuto di molto influire sull'altro (laonde frequenti alterazioni dei testi classici) e già, nei

A Giustiniano è ascrivibile un generale orientamento di favore nei confronti dell'istituto dotale, da intendersi come una tendenza ad assicurare – e, come si vedrà, persino imporre – la costituzione dei beni dotali e garantirne il mantenimento del valore limitando le facoltà di disposizione del marito⁴²⁷, unitamente a una benevola inclinazione nei confronti della sua “proprietaria”, sempre qualora non fosse “eretica”⁴²⁸.

In questo contesto emerge il discusso tema del “*favor dotis*” – locuzione non ricorrente, invero, in alcuna fonte –, identificato dalla dottrina maggioritaria come un'esaltazione bizantina⁴²⁹ e recentemente drasticamente ricondotto, invece, a un'imposizione della legislazione augustea asservita dal «denkender Gehorsam» dei giuristi di età del Principato⁴³⁰. Benché sia corretto riconoscere che una certa tendenza “*pro dotibus*” fosse adoperata dai giuristi di età classica quale canone interpretativo volto a garantire la presenza

paesi di oriente, aveva dovuto assumere un dominio quasi assoluto (laonde ne dovevano fare ancora più frequente menzione le libere traduzioni in greco dei testi post-classici)» (p. 284).

⁴²⁶ Più cautamente, C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, pp. 313-357, ritiene che il diritto dotale giustiniano sia una diretta continuazione del diritto classico (pretorio, in particolare): l'imperatore non avrebbe fatto altro che «svolgere e precisare concetti che si erano già delineati in epoca classica» (p. 314).

⁴²⁷ In tal senso, si considerino le modifiche apportate alla *lex Iulia de fundo dotali* (vd. subito *infra*), nonché le garanzie introdotte con C.I. 5, 12, 29 (a. 528), C.I. 5, 12, 30 (a. 529) e C.I. 8, 17(18), 12, 4(1) (a. 531), su cui *infra*.

⁴²⁸ Cfr. Nov. 109, 1 (a. 541), ove le mogli eretiche vengono escluse da ogni «προνόμια... τῶν προικῶν» («*privilegium... dotis*»). Su questa costituzione, vd., ampiamente, F. SCHLOß, *Die Dotalprivilegien der Jüdinnen. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte des gemeinen Civilrechts*, Gießen, 1856 (rist. anast. Amsterdam, 1970), p. 23 ss., con uno sguardo anche agli sviluppi successivi.

⁴²⁹ Vd. S. SOLAZZI, ‘*Favor dotis*’, in *SDHI*, 21 (1955), pp. 303-306 (che lo attribuisce del tutto alla mano compilatoria). Riconoscono un'esaltazione giustiniana del concetto, pur non negandone la precedente esistenza, L. MITTEIS, *Stipulation und Legat*, in *ZSS*, 32 (1911), pp. 18-19; S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano*, in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, 14, Cortona, 1930, pp. 434-435 (esistente anche come estratto autonomo: Cortona, 1930, con la medesima impaginazione) e M. KASER, ‘*Ius publicum*’ und ‘*ius privatum*’, in *ZSS*, 103 (1986), p. 43.

⁴³⁰ Così, J. F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, p. 1 ss. (e p. 77 ss. per il concetto di “obbedienza pensante”). Per una critica del “*favor dotis*” così come concepito da Stagl e sotto i soli profili che qui interessano, vd. M. VARVARO, *La dote, il ius singulare e il «sistema didattico» di Gaio*, in *Seminario Complutenses de Derecho Romano*, 29 (2016), pp. 435-437.

della dote⁴³¹ e fosse presente anche nella legislazione di Augusto – si pensi alla *lex Iulia de fundo dotali*⁴³² –, non è possibile disconoscere la portata innovativa della legislazione giustiniana in materia.

⁴³¹ Cfr. D. 23, 3, 70 (Paul. 6 *quaest.*): *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*, geminato in D. 50, 17, 85 pr. (Paul. 6 *quaest.*). Un esempio di questo orientamento giurisprudenziale, come evidenziato da P. VOCI, v. *Interpretazione (dir. romano; del negozio giuridico)*, in *ED*, XXII, Varese, 1972, p. 266 n. 91 (= *Note sull'interpretazione del negozio giuridico in diritto romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 601 n. 91), si coglie in D. 23, 3, 79, 1 (Lab. 6 *post. a lav. Epit.*) e D. 50, 16, 125 (Proc. 5 *epist.*), su cui si sofferma anche STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 137-139. Altri passi vengono indicati da STAGL, *op. cit.*, p. 91 ss., molti dei quali devono però essere considerati con la relativa critica interpolazionistica e ridimensionati nella loro portata. Così, ad esempio, per quanto riguarda D. 24, 3, 1 (Pomp. 15 *ad Sab.*); D. 24, 3, 45 (Paul. 6 *quaest.*) e D. 24, 3, 54 (Paul. *l. s. de iure singulari*), su cui STAGL, *op. cit.*, rispettivamente pp. 301-302; 146-157; 322-323 e ID., *Caesars Koch oder das Schweigen der Quellen: Zur Kritik Varvaros am didaktischen System des Gaius*, in *ZSS*, 135 (2018), pp. 587-588, si vedano le puntuali osservazioni di M. VARVARO, «*Favor dotis*» e *singolari interpretazioni in tema di «ius singulare»*, in *Index*, 46 (2018), pp. 231-245. Anche su D. 24, 3, 24 pr., discussa da STAGL, *op. cit.*, p. 91, vd. le osservazioni di GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 210-212 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, cit., pp. 133-135), con ampi rinvii dottrinali.

⁴³² Sembra, invero, trattarsi di un capitolo della *lex Iulia de adulteriis coercendis* del 18 a.C. o 17 a.C. (sul punto e con ricognizione bibliografica, vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 231 n. 635). In essa si faceva divieto al marito di «*obligare aut alienare*» (D. 23, 5, 4 [Gai. 11 *ad ed. provinc.*]) i fondi – italici e forse anche provinciali (cfr. Gai. 2, 63) – portati in dote dalla donna e di compiere atti che comportassero una loro diminuzione, come la remissione o l'imposizione di servitù (cfr. D. 23, 5, 5-6 [Ulp. 2 *de omn. trib.*]). Il divieto di alienazione era comunque superabile grazie al consenso della moglie (cfr. P.S. 2, 21b, 2; Gai. 2, 63 e I. 2, 8 pr.). Con C.I. 5, 13, 1, 15-15b (a. 530; ricordata anche in I. 2, 8 pr.), Giustiniano estese il divieto anche ai fondi provinciali e stabili che neppure con il consenso della moglie fosse possibile l'alienazione da parte del marito. In seguito, con Nov. 61 (a. 537), si posero ulteriori correttivi a tale previsione: d'ora innanzi il marito avrebbe potuto alienare immobili dotali e facenti parte della donazione nuziale soltanto qualora la donna avesse prestato il proprio consenso per iscritto e lo avesse parimenti rinnovato entro i due anni successivi, a condizione che ella potesse comunque soddisfarsi sui beni del marito. A tali condizioni era superabile anche il divieto (rimasto sino ad allora sempre assoluto) di costituire ipoteche. In generale, circa il regime dei fondi dotali (definito in D. 23, 5 e in C.I. 5, 23 *de fundo dotali*), vd. C. DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal en droit romain commentaire du titre du digeste de fundo dotali (dix leçons faites au cours de 1860)*, Paris, 1860, nonché, per i divieti di alienazione, vd. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 449-452. Con peculiare attenzione alle riforme giustiniane, vd. P. NOAILLES, *L'inaliénabilité dotal et la Nouvelle 61*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 30.3 (1918), pp. 451-509 e 31.1 (1919), pp. 161-218 (pubblicato anche come estratto cumulativo autonomo: Paris, 1919) e, più di recente, LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 184-188. Sulla sorte di Nov. 61, in particolare, vd. A.-J. BOYÉ, *Recherches historiques sur la portée de l'inaliénabilité dotal. Les destinées de la Nouvelle 61 chez les romanistes et les canonistes du Moyen âge*, in *RHD*, 3 (1924), pp. 473-514.

Posto anzitutto che la terminologia “*favor dotium*” è probabilmente di mano compilatoria⁴³³ e che una critica non eccessivamente genuinista induce a ritenere come interpolati alcuni passi contenenti disposizioni favorevoli all’istituto dotale⁴³⁴, è necessario tenere in considerazione il divario tra le due epoche. Se Augusto legiferò al fine di promuovere l’istituto dotale, lo fece fondamentalmente al fine di incentivare anche quello del matrimonio e sostenere l’incremento demografico: a lui si addice, in tal senso, un più generico e onnicomprensivo “*favor nuptiarum*”⁴³⁵. Diverso il discorso per l’imperatore bizantino, che si concentrò sul solo istituto dotale e ne tentò di risollevarne le sorti a fronte della crisi che lo vedeva coinvolto. Ecco perché, con riguardo a questo solo imperatore, mi sembra corretto, letteralmente e sostanzialmente, parlare di “*favor dotium*” quale indirizzo politico-legislativo.

Come detto, la tendenza è perseguita da Giustiniano per mezzo delle sue costituzioni, ma anche tramite interpolazioni sostanziali e formali che spesso richiamano esplicitamente il problema dell’indotazione. È interessante osservare, infatti, come all’interno delle fonti giuridiche di diritto romano, l’aggettivo “*indotata*” (o il suo corrispettivo greco “*ἄπροικα*”), ricorra 27 volte e solo nel *Corpus iuris*: 5 volte nel *Codex*⁴³⁶, 8 volte nelle *Novelle*⁴³⁷ e

⁴³³ L’espressione compare soltanto in D. 23, 3, 9, 1 (Ulp. 31 *ad Sab.*) e in C.I. 4, 29, 25, 1 (a. 531). In merito alla dubbia genuinità del “*favor dotium*”, vd. VARVARO, «*Favor dotis*» e *singolari interpretazioni in tema di «ius singulare»*, cit., pp. 228-229 n. 16.

⁴³⁴ Vd. quanto detto *supra* e *infra*.

⁴³⁵ Così VARVARO, *La dote, il ius singulare e il «sistema didattico» di Gaio*, cit., p. 437 n. 99. Lo stesso J. F. STAGL, *Il sistema didattico di Gaio e il sistema dei ‘Digesta’*, in *TSDP*, 8 (2015), pp. 49-50, d’altronde, finisce per ammettere che il “*favor dotis*” fu un «obiettivo politico, voluto dalla legislazione matrimoniale augustea, di favorire per mezzo delle doti i matrimoni e la procreazione a seconda delle possibilità».

⁴³⁶ Cfr. C.I. 4, 29, 25, 1; C.I. 5, 12, 31 pr.; C.I. 5, 17, 1 pr. (a. 229); C.I. 5, 17, 11, 1b e 2a (a. 533).

⁴³⁷ Cfr. Nov. 22, 3 (a. 535); Nov. 22, 18 (a. 535); Nov. 22, 21; Nov. 22, 30; Nov. 53, 6 pr. (due volte); Nov. 74, 5 (a. 538); Nov. 117, 3 (a. 542). Anche nel testo dell’*Authenticum* di Nov. 117, 5 si fa riferimento a una «*indotatam uxorem*», ma si tratta di una traduzione errata: nell’originale greco si parla di una «*ἄπροικον γυναῖκα*». Su tale imprecisione, vd. anche *infra*.

14 volte nel Digesto⁴³⁸. Parte della dottrina ha addirittura sostenuto trattarsi di un *emblema Triboniani*⁴³⁹. Sebbene per alcune di tali fonti possano deporre anche valide argomentazioni⁴⁴⁰, per altre, invece, ci si può appellare quasi esclusivamente a un indizio “stilistico”: per quanto affascinante, si tratta dunque di un’ipotesi che si scontra con l’ineluttabile incertezza della critica interpolazionistica⁴⁴¹.

Poste queste necessarie premesse, si esaminino dunque i profili della disciplina dotale di età giustiniana che qui più rilevano: l’imposizione dell’obbligo giuridico di dotare in capo al *pater familias* e la nuova disciplina della restituzione legale, convenzionale e testamentaria della dote, considerando incidentalmente anche le altre riforme poste a salvaguardia del valore dei beni dotali.

b. L’obbligo giuridico di dotare

aa. Egesi di D. 23, 2, 19 (Marcian. 16 Inst.)

Trattando dell’obbligo giuridico di dotare, l’attenzione va anzitutto e inevitabilmente al noto frammento di Marciano, oggetto di peculiare attenzione da parte della dottrina.

⁴³⁸ Cfr. D. 12, 4, 9, 1 (Paul. 17 *ad Plaut.*); D. 21, 2, 24 (Afr. 6 *quaest.*); D. 23, 2, 40 (Ulp. 34 *ad ed.*); D. 23, 3, 9, 1; D. 23, 3, 59, 1 (Marcell. 7 *dig.*); D. 23, 3, 63 (Mod. *l. s. de heurmat.*); D. 23, 3, 78, 2 (Tryph. 11 *disp.*); D. 23, 4, 4; D. 23, 4, 12, 1; D. 30, 69, 2 (Gai. 2 *de legatis ad ed. provinc.*); D. 31, 77, 9 (Papin. 8 *resp.*); D. 35, 2, 85 (Iul. 18 *dig.*); D. 42, 8, 25, 1 (Ven. 6 *interd.*) e D. 44, 4, 4, 21 (Ulp. 76 *ad ed.*).

⁴³⁹ Vd. E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 12 n. 5 («Indotatus wird wohl stets auf Justinian zurückgehen») e D. DAUBE, *Roman Law. Linguistic, social and philosophical aspects*, Edinburgh, 1969, pp. 102-116.

⁴⁴⁰ Fortemente sospetti, ad esempio, sono D. 12, 4, 9, 1 (vd. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., col. 177, cui adde F. SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht*, Bonn, 1952, p. 44 n. 66), nonché il già citato D. 23, 3, 9, 1 (vd. *supra*) (vd. anche *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, a cura di E. Levy ed E. Rabel, Weimar, 1931, col. 51).

⁴⁴¹ Di poco rilievo, a ogni modo, le osservazioni di STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 65-68, che difende la genuinità del termine facendo appello esclusivamente a fonti non giuridiche.

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

Il testo, come noto, fa riferimento al divieto di opporsi alle nozze e all'obbligo di provvedere alla costituzione dei beni dotali⁴⁴² del *pater familias* nei confronti della propria prole in potestà. Il rifiuto, come specifica il passo, deve avvenire «*iniuria*», ossia in mancanza di valide ragioni (così per la dote, ad esempio, una legittima ragione poteva essere costituita dall'incapacità economica).

Nonostante la pluralità di tesi avanzate in merito al momento dell'introduzione dell'obbligo di dotare⁴⁴³, sembra potersi affermare con

⁴⁴² Si osservi che nel testo si fa riferimento al matrimonio di figli e figlie, mentre si accenna al solo dovere di fornire la dote, non anche la donazione nuziale. Come detto, era *in primis* la situazione delle doti a richiedere un intervento legislativo.

⁴⁴³ Tre sono le tesi che sono state avanzate in merito al momento di introduzione dell'obbligo di dotare: vi è chi ritiene sia stato previsto già in età del Principato (così la dottrina più antica e qualche moderna riviviscenza), chi afferma che è ascrivibile a una costituzione di Severo e Caracalla, e chi a mano bizantina, ritenendo così il passo interpolato sotto un profilo sostanziale. Quest'ultima è la tesi che ha ottenuto maggior seguito e fa capo all'indagine di G. CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, comparso per la prima volta in *Filangieri*, 38 (1913), pp. 57-63, e ripubblicato con correzioni e aggiunte in *BIDR*, 26 (1913), pp. 164-174 (= *Scritti giuridici*, a cura di E. Albertario, Milano, 1923, pp. 129-142). I risultati di Castelli sono stati accolti dal suo Maestro BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 406-409, e recepiti da successiva autorevole dottrina: vd., ad esempio, L. LANDUCCI, *Inopportunità della distinzione della dote in necessaria e volontaria nel diritto romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, cit., pp. 607-612; LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², cit., pp. 205-209; SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote. Parte prima*, cit., pp. 47-52; CANNATA, v. *Dote (diritto romano)*, cit., p. 6 e n. 33; KASER-KNÜTEL-LOHSSE, *Römisches Privatrecht*²², cit., p. 412 e BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 246. Per la teoria che ritiene l'obbligo esistente già in età del Principato, vd., tra gli altri, F. STELLA MARANCA, *Dos necessaria II*, in *Annali del Seminario Giuridico Economico della R. Università di Bari*, 1929, parte 1, p. 8 ss. (esistente anche come estratto autonomo [Bari, 1928, p. 38 ss.], che riunisce anche la prima parte dell'articolo, *Dos necessaria I*, in *Annali del Seminario Giuridico Economico della R. Università di Bari*, 1928, parte 1, pp. 120-148, e la terza parte, *Dos necessaria III*, in *Annali del Seminario Giuridico Economico della R. Università di Bari*, 1930, parte 1, pp. 3-97) e ID., *Intorno al fr. 32 § 2 Dig. De cond. Ind. 12, 6*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, cit., pp. 248-255 n. 16 (che puntualmente critica la tesi di Castelli); CORBETT, *The roman law of marriage*, cit., pp. 153-154; VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, cit., p. 88 n. 233 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 451 n. 233); G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*³, Torino,

parte della più recente e autorevole dottrina che il frammento sia stato parzialmente corrotto⁴⁴⁴. In particolare, desta un fondato sospetto il brusco e ingiustificato cambiamento di modo e tempo delle subordinate disgiuntive tra loro coordinate (*qui... prohibuerint... qui... non volunt*)⁴⁴⁵. Per tale ragione, pare corretto espungere le parole «*vel qui dotem dare non volunt*» e, conseguentemente, anche le connesse «*et dotare*», attribuendole alla mano dei compilatori. Parimenti, alcuni dubbi sorgono in relazione al periodo conclusivo «*prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit*». Anche in tal caso, il tempo del verbo non riprende il futuro anteriore della prima frase (è «*quaerit*» e non «*quaesierit*»). La frase, inoltre, sembra essere stata aggiunta proprio al fine di giustificare l'interpretazione estensiva applicata alla norma dalla cancelleria imperiale: non cercare di realizzare le condizioni necessarie al matrimonio (come evitare di costituire la dote) equivale a opporsi allo stesso.

Secondo la tesi di alcuni, inoltre, – da accogliersi invero con una certa cautela – altrettanto frutto di interpolazione sarebbero le parole «*liberos quos*», da sostituirsi con «*filiis neptesve quas*», così come «*ducere uxores vel*». Un'approfondita analisi filologica, infatti, ha posto in luce come l'espressione «*in matrimonium collocare*» si addirebbe solamente alle donne. Questa proposta ricostruttiva, d'altronde, risulta ulteriormente rafforzata se si pensa al fatto che, soltanto ai tempi di Marco Aurelio, furono ammesse le

1995, p. 164 e, più di recente, F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, p. 37 ss. Per l'introduzione dovuta alla costituzione di Severo e Caracalla, vd. subito *infra* nel testo.

⁴⁴⁴ Prendono in particolare considerazione il frammento CANNATA, v. *Dote (diritto romano)*, cit., p. 6 n. 33 e, benché evidenzi una differente alterazione, ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 244-249 e ID., *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., pp. 150-155.

⁴⁴⁵ CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., pp. 166-167 (= *Scritti giuridici*, cit., pp. 132-133), oltre a questi, rileva ulteriori indizi di interpolazione: «*vel qui*» e «*non velle*», a suo parere non riconducibili alla penna di un giurista di età del Principato, che si sarebbe invece servito delle espressioni «*quive*» e «*nolle*». Replica convincentemente, circa la possibilità che anche Marciano adoperasse il verbo «*non volo*», STELLA MARANCA, *Dos necessaria II*, cit., pp. 48-49 (pp. 78-79 dell'estratto) e ID., *Intorno al fr. 32 § 2 Dig. De cond. Ind. 12, 6*, cit., pp. 251-253 n. 16. Ciò non toglie che vi sia un sospetto, inaspettato e ingiustificato cambio di modo e tempo del verbo delle subordinate.

nozze del figlio del *mente captus* (cfr. C.I. 5, 4, 25 [a. 530] e I. 1, 10 pr.⁴⁴⁶): sarebbe davvero strano se la *lex Iulia* avesse permesso ai figli di infrangere la volontà paterna e limitare così gravemente la sua *potestas*⁴⁴⁷.

Alla luce di tutto ciò, non è dunque possibile considerare genuino l'intero frammento e sembra anzi corretto accogliere la posizione di chi ha rilevato l'intervento compilatorio su più punti. Conseguentemente, non è neppure condivisibile la tesi di chi ha fatto risalire la previsione dell'obbligo di dotare alla *lex Iulia*, come si afferma nel passo⁴⁴⁸.

Si è autorevolmente sostenuto che il frammento è stato oggetto di tagli e non di interpolazioni sostanziali: intento dei compilatori sarebbe stato esclusivamente quello di sintetizzare il testo di Marciano⁴⁴⁹. I "tagli", o meglio, "il taglio" avrebbe interessato la parte centrale del testo, ove si sarebbero inserite delle informazioni circa il magistrato competente per i

⁴⁴⁶ In argomento, per tutti, vd. E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, pp. 187-192; C. LANZA, *Ricerche su 'furiosus' in diritto romano*, I, Roma, 1990, pp. 23-24, 118-119, 90-91, nonché ampiamente G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, pp. 48-56, con ulteriore ricognizione dottrinale.

⁴⁴⁷ La tesi è di P. MORIAUD, *Du consentement du père de famille au mariage en droit classique*, in *Mélanges P. F. Girard. Etudes de droit romain dédiées à M^r P. F. Girard Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, II, Paris, 1912, pp. 291-308. Accoglie tale lettura, tra gli altri, CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., p. 165 ss. (= *Scritti giuridici*, cit., p. 130 ss.). *Contra* STELLA MARANCA, *Dos necessaria II*, cit., p. 39 ss. (p. 69 ss. dell'estratto) e ID., *Intorno al fr. 32 § 2 Dig. De cond. Ind.*, cit., p. 249 n. 16 e ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 246-247 e ID., *La lex Iulia et Papia⁴*, cit., pp. 153-154.

⁴⁴⁸ In merito all'appartenenza delle parole «*Capite trigesimo quinto legis Iuliae*» al testo e non all'*inscriptio*, vd., correttamente, STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 38-44, con richiami alle principali posizioni della precedente dottrina. Ciò non ha tuttavia alcuna rilevanza né influenza su quanto si sta dicendo.

⁴⁴⁹ Così ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 241 ss., tesi poi ripresa in ID., *La lex Iulia et Papia⁴*, cit., pp. 149-155. In precedenza, l'attribuzione dell'innovazione a una costituzione di Severo e Caracalla era comunque già stata sostenuta, tra gli altri, da F. W. VON TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht. Eine zivilistische Abhandlung*, I, Berlin, 1831 (rist. anast. Aalen, 1983), p. 67 e F. MANCA LEONI, *L'origine storica dell'obbligo di dotare in diritto romano*, in *AG*, 47 (1891), pp. 537-546.

territori non provinciali e la successiva «interpretazione estensiva di Severo e Caracalla»⁴⁵⁰:

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere,... vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

Si perviene in tal modo a sostenere che l'introduzione dell'obbligo di dotare è stata prevista, per mezzo di interpretazione, da una costituzione di Severo e Caracalla, qui parzialmente ripresa. Questa proposta ricostruttiva, tuttavia, non sembra potersi accogliere per varie ragioni. Anzitutto, se è vero che probabilmente è stata omessa l'indicazione della competenza del *praefectus urbi* per i territori non provinciali⁴⁵¹, non si capisce quale ulteriore indicazione circa l'interpretazione estensiva di Severo e Caracalla dovesse essere stata presente, posto che questa è già racchiusa nella preposizione finale, che giustifica proprio questo procedimento.

Alcune considerazioni di natura filologica, inoltre, sembrano remare ulteriormente contro questa lettura. È con una certa improbabilità, infatti, che è possibile ricondurre alla costituzione di Severo e Caracalla il rozzo utilizzo del presente nella subordinata «*vel qui dotem dare non volunt*», posto che Marciano disponeva direttamente del testo della legge, come si evince da D. 28, 5, 49, 2 (Marcian. 4 *inst.*), in cui vengono testualmente richiamate le parole della stessa. L'analisi di questo ulteriore testo, e anche della sua “imperfetta” trasposizione nelle Istituzioni giustinianee, merita, a mio parere, particolare attenzione:

⁴⁵⁰ Vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 246.

⁴⁵¹ Che la competenza potesse spettare al *praefectus urbi* si evidenzia da Ep. Ulp. 11, 20: *Ex lege Iulia de maritandis ordinibus tutor datur a praetore urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam promittendamve, si legitimum tutorem pupillum habeat. Sed postea senatus censuit, ut etiam in provinciis quoque similiter a praesidibus earum ex eadem causa tutores dentur*; nonché Gai. 1, 178: *Nam et lege Iulia de maritandis ordinibus ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a praetore urbano tutorem petere.*

D. 28, 5, 49, 2 (Marcian. 4 inst.): *Interdum nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini significatur, cuius verba haec sunt: “servum adulterii accusatum non iure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerit eiusdem criminis postulata, rationis est”. quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nihil momenti habeat.*

Nelle parole testualmente attribuibili alla costituzione è presente un simile esempio di subordinata retta da una principale con verbo al presente indicativo e inerente a un fenomeno cronologicamente anteriore; a cambiare è solo il grado di subordinazione. La costituzione di Severo e Caracalla attesta un ricercato utilizzo di un verbo coniugato al congiuntivo perfetto («*fuerit postulata*») che equivale a «*sit postulata*»), al fine di sottolineare l'antiorità e anche l'eventualità dell'enunciato.

La medesima attenzione stilistica non si ritrova in D. 23, 2, 19. Anzi, la rozzezza della lingua spicca ancor più gravemente nello sgrammaticato accostamento, che seguendo tale ricostruzione sarebbe stato presente nella stessa costituzione di Severo e Caracalla, dal momento che la disgiunzione «*vel*» induce a ritenere che anche in questa sede venissero precedentemente richiamate testualmente le disposizioni augustee. Questa disattenzione mi sembra forse piuttosto attribuibile ai compilatori giustiniane, i quali, spesso, non prestarono particolare cura alle “sfumature grammaticali”. In tal senso, si legga quindi l'imprecisione con cui viene riportato lo stesso verbo su cui si è ora posta l'attenzione in I. 2, 14 pr.:

... est autem casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cuius verba haec sunt: servum adulterio maculatum non iure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat eiusdem criminis postulata, rationis est: quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nullius momenti habeatur. alienus servus etiam is intellegitur, in quo usum fructum testator habet.

Non risulta pertanto facile credere che, nel caso in cui la cancelleria imperiale di Severo e Caracalla avesse voluto fornire un'interpretazione

estensiva di una legge a cui faceva riferimento, non solo avrebbe trascurato la sua consueta finezza grammaticale, ma l'avrebbe anzi tradita al punto da costruire una frase sintatticamente scorretta⁴⁵². Parimenti non condivisibile, dunque, pare essere anche la tesi di chi considera autori dell'innovazione legislativa Severo e Caracalla. L'intervento dei due imperatori, con una certa probabilità, deve ritenersi limitato all'estensione ai magistrati provinciali dei poteri già del *praetor urbanus*, conferiti dalla *lex Iulia* in merito all'obbligo di non rifiutare *iniuria* le nozze delle donne in potestà.

In conclusione, pur con la dovuta cautela che deve guidare ogni critica interpolazionistica, queste sono le interpolazioni che sembrano potersi ritenere apportate al frammento:

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui <liberos quos> habent in potestate iniuria prohibuerint <ducere uxores vel> nubere, <vel qui dotem dare non volunt> ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare <et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit>.

che, in origine, avrebbe forse avuto questo tenore:

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui filias neptesve quas habent in potestate iniuria prohibuerint nubere, ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare.

bb. Le leges non incognitae di C.I. 5, 11, 7 (a. 531)

L'adesione alla tesi che qualifica l'introduzione dell'obbligo legale di dotare in capo al *pater familias* come un'innovazione giustiniana potrebbe trovare ulteriore conferma nell'altrettanto controversa costituzione di

⁴⁵² Alla luce di tale confronto con D. 28, 5, 49, 2 (e I. 2, 14 pr.), si rivelano fondate le osservazioni di CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., p. 167 (= *Scritti giuridici*, cit., p. 133), circa la paternità delle scorrettezze del passo: «indegne e di Marciano e della cancelleria imperiale, la quale al tempo dei Severi non aveva ancora dimenticato l'elegante purità della lingua latina».

Giustiniano che richiama tale dovere, C.I. 5, 11, 7, risalente al 1° novembre 531 e indirizzata al prefetto del pretorio Flavio Giovanni, noto come Giovanni di Cappadocia⁴⁵³:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Si pater dotem pro filia simpliciter dederit vel pro filio ante nuptias donationem fecerit, habeat autem filius vel in potestate constitutus vel forte emancipatus res maternas vel ex alio modo tales, quae acquisitionem effugiunt, quarum usus fructus solus apud patrem remanet, vel quocumque modo poterat quasdam actionem contra patrem habere, dubitabatur apud veteres, utrumne videatur pater ex ipso debito dotis vel ante nuptias donationis fecisse promissionem vel dationem, ut sese ab huiusmodi nexu liberet, an debitum quidem remanet in sua natura, liberalitas autem paterna dotem vel ante nuptias donationem dare suggessit. 1. Et in tali dubitatione multa pars legislatorum sese divisit, alio etiam incremento huiusmodi quaestioni addito, si forte dixerit in instrumento dotali ex rebus paternis et maternis dotem vel ante nuptias donationem dare, utrum pro dimidia parte videtur datio vel promissio facta esse, an pro rata portione utriusque substantiae. 2. Utramque igitur dubitationem certo fini tradentes sancimus, si quidem nihil addendum existimaverit, sed simpliciter dotem vel ante nuptias donationem dederit vel promiserit, ex sua liberalitate hoc fecisse intellegi, debito in sua figura remanente. <neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie>. 3. Et liberalitas itaque talis maneat vera et irrevocabilis et puro nomine liberalitas, et debitum suam sequatur fortunam. 4. Ubi autem ex rebus tam suis quam maternis vel aliis quae non adquiruntur vel ex suis debitis dixerit fecisse huiusmodi liberalitates, tunc si quidem penitus inopia tentus est, ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem esse datam, quae ad filios vel filias pertinent. 5. Si vero et ipse substantiam idoneam possidet, et in hoc casu de suo patrimonio dotem vel ante nuptias

⁴⁵³ Giovanni di Cappadocia fu un funzionario che ebbe una notevole influenza sulla politica amministrativa e fiscale dell'Impero. Rivestì la carica di prefetto del pretorio d'Oriente dal 532 al 541, nonché di console nel 538. Su questa figura, vd. C. DIEHL, *Justinien et la civilisation byzantine au Vie siècle*, Paris, 1901 (rist. anast. New York, 1960), pp. 105-108; E. STEIN, *Justinian, Johannes der Kappadozier und das Ende des Konsulats*, in *BZ*, 30 (1929-30), pp. 376-381 (= *Opera minore selecta*, a cura di J.-R. Palanque, Amsterdam, 1968, pp. 248-381); P. LAMMA, *Giovanni di Cappadocia*, in *Aevum*, 21.1 (1947), pp. 80-100; G. PURPURA, *Giovanni di Cappadocia e la composizione del primo codice di Giustiniano*, in *AUPA*, 36 (1976), pp. 49-67; J. R. MARTINDALE, v. *Fl. Ioannes II*, in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, IIIA, A.D. 527-641, Cambridge, 1992 (rist. 2000), pp. 627-635 e, da ultimo, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, pp. 394-398.

donationem dedisse intellegatur. poterat enim secundum suas vires dotem pro filia vel ante nuptias donationem pro filio dare et consentire filiis suis, quando voluerint partem vel forte totam suam substantiam quam habent paternae liberalitati pro dote et ante nuptias donatione adgregare, ut re vera appareat, quid ipse vult dare et quid de substantia filiorum proficiscitur, ne, dum effuso sermone sese iacet, in promptum incidat sui periculum. D. k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.

La questione giuridica in esame è la seguente: qualora un padre costituisca una dote o una donazione nuziale alla figlia o al figlio, e questi ultimi vantino un diritto di credito nei suoi confronti – ad esempio quello gravante sui beni materni –, si deve ritenere che il padre abbia costituito la dote o la donazione nuziale al fine di liberarsi da tale vincolo? Giustiniano risponde negativamente e fa salvo il diritto di credito dei figli nei confronti del padre, dal momento che la costituzione di dote o donazione nuziale è da considerarsi un atto di liberalità da parte del genitore. A sostegno dell'introduzione giustiniana dell'obbligo di dotare, è rilevante sottolineare il riferimento al concetto di liberalità: esso ricorre per ben sei volte all'interno dell'intero testo⁴⁵⁴.

La riconduzione della costituzione della dote o della donazione alla mera *liberalitas* paterna si scontra con l'inciso richiamante le «*leges*» che impongono al padre tale compito: «*neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie*». Se la soluzione offerta dalla cancelleria imperiale può trovare fondamento nel dovere giuridico del padre di costituire la dote o la donazione nuziale ai propri figli, infatti, perché allora continuare a definire questo atto come liberalità? Il suddetto inciso mal si contestualizza all'interno del testo e, forse, non è inverosimile ipotizzare che sia stato introdotto soltanto nella versione di C.I. 5, 11, 7 presente nel *Codex repetitae*

⁴⁵⁴ Cfr. «*liberalitas autem paterna dotem vel ante nuptias donationem dare suggessit*»; «*ex sua liberalitate hoc fecisse intellegi*»; «*(e)t liberalitas itaque talis maneat vera et irrevocabilis et puro nomine liberalitas*»; «*ex suis debitis dixerit fecisse huiusmodi liberalitates*»; «*paternae liberalitati pro dote et ante nuptias donatione adgregare*».

praelectionis, a seguito della pubblicazione del Digesto, e che non fosse dunque presente nel testo originario della costituzione del 531⁴⁵⁵. In altre parole, si potrebbe trattare di un'aggiunta, inserita al fine di richiamare la disposizione introdotta con l'interpolazione di D. 23, 2, 19, oltre che da C.I. 1, 5, 12, 20 (a. 527)⁴⁵⁶ e C.I. 1, 5, 19, 3(1) (a. 529)⁴⁵⁷, con cui si era imposto ai genitori eretici di dotare, secondo le loro capacità patrimoniali, i figli ortodossi. Queste sarebbero dunque «*leges*» cui fa riferimento la costituzione⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Vd. anche CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., pp. 170-171 e n. 2 (= *Scritti giuridici*, cit., pp. 138-139 e n. 2). La possibilità di un'emendazione accorsa nel testo della costituzione non è presa invece in considerazione da ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., p. 243, che liquida la questione affermando – cosa certamente chiara anche a Castelli – che la pubblicazione del Digesto è successiva a quella di C.I. 5, 11, 7. È pacifico, invece, che il *Codex repetitae praelectionis* sia servito anche a omogeneizzare le disposizioni presenti nel *Codex vetus* con Istituzioni e Digesto, cfr. Const. Cordi 5 (a. 534): «... cuius scripturam ad similitudinem nostrarum institutionum et digestorum sine ulla signorum dubietate conscribi iussimus, ut omne, quod a nobis compositum est, hoc et in scriptura et in ipsa sanctione purum atque dilucidum clareat, licet ex hac causa in ampliorem numerum summa huius codicis redacta est...». Sul punto, per tutti, vd. A. M. GIOMARO, *Il Codex repetitae praelectionis. Contributi allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano*, Roma, 2001, pp. 53-54. Non è dunque escluso che ciò si sia potuto verificare su quelle costituzioni successive alla codificazione del 529 e precedenti alla pubblicazione del Digesto.

⁴⁵⁶ C.I. 1, 5, 12, 20: Αὐτοκράτορες Ἰουστινιανός καὶ Ἰουστινιανός ΑΑ. [...] Ἀλλὰ προῖκα ταῖς διὰ τοῦτο λευπηκυῖαις θυγατράσι καὶ τὰς πρὸ τῶν γάμων δωρεὰς τοῖς ἄρρεσιν, οἷς οὐδὲν ἕτερον ἐγκαλεῖν δύνανται τῶν ἐν τοῖς νόμοις ἀπηγορευμένων, ἐκ παντὸς ἐπιδιδότωσαν τρόπου, καθάπερ ὁ τῆς οὐσίας αὐτῶν λόγος ἐφήσει, καὶ συνοικίσει τὰς μὲν ἀνδράσι, τοὺς δὲ γυναιξὶ κατὰ τὸν νόμον, ὀρθοδόξοις μὲντοι προσώποις καὶ τοῦ πράγματος ἀξίοις. δεινὸν γὰρ καὶ παντελῶς ἀνόσιον τοὺς ἐν τοῖς ἄλλοις ἅπασιν ὑπὸ τῶν παίδων θεραπευομένους ἐκ τοιαύτης χαλεπαίνειν αὐτοῖς προφάσεως, ἣν ἀμείνους ἦσαν ζηλοῦντες, οὐκ ἀμυνόμενοι.

⁴⁵⁷ C.I. 1, 5, 19, 3(1): *Idem A. Demostheni pp.* [...] *Sed ne videamur morientibus quidem genitoribus liberis providere, viventibus autem nullam inferre providentiam, quod etiam ex facto nobis cognitum est, necessitatem imponimus talibus genitoribus orthodoxos liberos secundum sui patrimonii quantitatem alere et omnia eis praestare, quae ad quotidianam vitae conversationem sufficient: sed et dotes pro filiabus vel neptibus dare et ante nuptias donationes pro filiis vel nepotibus perscribere, in omni casu secundum vires patrimonii huiusmodi liberalitatibus aestimandis, ne propter divini amoris electionem paterna vel materna fuerint liberi provisione defraudati.*

⁴⁵⁸ Se da un lato è pacifico che tra queste “*leges*” rientrano C.I. 1, 5, 12, 20 e C.I. 1, 5, 19, 3(1), dall'altro, a seconda della tesi seguita circa il momento di introduzione dell'obbligo giuridico di dotare del *pater*, viene annoverata anche la *lex Iulia* o la costituzione di Severo e Caracalla (vd. *supra*). Che anche una disposizione presente nel Digesto venga definita genericamente “*lex*” per brevità espositiva non deve destare sospetti, come si è già visto *supra* (e vd., sempre, BIANCHI, *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, cit., pp. 135-138).

cc. *Esegesi di ulteriori fonti che sembrano confermare l'introduzione giustiniana dell'obbligo di dotare: D. 37, 6, 6 (Cels. 10 Dig.) e D. 38, 5, 1, 10 (Ulp. 44 ad ed.)*

Sempre a sostegno dell'introduzione giustiniana dell'obbligo di dotare paiono indirizzare altri passi del Digesto, che è certamente opportuno esaminare. Tra questi, D. 37, 6, 6, escerpito dal decimo libro dei *digesta* di Celso⁴⁵⁹:

Dotem, quam dedit avus paternus, an post mortem avi mortua in matrimonio filia patri reddi oporteat, quaeritur. occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet <et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet>. quid si filius a patre exheredatus est? existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi, nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltem habeat ex paternis, quod propter illum datum est.

La prima *questio* è la seguente: può un padre ripetere la dote costituita dal defunto avo paterno per la nipote alla morte di quest'ultima?⁴⁶⁰ Celso, al

⁴⁵⁹ La non genuinità del passo è stata sostenuta, in particolare, da CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., pp. 168-169 (= *Scritti giuridici*, cit., pp. 134-136) e dagli altri autori indicati nell'*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, a cura di E. Levy ed E. Rabel, Weimar, 1935, col. 39 (interpolazioni a D. 37, 6, 6), cui *adde*, in particolare, LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², cit., pp. 206-207 e CANNATA, v. *Dote (diritto romano)*, cit., p. 6 n. 33. *Contra*, tra gli altri, STELLA MARANCA, *Dos necessaria III*, cit., pp. 30-61 (pp. 112-143 dell'estratto); ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 256-258 e STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 51-54.

⁴⁶⁰ Teoricamente, soltanto «*dos a patre profecta ad patrem revertitur*» (Ep. Ulp. 6, 4). Una risposta negativa alla questione è stata data da Servio, Labeone e Giavoleno (D. 23, 3, 79 pr. [Lab. 6 post. a Iav. epit.]): *Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur. negat Servius dotem ad patrem reverti et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset*. Secondo BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 407 n. 1, «*quia nihil... habuisset*» sarebbe scorretta a causa di interpolazioni mal eseguite, poiché il diritto giustiniano aveva riconosciuto al *filius familias* la possibilità di detenere un patrimonio. Non mi sembra, tuttavia, che il passo con ciò collida: si nega solamente al genitore la possibilità di ripetere beni dotali alla cui costituzione non aveva partecipato. Le differenti opinioni si spiegano facendo appello a un contrasto giurisprudenziale o, forse, a due differenti ipotesi prese in considerazione dai giuristi: vd. C.-A. PELLAT, *Textes sur la dot traduits et commentés*², Paris, 1853, pp. 416-418, seguito da STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 53-54.

fine di formulare un *responsum*, si rifà all'«*aequitas rei*» e afferma che ciò che è stato dato dal nonno al posto del figlio è come se fosse stato dato direttamente dal figlio, poiché, per il nonno, l'*officium* nei confronti della nipote trova la propria ragione nell'*officium* che egli ha nei confronti del figlio. Si aggiunge poi: «e poiché il padre è tenuto a costituire una dote alla figlia, così è tenuto a farlo il nonno a causa del figlio per la nipote». La seconda *quaestio* attiene all'ipotesi di un figlio che sia stato diseredato: anche in tal caso il giurista gli riconosce la possibilità di ripetere i beni dotali.

Riccardo Astolfi, nel difendere la genuinità del passo, parla di “sillogismo”, ove la premessa maggiore sarebbe «il dovere del nonno nei confronti della nipote dipende dal dovere del padre nei confronti della figlia», la minore «il padre deve costituire la dote alla figlia», la conclusione «il nonno deve costituire a cagione del figlio la dote alla nipote» e il tutto formerebbe «una unità logica inscindibile»⁴⁶¹. Effettivamente, così potrebbe far pensare il ricorso alla struttura «*quippe... et quia... ideo*», se non fosse, però, che nel testo si dice «*filium*» e non «*filiam*» e la premessa maggiore deve dunque necessariamente essere così riformulata: “l'*officium* del nonno nei confronti della nipote dipende dall'*officium* del padre nei confronti del figlio” (ossia dall'*officium* del nonno stesso nei confronti di suo figlio, padre della fanciulla da dotare). Non si tratta, pertanto, di un sillogismo e “*dotem dare debere*” non è – e non può essere – la specificazione del contenuto dell'*officium* esistente tra padre e figlio, chiarito invece nell'ultima parte del passo, che affronta l'ipotesi della diseredazione⁴⁶². Il prendere in considerazione questo tema fa capire che alla base del menzionato *officium* del padre nei confronti del figlio

⁴⁶¹ Vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 256-258 (le citazioni sono a pp. 256-257).

⁴⁶² Le parole «*quid si filius... datum est*» sono state ritenute non genuine da CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., p. 169 (= *Scritti giuridici*, cit., pp. 135-136) in base a criteri formali. *Contra* STELLA MARANCA, *Dos necessaria III*, cit., pp. 57-60 (pp. 139-142 dell'estratto). Non mi sembra che gli indizi siano sufficientemente probanti un'interpolazione, tanto più che l'inciso serve a chiarire il contenuto dell'*officium* dell'avo nei confronti del figlio.

si trovavano i diritti di successione ereditaria, benché il giurista ritenga che anche il figlio diseredato, in questa particolare ipotesi, abbia diritto alla ripetizione dei beni dotali.

Tornando dunque alle parole «*et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet*», è evidente che queste non si ricollegano né alla preposizione precedente, né a quella successiva e che, pur con cautela, sembrano potersi considerare frutto di un'interpolazione⁴⁶³.

Sempre a sostegno dell'introduzione giustiniana dell'obbligo giuridico di dotare sembra indurre D. 38, 5, 1, 10 (Ulp. 44 *ad ed.*)⁴⁶⁴:

Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso, quod dotavit, non videtur fraudare patronum, quia pietas patris non est reprehendenda.

Ulpiano afferma che il liberto che dota la propria figlia non commette un'azione fraudolenta – e dunque impugnabile da parte del patrono –, perché non ci si deve opporre alla «*pietas patris*». L'imputazione della costituzione dei beni dotali da parte del *pater* a un mero atto di *pietas* consente allora di ipotizzare che, ai tempi del giurista, non vi fosse ancora un obbligo giuridico, che altrimenti sarebbe stato conveniente e opportuno richiamare. Si osservi, inoltre, che nel parallelo passo dei Basilici viene omessa la menzione alla *pietas* del padre: «Οὐ περιγράφει δὲ τὸν πατρὼνα προικίζων τὴν ἰδίαν θυγατέρα» (Bas. 49, 6, 1, 10) («*Non autem fraudat patronum, si filiam suam dotet*»)⁴⁶⁵.

Una contraddizione di fondo mi sembra rinvenirsi nelle parole di chi, nel difendere l'introduzione pregiustiniana dell'imposizione legislativa, sostiene che, nonostante il vincolo giuridico, la costituzione della dote fosse

⁴⁶³ Pur argomentando in maniera differente – e più convincentemente – rispetto ad Astolfi, STELLA MARANCA, *Dos necessaria III*, cit., pp. 30-61 (pp. 112-143 dell'estratto), non rileva la poca coesione delle parole indicate con il resto del testo.

⁴⁶⁴ Sulla genuinità del passo, vd. CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., pp. 136-137 (= *Scritti giuridici*, cit., pp. 169-170) e ZOZ DE BIASIO, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, cit., pp. 40-42.

⁴⁶⁵ Ed. Scheltema-van der Wal, A VI, p. 2314; ed. Heimbach, V, p. 32.

ancora sentita come un dovere morale e sociale⁴⁶⁶: quale sarebbe stato, allora, il valore e il significato pratico della legge che aveva imposto al *pater familias* l'obbligo di dotare?⁴⁶⁷

Anche per quanto concerne l'obbligo di dotare gravante su altre persone, infine, si consideri che soltanto Giustiniano obbligò la madre della sposa a dotare la figlia, e lo fece in una specifica ipotesi: nel caso in cui la fanciulla fosse stata ortodossa e la genitrice eterodossa⁴⁶⁸. Sul fratello, invece,

⁴⁶⁶ Vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 254-255, che – decisamente artificiosamente – distingue tra dovere del padre (di carattere etico-sociale) e potere-dovere del *pater familias* (di natura giuridica).

⁴⁶⁷ Altrettanto poco convincente la lettura di STELLA MARANCA, *Dos necessaria II*, cit., in specie, p. 37 (p. 67 dell'estratto), secondo il quale la *pietas*, così come l'*aequitas*, sarebbe stata intesa come un aspetto della *iustitia*. Circa la *pietas* nel rapporto tra genitori e figli, vd., recentemente, F. GORIA, *La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figli nel diritto romano fino all'Ecloga di Leone III*, in A. Pierluigi Zannini, *Scritti di diritto romano e giusantichistici*, a cura di F. Zuccotti e M. A. Fenocchio, Milano, 2018, p. 114 ss.

⁴⁶⁸ Cfr. C.I. 5, 12, 14 (a. 293): *Idem AA. et CC. Basilissae. Mater pro filia dotem dare non cogitur <nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa>: pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem. S. d. III non. Nov. Philippopoli AA. cons.* Il passo è ritenuto pacificamente non genuino: vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 266-267, che però limita l'interpolazione a «vel... expressa», così come STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 58-59. Per quanto riguarda le parole «vel lege specialiter expressa» l'indizio maggiore è dato da Sch. 3 a Bas. 29, 1, 101 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 2095; ed. Heimbach, III, p. 437), che rinvia a C.I. 1, 5, 19, 3(1). È tuttavia necessario estendere l'interpolazione anche ai termini «nisi ex magna... causa». Al di là delle spie formali (vd. CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano*, cit., p. 172 [= *Scritti giuridici*, cit., p. 140]) e delle altre lezioni riportate nei manoscritti del Codice (vd. KRÜGER, *Codex Iustinianus [editio maior]*, cit., p. 430 e LANDUCCI, *Inopportunità della distinzione della dote in necessaria e voluntaria nel diritto romano*, cit., p. 606 n. 20) che inducono a ricondurre tutto a una sola eccezione, è logico ritenere che il testo originario non potesse ammettere delle eccezioni alla statuizione “la madre non è obbligata a costituire la dote per la figlia”, perché, altrimenti, a queste si sarebbe fatto rinvio anche nel secondo periodo, relativo al divieto del padre di utilizzare i beni della madre a fini dotali.

non gravò mai un vincolo giuridico⁴⁶⁹, così come neppure la donna stessa venne mai obbligata a dotarsi⁴⁷⁰.

dd. Conclusioni

A seguito di una lettura critica delle fonti, sembra potersi affermare, con una certa probabilità, che il *pater familias* venne gravato dall'obbligo giuridico di dotare soltanto da Giustiniano. Non si dimentichi, a tal proposito, che l'imperatore giunse addirittura al punto di obbligare il padre, in caso di seconde nozze, alla costituzione di una dote pari a quella costituita in occasione del primo matrimonio⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Sembra che per il fratello fosse invece sentito come un dovere sociale dotare la sorella germana o consanguinea, cfr. D. 26, 7, 12, 3 (Paul. 38 *ad ed.*): *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, inprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.* Sul passo, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 267-269 e STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 59-63.

⁴⁷⁰ Le era però impossibile ripetere la dote già costituita, come si evince da D. 12, 6, 32, 2 (Iul. 10 *dig.*): *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 solum repeti non potest.* Su questo frammento, vd. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 258-262 e STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, cit., pp. 60-61. Qualora, invece, la donna desiderasse essere dotata e i suoi tutori non provvedessero in tal senso, ella poteva ricorrere al preside della provincia per obbligarli a costituire i beni dotali, cfr. C.I. 5, 37, 9 (a. 230): *Idem A. Melitiae. Si curatores habes hique dotare te bonis tuis cessant, adito praeside impetrabis, ut, quod moderatum est honestae personae, praestare cogantur.* PP. XVII k. Mai. Agricola et Clemente cons. Non condivisibile la lettura di ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., in ispecie pp. 262-263, che parla di un vero e proprio obbligo dei tutori di dotare, sviluppo, a suo parere, del provvedimento relativo al *pater familias* di Severo e Caracalla. In realtà, nella costituzione non si sta parlando di un generico obbligo dei tutori, ma della costrizione a dotare soltanto qualora la donna avesse voluto (è lei a dover agire e che "impetrat"). Diverso, invece, il tenore di Bas. 38, 9, 23 (ed. Scheltema-van der Wal, A V, p. 1731; ed. Heimbach, III, p. 757) e del relativo Sch. 1 di Teodoro (ed. Scheltema-Holwerda, B VI, p. 2256; ed. Heimbach, III, p. 757), ove non si fa più riferimento alla necessaria azione propulsiva della donna e che sembra dunque intendere un vero e proprio obbligo in capo ai tutori, controllato dai magistrati.

⁴⁷¹ Cfr. Nov. 97, 5: Ἐγράφη Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων <ὀρδιναρίων> καὶ πατρικίῳ. [...] Ἐπειδὴ δὲ ἤδη νόμον ἐγράψαμεν, ὥστε τὸν πατέρα ἅπαξ ἐπιδόντα προῖκα ὑπὲρ θυγατρὸς ὑπεξουσίας, ἢ αὐτεξουσίας μὲν, τὴν δὲ

ἐπανάδοσιν εἰς ἑαυτὸν πεπονηκότα ****, ἐζητήθη παρά τισιν, εἰ προσήκόν ἐστι τελευτήσαντος τοῦ γαμβροῦ καὶ ἐπανελθούσης εἰς τὸν πατέρα τῆς παρ' αὐτοῦ δεδομένης προικὸς ταύτην τὸν πατέρα τὸν ἅπαξ ἐπιδεδοκότα δύνασθαι εἰς δευτέρους ἀφικνουμένης τῆς παιδὸς γάμους ἐλαττοῦν, ἢ τοῦτο μὴ ποιεῖν, ἐνθυμούμενον ὡς ἅπαξ ἐκπεποιήται τῆς αὐτοῦ περιουσίας, ἀλλὰ τῷ αὐτῷ μέτρῳ αὐτῇ γαμουμένη πάλιν διδόναι, ὡσπερ ἂν εἰ μὴδὲ ἔτυχε χηρέυσασα. τοῦτο γὰρ νῦν ἡμῖν προσηγγέλθη, ὅτι τριάκοντα χρυσίου λιτρῶν πατήρ τις ἐπέδωκε προῖκα, εἶτα τῆς θυγατρὸς χηρευθείσης καὶ δευτέροις ὁμιλησάσης γάμοις οὐκ ἔτι τὰς τριάκοντα ταύτας ἐπέδωκεν, ἀλλὰ πεντεκαίδεκα μόνον, ἐπειδήπερ ἔτυχεν ἡ γυνὴ κερδάνασα τὸ ἡμισυ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς μέρος ἐν πεντεκαίδεκα χρυσίου λίτραις ὄν, καὶ ὁ πατήρ οὐκ ἔτι ἐκ τῶν ἑαυτοῦ τὰς τριάκοντα ἐπέδωκε λίτρας, ἀλλὰ πεντεκαίδεκα μὲν αὐτός, πεντεκαίδεκα δὲ ἐκ τοῦ κέρδους τῆς γυναικός. οὐ δίκαιον τοίνυν ἡγησάμεθα τοῦτο καθεστάναι, ἀλλ' ὁμοίως ἐν τῇ διανομῇ ἔχειν μὲν αὐτὴν ἐξαιρετον τὸ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς κέρδος, ἐκ δὲ τῶν πατρῶων τὰς πεντεκαίδεκα λαβεῖν τὰς λειπομένας, ὡς σπεύσαντος τοῦ πατρὸς ἀδικῆσαι τὴν θυγατέρα. τί γὰρ ἂν ἐπραξεν, εἰ μὴ συνέβη δευτέροις αὐτὴν ὁμιλῆσαι γάμοις, ἀλλὰ μεῖναι τὸν αὐτοῦ γαμβρὸν περιόντα; ἢ πῶς ἡμελλεν ἐλαττοῦν τὴν προῖκα τὴν ἤδη παρ' αὐτοῦ δεδομένην, ἢ τὸ ἴδιον αὐτῆς κέρδος οικειοῦσθαι καὶ εἰς προῖκα τοῦ δευτέρου ἀνδρὸς ἄγειν; καίτοι δέον αὐτὴν ἐν παραφέρνοις ταῦτα ἔχειν, καὶ ἴσως διὰ ταύτην τὴν αἰτίαν εὐπορωτέρῳ συνοικεῖν ἀνδρὶ, οὐ μόνον τριάκοντα λιτρῶν κυρίαν γινομένην, τῶν τε πεντεκαίδεκα τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς καὶ τῶν πεντεκαίδεκα τῶν παρὰ τοῦ πατρὸς ἐπιδεδομένων, ἀλλὰ πέντε καὶ τεσσαράκοντα, τοῦ μὲν ἐν παραφέρνοις αὐτῇ καθεστῶτος τοῦ παρὰ τῆς τύχης αὐτῇ δεδομένου κέρδους, τοῦ δὲ ἐκ φιλοτιμίας πατρῶας ἐπιδεδομένου καὶ μένοντος ἀκεραίου. ταῦτα δὲ νομοθετοῦμεν, εἴπερ καὶ ἡ τοῦ πατρὸς περιουσία μείνει ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ σχήματος ἐφ' οὗπερ πρότερον ἦν. εἰ γὰρ τυχηρά τις περιστάσις ἐλαττώσειεν αὐτῷ τὴν οὐσίαν, ὥστε μὴδὲ βουλομένῳ γενέσθαι δυνατόν ἰσόμετρον τῇ προτέρῳ δοῦναι πάλιν προῖκα, καὶ ἀποδεικνύοιτο σαφῶς τὰ τῆς τυχηρᾶς ἐλαττώσεως τῆς οὐσίας τοῦ πατρὸς, τῆνικαὶ μὴ πλεῖον ἀναγκάζεσθαι τὸν πατέρα διδόναι τὴν θυγατέρα ζευγνύοντα, εἰ μὴ καθ' ὅσον ἢ τῆς περιουσίας αὐτοῦ δύναται δύναμις· ἀλλὰ τὸ μὲν κέρδος τῆς προτέρας προγαμιαίας δωρεᾶς ἔχειν ἀκέραιον, τοσαύτην δὲ λαμβάνειν παρὰ τοῦ πατρὸς κατὰ δευτέραν τάξιν προῖκα ὅποσιν ἂν τὸ τῆς οὐσίας αὐτοῦ μέτρον ὑπογράψει. πρόδηλον γὰρ ὡς τοῦτο τὸ κέρδος (τὸ ἐκ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς φάμεν, οὗπερ μόνον αὐτῷ τὴν χρῆσιν δίδομεν) ἐκ πάσης ἀνάγκης τελευτῶν ἀποκαταστήσει τῇ παιδί τῇ καὶ τῆς δεσποτείας τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς κυρία πᾶσι τρόποις γινομένη. [...] Dat. kal. Decemb. <imp.> dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Trad. Auth.: *Idem Aug. Iohanni pp. per Orientem secundo. [...] Quia vero iam legem scripsimus, ut patres semel offerentes dotem pro filia sub potestate, aut suae quidem potestatis, reversionem autem in semet ipsam facientem, quaesitum est apud aliquos, si competens est moriente genero et remeante ad patrem dote quae ab eo data est, hanc patrem semel offerentem posse ad secundas veniente filia nuptias minuere, aut hoc non facere, cogitantem quia semel alienata est ab eius substantia, sed ipsa mensura ei nubenti rursus dare, tamquam si nec contigisset viduatam. Hoc enim nobis nuntiatum est, quia triginta librarum auri quidam pater existens obtulit dotem, deinde filia viduata et ad secundas veniente nuptias non iam triginta ipse obtulit, sed quinque et decem solas, quoniam contigerat mulierem lucrata mediam antenuptialis donationis partem in quinque et decem auri libris existentem, et pater nequaquam de suo obtulit triginta libras, sed quinque quidem et decem ipse quindecim vero ex lucro mulieris. Non iustum igitur aestimavimus hoc esse, sed similiter in divisione habere quidem eam praecipuum antenuptialis donationis lucrum, ex paternis autem quinque et decem percipere reliquas, tamquam studuerit pater laedere filiam. Quid enim egerat, si non contigisset secundis eam nuptiis copulari, sed manere eundem generum vivum? aut quomodo futurus erat minuere dotem iam a se datam, aut proprium illius lucrum suum facere et in dotem secundi viri deducere? cum utique oporteret eam in paraphernis haec habere, et forsitan propter hanc causam ditiori nubere viro, non solum triginta librarum dominam factam, et quindecim antenuptialis donationis et quindecim a patre oblati, et non quadraginta et quinque, lucro quidem in paraphernis ei constituto a*

Se in precedenza era naturale, infatti, che il padre fornisse alla figlia i beni dotali per adempiere a un dovere morale – con il solo vincolo dell'irrepetibilità della dote già costituita⁴⁷² –, il nuovo contesto economico e sociale su cui ci si è già ampiamente soffermati⁴⁷³ minò questo sentire e indusse il legislatore a intervenire. Ed è proprio questo, probabilmente, il più forte elemento a sostegno dell'introduzione giustiniana dell'obbligo di dotare: il calzante inquadramento dell'intervento giuridico nel suo coevo contesto storico-sociale (così come qui rappresentato). Al di là delle – sempre discutibili – esegesi dei passi.

*fortuna ei dato, quod autem ex largitate paterna oblatum est manente integro. Haec autem sancimus, si et patris substantia manserit in ipsa figura in qua prius fuit. Sin autem fortuita quaedam clades minuerit ei substantiam, ut neque volenti sit possibile aequae mensurae quam prius dare rursus dotem, et probetur aperte fortuita diminutio substantiae patris, tunc non amplius cogi patrem dare secundo filiam iungentem nisi in quantum substantiae virtus est; sed lucrum quidem prioris antenuptialis donationis habere integrum, tantum vero percipere a patre in secundo ordine dotem quantum substantiae eius mensura susceperit. Palam enim est quia hoc lucrum (quod ex antenuptiali dicimus donatione, cuius solum ei usum damus) ex omni necessitate moriens restituet filiae proprietatis antenuptialis donationis dominae omnibus modis factae. [...] Dat. kal. Decemb. <imp.> dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII (a. 539). Su questa fonte, vd. G. VIARENGO, *Il caso e la legge in Nov. 97, 5*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 6 (2007). Non è però accoglibile la tesi dell'Autrice (§ 2), secondo cui la costituzione a cui viene fatto riferimento all'inizio del paragrafo («Ἐπειδὴ δὲ ἤδη νόμον ἐγράψαμεν... ****») potrebbe essere C.I. 5, 11, 7. Corretto è invece il rinvio di R. SCHOLL e G. KRÖLL, *ad hh. ll.*, a C.I. 5, 13, 1, 13 (e 14) (a. 530), che tratta proprio della successiva ed eventuale ripetizione della dote da parte del padre: vd. *infra*.*

⁴⁷² Cfr. D. 23, 3, 46, 2 (Iul. 16 dig.): *Pater etiamsi falso existimans se filiae debitorem esse dotem promississet, obligabitur*. Sul passo vd., ampiamente, ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, cit., pp. 250-254. Come detto, similmente era disciplinata l'*obligationem ad dotandum* della donna stessa: vd. *supra*.

⁴⁷³ Della crisi dell'istituto dotale si è detto *supra*.

2. C.I. 5, 13, 1 E LA RESTITUZIONE LEGALE E CONVENZIONALE DELLA DOTE

Il 1° novembre 530 (o, probabilmente, 531)⁴⁷⁴, Giustiniano promulgò una costituzione, indirizzata «*ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales*» e destinata a modificare radicalmente il sistema restitutorio legale (e convenzionale) della dote⁴⁷⁵.

La sua rilevanza, oltre che dalle parole dello stesso imperatore («*Rem in praesenti non minimam adgredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam*»), è sottolineata anche formalmente, essendo essa *constitutio unica* all'interno del titolo XIII *de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita* del V libro del Codice⁴⁷⁶.

Il testo è particolarmente lungo e complesso, e risulta suddiviso in ben sedici paragrafi, alcuni dei quali meritano di essere analizzati con particolare attenzione.

C.I. 5, 13, 1 : *Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales. Rem in praesenti non minimam adgredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam, tam super rei uxoriae actione quam ex stipulatu, earum communionem et differentias resecantes et in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae ius, quod dignum esse valere censemus, concludentes. 1. Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. 1a. Eodemque modo et si inutiliter facta est stipulatio: adiuvari enim eam magis quam evanescere*

⁴⁷⁴ Secondo KRÜGER, *Codex Iustinianus (editio maior)*, cit., p. 439 n. 1, la costituzione sarebbe postdatata al 531, come riportato nella *subscriptio* della *lex iungenda* C.I. 4, 29, 25. La postdatazione troverebbe conferma, in effetti, nel conseguente migliore accordo con le disposizioni contenute in C.I. 7, 31, 1 e C.I. 7, 40, 3 (entrambe del 531): vd. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., p. 251 n. 88 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, cit., p. 174 n. 88) e LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 186 n. 85.

⁴⁷⁵ Si tratta di un *unicum* all'interno del *Codex Iustinianus*, al cui vastissimo bacino di ricezione si eguaglia solamente – e addirittura – quello della nota costituzione *Tanta* (C.I. 1, 17, 2 [a. 533]), diretta «*ad senatum et omnes populos*».

⁴⁷⁶ C.I. 5, 13, 1 viene richiamata in due luoghi delle Istituzioni: in I. 2, 8 pr., dove si ricordano le modifiche apportate alla *lex Iulia* (da C.I. 5, 13, 1, 15-15b) e in I. 4, 6, 29, in cui, nell'ambito dell'elencazione dei giudizi di buona fede, si rievoca il nucleo essenziale della riforma in materia di restituzione di dote (cfr. C.I. 5, 13, 1, 1-1c e 2-2a). Sul punto, vd. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 184-188 e pp. 539-542.

oportet. si enim, cum una in instrumento stipulatio valida inveniatur, et aliis inutilibus suam noscitur praestare fortitudinem, quare non ex nostra lege huiusmodi stipulationibus robur accedat legitimum? est enim consentaneum nobis, qui censemus, et ubi supposita stipulatio non est, intellegi eam fuisse adhibitam, multo magis etiam, si inutilis est, validam eam effici. 1b. Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarum rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventicia sive profecticia sit secundum veteris iuris nominationem. 1c. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis possit adferre praeiudicium, cum nos illis et ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induximus providentiam. si enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelleguntur et inutiles stipulationes emendantur, sic in posterum causa inveniatur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis iuris confectis. 1d. Et nemo putet nos haec sancire in his tantummodo dotibus, quae instrumentis receptae sunt: nihil enim prohibet, etsi sine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, simili modo intellegi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta. et natura quidem ex stipulatu actionis haec intellegatur, re uxoria in posterum cessante.

Dopo aver brevemente sottolineato la rilevanza della riforma che si va ad attuare, inerente a quasi ogni campo del diritto, il discorso entra in *medias res*⁴⁷⁷. Si prescrive, quindi, che venga superata ogni similitudine e ogni differenza tra l'*actio rei uxoriae* e l'*actio ex stipulatu*, riconducendo «*totum rei uxoriae ius*» – ritenuto «*dignum*»⁴⁷⁸ – al regime della seconda. In tal

⁴⁷⁷ Secondo F. GORIA, *Bona fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 244 n. 10 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, cit., p. 412 n. 10), un confronto con gli ampi proemi presenti nelle Novelle provrebbe l'amputazione di un preambolo, che sarebbe stato presente soltanto nella versione originale.

⁴⁷⁸ Questo limite (che «*quod*» sia un pronome relativo viene confermato da Bas. 29, 1, 119 [ed. Scheltema-Van der Wal, A IV, p. 1475; Heimbach, III, p. 449]) non è presente in I. 4, 6, 29 («*omne ius, quod res uxoria ante habeat*»). Ancora, nel § 2a, si specifica di voler mantenere, dell'*actio rei uxoriae*, solamente ciò che è «*optimum*» e caratterizzato da «*pulchritudine*».

maniera, la stipulazione, anche se di fatto non redatta, è da considerarsi come se lo fosse stata (qualora, invece, una *stipulatio* sia realmente stata posta in essere, questa manterrebbe la sua validità). Nasce così una nuova azione, – impropriamente – denominata “*actio ex stipulatu*”⁴⁷⁹.

Con l’esplicito scopo di “*plenius dotibus subvenire*”, viene altresì introdotta un’ipoteca legale tacita sui beni del marito a favore della donna, ai fini della restituzione della dote⁴⁸⁰ e, viceversa, sui beni della donna a favore del marito per la costituzione della stessa dote e il rischio di evizione, tanto in presenza di *dos profecticia* quando di *dos adventicia*⁴⁸¹. Anche in tal caso si tratta di una finzione legale, volta a evitare i possibili pregiudizi causati dall’«*imperitia*» e dalla «*rusticitas*» degli uomini e che non necessita quindi, per la sua validità, della redazione di strumenti dotali.

In questi anni, la cancelleria imperiale risulta particolarmente impegnata nel prevedere e perfezionare delle azioni per la salvaguardia dell’integrità e per la restituzione dei beni dotali. Precedono C.I. 5, 13, 1, 1b-1d, infatti, C.I. 5, 12, 29 (a. 528), che, nel caso di ipoteca convenzionale sui beni del consorte a garanzia della dote (e della donazione nuziale e dei beni extradotali), aveva concesso alla donna, in caso di *inopia* del marito in costanza di matrimonio, un’*actio hypotecaria* sul patrimonio di

⁴⁷⁹ I riferimenti all’*actio rei uxoriae* presenti nei testi di età del Principato vennero sistematicamente sostituiti dai compilatori con l’espressione “*actio dotis*” o “*actio de dote*”, contraddicendo così le direttive di Giustiniano (vd. M. MARRONE, *Per la traduzione italiana del Digesto sui nomi delle azioni*, in *Atti del Convegno di Studi “Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano” (Sassari 22-23 novembre 1996)*, a cura di F. Sini e R. Ortu, Milano, 2001, p. 107 n. 1 [= *Scritti giuridici*, II, a cura di G. Falcone, Palermo, 2003, p. 749 n. 1]): vd. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., col. 49 (interpolazioni a D. 23, 3). Circa ipotizzati (e smentiti) ricorsi pregiustiniani all’espressione “*actio de dote*”, vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 16 n. 3.

⁴⁸⁰ L’ipoteca si intende estesa anche sugli stessi beni dotali eventualmente alienati dal marito: vd. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 241-243 e pp. 280-281 (= *Diritto romano d’oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, cit., pp. 164-166 e pp. 203-204).

⁴⁸¹ Sulla distinzione tra *dos profecticia* e *dos adventicia* si è già dato conto *supra*, ma vd. anche *infra*.

quest'ultimo⁴⁸², e C.I. 5, 12, 30 (a. 529)⁴⁸³, che risulta esserne parzialmente assorbita⁴⁸⁴. Quest'ultima costituzione, infatti, aveva concesso alla donna, allo scioglimento del matrimonio, un'*actio in rem* al fine di poter recuperare i beni dotali *extantes*, nonché – in alternativa – un'*actio hypothecaria* sugli

⁴⁸² C.I. 5, 12, 29: *Imp. Iustinianus A. Meneae pp. Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus et mulier sibi prospicere velit resque sibi suppositas pro dote et ante nuptias donatione rebusque extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti et super his ad iudicium vocatae exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca creditorem secundum praestamus, sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium super isdem hypothecis aliquam actionem secundum legum distinctionem moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse easdem res vindicare vel a creditoribus posterioribus vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo esset dissolutum, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat: ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habeant, abutatur. 1. Creditoribus scilicet mariti contra eum eiusque res, si quas postea forte adquisierit, integra sua iura habentibus: ipsis etiam marito et uxore post matrimonii dissolutionem super dote et ante nuptias donatione pro dotalium instrumentorum tenore integro suo iure potituris. D. III. id. Dec. dn. Iustiniano A. II. cons.* Alla donna era comunque fatto divieto di alienare i beni ed ella aveva l'obbligo di destinare i frutti al sostentamento suo, del marito e dei figli. Su tale costituzione, per tutti, vd. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 206-218 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, cit., pp. 129-141), che si sofferma, in particolare, sul poco chiaro rapporto tra questa *actio hypothecaria* e – l'allora ancora esistente – *actio rei uxoriae*.

⁴⁸³ C.I. 5, 12, 30: *Idem A. Demostheni pp. In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiores causas in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio. non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. 1. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intellegantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur. 2. Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta sive per decem sive per viginti annorum curricula seu per triginta vel quadraginta annorum metas sive ex alio quocumque tempore maiore vel minore introducta, ea mulieribus ex eo opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis ex quo hoc eis infortunium illatum esse claruerit, cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere iam nostra lege humanitatis intuitu definitum est: ficti divortii falsa simulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda. Recitata septimo in nono consistorio Palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons.*

⁴⁸⁴ Così GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 242-243 n. 70 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, cit., pp. 165-166 n. 70), seguito da LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 187.

stessi⁴⁸⁵. Successivamente, nel 531, la cancelleria imperiale era intervenuta nuovamente, con C.I. 8, 17(18), 12, 4(1), al fine di rendere l'*actio ex stipulatu* privilegiata e stabilirne la pozziorità rispetto a tutti gli altri creditori ipotecari del marito⁴⁸⁶. Nel complesso, si tratta di una serie di disposizioni che, assieme alla più complessa C.I. 5, 13, 1, sono volte alla realizzazione di un unico disegno normativo, in cui i beni dotali costituiscono una preziosa risorsa da tutelare nella loro interezza e appartenenza⁴⁸⁷.

2. *Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.* 2a. *Et omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sui natura exercens: si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praesenti specialiter ei addimus, ut sit et nova ista ex stipulatu quam composuimus et non propria tantum, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata.*

All'*actio ex stipulatu* viene attribuita la natura di *actio bonae fidei*, che viene detta essere propria già dell'*actio rei uxoriae*⁴⁸⁸. È interessante

⁴⁸⁵ Per un'analisi di C.I. 5, 12, 30 e del rapporto tra le varie azioni, vd., per tutti, GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 218-241 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, cit., pp. 141-164).

⁴⁸⁶ C.I. 8, 17(18), 12, 4(1): *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. [...] Ad haec omnia respicientes et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus subvenientes, et omnia in unum colligentes sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituendam dedimus cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* D. V. k. Dec. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis. vv. cc. Per un'analisi, vd. ancora GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 247-250 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, cit., pp. 170-173), che a seguire (p. 250 ss. [p. 173 ss.]) traccia un quadro complessivo dell'interazione tra tutti questi mezzi processuali.

⁴⁸⁷ Similmente GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, cit., pp. 298-299 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, cit., pp. 221-222).

⁴⁸⁸ Ma sul punto, vd. anche quanto detto *supra* e vd., in specie, VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., p. 111 ss. e n. 274. Secondo L. TRIPPICIONE, *L'actio rei uxoriae e l'actio ex stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto di Giustiniano*, Ancona, 1920, pp. 129-130, questa natura accedrebbe alla nuova azione in base al concetto di *reverentia* coniugale, «genuina creazione di Giustiniano» (su cui *infra*). Denotano, a tal proposito, una configurazione dell'azione in base a considerazioni di carattere sostanziale, C. LONGO, *Il criterio giustiniano della "natura actionis"*, in *Studi di diritto romano, di diritto*

notare l'espressione «*novam naturam de dote stipulatio sibi inventit*», che sembra sottolineare come il legislatore si sia limitato a normare un mutamento già verificatosi nella realtà dei fatti⁴⁸⁹.

È opportuno considerare cumulativamente i §§ 4 e 6 in quanto affini dal punto di vista tematico.

4. *Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores et sine mora transmissionis incorruptum.*

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 heredes mulieris ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit sive ex hac lege inesse intellegatur.*

Qui la cancelleria imperiale specifica che, in caso di morte della moglie, i suoi successori avranno il diritto di esercitare l'azione per la restituzione dei beni dotali, fatto salvo l'intervento di appositi patti. In precedenza, questa facoltà era limitata alla sola ipotesi in cui il marito fosse già stato costituito in mora e l'azione già legittimamente intentata (oppure egli avesse ucciso la moglie)⁴⁹⁰.

moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja in XXV anniversario del suo insegnamento, I, Milano, 1905, pp. 609-614 e GORIA, *Bona fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici*, cit., p. 243 e n. 8 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, cit., p. 411 e n. 8).

⁴⁸⁹ GORIA, *Bona fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici*, cit., pp. 247-263 (= *Diritto romano d'oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, cit., pp. 415-431), richiama sul punto il commento di Taleleo alla premessa della costituzione riportato in Sch. 1 a Bas. 29, 1, 119 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 2106; Heimbach, III, p. 449), ove racconta dell'esistenza di due tipi di *stipulationes* realizzate al fine di ripetere la dote: una definita “ἡ ἐπερώτησις βουλγαρία” (“*stipulatio vulgaris*”), che comportava la restituzione dei beni secondo il regime proprio dell'*actio ex stipulatu*, e una avente “ἕτερα νόμια” (“*alia iura*”) modellata sul regime dell'*actio rei uxoriae* esercitata dal padre della donna. Sul passo, da ultimo e ampiamente, vd. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., pp. 207-210. Secondo Gorla, questa seconda *stipulatio* costituirebbe la premessa alla riforma di C.I. 5, 13, 1. Valore diverso attribuisce alla testimonianza BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., p. 358, secondo il quale Taleleo si sarebbe limitato a un «zu didaktischen Zwecken fingierte(s)[n] Beispiel[es]». G. ROTONDI, *Natura contractus*, in *BIDR*, 24 (1911), p. 7, parimenti considera il legislatore unico artefice della nuova natura della *stipulatio dotis*.

⁴⁹⁰ Dei limitati diritti dei successori sui beni dotali della defunta si è già dato conto *supra*.

5. *Taceat in ea retentionum verbositas. quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto?* 5a. *Vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iuri mederi?* 5b. *Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium.* 5c. *Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.* 5d. *Ne varium genus culpa mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum iam etiam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum fuerit matrimonium, quid fieri oportet.* 5e. *Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio.* 5f. *Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.*

Col § 5 si procede ad abolire il “*verbosus*” sistema delle *retentiones*, già superato, per quanto riguarda le *retentiones* “*pecuniarie*”, da appositi strumenti giuridici aventi i medesimi risultati⁴⁹¹. In particolare, in sostituzione della *retentio propter res donatas*, si suggerisce di esperire un’*actio in rem* (eventualmente *utilis*) o la *condictio*, mentre al posto della *retentio propter res amotas*, l’*actio rerum amotarum*⁴⁹². Più complesso il discorso con riguardo alle ritenzioni dovute a spese: mentre le *impensae necessariae* già operavano *ipso iure* – ed erano dunque estranee al sistema delle *retentiones ex dote* –⁴⁹³, le *impensae utiles* potevano essere rimborsate, a seconda che vi

⁴⁹¹ Sull’abrogazione dell’articolato sistema delle *retentiones*, vd. anche G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, pp. 141-142.

⁴⁹² Sul rapporto tra *retentio propter res amotas* e *actio rerum amotarum*, vd. quando detto *supra*.

⁴⁹³ In merito al significato (e alla genuinità) in età del Principato dell’espressione “*ipso iure*”, vd. *supra*. Superate le posizioni più risalenti, tra cui quella di G. CENERI, *Lezioni su temi del jus familiae*, Bologna, 1881, p. 243 e SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*,

fosse o meno la *voluntas mulieris*, rispettivamente per mezzo di un'*actio mandati* o di un'*actio negotiorum gestorum*; per le *impensae voluptuariae* veniva in aiuto, invece, il *ius tollendi*, istituto di marcatura giustiniana⁴⁹⁴, che permetteva di separare le opere aggiunte qualora esse non danneggiassero il bene principale.

7. *Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori ilico et in solidum fieri iubebat, rei uxoriae autem annua bima trima die in his quae pondere numero mensura consistunt exactionem pollicebatur, et non in solidum, sed quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuit substantiam, in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut, si matrimonium fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponenda, quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc*

cit., pp. 455-456, i quali parlano, a tal proposito, di sopravvivenza del sistema delle *retentiones* per il caso di doti costituite da *species*.

⁴⁹⁴ Cfr. D. 24, 1, 45 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 25, 1, 9 (Ulp. 36 *ad Sab.*) e D. 30, 43, 1 (Ulp. 21 *ad Sab.*). Ormai senza seguito le più radicali posizioni di chi ha ritenuto si trattasse di una vera e propria innovazione giustiniana: così, ad esempio, PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*², II.1, cit., pp. 383-384; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 39 e ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 124; similmente, anche E. NARDI, *Testi in origine relativi alla ritenzione?*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947, pp. 382-385. La dottrina maggioritaria sostiene, infatti, che questo diritto era già precedentemente conosciuto, anche se alcuni profili non sono ancora del tutto pacifici. Per un quadro del dibattito in materia, vd., tra gli altri, M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustiniano*, in *RISG*, 49 (1911), pp. 232-241; RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., pp. 445-507 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 247-299); LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, cit., pp. 228-275 e ID., *D. 6.I.27.5. Le droit de retention et le «ius tollendi»*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, cit., pp. 97-103; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 502-503; G. MELILLO, *Tignum iunctum*, Napoli, 1964, p. 86 ss.; B. W. FRIER, *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton, 1980, p. 159 ss. e n. 232; G. MACCORMACK, *Ius tollendi*, in *BIDR*, 85 (1982), pp. 77-99 e BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, cit., pp. 54-55. Recentemente, con sistematica ricognizione bibliografica, vd. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGRO, *Las impensas en el derecho romano clásico*, cit., pp. 199-204. In particolare, per quanto concerne la sfera dotale, sebbene sia da rigettare la poca cauta posizione di RICCOBONO, *op. cit.*, p. 483 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 279 ss.), che, di fatto, ascrive ai compilatori l'applicazione del *ius tollendi* all'ambito dotale, mi pare perlomeno possibile affermare che Giustiniano ha permesso un più agevole ricorso all'istituto, sistematizzandolo all'interno della disciplina delle spese per i beni dotali: così anche MELILLO, *op. cit.*, in specie p. 93 e GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGRO, *op. cit.*, pp. 200-204.

restituere procuret. 7a. Exactio autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se moventibus vel incorporalibus: ceteris videlicet rebus quae solo continentur ilico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis. 7b. Sin autem supersederit res mobiles vel se moventes vel incorporales post annale tempus restituere vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fidei introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis, similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris restituendis.

Il § 7 attiene all'oggetto e alle tempistiche per la restituzione dei beni dotali. Secondo il dettato della costituzione, sopravvive il *beneficium competentiae*, che si giustifica facendo ricorso alla «*reverentia uxoris*»⁴⁹⁵, ma a questo viene aggiunto un importante correttivo. Per accedervi, infatti, è necessario prestare una cauzione di eventuale integrazione di quanto dovuto alla condizione che «*ad meliorem fortunam pervenerit*»⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Il concetto di “*reverentia*” coniugale è tipicamente giustiniano. In argomento, vd. P. P. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la “reverentia”, tra coniugi in diritto romano. Parte prima. L’esclusione dell’“actio furti”, tra coniugi e l’“actio rerum amotarum”, in RISG, 42.1 (1906), pp. 1-80 (esistente anche come estratto autonomo: Pinerolo, 1909) e ID., *Il divieto delle azioni famose e la “reverentia”, tra coniugi in diritto romano. Parte seconda. L’esclusione delle azioni famose diverse dall’“actio furti”, e le altre applicazioni dell’obbligo di “reverentia”, tra coniugi, cit., pp. 3-57 e pp. 237-302 (pp. 3-124 dell’estratto), in ispecie sul nuovo fondamento del *beneficium competentiae* pp. 273-279 (pp. 95-101 dell’estratto). Anche secondo GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², cit., p. 62, il ricorso a questo concetto costituirebbe un «innegabile motivo di politica legislativa di Giustiniano», dal momento che, nell’ottica dei giuristi del I sec., la limitazione alla condanna del marito trovava differente ragion d’essere (ovvero nella *societas* realizzatasi tra i coniugi, dunque in un trattamento che somigliava a quello del socio convenuto con l’*actio pro socio* [vd. pp. 61-67]). Sul punto, vd. anche TRIPICCIÓN, *L’actio rei uxoriae e l’actio ex stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto di Giustiniano*, cit., p. 135, il quale parla del passaggio del *beneficium competentiae* da conseguenza dell’obbligo dotale a conseguenza basata su considerazioni personali.**

⁴⁹⁶ Il *beneficium* si è visto essere stato esteso anche al *pater familias* del marito e ai figli comuni della coppia (vd. *supra*): sono dunque propensa a ritenere che anche questi soggetti dovessero prestare la menzionata garanzia, benché nel testo si faccia espresso riferimento al solo marito (così anche in Bas. 29, 1, 119 [ed. Scheltema-Van der Wal, A IV, p. 1476; Heimbach, III, p. 454]).

Si restringono, inoltre, i termini per la restituzione della dote. Si prevede che quest'ultima debba essere riconsegnata entro un anno qualora sia costituita da beni mobili, semoventi o incorporali, e immediatamente se da beni immobili. Qualora non venga rispettata la tempistica prescritta, dovranno essere versati gli interessi del quattro per cento⁴⁹⁷ dei beni mobili, nonché i frutti nel frattempo prodotti dagli immobili, così come affitti, noli di bastimento e di giumenti, opere di servi, *quaestus annonarum civilium* (occasionalità elargizioni di pan cotto) e simili⁴⁹⁸.

8. *Igitur et in sequenti capitulo sua ex stipulatu actio utatur natura, ut, si mulier a marito fuerit heres instituta et legis Falcidiae ratio emerit, etiam dotis debitum liceat ei sicuti alia debita ex substantia mariti subtrahere et sic quartam partem deducere.*

Similmente a quanto previsto per il *legatum dotis* (e *pro dote*) e il *legatum earum rerum quae uxoris causa emptae paratae sunt*⁴⁹⁹, nel § 8 si escludono dal calcolo della quarta Falcidia i beni dotali oggetto di restituzione (nel caso in cui la donna fosse istituita erede dal marito).

9. *Cumque ex stipulatu actio in his casibus quos enumeravimus propriam habeat naturam, necessarium est in sequenti tractatu ea exponere, quae vel communia sunt utriusque actionis, quae in solam ex stipulatu actionem colligi oportet, vel propria quidem rei uxoriae actionis, exinde autem ex stipulatu actioni accommodanda. 9a. Itaque partus dotalium ancillarum, id est quae aestimatae non sunt, vel quae servi dotalis ex quacumque causa nisi ex re mariti vel operis suis adquisierint, ad mulierem pertinere utraque actio similiter voluit. 9b. Fetus autem iumentorum et omnia quae fructuum nomine continentur ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive aestimata sive non aestimata sint. 9c. Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utrique*

⁴⁹⁷ L'unità di misura era, infatti, l'usura oncia, che era pari alla dodicesima parte della centesima e all'uno per cento. La «*tertiam partem centesimae*» equivaleva, dunque, al quattro per cento: vd. G. PANTANO, *Della usura e della mora secondo il diritto romano*, in *L'eco dei tribunali. Sezione seconda, Giornale di Giurisprudenza civile*, 14 (nn. 688-689) (8 e 15 marzo 1864), pp. 75-76 (esistente anche come estratto autonomo: Venezia, 1864, pp. 12-13).

⁴⁹⁸ Sui termini di restituzione della dote, vd. anche BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 503-504.

⁴⁹⁹ Dell'esclusione di questi tipi di legato dal calcolo della quarta Falcidia si è detto *supra*.

parti adsignari commune utriusque actionis est, in rebus scilicet non aestimatis. aestimatarum enim rerum maritus quasi emptor et commodum sentiat et dispendium subeat et periculum expectet.

Il § 9 prende in considerazione una disciplina comune a entrambe le azioni e già esaminata con riguardo all'*actio rei uxoriae*. Come si è visto⁵⁰⁰, allo scioglimento del matrimonio, le accessioni erano di proprietà della moglie. A tal proposito, si menzionano, in particolare, i parti delle schiave dotali⁵⁰¹ – ovviamente non oggetto di *aestimatio venditionis causa* – e tutti gli acquisti compiuti dai servi dotali che però non avessero riguardato beni del marito o loro opere. Di contro, i frutti prodotti *constante matrimonio* – si richiamano, in ispecie, i feti dei giumenti – rimanevano in ogni caso al marito (o ai suoi eredi o al suo *pater familias*). Si accenna, infine, al regime di ripartizione dei frutti dell'ultimo anno di matrimonio, da assegnarsi in proporzione della durata delle nozze (fatto sempre salvo il caso della *dos aestimata venditionis causa*)⁵⁰².

10. *Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris vel nurus in familiae herciscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis praestanda.*

⁵⁰⁰ La disciplina che era già in vigore è stata esaminata *supra*.

⁵⁰¹ È nota la diatriba sorta tra i giuristi romani in merito alla qualificazione giuridica del parto della schiava. A prevalere era stata l'opinione di Bruto, che aveva negato la natura di *fructus* al figlio della schiava: cfr. Cic., *de fin.* 1, 4, 12; D. 22, 1, 28, 1 (Gai. 2 *rer. cott.*) (= I. 2, 1, 37) e D. 7, 1, 68 pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*). In argomento, vd., tra gli ultimi, F. ZUCCOTTI, «Partus ancillae in fructu non est», in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi), Padova, 2001, pp. 185-326; V. DI NISIO, Osservazioni in tema di partus ancillae, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, cit., pp. 1493-1517; R. QUADRO, 'Hominum gratia', in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XVIII Convegno Internazionale in onore di Remo Martini*, Roma, 2012, pp. 39-54 (= *Studi in onore di Remo Martini*, III, cit., pp. 273-288) e, sotto un differente profilo, C. BEDUSCHI, *Il «ius controversum» fra razionalità e giustizia*, in *Rivista di Diritto Romano*, 10 (2010), pp. 18-20.

⁵⁰² La questione della divisione dei frutti prodotti dai beni dotali nell'ultimo anno di matrimonio è stata particolarmente discussa dalla dottrina del secolo scorso: vd. quanto detto *supra* (ove riferimenti alla principale letteratura).

La costituzione prosegue con il § 10, in cui si specifica che è necessario che il marito (o il suocero), chiamato all'eredità del padre (al quale era stata data la dote perché ancora avente *potestas*), presti cauzione ai coeredi per la detrazione della dote della moglie (o della nuora) dal patrimonio ereditario.

11. *Videamus igitur, quali incremento ei de rei uxoriae actione accedente formare decet ex stipulatu actionem. cumque iuris certi et indubitati est, si parens per virilem sexum adscendens dote pro filia vel nepte praestita emancipaverit eam vel ipse decesserit, in rei uxoriae actione dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etsi fuerit exheredata (quod non erat in ex stipulatu actione: ibi etenim velut aliae actiones in omnes heredes actio dividebatur), aequissimum nobis visum est et in ex stipulatu actione mulierem dotem suam praecipuam accipere, etsi emancipata vel exheredata sit vel cum aliis heredibus scripta.*

12. *Quo a nobis recepto et aliae multae species promptum accipiunt exitum, cum dos possit et de inofficioso actionem excludere, maxime si sufficit ad quartam, et in collationem ferri, si intestatus pater familias decesserit, et testamento facto, quando hoc testator dixerit. quae omnia ex stipulatu actio a rei uxoriae actione accipit.*

Si passa dunque a considerare quali aspetti del regime propri dell'*actio rei uxoriae* sono da trasmettersi alla nuova azione. Tra questi, il fatto che alla donna divenuta *sui iuris*, la cui dote era stata costituita dal proprio *pater familias*, spettava l'*actio rei uxoriae* anche qualora fosse stata diseredata o si trovasse a essere coerede (viceversa, nella precedente *actio ex stipulatu*, l'azione veniva divisa tra tutti gli eredi). Ne consegue che, qualora il valore dei beni dotali avesse raggiunto la quarta parte del patrimonio del *de cuius*, sarebbe stata preclusa alla donna l'esperibilità della *querela inofficiosi testamenti*. Ella, inoltre, poteva essere tenuta alla *collatio dotis* qualora il padre fosse morto intestato o fosse stato da lui previsto nel testamento⁵⁰³.

⁵⁰³ Sulla *collatio dotis* dell'emancipata, per tutti, vd. K. PAPAKONSTANTINO, *Die collatio dotis. Mitgift und Miterben-Auseinandersetzung im römischen Recht*, 1998, Köln-Weimar-Wien, pp. 92-93.

13. *Accedit ei et alia species a rei uxoriae actione. si quando etenim extraneus dotem dabat nulla stipulatione vel pacto pro restitutione eius in suam personam facto, quisquis is fuerat, mulier habebat rei uxoriae actionem: quod antea in ex stipulatu actione non erat. stipulatione autem vel pacto interposito stipulator vel is qui paciscebatur habebat vel ex stipulatu vel praescriptis verbis civilem actionem.* 13a. *In praesenti autem non sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus est vel pactum fecerit, tunc praesumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat.* 13b. *Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, ne, quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur. immo magis in huiusmodi dotibus, quae ab extraneis dantur vel promittuntur, ipsa mulier videatur fecisse tacitam stipulationem, nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit vel stipulatus, cum donasse magis mulieri quam sibi aliquid ius servasse extraneus non stipulando videtur.* 13c. *Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem et in potestate dotandam personam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.*

Il § 13 affronta la questione della restituzione di dote costituita da un “*extraneus*”, ovvero chiunque non fosse ascendente in linea maschile avente patria potestà sulla donna⁵⁰⁴.

Un problema attinente – presente anche in C.I. 5, 14, 9, 4-5⁵⁰⁵ – era già stato affrontato dalla cancelleria imperiale nel marzo del 530, con C.I. 5, 12, 31 pr.-2⁵⁰⁶. Qui Giustiniano aveva preso in considerazione il caso in cui

⁵⁰⁴ Questa precisazione (§ 13c) è stata ampiamente presa in considerazione da coloro che hanno ritenuto essere stato introdotto da Giustiniano il necessario requisito della *patria potestas* al fine di poter definire la dote “*profecticia*” e poterla ripetere al momento della morte della figlia. Sul punto, vd. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., pp. 418-432, con richiami alla dottrina più risalente, nonché SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, cit., p. 22. Ampiamente anche BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 413-417 e pp. 478-480. Circa il concetto di “*extraneus*”, vd., in particolare, A. GUARINO, “*Extraneus*”, in ZSS, 61 (1941), pp. 378-396 (in ispecie pp. 379-381).

⁵⁰⁵ I §§ 3, 4 e 5 della costituzione di Leone (già richiamata *supra*) sono probabilmente di mano compilatoria, vd. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, cit., p. 263 e n. 2, che prosegue a p. 264 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 1115 e n. 72, che prosegue a p. 1116), seguito da SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, cit., pp. 105-106 n. 116.

⁵⁰⁶ C.I. 5, 12, 31 pr.-2: *Idem A. Iuliano pp. Cum quidam dotes pro mulieribus dabant sive matres sive alii cognati vel extranei, recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant: cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur et huiusmodi fortuitus casus evenisset, ipsa mulier utpote a se non facta donatione propter hoc, quod*

fosse stata costituita la dote da parte di un estraneo senza che vi fosse stata *insinuatio*. Qualora la donna avesse concluso una *stipulatio* inerente alla restituzione dei beni dotali in caso di morte del marito⁵⁰⁷, ella si sarebbe trovata nella condizione di non poter provare l'avvenuta donazione e dover dunque cedere l'azione per la restituzione della dote o gli stessi beni dotali all'estraneo. La cancelleria imperiale affermava dunque la non necessarietà dell'*insinuatio* e stabiliva che, in mancanza di un espresso accordo predisposto a tal proposito dall'estraneo, alla donna spettava la restituzione dei beni dotali, agisse ella in base a una *stipulatio* o con l'*actio rei uxoriae*⁵⁰⁸.

Tornando a quanto riportato da C.I. 5, 13, 1, 13, secondo il precedente regime, qualora la dote fosse stata costituita da un *extraneus* e con lui fossero intercorsi *stipulationes* o *pacta de restituendo*, allo scioglimento del matrimonio egli avrebbe goduto della corrispondente *civilem actionem ex stipulatu vel praescriptis verbis*⁵⁰⁹ sui beni dotali (è l'ipotesi della c.d. *dos recepticia*⁵¹⁰). Diversamente, nel caso in cui nulla fosse stato così pattuito, la

monumenta deerant, necessitatem habebat actiones huiusmodi casus ad eum qui dotem dedit per cessionem transferre vel ipsas res reddere: et ita inveniebatur forsitan post prolixam matrimonii annorum curricula et liberos forte editos infelix mulier indotata. 1. Sancimus itaque, in huiusmodi omnibus casibus nullis monumentis rem indigere, sed in omni persona ratas esse huiusmodi donationes et mulierem dotem suam ipsam habere, cum fortuitus casus hoc lucrum ei addiderit, et firmiter hoc apud eam permanere, nisi ipse, qui ab initio dotem dederit, sibi dari huiusmodi casum stipulatus est: tunc etenim, cum neque ab initio suspicio aliqua liberorum concurrat, sed sibi omnem rem ille qui dotem dedit pepigerit, huiusmodi tractatus habere locum non potest. 2. Atqui in aliis omnibus casibus, in quibus ipse non stipulatus est, tristitia suae mulier hoc proprium habeat solacium per actionem dotis. [...]
D. XII k. April. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.

⁵⁰⁷ Questo è il significato da attribuire all'espressione «*fortuitus casus*», anche sulla base del riferimento alla *tristitia* della donna. Così già IACOBI CUIACII IC. *Tolosatis Opera Ad Parisiensem Fabrotianam Editionem Diligentissime Exacta in tomos XI. distribuita auctiora atque emendatiora. Pars posterior. Tomus Nonus. (Ad Lib. V. Codicis. Recitationes solemnes. Ad Tit. XII. De iure dotium. Ad L. ult.)*, cit., col. 449. Similmente BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, I, cit., pp. 64-66.

⁵⁰⁸ In merito alla qui sottintesa qualificazione della costituzione di dote da parte di terzo come donazione, vd. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, cit., p. 264 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 1116 ss.).

⁵⁰⁹ In merito all'*actio praescriptis verbis* e alla negazione della sua classicità, vd. di recente, per tutti, L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, p. 72 ss., con ampia ricognizione dottrinale.

⁵¹⁰ Cfr. D. 39, 6, 31, 2 (Gai. 8 *ad ed. provinc.*) ed Ep. Ulp. 6, 5. È discussa la genuinità del termine: vd. la già menzionata tesi di ALBERTARIO, «*Adventicius*», cit., pp. 503-516 (= *Studi*

donna avrebbe potuto agire per mezzo dell'*actio rei uxoriae* e acquisire definitivamente la dote.

Giustiniano ritiene opportuno introdurre la presunzione che, in ipotesi di costituzione di dote da parte di terzo, «*mulier ipsa stipulationem fecisse*», riconoscendole, in ogni caso, la restituzione dei beni, fatti salvi espliciti accordi dell'*extraneus* in suo favore⁵¹¹. Diverso, invece, è il regime che la cancelleria prevede per il *parens*, al quale viene riconosciuta una «*tacitam ex stipulatu actionem*» e garantito il suo interesse economico sui beni dotali. La previsione è da ritenersi attinente a ogni ipotesi di scioglimento del matrimonio, dunque anche in caso di morte del marito⁵¹².

14. *Et hoc ex rei uxoriae actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum est. si quando etenim post solutum matrimonium dos a patre petebatur, si quidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere: et si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus et si lis contestata esset, ad filiam quasi proprium patrimonium dos revertebatur. 14a. Quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim et solus exactionem habebat consensu filiae non expectato et, si decedebat, ad suos heredes transmittebat. sed rei uxoriae ius et in ex stipulatu actionem transponere satis humanum, satis pium, satis utile matrimonii est.*

di diritto romano, I, *Persone e famiglia*, cit., pp. 283-291) e ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, cit., pp. 87-99. In ispecie, vd. anche S. SOLAZZI, «*Servus recepticius e dos recepticia*», in *SDHI*, 5 (1939), p. 225 (= *Scritti di diritto romano*, IV, (*Ultimi scritti - Glosse a Gaio - «Notae»*), Napoli, 1972, pp. 514-515).

⁵¹¹ È nella mancata stipulazione del terzo a proprio favore – e non come in C.I. 5, 12, 31 pr.-2 nella stessa costituzione di dote – che si realizza la donazione a favore della donna: vd. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, cit., pp. 271-272 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 1124-1125).

⁵¹² Per l'inclusione di entrambe le ipotesi, vd. anche SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 423 e n. 1. Pare circoscrivere la fattispecie alla sola ipotesi di divorzio BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, II, cit., p. 374, criticato già da A. VON SCHEURL, nella sua recensione a Bechmann, in *KritV*, 11 (1869), p. 329. La lezione di Cuiacio, che escludeva l'ipotesi di morte della donna, includeva anche quella di morte del marito: vd. IACOBI CUIACII IC. *Tolosatis Opera Ad Parisiensem Fabrotianam Editionem Diligentissime Exacta in tomos XI. distribuita auctiora atque emendatiora. Pars posterior. Tomus Nonus. (Ad Lib. V. Codicis. Recitationes solennes. Ad Titul. XIII. De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus praestita. Ad §. Accedit ei, §. Extraneum, §. Et hoe.)*, cit., col. 485. Vd. anche *infra*.

Nel successivo § 14 si afferma ritenersi maggiormente “*humanus*”⁵¹³, “*pius*” e “*utilis*” ai matrimoni l’estensione dell’istituto dell’*adiuncta filia familias* alla nuova azione, che per l’appunto per essere esperita necessitava anche del consenso della donna *alieni iuris* e che si è visto essere precedentemente afferente alla sola *actio rei uxoriae*⁵¹⁴.

16. *Illud etiam generaliter praesenti addere sanctioni necessarium esse duximus, ut, si qua pacta intercesserint vel pro restitutione dotis vel pro tempore vel pro usuris vel pro alia quacumque causa, quae nec contra leges nec contra constitutiones sunt, ea observentur.* 16a. *Sin autem repudio matrimonium fuerit dissolutum, omnia iura, quae ex Theodosiana vel nostra lege descendunt, immutilata custodiantur.* 16b. *Simili modo ea, quae Anastasiana legi pro his quae bona gratia separantur enumerata sunt, firma illibataque permaneant.* 16c. *Et generaliter quidquid sacratissimis constitutionibus vel libris prudentium cautum est, quod non contrarium huic legi inveniatur, et hoc in sua maneat firmitate et ex stipulatu actioni adgregetur, licet in re uxoria tractatum est.* 16d. *Quae omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quae post hanc legem datae fuerint vel promissae vel etiam sine scriptis habitae: instrumenta enim iam confecta viribus suis carere non patimur, sed suum expectare eventum. D. k. Nov. Lampadio et Oreste cons.*

La chiusa della costituzione fa salvi i patti non contrari a *leges* – termine che qui indica la giurisprudenza⁵¹⁵ – o *constitutiones* (si menzionano, in particolare, quelle attinenti allo scioglimento del matrimonio in seguito a ripudio [C.I. 5, 17, 8 (a. 449) e C.I. 5, 17, 10 (a. 528)] o di comune accordo [C.I. 5, 17, 9 (a. 497)]). È a ogni modo evidente che C.I. 5, 13, 1 ha introdotto delle nuove disposizioni volte a limitare fortemente l’autonomia dei privati in materia di restituzione dotale. D’altronde, in età giustiniana, a differenza di quanto visto in età tardoantica, questa circoscrizione venne ulteriormente

⁵¹³ Circa il concetto di *humanitas* giustiniana, sono riportate *infra* alcune indicazioni sulla relativa letteratura.

⁵¹⁴ Dell’istituto dell’*adiuncta filia familias* si è dato conto *supra*.

⁵¹⁵ Si è già fatto riferimento a questa accezione del termine in età tarda (vd. *supra*): vd., sul punto, sempre BIANCHI, *Iura-leges. Un’apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, cit., pp. 135-138.

rafforzata grazie all'introduzione del generale principio *condicio mulieris pacto deterior fieri non potest*⁵¹⁶. Si prevede quindi, genericamente, che la restante disciplina attinente all'*actio rei uxoriae* non richiamata, ma a questa legge non contraria, sia propria della nuova azione. Infine, viene fatto salvo il contenuto degli *instrumenta* conclusi prima dell'entrata in vigore della legge.

Al termine di questa lunga esegesi si rendono necessarie alcune considerazioni in merito alle novità introdotte da C.I. 5, 13, 1. Benché sulla qualificazione giuridica della nuova azione siano state espresse delle valutazioni, sotto il profilo strettamente tecnico, particolarmente critiche⁵¹⁷, è innegabile che essa ha profondamente agevolato la donna nella fase restitutoria dei beni dotali, restringendo di molto l'autonomia dei privati in materia.

La qualificazione della nuova azione si realizza attraverso una ponderata compenetrazione di tre differenti nuclei normativi: facendo accedere disposizioni proprie dell'*actio ex stipulatu*, nonché previsioni caratterizzate da una profonda portata innovativa, il regime dell'*actio rei uxoriae* viene raffinato con lo spirito giustiniano del *favor uxoris* e assume

⁵¹⁶ Così in base ai risultati cui è pervenuta l'indagine di BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, cit., pp. 157-184, che si è già detto aver correttamente ascritto il principio alla mano dei compilatori (vd. *supra*). L'Autore ha definitivamente dimostrato essere alterati, infatti, il passo in cui si dichiara invalida l'*aestimatio dotis* svantaggiosa per la donna (cfr. D. 23, 3, 6, 2 [Pomp. 14 *ad Sab.*]), così come quelli in cui si dichiara invalida la sfavorevole *permutatio dotis* avvenuta dopo il matrimonio (cfr. D. 23, 3, 26 [Mod. 1 *reg.*]; D. 23, 4, 21 [Iul. 17 *dig.*] e D. 23, 4, 29 pr. [Scaev. 2 *resp.*]). Nel complesso, rimanevano dunque validi i soli patti *ut dos periculo mulieris sit* (cfr. D. 23, 4, 6) e *de non reddenda dote liberis intervenientibus* – quest'ultimo, tra l'altro, si è detto, senza effetto nei confronti della vedova, essendo da ricollegarsi alla *retentio propter liberos* (vd. *supra*) (e che si è comunque detta abrogata da C.I. 5, 13, 1, 5c).

⁵¹⁷ In particolare, in dottrina si sono disapprovate le modalità di realizzazione della nuova azione giustiniana. D. K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, Berlin, 1892 (rist. anast. Aalen, 1955), p. 86 n. 213, la definisce «völlig principlos» e C. LONGO, «*Natura actionis*, nelle fonti bizantine», in *BIDR*, 17 (1905), pp. 80-81, parla di «una mostruosità dal punto di vista classico» (p. 81). Critico anche BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 477.

– impropriamente – una nuova denominazione, quella di “*actio ex stipulatu*” (o, più genericamente, “*actio de dote*” o “*actio dotis*”).

I vantaggi previsti, che si realizzano tanto nel caso in cui la restituzione della dote debba avvenire interamente in base al regime legale, quanto nell’ipotesi in cui i beni dotali siano oggetto di apposite stipulazioni, sono di indubbia rilevanza per quanto attiene alla situazione patrimoniale della moglie⁵¹⁸. Tra questi, spiccano quelli che possiamo definire di “assoluta innovazione”, ovvero in precedenza non conosciuti da alcuna delle due azioni. Si pensi alla previsione di una cauzione per un’eventuale e integrale restituzione della dote nel caso di ricorso al *beneficium competentiae*, all’accorciamento dei termini di restituzione, all’obbligo di versare gli interessi nel caso di mancata tempestiva riconsegna, all’abolizione del sistema delle *retentiones* (sostituite dal più gravoso onere di esperimento delle singole azioni).

Come si è già osservato con riferimento alla previsione dell’ipoteca legale tacita a favore della donna, C.I. 5, 13, 1 rappresenta una delle tessere del complesso mosaico normativo giustiniano in materia dotale e, di esso, certamente costituisce il tassello fondamentale, quello più chiaro ed esemplificativo della nuova concezione dell’istituto⁵¹⁹ e del corrispondente orientamento del legislatore.

⁵¹⁸ Divorziata e superstite. Benché il legislatore tenga come principale riferimento l’ipotesi di scioglimento del matrimonio mentre i coniugi sono entrambi in vita, le disposizioni della costituzione sono da ritenersi applicabili anche in caso di morte del marito: cfr. C.I. 8, 37, 13 (a. 530), che aveva previsto la trasmissibilità ereditaria di tutte le stipulazioni agli eredi (dunque anche quelle concluse dal marito superstite con la donna inerenti alla dote), sulla quale vd., da ultima, V. CASELLA, *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, Milano, 2018, pp. 136-142.

⁵¹⁹ In tale contesto, vd. TRIPPICIONE, *L’actio rei uxoriae e l’actio ex stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto di Giustiniano*, cit., p. 126 ss., che sottolinea i caratteri orientali della riforma, in particolare l’uso provinciale di far ricorso a particolari convenzioni aventi forma stereotipa.

3. LA RESTITUZIONE TESTAMENTARIA DELLA DOTE

Giustiniano introdusse rilevanti novità anche per quanto riguarda la disciplina dell'*edictum de alterutro*.

C.I. 5, 13, 1, 3a: *Sciendum itaque est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum est testatorem, qui non hoc addidit, voluisse eam utrumque consequi.*

Benché l'imperatore affermi di voler «cessare» l'editto, in realtà, egli sembra essersi limitato a introdurre una presunzione contraria rispetto a quella precedentemente stabilita. Come si è detto, l'*edictum* poneva in alternativa tra loro il diritto nascente da un lascito testamentario *pro dote* e l'esperibilità dell'azione per il recupero dei beni dotali⁵²⁰. Come si può desumere da C.I. 5, 13, 1, 3a, precedentemente vigeva la presunzione che, ove non chiaramente espresso, il lascito del marito fosse da ritenersi volto a tacitare l'interesse della donna alla restituzione della dote. In pratica, nel dubbio, il *legatum* del marito era da considerarsi *pro dote*.

Giustiniano introdusse la presunzione contraria: a meno che il marito non avesse precisamente disposto in tal senso, era necessario ritenere che «*voluisse eam utrumque consequi*». Questa lettura è confermata dalle parole contenute in Sch. 10 a Bas. 29, 1, 119: «Ἀπὸ γὰρ τῶν ἐναντίων εἰσήγαγε τὴν πρόληψιν ἢ διάταξιν» («*Ex contrariis enim praesumptionem induxit constitutio*»)⁵²¹. Si tratta, dunque, di un'ulteriore disposizione a netto vantaggio della moglie, in tal caso della sola vedova.

⁵²⁰ Sulla disciplina pregiustiniana dell'*edictum de alterutro*, vd. quanto detto *supra*.

⁵²¹ Ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 2108 = Sch. 7 a Bas. 29, 19, 119 in ed. Heimbach, III, p. 451. Da rigettarsi dunque l'interpretazione della riforma di Giustiniano di PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, cit., in specie pp. 86-88, secondo il quale l'imperatore si sarebbe limitato a restringere la possibilità di prova delle intenzioni del testatore ammettendola solamente per mezzo di esplicita affermazione, mentre in precedenza poteva essere dimostrata con ogni mezzo (così secondo l'Autore in base a D. 33, 4, 2 pr., sul cui significato vd. però *supra*).

III. LA DONAZIONE NUZIALE

1. IL REGIME GIUSTINIANEO DELLA DONAZIONE NUZIALE E PREVISIONI A FAVORE DELLA VEDOVA

Prima di procedere con l'analisi del regime della destinazione della donazione nuziale allo sciogliersi del matrimonio in età giustiniana, è necessario prendere in considerazione gli interventi legislativi promulgati dalla cancelleria imperiale che, pur indirettamente e in misura minore, possono aver comunque avuto dei risvolti sulla situazione patrimoniale della moglie superstite. Anche in tal caso, infatti, non può essere taciuto il generale quadro normativo in cui si collocarono le riforme che più strettamente attengono al nostro tema: la loro contestualizzazione si rende necessaria al fine di comprendere l'orientamento del legislatore in materia, nonché il loro completo significato dispositivo. È doveroso, quindi, dar conto delle riforme giustiniane più rilevanti in materia di donazione nuziale.

La cancelleria imperiale intervenne a più riprese per disciplinare la questione dell'*insinuatio*, onerosa formalità che, come si è già visto, nel caso in cui fosse stata omessa – talora anche dolosamente – impediva alla donna di appropriarsi della donazione nuziale e della stessa dote, nel caso in cui vi fosse stata *donatio in dotem redacta*. Proprio per semplificare la disciplina e far fronte a tale problema, si è visto che già Teodosio II pose a 200 solidi la soglia oltre la quale tale formalità risultava necessaria⁵²².

In un contesto di generale agevolazione alle donazioni⁵²³, Giustiniano portò tale limite dapprima a 300 e, in seguito, a 500 solidi⁵²⁴. Questo rimedio,

⁵²² Cfr. C.Th. 3, 5, 13 (sulla quale *supra*).

⁵²³ Sul punto, per tutti, vd. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, cit., p. 272 ss. e KASER, *Das römische Privatrecht*², II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, cit., p. 397.

⁵²⁴ Cfr. C.I. 8, 53(54), 34 pr.-1b: *Idem A. Demostheni pp. Sancimus omnem donationem sive communem sive ante nuptias factam usque ad trecentos solidos cumulatam non indigere monumentis, sed communem fortunam habere, ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in huiusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias*

tuttavia, dovette essere presto corretto: la cancelleria imperiale continuava a ricevere lamentele da parte di donne frodate dai rispettivi mariti che avevano ommesso di compiere l'*insinuatio* al fine di rendere le donazioni «*ineffectae*».

*donationes. [...] 1b. His insuper ante nuptias donationibus, quae in adultas minores sui iuris constitutas cuiuscumque summae procedunt, secundum veterum legum scita, et nisi actis intervenientibus corroboratae sunt, suam retinentibus firmitatem. [...] Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons. (a. 529). Cfr. C.I. 8, 53(54), 36, 3 (a. 531): Idem A. Iohanni pp. [...] Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione quingentos usque ad solidos valituris. hoc etenim tantummodo ad augendas huiusmodi donationes addendum esse ex praesenti lege decernimus: anteriore tempore nostra lege praecedente moderando, qua usque trecentos solidos factae donationes et sine insinuatione firmitatem obtinere iussae sunt. D. XV K. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (a. 531). C.Th. 3, 5, 13 viene solo parzialmente riportata in C.I. 5, 3, 17 e, in particolare, di essa si conserva esclusivamente la parte in cui si prevede un regime di completa esenzione dell'*insinuatio* nei confronti della sposa minore e *sui iuris*. Risulta dunque nuovamente necessaria la *traditio*, abolita appunto da C.Th. 3, 5, 13. Sul punto e su questa legislazione, in particolare, vd. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, cit., pp. 134-136 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., pp. 57-59) e LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 168.*

È questa l'*occasio legis* di C.I. 5, 3, 20⁵²⁵, risalente al novembre del 533⁵²⁶, con la quale Giustiniano concesse la possibilità di costituire la

⁵²⁵ C.I. 5, 3, 20: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Cum Cum multae nobis interpellationes factae sunt adversus maritos, qui decipiendo suas uxores faciebant donationes, quas ante nuptias antiquitas nominavit, insinuare autem eas actis intervenientibus supersedebant, ut ineffectae maneat et ipsi quidem commoda dotis lucrentur, uxores autem sine nuptiali remedio relinquuntur, sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem. 1. Quare enim dotem quidem et constante matrimonio mulier marito dare conceditur, donationem autem marito nisi ante nuptias facere non permittitur? et quae huius rei differentia rationabilis potest inveniri, cum melius erat mulieribus propter fragilitatem sexus quam maribus subveniri? 2. Sicut enim dos propter nuptias fit et sine nuptiis quidem nulla dos intellegitur, sine dote autem nuptiae possunt celebrari, ita et in donationibus, quas mariti faciunt vel pro his alii, debet esse aperta licentia et constante matrimonio talem donationem facere, quae quasi antipherna possit intellegi et non simplex donatio. ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant. 3. Si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio, quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto dabitur? 4. Sancimus itaque omnes licentiam habere sive priusquam matrimonia contraxerint sive postea donationes mulieribus dare propter dotis dationem, ut non simplices donationes intellegantur, sed propter dotem et propter nuptias factae. simplices etenim donationes non propter nuptias fiunt, sed propter nuptias vetitae sunt: et propter alias causas et libidinem forsitan vel unius partis egestatem, non propter ipsam nuptiarum adfectionem efficiuntur. 5. Si igitur dote iam praestita maritus nulla ante nuptias facta donatione donare mulieri res maluerit, ita tamen, ut dotis quantitatem non excedant, et hoc ipsum significaverit, quod non simplicem faciat donationem, sed propter dotem iam conscriptam et ipse ad donationem venerit, licebit ei hoc facere et supponatur pactis dotalibus huiusmodi donatio. et si quidem hoc fuerit specialiter expressum, pacta conventa servari oportet. 6. Sin autem donatio quidem talis facta sit, utpote autem dotali instrumento antecedente nulla pacta tali donationi post nuptias inserantur, re ipsa videatur esse hoc pactum, et secundum dotalia conventiones intellegantur et in tali donatione pacta fuisse conventa, ut aequis passibus utraque ambulet tam dos quam donatio. 7. Ita tamen, ut Leoniana constitutio, quae super exaequatione pactionum loquitur non in quantitate, sed in partibus, maneat in his casibus intacta, et non solum ea immutilata custodiatur, sed etiam nostra, quam de interpretatione eius fecimus ambiguitatem eius tollentes: disparibus etenim pactionibus factis maiorem lucri partem ad minorem deducendam esse censemus, ut eodem modo uterque minorem partem lucretur. 8. Similique modo si facta quidem fuerit talis donatio, quae antea quidem ante nuptias vocabatur, nunc autem propter nuptias, non autem ante nuptias fuerit actis intervenientibus insinuata, licebit et constante matrimonio eam insinuare, nullo obstaculo penitus ex nuptiarum interventu faciendo: si enim fieri eas post nuptias concedatur, multo magis insinuari. 9. Similique modo et ea constitutio, quam pro augendis tam dotibus quam ante nuptias donationibus fecimus, intacta illabataque conservetur: omnibus videlicet, quae de simplicibus donationibus inter maritum et uxorem constante matrimonio vel a veteribus vel a nobis statuta sunt, in suo robore duraturis. La riforma è richiamata in I. 2, 7, 3. In argomento, vd. ampiamente LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 171-177, nonché ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, in *Contributi di diritto giustiniano*, cit., pp. 99-126 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, a cura di F. M. D'Ippolito, Napoli, 2007, pp. 1473-1496). Vd. anche G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino (9 luglio 518 - 1 agosto 527)*, in *SDHI*, 37 (1971), pp. 152-158. Su C.I. 5, 3, 20, vd. anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 227-232.*

donazione anche a seguito della conclusione delle nozze, similmente a quanto previsto per la dote e nei limiti quantitativi di questa⁵²⁷. Ciò rese dunque possibile che anche il compimento dell'*insinuatio* potesse realizzarsi *constante matrimonio*. La previsione, che deve essere inquadrata in quel generale processo di parallelizzazione tra dote e donazione nuziale che interessò il diritto romano più tardo⁵²⁸, è animata dall'intento di favorire le destinatarie ultime della donazione nuziale, dal momento che si andò a porre fine al precedente regime discriminatorio nei confronti delle donne, le quali, in quando "sesso debole", necessitavano maggiore protezione («*et quae huius rei differentia rationabilis potest inveniri, cum melius erat mulieribus propter fragilitatem sexus quam maribus subveniri?*»)»⁵²⁹. Contestualmente, al fine di evitare un'incongruenza logica, la disposizione rese necessaria una modifica

⁵²⁶ Manca la *subscriptio* della costituzione e la sua datazione risulta dunque incerta. KRÜGER, *Codex Iustinianus (editio maior)*, cit., p. 408, suggerisce un intervallo di tempo compreso tra il 531 e il 532, ma il *terminus ante quem* è sicuramente da spostarsi al 21 novembre 533, data di pubblicazione delle Istituzioni. Alla luce del diffuso ricorso all'espressione "*ante nuptias*" nelle fonti normative del *Codex repetitae praelectionis* (vd. subito *infra* nel testo), LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, cit., pp. 113-118 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, cit., pp. 1485-1490), colloca l'intervento della cancelleria a ridosso di quello di pubblicazione del testo istituzionale. Sul punto, vd. anche FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 228-229 n. 42, che tuttavia non tiene conto del ricorrere della nuova terminologia – pur con molteplici incertezze – nella legislazione novellare: su questo ultimo aspetto, vd., ampiamente, LUCHETTI, *op. cit.*, pp. 119-125 (= *φιλία*, cit., pp. 1491-1495).

⁵²⁷ La concessione era stata parzialmente anticipata da C.I. 5, 3, 19 pr.-1 di Giustino – probabilmente in coreggenza con Giustiniano –, come ricordato anche in I. 2, 7, 3 (pur colorita da toni propagandistici), con la quale si rendeva possibile aumentare e costituire la donazione nuziale a seguito delle nozze qualora si aumentasse anche l'importo della dote. Sul punto e in tal senso, vd. LUCHETTI, da ultimo in *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, cit., pp. 102-106 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, cit., pp. 1476-1479). Vd. anche BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino (9 luglio 518 - 1 agosto 527)*, cit., pp. 144-146 e pp. 152-158, la quale, invece, ipotizza che C.I. 5, 3, 19 sia frutto dell'unione di due differenti testi normativi, uno di Giustino e uno di Giustiniano.

⁵²⁸ Sull'assimilazione dei due istituti, vd. *supra*.

⁵²⁹ La "*fragilitas sexus*" è un motivo ricorrente nelle fonti giustiniane. Per un'analisi dei molteplici termini presenti nelle fonti implicanti una forma di "debolezza" femminile, vd. J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4^e-7^e siècle)*, I, *Le droit impérial*, Paris, 1990, pp. 11-16.

terminologica: all'istituto venne assegnato il nome di “*donatio propter nuptias*”, da sostituirsi a quello di “*donatio ante nuptias*”⁵³⁰.

Nel diritto delle Novelle, infine, dapprima si prevede un rimedio ben più drastico e si resero valide *tout court* tutte le donazioni nuziali effettuate senza *insinuatio* (Nov. 119, 1 [a. 544]); in seguito, si tornò al vecchio regime della soglia dei 500 solidi, ma con l'importante eccezione che, anche in mancanza di *insinuatio*, la donna potesse mantenere integri i propri diritti sulla donazione nuziale, poiché «τὸ γὰρ τῶν ἀνδρῶν ἐχόντων ἐξουσίαν τοῦ ἐμφανίζειν τὰς δωρεὰς τὸν ὑπὲρ τοῦ μὴ ἐμφανισθῆναι κίνδυνον ταῖς γυναιξὶν ἐπικεῖσθαι ἄτοπον ἡμῖν εἶναι δοκεῖ» («*Viris enim habentibus potestatem insinuare donationes pro non insinuates periculum mulieribus imminere ineptum nobis esse videtur*») (Nov. 127, 2)⁵³¹.

⁵³⁰ La nuova terminologia faticò ad affermarsi, come risulta dall'analisi dei testi normativi successivi: sul punto, come già detto, vd. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, cit., pp. 119-125 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, cit., pp. 1491-1495).

⁵³¹ Cfr. Nov. 119, 1: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Πέτρῳ τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ πραιτωρίων. Τὴν διὰ τοὺς γάμους δωρεὰν συνάλλαγμα ἰδικὸν εἶναι τε καὶ κρίνεσθαι καὶ μὴ ταῖς ἄλλαις δωρεαῖς αὐτὴν συναριθμεῖσθαι διὰ τοῦ παρόντος νόμου θεσπίζομεν, ἐπειδὴ ἀντ' αὐτῆς ἰσότης προικὸς ἐπιδίδοται. εἴτε τοῖνον γένηται ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων ἐμφανῆς εἴτε καὶ μὴ, κελεύομεν αὐτὴν διὰ πάντων τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν, τοῦτο μὲν πρὸς τὴν γυναῖκα τοῦτο δὲ πρὸς τὸν ἄνδρα, εἴτε παρ' αὐτοῦ τοῦ ἀνδρὸς εἴτε παρ' ἑτέρου τινὸς τῇ γυναικὶ ἐπιδίδοται ἤτοι καταγράφεται, ἤγουν εἰς τὸ τοῦ ἀνδρὸς πρόσωπον ἢ δωρεὰ γίνεται, ἐφ' ᾧ τὰ αὐτὰ πράγματα εἰς γαμικὴν καταγράψαι δωρεάν. καὶ ταῦτα κρατεῖν κελεύομεν ὅσης ἂν εἴη ποσότητος ἡ δωρεά, κἂν μὴ γένηται, καθὼς εἴρηται, ἐμφανῆς. [...] Dat. XIII. k. Febr. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XVII. post. cons. Basilii vc. anno III. Trad. *Auth: Idem Aug. Petro gloriosissimo praefecto sacrorum per Orientem praetorium. Sponsaliciam largitatem contractum specialem esse et iudicari et non aliis donationibus eam connumerari per praesentem sancimus legem, quoniam pro ea aequalitas dotis offertur. Sive igitur fiat sub gestis monumentorum eius insinuatio sive etiam non, iubemus eam per omnia suum robur habere tam apud mulierem quam apud virum, sive ab ipso viro sive ab altero aliquo mulieri detur seu conscribatur, vel in viri personam donatio fiat, quatenus ipsas res in nuptialem conscribat donationem. Et haec valere praecipimus, cuiuscumque sit donatio quantitatis, vel si non, sicuti est dictum, insinuetur. [...].* Cfr. Nov. 127, 2: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Βάσσω τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ πραιτωρίων. [...] Κάκεινὸ γε μὴν ἄξιον ἐπανορθώσεώς τινος εἶναι νομίζοντες, μέρος αὐτὸ τοῦ παρόντος ποιούμεθα νόμου. ἐξ αὐτῆς γὰρ τῆς τῶν πραγμάτων εὐρίσκοντες πείρας ἀναγκαῖον εἶναι ταῖς γυναιξὶ πραττομένων ὑπομνημάτων τὰς πρὸ τῶν γάμων δωρεὰς ἐμφανίζεσθαι, ἵνα κἂν εἰ τῶν πρωτοτύπων συμβολαίων ἐκπέσοιεν, πρόχειροι διὰ τῶν ὑπομνημάτων αὐταῖς αἰ περὶ τοῦ γάμου συστάσεις ὑπάρχοιεν, θεσπίζομεν ἀνάγκην ἔχειν τοὺς ἄνδρας αὐτοὺς ἢ καὶ τοὺς ὑπὲρ αὐτῶν πρὸ γάμου ἤτοι διὰ γάμον δωρεὰς καταγράφοντας, ἐὰν φ' ἄρυσῶν ὑπερβαίνῃ ποσότητα, ἐμφανίζειν αὐτὴν πραττομένων

Per quanto concerne il rapporto quantitativo di dote e donazione nuziale, inizialmente Giustiniano fece proprie le disposizioni di Leone I⁵³², ma con un'importante differenza: eventuali diseguaglianze non comportavano la nullità del patto, bensì la riduzione fino al quantitativo del minor lucro previsto (cfr. C.I. 5, 14, 10)⁵³³. In seguito, nel 539, con Nov. 97,

ὑπομνημάτων ἐπὶ μὲν τῆς βασιλίδος πόλεως παρὰ τῷ μαγίστρῳ τῶν κήνσων, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις παρὰ τῷ τῆς πόλεως ἐκάστης ἐκδίκῳ ἢ παρ'οἷς ὄλως τὰ τοιαῦτα ὑπομνήματα συνίστασθαι δύναται. εἰ δὲ μὴ ἐμφανίσουσι ταύτας, ὅσον μὲν πρὸς τὸ μέρος τῆς γυναικὸς καὶ οὕτως αὐτὰς ἐρρῶσθαι κελεύομεν, καὶ εἰ καιρὸς γένηται τῆς ἀπαιτήσεως τῆς δωρεᾶς ἢ καὶ μέρους αὐτῆς, μὴ ἀντικεῖσθαι τῇ γυναικὶ τὸ μὴ ἐμφανισθῆναι τὴν δωρεάν. εἰ δὲ τὰ τῶν προικῶν σύμφωνα καὶ αἱ τούτων ἀποβάσεις τῷ μέρει τοῦ ἀνδρὸς δῶ τὴν ἀπαίτησιν τῆς προικὸς ἢ καὶ μέρους αὐτῆς, οὐδεμίαν αὐτὸν ἔχειν κελεύομεν ἀγωγὴν, ἐὰν μὴ τὴν δωρεάν ἐνεφάνισε πραττομένων ὑπομνημάτων ὡς εἴρηται. τὸ γὰρ τῶν ἀνδρῶν ἐχόντων ἐξουσίαν τοῦ ἐμφανίζειν τὰς δωρεὰς τὸν ὑπὲρ τοῦ μὴ ἐμφανισθῆναι κίνδυνον ταῖς γυναιξὶν ἐπικεῖσθαι ἄτοπον ἡμῖν εἶναι δοκεῖ. [...] Dat. XIII. k. Febr. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XVII. post cons. Basilii vc. anno III. Trad. *Auth.: Idem Aug. Basso pp. [...] Illud quoque dignum correctione aliqua esse iudicantes, partem hoc praesentis facimus legis. Ex ipso enim rerum invenientes experimento necessarium esse mulieribus actis monumentorum antenuptiales donationes insinuari, ut vel si principalia instrumenta pereant, quod facile est, per monumenta eis matrimonii probatio maneat, sancimus necessitatem habere viros ipsos aut etiam qui pro eis antenuptiales seu propter nuptias donationes scribunt, si quingentorum solidorum transcendit quantitatem, insinuare eam in actis monumentorum in regia quidem civitate apud magistrum census, in provinciis autem apud civitatis uniuscuiusque defensorem aut apud quos omnino talia documenta confici possunt. Si vero non insinuent eas, quantum quidem ad partem mulieris etiam sic eas valere iubemus, et si tempus fiat exactionis donationis aut partis eius, non opponi mulieri non fuisse insinuatam donationem. Si vero dotalium pacta et horum eventus parti viri concedant exactionem dotis aut etiam partis eius, nullam eum habere iubemus actionem, si non donationem insinuavit actis monumentorum, sicuti dictum est. Viris enim habentibus potestatem insinuare donationes pro non insinuates periculum mulieribus imminere ineptum nobis esse videtur. [...].* In argomento, da ultimo, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 267-270, nonché, sulla sola Nov. 127, 2, vd. anche SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., p. 386. Su Nov. 127, 2, vd. anche *supra*.

⁵³² Sul rapporto quantitativo dei due istituti secondo il regime leonino, vd. *supra*.

⁵³³ C.I. 5, 14, 10: *Iust. A. Menae pp. Lege Leonis divae memoriae pacta lucrorum dotis et ante nuptias donationis paria esse sanciente nec adiciente, quid fieri oporteat, si hoc minime observatum sit, nos omnia clara esse cupientes praecipimus disparibus eis factis maiorem lucri partem ad minorem deduci, ut eo modo uterque minorem partem lucretur. D. VIII id. April. Constantinopoli Decio vc. cons.* La previsione viene richiamata e confermata anche in C.I. 5, 3, 20, 7 e Nov. 22, 20 pr. (a. 535). Sul punto, per tutti, vd. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, cit., pp. 111-113.

1⁵³⁴, alla luce dei principi di *iustitia* e *aequitas*⁵³⁵, si tornò alla parità aritmetica degli apporti dei coniugi.

⁵³⁴ Cfr. Nov. 97, 1: Ἐγράφη Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων <ὀρδιναρίων> καὶ πατρικίῳ. [...] Τοῦτο τοίνυν πρὸ τῶν ἄλλων ἀπάντων ἐπανορθοῦμεν, ὥστε ἴσα τὰ ἐν ταῖς προίξιν εἶναι καὶ ταῖς περὶ τὸν γάμον δωρεαῖς τὰ τε τῶν ἐπιδομένων τὰ τε τῶν ἐπερωτήσεων σύμφωνα, καὶ τοσοῦτον μὲν ποσὸν καταγράφειν τὸν ἄνδρα ὅποσον καὶ τὴν γυναῖκα, τοσοῦτον δὲ καὶ τὸ κέρδος ἐπερωτῶν καὶ ἐκ τοσοῦτου μέρους ἐξ ὁπόσου βουληθεῖεν, ἰσομεροῦς μέντοι. οὐ γὰρ ἂν ἄλλως ὁ τῆς δικαιοσύνης τε καὶ ἰσότητος φυλαχθεῖ λόγος, εἴπερ ἐμπορικῶς ἀλλήλους περιγράφειεν καὶ δοκοῖεν μὲν ἴσα ποιεῖσθαι τὰ ἐπερωτήματα, ταῖς δὲ ἀληθείαις ἄνισα μένοι τὰ ἀποτελέσματα μὴ πρότερον τῆς ποσότητος τῶν ἐπιδομένων τῆς αὐτῆς καθεστῶσης· ἢ καταγέλαστος ἂν εἴη πανταχόθεν ὁ νόμος, εἰ ὁ μὲν γράψειε διςχιλίους χρυσοῦς, ἡ δὲ γυνὴ τυχὸν ἑξακισχιλίους εἰς προίκα ἐπιδοίη, καὶ ἐπερωτήσαιεν ἀλλήλους τὸ τέταρτον τοῦ γραφέντος εἰς κέρδος λαβεῖν, εἴτα ἀποβάντος τοῦ κέρδους ἡ μὲν οὐδὲν ἕτερον κερδανεῖ πλὴν ἢ πεντάκοσίους χρυσοῦς ἐκ τοῦ τετάρτου, ὁ δὲ χιλίους πεντακοσίους ἐκ τοῦ αὐτοῦ τετάρτου, καὶ ὡς ἐν αἰνίγματι πολλῶ φαίνοιτο τὸ τέταρτον θατέρου μεῖζον· ἐκ γὰρ ὑπούλου δῆθεν ἰσότητος ἄτοπος ἀνισότης αὐτόθεν ἀποτελεσθήσεται. Τὰ μὲν οὖν ἔμπροσθεν τεθειμένα προικῶ καθ' ὃν συμπεφώνηται τρόπον ἐχέτω (καὶ γὰρ τὸ γενόμενον ἀγένητον μένει τῶν οὐκ ἐγχωρούντων ἐστί· τοῦ δὲ λοιποῦ ἐν πάσῃ τῇ ὑπὲρ ἡμῶν θεσπιζομένη ἴσας μὲν εἶναι τὰς ἐπιδόσεις, ἴσα δὲ τὰ μέτρα τῶν κερδῶν συμφωνεῖσθαι, ἵνα διὰ πάντων δικαιοσύνην τε καὶ ἰσότητα τιμήσωμεν. εἰ γὰρ τις μᾶλλον θατέρου πλουτοῖ, ἕξεστιν αὐτῷ δι' ἑτέρου τρόπου νομίμου καὶ ἐγνωσμένου τοῖς ἡμετέροις νόμοις φιλανθρωπεύεσθαι περὶ τὸν ἕτερον, ἀλλ' οὐ διὰ τῆς ἀνισότητος ὑποδομένης ἰσότητα τὸ κέρδος μεῖζον θατέρῳ περιποιεῖν. καὶ ὁ μὲν περὶ τούτου νόμος οὕτω πως ἐχέτω τὴν ἑαυτοῦ δικαιοσύνην ἅπασιν ἐνδεικνύμενος. [...] Dat. XV. k. Dec. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Arpione v. c. cons. Trad. Auth.: *Idem Aug. Iohanni pp. per Orientem secundo*. [...] *Hoc igitur ante alia universa corrigimus, aequalia in dotibus esse et propter nuptias donationibus et ea quae offeruntur et ea quae in stipulatione deducuntur pacta, et tantam quidem quantitatem conscribere virum quantam et mulierem, tantum quoque lucrum stipulari et ex tanta parte ex quanta voluerint, aequalis tamen mensurae. Non enim aliter iustitiae et aequitatis servabitur ratio, si negotiative alterutros circumveniant et videantur quidem aequas facere stipulationes, pro vero autem inaequales maneat effectus, non prius quantitate datorum eadem consistente; et irrideri videatur undique lex, si ille quidem conscribat duo milia aureos, mulier autem forte sex milia in dotem offerat, et stipulentur alterutros quartam conscriptae in lucro percipere, proinde eveniente lucro illa quidem nihil aliud lucrabitur nisi quingentos aureos ex quarta, ille autem quingentos et mille ex eadem quarta, et tamquam in aenigmate multo videbitur quarta alterius quartae minor: ex suspecta namque velut aequalitate quanta inaequalitas ex hoc ipso procedit. Quae igitur prius exposita sunt dotalia secundum quem constituta sunt modum habeantur (quod enim factum est infectum manere impossibile est), de cetero autem in omni dictione sancimus aequas quidem esse oblationes, ipsos autem mediocria lucra pacisci, ut per omnia iustitiam aequitatemque honoremus. Si enim aliquis amplius alio dives est, licet ei per alium modum legitimum tamen et agnitum nostris legibus clementiam praebere alio, et non per inaequalitatem rediens ad aequalitatem lucrum maius alteri acquirere. Et haec quidem de hoc lex ita quodammodo habeat suam iustitiam universis ostendens. [...] Dat. kal. Decemb. <imp.> dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Cfr. anche Nov. 97 praef. e 2. In argomento, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., pp. 264-266.*

⁵³⁵ Con tale prospettiva, vd. P. SILLI, '*Aequitas*' ed 'ἐπιείκεια' nella legislazione giustiniana, in *SDHI*, 50 (1984), pp. 298-301. È curioso notare come la cancelleria, nel giustificare l'intervento, prenda a esempio un caso in cui a essere svantaggiata dal precedente regime potesse risultare proprio la donna (se lei apporta seimila, il marito duemila e il lucro è per

Alcune previsioni già richiamate a proposito della garanzia dei beni dotali riguardarono anche la donazione nuziale: così C.I. 5, 12, 29, nonché Nov. 61 (a. 537)⁵³⁶. Similmente a quanto previsto per la dote, inoltre, anche a garanzia della donazione nuziale venne prevista un'ipoteca legale sui beni del marito, che tuttavia non era privilegiata, perché costituita non «*pro lucro*», ma affinché le donne «*ne damnum patiantur*» (cfr. C.I. 8, 17[18], 12, 8)⁵³⁷. In merito all'introduzione dell'obbligo di costituire una donazione nuziale, infine, si rinvia alle considerazioni svolte in materia di beni dotali⁵³⁸.

entrambi di un quarto, a rimetterci sarà ovviamente la moglie). In realtà, come si è detto, era più probabile che fosse la donna a recare una dote di valore inferiore rispetto a quello dell'apporto del marito (vd. ampiamente *supra*). A ogni modo, questa "anomalia" trova la propria ragione nel tenore dell'intera Novella, orientata al *favor uxoris*, e in cui non ci si può dunque aspettare di trovare un esempio in base al quale sembra introdursi una disciplina più svantaggiosa per la donna (cfr. Nov. 97, 6, 2: «*propterea necessarium putavimus proinde etiam in medio nostrae positae constitutionis, quae et constantibus matrimoniis mulieri auxiliatur, ad meliorem et magis consequentem viam venientes praesentem ponere legem*»).

⁵³⁶ Vd. rispettivamente *supra*. Da C.I. 5, 12, 29 (e dalla previsione di un'ipoteca legale a garanzia della donazione nuziale, vd. subito *infra* nel testo) si evince che la donazione nuziale rimanesse nella disponibilità del marito, così come la sua titolarità: sul punto, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 237 n. 87, con ricognizione dottrinale, cui adde LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, cit., p. 109 n. 22 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, cit., p. 1482 n. 22).

⁵³⁷ Non possediamo la costituzione che prevede questa ipoteca, ma nelle fonti giustiniane, per ben due volte, la si presuppone chiaramente: così in C.I. 8, 17(18), 12, 8(2) (a. 531) e Nov. 109, 1 (la Novella in cui si escludono le donne eretiche dal godimento dei privilegi stabiliti a favore delle doti, vd. *supra*). In tal senso si è espressa la dottrina maggioritaria più recente: vd. NOAILLES, *L'inaliénabilité dotale et la Novelle 61*, in *Annales*, 31, cit., pp. 172-174 (= pp. 74-76 dell'estratto) (vd. anche *infra*), nonché SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale*, cit., p. 83; VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, cit., p. 406 (= *Scritti di storia giuridica*, IX, *Tra antichità e Medioevo*, cit., p. 103) e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 532-533. Di diverso avviso, invece, parte della dottrina più risalente: sul punto, vd. C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, XIX.1, Erlangen, 1817, p. 126 n. 69, con ricognizione dottrinale (= F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XX, tradotto e annotato da A. Ascoli, Milano, 1895, p. 259 e n. 69).

⁵³⁸ Sull'obbligo di costituzione di dote introdotto probabilmente in età giustiniana, vd. *supra*.

2. IL LUCRO VEDOVILE SULLA DONAZIONE NUZIALE

a. *Il regime legale*

Rivolgiamo ora la nostra attenzione alla sorte della donazione nuziale alla morte del marito, premettendo che nessuna delle menzionate costituzioni di età tardoantica che posero un limite al lucro della donna venne accolta nel *Corpus iuris*. È necessario anzitutto ricordare che, nella maggior parte dei casi, la questione pare venisse risolta direttamente dai nubendi, essendo assai diffusa la prassi di stipulare dei *pacta de lucranda donatione e de lucranda dote* al fine di predefinire i corrispettivi lucri nuziali⁵³⁹. Ciò non toglie che talvolta una pattuizione potesse non esserci e, a tal proposito, si è ampiamente discusso circa la sorte dei beni facenti parte della donazione nuziale.

Seguendo la lezione di Cuiacio⁵⁴⁰, parte della dottrina ha escluso che la donna potesse ricevere questi beni e ha dunque accolto la tesi per cui, qualora ella avesse lucrato, lo avrebbe fatto esclusivamente in virtù di un patto⁵⁴¹. Altri Autori, invece, hanno optato per la completa lucrabilità della

⁵³⁹ Ampia indicazione delle fonti in cui si fa riferimento a questi patti è presente in SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., p. 380 ss. Un particolare patto era il c.d. *casus orbitatis* o *pactum non existentium liberorum*, ovvero la previsione di una specifica ripartizione dei lucri nel caso in cui non fossero nati figli dal matrimonio: in argomento, vd. MONNIER, *Du "casus non existentium liberorum" dans les nouvelles de Justinien*, cit., pp. 437-465 e la tesi dottorale di G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution a l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post-Justinien)*, Paris, 1937, pp. 161-169 (con considerazioni anche sulle evoluzioni di diritto bizantino).

⁵⁴⁰ Vd. IACOBI CUIACII IC. *Tolosatis Opera Ad Parisiensem Fabrotianam Editionem Diligentissime Exacta in tomos XI. distribuita auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus Secundus. (Novellarum Constitutionum Imp. Iustiniani expositio. Novella XXII. De solutione nuptiarum, & de secundiis nuptiis)*, Venetiis, 1758, col. 938 («... mulier ex donatione propter nuptias lucratur quod pactis dotalibus in casum mortis conventum est...»).

⁵⁴¹ Vd. VON LÖHR, *Von der propter nuptias donatio*, cit., p. 11; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, I, cit., p. 215; ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, cit., p. 88; MONNIER, *Du "casus non existentium liberorum" dans les nouvelles de Justinien*, cit., pp. 444 e n. 1 (che prosegue a p. 445). A sostegno di questa ipotesi è stata richiamata anche la discussa Nov. 20 di Leone VI (vd. C. E. ZACHARIAE A. LINGENTHAL, *Jus graeco-romanum*, III, *Novellae Constitutiones Imperatorum post Justinianus quae supersunt collatae et ordine chronologico Digestae*, Lipsiae, 1857, pp. 95-97), laddove vi è un riferimento al diritto giustiniano: sul punto, vd. MONNIER, *Du "casus*

donazione nuziale da parte della donna, a prescindere dall'avvenuta stipulazione di *pacta*⁵⁴². Più di recente, si è sostenuto che la questione non ha nemmeno senso di porsi, essendo necessaria la presenza di una speciale pattuizione nel momento stesso della costituzione di una donazione nuziale e risultando così devoluta ai privati la completa determinazione del regime applicabile⁵⁴³.

Una risposta alla questione, a mio parere, è ricavabile dall'analisi di alcune fonti non sufficientemente messe in rilievo dalla dottrina. Prima di passare alla loro esegesi, è tuttavia necessario chiarire perché non può essere accolta l'ultima posizione menzionata, in base alla quale la donazione doveva sempre essere accompagnata da un *pactum de lucranda donatione*. Si tratta di una tesi che non è certamente possibile evincere dalla frequente menzione, nelle fonti, di accordi privatistici, a meno di non voler cadere nell'errore di voler colmare un (presunto) silenzio con un altro silenzio. Basti poi pensare

non existentium liberorum” dans les nouvelles de Justinien, cit., p. 445 n. 1 e ID., *La novelle XX de Léon le Sage*, in *Mélanges Fitting*, II, Montpellier, 1908 (rist. anast. Aalen, 1969), pp. 128-131, ma *contra* BRANDILEONE, *A proposito di un recente libro greco sul diritto civile bizantino*, cit., p. 407 e pp. 409-410.

⁵⁴² Vd. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., p. 307; BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, cit., pp. 53-75 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, cit., pp. 160-178) e ID., *A proposito di un recente libro greco sul diritto civile bizantino*, in *RISG*, 1.4 (1926), pp. 406-410; NOAILLES, *L'inaliénabilité dotale et la Novelle 61*, in *Annales*, 31, cit., p. 172 e n. 2 (= p. 74 e n. 2 dell'estratto), che considera la mancanza di questa previsione un ulteriore esempio, accanto a quello dell'ipoteca legale tacita sulla donazione nuziale (vd. *supra*), della: «manière indirecte dont la législation positiv constate l'existence de quelques-unes des règles les plus importantes de cette institution coutumière qu'est la donation propter nuptias»; VACCARI, *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana e nel medio evo italiano*, cit., pp. 261-262 (= *Scritti di storia del diritto privato*, cit., p. 90) e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 529-531. Nella dottrina più recente, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 232 n. 57 e p. 236. L'Autore richiama a sostegno della tesi quelle costituzioni del Codice teodosiano riportate nel Codice giustiniano (C.I. 5, 9, 3 [che comprende C.Th. 3, 8, 2 pr.] e C.I. 5, 9, 5 [che riprende Nov. Theod. 14, 7]) che confermavano con certezza, a suo parere, il lucro della donna sulla donazione anche in età tardoantica (vd. *supra*, ove però si sono già espressi alcuni dubbi in merito all'attribuzione di un simile tenore alle fonti indicate). Vd. anche quanto detto subito *infra*.

⁵⁴³ È la tesi della già menzionata SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, cit., pp. 365-399. L'Autrice, ritornando sull'argomento in EAD., *La legislazione di Leone I*, cit., p. 109 n. 127, afferma, comunque, che Giustiniano ebbe forse «l'intento di ritornare all'antico lucro intero fuori dal patto speciale».

che questa tesi non spiega come si sarebbero allora risolte le ipotesi patologiche in cui il patto fosse risultato invalido, i privati non si fossero trovati d'accordo su quanto previsto o semplicemente nulla avessero concordato⁵⁴⁴.

È necessario partire dall'analisi della Nov. 2⁵⁴⁵ risalente al 15 marzo del 535⁵⁴⁶, di cui rileva il *caput* 5⁵⁴⁷, che ben esplicita un principio di fondo:

Nov. 2, 5: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἑρμογένει τῷ ἐνδοξοτάτῳ μαγίστρῳ τῶν θείων ὀφφικίων, ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίων. [...] Κακεῖνό γε μὴν ἐν τοῖς ἔμπροσθεν ἀμυδρῶς μὲν νομοθετηθέν, σπανίως δὲ ἐν δικαστηρίοις ἐξητασμένον φήθημεν χρῆναι νόμῳ τε σαφεῖ περιλαβεῖν καὶ παραδοῦναι τῇ χρήσει καὶ καταγαγεῖν εἰς τὰ δικαστήρια πρὸς κοινὴν ἀποκείσόμενον βοήθειαν. Εἰ γὰρ συναφθεῖεν τινες ἀλλήλοις ἐπὶ προικὸς καὶ προγαμιαίας δωρεᾶς συμβολαίαις, εἴτα ὁ μὲν ἀνὴρ προγαμιαίαν ἐπιδοίῃ δωρεάν, ἡ δὲ γυνὴ ἐπεισενέγκοιτο προῖκα ἢ αὐτὴ παρασχομένη ταύτην ἢ δύντος πατρὸς ἢ τινος τῶν ἔξωθεν, εἴτα φανείη παρ' ὅλον τὸν τοῦ γάμου καιρὸν ἢ προῖξ μὴ δοθεῖσα τῷ συνοικήσαντι, ἀλλ' ἀνασχόμενος ἐκεῖνος τῶν τοῦ γάμου βαρῶν, καὶ ὁ γάμος θανάτῳ τοῦ ἀνδρὸς διαλυθείη, οὐκ ἂν εἴη δικαία παντελῶς ἡ γυνὴ προῖκα μὴ δοῦσα τῷ συνοικήσαντι τὴν προγαμιαίαν δωρεάν λαβεῖν. Εἰ δὲ καὶ μὴ εἰς ὀλόκληρον δοίῃ, καὶ αὐτὴ κατὰ τοσοῦτον ἀπαιτεῖτω τὴν δωρεάν, καθ' ὅσον δοίῃ τὴν προῖκα. Ἰσότητος γὰρ ἐσμὲν καὶ δικαιοσύνης ἐρασταί,

⁵⁴⁴ Circa la possibilità di costituire una donazione nuziale senza alcun patto, vd. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 232 n. 57, con cui concorda LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, cit., p. 111 n. 26 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, cit., p. 1484 n. 26).

⁵⁴⁵ La Novella si compone di cinque *capita* e nei primi quattro tratta della disciplina della donazione nuziale in caso di seconde nozze della madre: per un'esegesi dell'intera fonte, vd. MONNIER, *Du "casus non existentium liberorum" dans les nouvelles de Justinien*, cit., pp. 454-464 e S. TAROZZI, *Il regime della donazione nuziale nelle Novelle di Giustiniano in caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, III, a cura di A. Palma, Napoli, 2009, pp. 1391-1402; sul solo *caput* 5, vd. anche KASER, *Das römische Privatrecht*², II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, cit., p. 199 n. 55 e BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 799 n. 12 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 8 n. 12).

⁵⁴⁶ Si tratterebbe, invece, del 20 marzo secondo la *subscriptio* dell'*Authenticum* («Dat. XII k. April.») e del primo giorno del mese di aprile secondo l'*Epit. Iul.* 2, 9 («Dat. Kal. April.»); vd. ed. Haenel, p. 25; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, p. 26). Concorda con il mese di aprile la *Summa Nov. Theod.* 2, 9 («ἐξεφωνήθη μηνὶ ἀπριλίῳ»); vd. ed. Zachariae, p. 12).

⁵⁴⁷ Cfr. *Epit. Iul.* 2, 9 (ed. Haenel, p. 25; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, p. 26); *Epit. Athan.* 10, 1, 5 (ed. Simon, Troianos, pp. 310-311); *Summa Nov. Theod.* 2, 8-9 (ed. Zachariae, p. 12). Cfr. anche Bas. 28, 13, 1 (ed. Scheltema-van der Wal, A IV, p. 1411-1412; ed. Heimbach, III, pp. 318-319), che ne trattano unitamente a Nov. 91, 2 (a. 539).

καὶ ταύτην ἐν ἅπασί τε τοῖς ἄλλοις καὶ πρὸς γε ἐν τοῖς συνοικεσίοις βουλόμεθα κρατεῖν. ὥστε ἢ μηδ' ὀτιοῦν ἐπιδοῦσα μηδ' ὀτιοῦν λαμβανέτω, ἢ δὲ ἔλαττον ἤπερ ὠμολόγησε δοῦσα τοσοῦτον ἀπολαμβάνέτω μόνον, ὅσον ἐπέδωκε. καὶ ἔστω καὶ αὕτη καλὴ τῶ παρόντι νόμῳ προσαύξησης, πολλὰ τῶν ἀεὶ μὲν ἀμφισβητουμένων, μόλις δὲ νῦν εἰς νομοθεσίαν καταχθέντων διακρίναντι. [...] Dat. XVII. k. April. Constantinopoli Belisario v.c. cons. <ind. XIII.>⁵⁴⁸.

La disposizione si propone di chiarire il regime relativo alla redazione di *instrumenta* dotali non seguiti da effettiva dazione dei beni (tema su cui era già intervenuta la cancelleria con C.I. 5, 15, 3 [a. 528])⁵⁴⁹. A tal proposito si prevede che, nel caso in cui la donna (o chi per lei) non apporti al marito i beni dotali che erano stati concordati, non abbia diritto di ricevere, alla morte di questo, la donazione nuziale o, nel caso in cui ne avesse conferiti in quantità minore, avrebbe dovuto lucrare in proporzione a quanto effettivamente dato.

⁵⁴⁸ Trad. Auth.: *Imp. Iustinianus Aug. Hermogeni magistro sacrorum officiorum et exconsuli. [...] Illud quoque dudum acerbe quidem sancitum, raro autem in iudicio examinatum aestimavimus oportere clara lege complecti et tradere usui et deducere ad iudicia, pro communi positum adiutorio. Si enim coniungantur aliqui alterutris cum dotis et antenuptialis donationis documentis, deinde vir quidem antenuptialem praebeat donationem, mulier autem scribat dotem, aut ipsa praebitura eam aut dante patre aut quolibet extraneo, postea appareat matrimonii tempore dos non data marito, sed sustineat onera matrimonii, et matrimonium morte viri solvatur, non est iusta omnino mulier dotem non dans marito antenuptialem accipere donationem. Si autem etiam non totam dederit, et ipsa pro tanto exigat donationem, in quantum dederit dotem. Aequalitatis enim et iustitiae sumus amatores, quam in omnibus aliis et in consortiis volumus obtinere. Quapropter quae nil omnino dat, nil omnino percipiat; quae vero minus quam professa est dedit, tantum recipiat solum, quantum obtulerit, sitque etiam hoc optimum in praesenti lege incrementum plurima decernente, quae semper in dubitatione sunt, vix autem modo ad legislationem deducta. [...] Dat. XII. k. April. Belisario v. c. cons.*

⁵⁴⁹ Cfr. C.I. 5, 15, 3: *Imp. Iustinianus A. Menae pp. In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsequuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere non solum marito contra uxorem vel heredes eius morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium, socero etiam vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et eius similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum ea licentia detur. D. k. Iun. dn. Iustiniano A. II cons.* Qui Giustiniano estende la *querela non numeratae pecuniae* (e relativa *exceptio*) all'*instrumentum* dotale; ne modificherà successivamente i termini con la Nov. 100 (a. 539). In argomento, vd. ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, cit., pp. 637-638 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 1379-1381). Il ricorrere degli interventi del legislatore sulla questione è da leggersi in relazione al già discusso "problema dotale" (vd. *supra*).

Le parole del legislatore sono chiare: «ὥστε ἢ μηδ'ὄτιοῦν ἐπιδοῦσα μηδ'ὄτιοῦν λαμβανέτω, ἢ δὲ ἔλαττον ἤπερ ὠμολόγησε δοῦσα τοσοῦτον ἀπολαμβάνετω μόνον, ὅσον ἐπέδωκε» («*Quapropter quae nil omnino dat, nil omnino percipiat; quae vero minus quam professa est dedit, tantum recipiat solum, quantum obtulerit*») (“così colei che non ha dato nulla, non riceva nulla, colei che ha conferito meno di quanto concordato, riceva solo tanto quanto ha dato”). Come anticipato, infatti, benché fosse possibile realizzare matrimoni i cui compariva la dote, ma non la donazione, non era vero il contrario e per ottenere la donazione era sempre necessario aver costituito dei beni dotali.

La norma si riferisce a un'ipotesi in cui erano intercorsi dei patti tra i nubendi («ἐπὶ προικὸς καὶ προγαμιαίας δωρεᾶς συμβολαίοις») («*cum dotis et antenuptialis donationis documentis*»), ma il principio viene ripetuto in altre due Novelle in cui non vi è alcun riferimento a dei patti: in Nov. 53, 6, 2 del 537 («... διότι νόμος ἄλλος ἐστὶν ἡμέτερος, τὴν προῖκα μὴ εἰζενεγκαμένην μὴ δύνασθαι τὰ τοῦ ἀνδρὸς οἰκειοῦσθαι διὰ προγαμιαίας δωρεᾶς») («... *quoniam lex alia est nostra dicens dotem non offerentem non posse res viri conquirere per antenuptialem donationem*») e in Nov. 91, 2 del 539 («... εἰ μὴ δοίη καθ'ὕπερθεσιν τὴν προῖκα, ἄρνησιν αὐτῇ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς ἐπηγάγομεν...») («... *nisi dederit per dilationem dotem, negationem ei antenuptialis donationis inferimus*»).

Posto dunque che il lucro sulla donazione viene anzitutto vincolato da un'effettiva costituzione di dote, i richiamati principi ispiratori di “ισότης” e “δικαιοσύνη”, nonché il ben noto intento del legislatore di porre in parallelo i due istituti inducono a svolgere alcune considerazioni. Se, come si è visto, al marito non era riconosciuto alcun lucro sulla dote in mancanza di apposite pattuizioni⁵⁵⁰, è logico dedurre che alle medesime condizioni neppure la

⁵⁵⁰ Cfr. C.I. 5, 13, 1, 6 («*dos non in lucrum mariti cedat nisi ex quibusdam pactionibus*»), su cui vd. *supra*.

donna avrebbe parimenti lucrato alcunché. Se si accoglie questa posizione, inoltre, ben si riesce a spiegare la ragione per cui Giustiniano, a differenza di Leone, non prevede la nullità degli accordi contenenti dei lucri nuziali impari, ma impose che questi venissero ridotti al minor quantitativo⁵⁵¹: preservando la validità di questi patti, si evitava che la donna, eventualmente, perdesse completamente il lucro sulla donazione.

In conclusione, ritengo ragionevole accedere alla teoria secondo la quale Giustiniano negò alla vedova che non avesse costituito la dote e che non si fosse altresì assicurata con un *pactum de lucranda donatione* un lucro sui beni della donazione nuziale. D'altronde, già con i legislatori di età tardoantica si è visto circoscrivere il lucro della moglie superstite sulla donazione nuziale: l'intera legislazione giustiniana adottò un simile orientamento. Più tardi, la cancelleria imperiale intervenne nuovamente sul regime ora delineato.

b. *L'usufrutto legale sulla donazione nuziale e la tutela dei figli di primo letto (Nov. 98 praef.-1 [a. 539])*

Della Novella 98, emanata il 16 dicembre 539⁵⁵² e indirizzata al prefetto del pretorio Giovanni di Cappadocia, rilevano in tale sede la *praefatio* e il *caput* 1:

Nov. 98 *praef.* Ἐγράφη Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τὸ δεύτερον, ἀπὸ ὑπάτων <ὀρδιναρίων> καὶ πατρικίῳ. <Προοίμιον.> Τὰ μὲν αἰεὶ καὶ ὡσαύτως ἔχοντα νόμων οὐ δεῖται ποικίλων, τὸ ἀπλοῦν τε καὶ πάσης ποικιλίας ἀμιγῆς διηνεκῶς κεκτημένα καὶ χρώμενα νόμοις αἰωνίοις τε καὶ θείοις καὶ οὐδεμιᾶς ἐπανορθώσεως δεομένοις· τὸ δὲ καθ' ἡμᾶς ἐν τῇ τῆς παλιρροίας ἀπειλημένον ταραχῇ κυβερνητικῆς δεῖται σοφίας ἐκ τῶν νόμων

⁵⁵¹ Il regime è esposto in C.I. 5, 14, 10, su cui vd. *supra*.

⁵⁵² Sposterebbe la datazione di un anno la *subscriptio* di *Epit. Iul.* 91, pur indicata con un punto di domanda (ed. Haenel, pp. 115-116; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, pp. 138-139). Del contenuto della Novella danno brevemente conto *Epit. Athan.* 10, 7 (ed. Simon, Troianos, pp. 338-339); *Summa Nov. Theod.* 98 (ed. Zachariae, p. 97), nonché la *Synopsis Novellarum Iustiniani* ll. 1433-1438 (ed. Schminck, Simon, p. 182).

ἐπιγινομένης τοῖς πράγμασιν. ὥστε ἐπειδήπερ οὐδὲ δικάζειν ὀκνοῦσι πολλοὶ προσίασι δίκαι, τὸ μὲν καθ' ἕκαστον ἰώμεθα, ἀπολαμβάνοντες δὲ ἐκάστην ζήτησιν ἀμφισβητουμένην ἑαυτοῖς τε καὶ τοῖς δικασταῖς τοῖς ἡμετέροις διὰ νομοθετικῆς ἅ χρῆ πράττειν γενικῶς ἐφ' ἐκάστη τῶν ζητήσεων ἀποτιθέμεθα. τοιγαροῦν ἐκεῖνο πρὸ τῶν ἄλλων ἔδοξε μὲν ἴσως εἶναι τοῖς πάλαι νενομοθετημένοις οὐκ ἄνευ τινὸς διαίρεσεως, ἡμῖν δὲ ἐνομίσθη καλῶς ἔχειν σῶφρονι νόμῳ πρὸς ἀπλότητα τὸ πρᾶγμα μεταγαγεῖν ἐκ τοῦ νῦν ἀρχομένῳ καὶ οὐδὲν περιεργαζομένῳ τῶν ἔμπροσθεν πεπραγμένων, διότι καὶ ἡμῖν αὐτοῖς πρώην οὐκ ἀπαρεσκομένοις τοῖς περὶ τούτου νόμοις ἔδοξε τὰ δεύτερα καλλίω. τῶν γὰρ γαμικῶν κερδῶν, εἰ μὲν τις τῶν συνοικούντων φυλάξειε τὴν εὐνήν, μενόντων παρ' αὐτοῖς ἰσχυρῶς καὶ ταῖς ἑαυτῶν περιουσίαις ἐμπηγνυμένων, εἰ δὲ ἔλθοιεν εἰς ἑτέρου προσώπου συνάφειαν, τοῖς ἐκ τοῦ προτέρου γάμου παισὶ φυλαττομένων, ἀπλῶ τινι καὶ καλλίονι νόμῳ τὴν διπλὴν ταύτην ἔδοξεν ἀνελεῖν. εἰ γὰρ δευτέρους ὀμιλήσασα γάμοις γυνὴ ἢ καὶ ἀνὴρ τυχὸν εἰς δεύτερον ἰδὼν συνοικέσιον τὰ ἐκ τελευτῆς κερδανθέντα καὶ τὰ ἐκ ῥεπουδίου φυλάττει τοῖς παισὶ, καὶ ἑτέρων ἴσως ἐσομένων αὐτοῖς παιδῶν ἐκ τῶν ἔπειτα γάμων, ποῦ δικαίον ἐστὶ τοὺς ἐπὶ μόνοις τοῖς παισὶ τοῖς ἐκ τοῦ νόμου σαλεύοντας μὴ φυλάττειν αὐτοῖς τὰ κέρδη τὰ ἐκ τῶν τετελευτηκότων αὐτῶν γονέων, ἀλλ' ἑτέροις αὐτὰ παραπέμπειν; καίτοι τί ἂν γένοιτο τιμιώτερον παιδῶν παρὰ γονέων οὐκ ἀχαριστουμένων; 1. Διὰ τοῦτο τοίνυν θεσπίζομεν, εἰ γυνὴ τελευτήσῃ καὶ συμβαίῃ κέρδος γενέσθαι τῷ ἀνδρὶ τὴν προῖκα, ταύτην πάντως φυλάττεσθαι τοῖς παισίν, εἴτε δευτέρους ὀμιλήσῃε γάμοις εἴτε καὶ μὴ, καὶ τούναντίον εἰ τελευτήσῃεν ὁ ἀνὴρ, ἢ γυνὴ δὲ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς ἀπολαύσῃε, καὶ αὐτὴν πᾶσι τρόποις φυλάττειν τὰ ἐκ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς κέρδη τοῖς οἰκείοις παισὶ [πᾶσι], τῆς μὲν χρήσεως τῶν ἐκ τοῦ γάμου κερδῶν παρ' αὐτοῖς καθεστῶσης, τῆς δὲ δεσποτείας τοῖς αὐτῶν παισίν ἐκ τρόπου παντὸς φυλαττομένης· τῶν ἐπὶ τοῖς γονεῦσι τοῖς εἰς δευτέρους ἰοῦσι γάμους νενομοθετημένων ἐπὶ τῆς ἑαυτῶν τάξεως φυλαττομένων. καὶ τοῦτο κρατεῖν ἐπὶ τῶν συνοικεσίων τῶν καθ' οἰονδήποτε τρόπον διαλυομένων ἐκ τῆς σήμερον ἡμέρας καὶ εἰς τὸ ἐξῆς ἅπαν, καὶ τῶν ἤδη διαλελυμένων μὲν συνοικεσίων εἴτε τελευτῇ εἴτε καθ' ἕτερον οἰονδήποτε τρόπον, ἔτι δὲ ἠρτημένων τῷ ἑνα γοῦν περιεῖναι. εἰ γὰρ ἔφθησαν ἄμφω τετελευτηκότες, τοῦτο κληρονόμοις οὐ δίδομεν, ἀλλ' ὡς ἅπαξ πεπερασμένον τοῖς παλαιοῖς καταλιμπάνομεν νόμοις. ἐκείνου δήλου ὄντος, ὡς ἐπειδὰν ἅπαξ γένοιτο τῶν παιδῶν καὶ τὴν δεσποτείαν ὁ νόμος ἄγων αὐτοῖς δοίη, τῆνικαῦτα τὰ ἐπὶ τῶν διαδοχῶν καὶ τῶν ἄλλων προχωρήσεων οὕτω καὶ ἐπ' αὐτοῖς ἔσται ὡς ἐπὶ τῶν προτέρων νενομοθέτηται παιδῶν τῶν διὰ τοὺς δευτέρους γάμους τῶν

γονέων κέρδους τινὸς παρὰ τῶν νόμων ἡξιωμένων. [...] Dat. XVII. k. Ian. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Apione v.c. cons.⁵⁵³

La legge si colloca all'interno di quel contesto di norme volte a offrire maggiore tutela ai figli in caso di scioglimento del matrimonio dei genitori⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Trad. Auth.: *Idem Aug. Iohanni pp. per Orientem. <Praefatio.> Ea quidem quae semper item se habent legibus non egent variis, simplicitatem et quod sine ullius diversitatis mixtura est continue possidentia et utentia legibus sempiternis ac sacris, nulla correctione egentibus; quod autem secundum nos est in redundationis comprehensum tumultum, gubernativa indiget sapientia ex legibus superveniente negotiis. Unde quoniam nos neque <in> iudicia segnes multis interpellamur causis, singulis quidem medemur, comprehedentes autem unamquamque quaestionem dubitatam et nobis et iudicibus nostris per legislationem quae oporteat agi generaliter in unaquaque quaestione exponimus. Itaque illud ante omnia visum quidem est forsitan esse priscis legislationibus non sine quadam divisione, nobis autem putatum est bene se habere temperata lege ad simplicitatem causam transponere ex nunc incohante et nihil perscrutante horum quae prius terminata sunt, quoniam et nobis ipsis pridem non displicentibus de hoc ipso legibus visa sunt meliora secunda. Nuptialibus namque lucris, si quidem aliquis coniunctorum servaverit pudicitiam, manentibus apud ipsos valide et eorum substantiis infixis, si vero veniat ad alterius personae coniunctionem, ex prioribus nuptiis filiis servandis, simplici quadam et meliori lege duplicem hanc placuit interimere. Si enim secundis mixta nuptiis mulier aut etiam vir forte ad secundam respiciens coniugem quae ex morte lucrata sunt aut etiam ex repudio forte servat filiis, cum utique et alii forsitan erunt eis filii ex nuptiis sequentibus: quomodo iustum est eos, qui in solis filiis legitimis moriuntur, non servare eis lucra ex mortuis eorum parentibus, sed aliis ea transmittere? Scilicet quid erit pretiosius filiis a parentibus non ingratis? 1. Propterea igitur sancimus, si mulier moriatur et eveniat lucrum fieri viro dotem, hanc omnino servare filiis, sive ad secundas veniat nuptias sive etiam non, et ex diverso si mortuus fuerit vir, mulier autem **** antenuptiali donatione lucra propriis filiis: usu quidem lucrorum ex nuptiis apud eos constituto, proprietate vero eorum filiis omnino servanda; his quae super parentibus ad secundas venientibus nuptias sancita sunt in suo ordine servandis. Et hoc valere in matrimoniiis quocumque modo solutis ab hodierna die et in omne quod sequitur, et in his matrimoniiis quae iam soluta sunt quidem sive morte sive quolibet alio modo, adhuc autem pendente eo quod unus superstes sit. Nam si ambo defuncti sunt, hoc hereditibus non damus, sed tamquam semel terminatum veteribus relinquimus legibus. Illud certum est, quia dum semel fuerint filiorum et proprietatem lex deferens eis praestiterit, tunc in successione et aliis accessionibus ita et in his erit, sicut et in prioribus sancitum est filiis, qui propter secundas nuptias parentum lucrum aliquod ex legibus sunt potiti. [...] Dat. XVII. kal. Ian. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. *****

⁵⁵⁴ Nel proseguo, nel secondo *caput* della Novella, si tratta nello specifico del divorzio consensuale e di quello unilaterale, nonché delle somme versate da un coniuge all'altro a titolo di indennità nei divorzi *bona gratia*, da considerarsi alla stregua dei lucri nuziali. Sulla Nov. 98, vd. R. BONINI, *Il divorzio consensuale dalla Novella Iustiniani 117,10 alla Novella Iustini 140*, in *BIDR*, 75 (1972), p. 42 n. 2 e p. 64 n. 53 (= *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973, p. 28 n. 2 e p. 62 n. 53 e *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 28 n. 2 e p. 62 n. 53); S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, II, *Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, Milano, 1991, pp. 62-64, nonché DEMICHELII, *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, cit., in ispecie pp. 878-881.

Il proemio, piuttosto lungo e in pieno stile triboniano⁵⁵⁵, prospetta la dicotomia tra il mondo divino e quello terreno. Si afferma, in particolare, la distinzione tra ciò che non muta ed è eterno, che non ha bisogno di «νόμων... ποικίλων» («*legibus... variis*») e ciò che, invece, è avvolto nel disordine delle vicissitudini («ἐν τῇ τῆς παλιρροίας ἀπειλημένον ταραχῇ»), secondo un motivo ricorrente della legislazione novellare, quello della ποικιλία della natura⁵⁵⁶. In questo secondo contesto, risulta necessario l'intervento di un legislatore saggio, che sappia tener conto delle circostanze concrete («τὰ πράγματα»), che interpreti i bisogni e formuli delle leggi appropriate, operando in un contesto in cui le seconde decisioni appaiono come le migliori («διότι καὶ... τὰ δεύτερα καλλίω» «*quoniam et... meliora secunda*»). Proprio per questa ragione, la cancelleria ritiene di dover nuovamente intervenire in materia di lucri nuziali.

Si espone dunque sinteticamente il vigente regime di acquisizione del – necessariamente concordato⁵⁵⁷ – lucro nuziale, che poneva una distinzione tra l'ipotesi in cui il coniuge superstite fosse passato a seconde nozze e quella in cui non lo avesse fatto. Nel primo caso, dopo aver contratto un nuovo matrimonio, il precedente consorte sarebbe divenuto un mero usufruttuario e la proprietà dei beni sarebbe spettata ai figli, così come previsto da Nov. 22,

⁵⁵⁵ Sullo stile dei proemi di Triboniano, si veda in specie T. HONORÉ, *Tribonian*, New York, 1978, pp. 124-138. Mi permetto di rinviare, per alcune osservazioni, anche a E. PEZZATO, *La questura di Giunillo*, in *AG*, 153.2 (2021), p. 557 ss.

⁵⁵⁶ Sul proemio della Nov. 98, vd. in specie LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, cit., pp. 184-185 e p. 236 (e più ampiamente sul tema della ποικιλία p. 170 ss.), la quale intravede nelle parole di Triboniano il tema della dicotomia tra mondo intelligibile e mondo sensibile e la diretta influenza della scuola neoplatonica. Diversamente WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, cit., pp. 57-59, che non esclude l'influsso di Ulpiano e richiama a tal proposito D. 1, 1, 1, 1 (Ulp. 1 *inst.*).

⁵⁵⁷ Nel testo non si fa espresso riferimento alla presenza di un'apposita pattuizione, ma si trova comunque conferma del fatto che, ai fini di lucro, questa dovesse esserci (come già detto *supra*). È certo, infatti, che il marito lucrasse solo qualora fosse intercorso un patto e la sua posizione viene posta sullo stesso piano di quella della donna: cfr. Nov. 98, 1 («εἰ γυνὴ τελευτήσῃ καὶ συμβαίῃ κέρδος γενέσθαι τῷ ἀνδρὶ τὴν προῖκα... καὶ τοῦναντίον εἰ τελευτήσῃεν ὁ ἀνὴρ, ἢ γυνὴ δὲ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς ἀπολαύσειε») («*si mulier moriatur et eveniat lucrum fieri viro dotem... et e diverso si mortuus fuerit vir, mulier autem antenuptiali donatione lucra propriis filiis*»).

23⁵⁵⁸. Qualora invece avesse deciso di non passare a nuove nozze, i beni sarebbero rimasti in sua proprietà, con il solo diritto al residuo a favore della prole, secondo il dettato di C.I. 5, 9, 8, 1(2) e 2(3) (a. 528), che riprendeva sul punto la precedente legislazione teodosiana e leonina, esplicitando tuttavia la facoltà da parte del coniuge di disporre *mortis causa* del lucro⁵⁵⁹.

Giustiniano ritiene opportuno riunire le due ipotesi sotto un'unica disciplina ed eliminare questa duplicità di regime («καλλίονι νόμῳ τὴν διπλὴν ταύτην ἔδοξεν ἀνελεῖν» «*meliori lege duplicem hanc placuit interimere*»). La *ratio* della disposizione – valida in verità nel solo caso di nuovo matrimonio – si dice doversi rinvenire nella tutela dei figli di primo letto, che non devono essere esposti al rischio di vedere i loro fratellastri accaparrarsi i beni del genitore defunto («εἰ γὰρ δευτέροις... ἀλλ'ἑτέροις αὐτὰ παραπέμπειν;» «*Si enim secundis... sed aliis ea transmittere?*»). Si prescrive, pertanto, che al genitore spetti il solo usufrutto dei lucri nuziali – dunque il marito per quanto riguarda la dote e la donna la donazione nuziale –, riconoscendo, invece, la proprietà ai figli («τῆς μὲν χρήσεως τῶν ἐκ τοῦ γάμου κερδῶν παρ'αὐτοῖς καθεστῶσης, τῆς δὲ δεσποτείας τοῖς αὐτῶν παισὶν ἐκ τρόπου παντὸς φυλαττομένης» «*usu quidem lucrorum ex nuptiis apud eos constituto, proprietate vero eorum filiis omnino servanda*»), qualunque sia

⁵⁵⁸ Sulla Nov. 22, 23, vd., per tutti, ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 251.

⁵⁵⁹ Cfr. C.I. 5, 9, 8, 1(2) e 2(3): *Imp. Iustinianus A. Menae pp. [...] 1(2). Illud etiam certa sanctione definire censemus, ut, si quis vel si qua ex aliquo matrimonio filiis procreatis minime ad secundas venerit nuptias, ut eo modo liceat quidem genitori res ex priore coniugio sibi adquisitas quo modo voluerit alienare vel administrare, si quae vero earum minime sint alienatae, possint liberi etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem eas vindicare, certum esse sancimus, quod etiam illa de cetero videbitur earundem fuisse rerum alienatio, quae in testamento genitoris vel specialiter relinquendo vel generaliter heredem instituendo facta sit. 2(3). Talem vero licentiam filiis, ut etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem lucra vindicarent, quae parens eorum ex matrimonio, quod secundo toro minime mutavit, sibi adquisita non alienavit, nullo modo eis concedimus, si paternam vel maternam hereditatem ab intestato ex parte (si forte alii etiam ex anteriore matrimonio morienti parenti filii sint) sibi adquisierint. [...] D. III id. Dec. dn. Iustiniano A. II cons.* La previsione è confermata, ancora una volta, da Nov. 22, 20, 1. Sul punto, vd. sempre ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, cit., p. 250. Delle previsioni di Teodosio II e Leone si è detto *supra*.

l'ipotesi di scioglimento del matrimonio e disponendo per l'avvenire e le cause pendenti. In sostanza, il coniuge non binubo viene equiparato a quello risposato, estendendo al primo la disciplina un tempo riguardante solo il secondo.

Nel caso in cui non sia nata prole dal matrimonio, ovviamente, la proprietà del lucro pattuito rimane in ogni caso in capo al coniuge, come si esplicita a seguire in Nov. 98, 2, 1 («εἰ γὰρ ὅλως ἢ κατὰ διάλυσιν ἢ κατὰ τρόπον ἄλλον διασπασθεῖη συνοικέσιον, εἰ μὲν μηδένες ὄσι παῖδες, μενέτω τὰ ἔμπροσθεν ἐπὶ τῆς ἑαυτῶν τάξεως») («*Si enim omnino aut per transactionem aut per modum alium separetur matrimonium, si quidem non sint filii, maneat priora in suo ordine*»).

Mi sembra logico supporre che anche la vedova non risposata risulti privata di *ius eligendi*, sia dal tenore del testo, sia dal fatto che questo diritto era già stato negato nel caso di seconde nozze da Nov. 2, 1⁵⁶⁰, che era stata poi confermata da Nov. 22, 25 (535)⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Cfr. Nov. 2, 1: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἑρμογένει τῷ ἐνδοξοτάτῳ μαγίστρῳ τῶν θεῶν ὀφικίων, ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. [...] Συνείδομεν τοίνυν μὴ συγκεχυμένον τοῦτο τὸ περὶ τῶν ἐπιλογῶν καὶ ἀδιάκριτον καταλιπεῖν, ἀλλὰ τοιαύτην δοῦναι τῷ πράγματι τάξιν, ὥστε τῆς μητρὸς ἅπαξ εἰς δευτέρους γάμους ἐλθούσης κέρδος εὐθὺς ἀπάντων τῶν παίδων τὴν δεσποτεῖαν τῆς προγαμιαίας γίνεσθαι δωρεᾶς, καὶ μηδεμίαν ἄδειαν εἶναι τῇ μητρὶ τοὺς μὲν τῶν παίδων ἐπιλέγεσθαι, τοὺς δὲ ἀτιμάζειν, διότι πάντας ὁμοῦ τοῖς δευτέροις ὕβρισε γάμοις... [...]. Dat. XVII. k. April. Constantinopoli Belisario v.c. cons. <ind. XIII.>. Trad. *Auth.: Imp. Iustinianus Aug. Hermogeni magistro sacrorum officiorum et exconsuli. [...] Perspeximus itaque non confusum hoc de electionibus indiscretumque relinquere, sed huiusmodi dare ordinem causae: matre semel ad secundas nuptias veniente lucrum mox tantummodo filiorum proprietatem antenuptialis fieri donationis, et nullam esse licentiam matri alios quidem filiorum eligere, alios autem exhonorare, quoniam omnibus simul secundas nuptiis fecit iniurias...* [...]. Dat. XII. k. April. Belisario v. c. cons. Su Nov. 2, 1, vd. MONNIER, *Du "casus non existentium liberorum" dans les nouvelles de Justinien*, cit., p. 459 e pp. 461-462, nonché TAROZZI, *Il regime della donazione nuziale nelle Novelle di Giustiniano in caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito*, cit., p. 1399. La disposizione era intervenuta ad abrogare la precedente C.I. 5, 9, 3 pr., che riproduceva con alcune variazioni C.Th. 3, 8, 2 pr. e riconosceva il diritto di *ius eligendi* (vd. *supra*).

⁵⁶¹ Nov. 22, 25: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν τῆς Ἐω πραιτωρίων τὸ δεύτερον, ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. [...] Ἐλεύσεται δὲ τὰ τοιαῦτα τῶν κερδῶν εἰς τοὺς παῖδας ἅπαντας τοὺς ἐκ τῶν προτέρων γάμων. Οὐ γὰρ ἐφίεμεν τοῖς γονεῦσι τὴν οὐκ ὀρθῶς ἐπεισηγμένην ἐπιλογὴν εἰς αὐτοὺς ἐνδείκνυσθαι, οὐδὲ τῷ μὲν τῶν παίδων δίδοναι, τὸν δὲ ἀτιμάζειν. ἅπαντες γὰρ τοῖς δευτέροις ὁμοίως ἠτιμάσθησαν γάμοις. ἄλλως τε εἴπερ ἀπάντων τῶν παίδων ὁμοίως κληρονομοῦσιν οἱ γονεῖς καὶ οὐ τὸν μὲν διαδέχονται, τὸν

È interessante notare, infine, per quanto concerne il lucro vedovile sulla donazione nuziale, che Giustiniano riprende in parte il regime predisposto dalla Nov. 1 di Libio Severo⁵⁶². Tuttavia, mentre Libio Severo era intervenuto in un sistema in cui, in mancanza di pattuizione, la donna lucrava interamente la donazione, Giustiniano opera in un regime in cui la vedova non gode *ex lege* di alcun diritto su questi beni. Anche in tal caso, di contro, il regime di “sfavore” nei confronti della vedova è dovuto a un intervento predisposto a favore dei figli di primo letto, con l’adozione di una soluzione che cerca necessariamente di compensare gli interessi di entrambi: quella, secolare, dell’usufrutto, applicato soltanto dopo pochi anni anche all’istituto della quarta⁵⁶³.

c. La quota in proprietà della madre vedova non binuba (Nov. 127, 3 [a. 548])

Dopo pochi anni, la cancelleria imperiale interviene nuovamente in materia al fine di apportare delle correzioni al regime ora esposto. Si

δὲ οὐχ ὁμοίως, ἀνθ’ ὅτου μὴ καὶ αὐτοὶ παῖσιν ἐξίσης τό γε ἐπὶ τούτῳ προσφέρονται, ἀλλὰ τοὺς μὲν ἐπιλέγονται, τοὺς δὲ παρορῶσιν; Ὡστε κατὰ τὴν ἀναλογίαν ἕκαστος τὸ τοιοῦτον κερδαίνετω, καὶ εἰ σχοίη παῖδας, εἰς αὐτοὺς τοῦτο παραπεμπέτω· οἱ δὲ τοῦτο ἐν ἀλλήλοις διαιρεῖσθωσαν αὐτοὶ μὲν κατὰ τὸ μέτρον, ὅποσοι καθεστᾶσιν, οὐ μένοι τοῦ πατρὸς ὑπερβαίνοντες μέρος. [...] Dat. XV k. April. CP. post cons. Belisarii v. c. Trad. Auth.: *Idem A. Iohanni pp.* [...] *Venient autem talia lucra ad filios omnes ex prioribus nuptiis. Non enim permittimus parentibus non recte introductam electionem in eos, neque alii quidem filiorum dare, alium vero exhonorare: omnes enim secundis similiter exhonorati sunt nuptiis. Sed quemadmodum si omnium filiorum similiter heredes existunt parentes et non alii quidem succedunt, alii vero non similiter, cur non et ipsi omnibus ex aequo, quantum ad hoc, conferant, sed alios quidem eligant, alios vero despiciant? Ideoque secundum proportionem unusquisque hoc lucretur, et si habeat filios, ad eos hoc transmittat, illi vero hoc inter alterutros partiantur ipsi quidem secundum mensuram, quanti consistant, non tamen patris transcendentem portionem.* [...] Dat. XV. kal. April. CP. Belisario v. c. cons.

⁵⁶² Della legislazione di Libio Severo si è dato contro *supra*, sottolineando la stringente limitazione apportata al lucro della vedova (binuba e non) sulla donazione nuziale. A lei, infatti, era stato riservato il solo usufrutto della *donatio*, con il riconoscimento della proprietà a favore dei figli, vietandole inoltre di alienare i beni che di tale donazione facevano parte a svantaggio dei figli e negandole il *ius eligendi*.

⁵⁶³ Il riferimento è al regime predisposto da Nov. 117, 5 (a. 542), su cui vd. *infra*.

consideri, dunque, il terzo *caput* della Novella 127⁵⁶⁴, risalente al 1° settembre 548 e indirizzata al prefetto del pretorio Basso⁵⁶⁵:

Nov. 127, 3: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Βάσσω τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ πραιτωρίων. [...] Ἐπειδὴ δὲ καὶ τὰς γυναῖκας τὰς εἰς δεῦτερον γάμον οὐκ ἐρχομένας προτιμήσεώς τινος ἀξίας παρὰ τὰς δευτερογαμούσας εἶναι νομίζομεν, θεσπίζομεν, εἴ τις ἀποβαλλομένη τὸν ἄνδρα ἐτέρων ἀπόσχοιτο γάμων, ἔχειν μὲν αὐτὴν τὴν χρῆσιν τῆς πρὸ γάμου δωρεᾶς, καθὰ καὶ πρότερον ἐθεσπίσαμεν, ἔχειν δὲ αὐτὴν καὶ δεσποτείας τοσοῦτον ὅσον ἢ πρὸς τοὺς παῖδας ἀναλογία ποιεῖ, ἵνα κατὰ τὸν τῆς δεσποτείας λόγον ἐνὸς καὶ αὐτὴ παιδὸς πρόσωπον ἔχειν δοκῇ. ταῦτα δὲ κρατεῖν οὐκ ἐπὶ μητέρων μόνον κελεύομεν, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ πατέρων καὶ τῶν ἄλλων ἀνιόντων βουλόμεθα τῶν εἰς δευτέρους γάμους οὐκ ἐρχομένων⁵⁶⁶. [...] Dat. k. Sept. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XXII. post. cons. Basili v. anno VII. ind. XI.

In un testo normativo dal carattere composito volto a emendare precedenti costituzioni⁵⁶⁷, Giustiniano introduce un'importante novità, giustificata dal fatto che la madre vedova («τις ἀποβαλλομένη τὸν ἄνδρα»)

⁵⁶⁴ Sul dettato normativo del *caput* 3, cfr. *Epit. Iul.* 114, 3 (ed. Haenel, p. 146; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, p. 178), nonché, sinteticamente, *Epit. Athan.* 9, 12, 3 (ed. Simon, Troianos, pp. 294-295); *Epit. Nov. ex cod. Bodl.* 3399, cc. 445-447 (ed. Zachariae, p. 210); *Summa Nov. Theod.* 127, 3 (ed. Zachariae, p. 135) = Sch. 2 a Bas. 28, 12, 1 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 1965; ed. Heimbach, III, p. 313); Bas. 28, 12, 1 (ed. Scheltema-van der Wal, A IV, p. 1405; ed. Heimbach, III, p. 313), nonché *Synopsis Novellarum Iustiniani* II. 2119-2120 (ed. Schminck, Simon, p. 204).

⁵⁶⁵ Basso fu prefetto del pretorio d'Oriente solo nel 548. Su questa figura, vd. MARTINDALE, v. *Fl. Comitas Theodorus Bassus* 4, in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, IIIA, cit., p. 178.

⁵⁶⁶ Trad. *Auth.: Idem Aug. Basso pp.* [...] *Quia vero et mulieres ad secundas nuptias non venientes praepositione aliqua dignas ultra eas quae secundo nubunt esse putamus, <sancimus,> si qua amisso viro alteris abstineat nuptas, habere quidem eam [ad] usum antenuptialis donationis, sicut prius sancivimus, habere vero eam et proprietatis tantum quantum filiorum quantitas facit, ut secundum proprietatis rationem unius et ipsa filii personam obtinere videatur. Haec vero valere non in matribus solis iubemus, sed etiam in patribus et aliis ascendentibus volumus ad secundas nuptias non venientibus.* [...].

⁵⁶⁷ La Novella 127 si compone di quattro *capita*: nella *praefatio* e nel *caput* 1 viene ammessa la rappresentazione di fratelli e sorelle germani anche nel caso di concorso con uno o più ascendenti, e corretta così sul punto la Nov. 118, 3 (vd. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, cit., p. 2 e n. 4); del *caput* 2 si è detto *supra*; il *caput* 4 estende al marito le pene previste in capo alla moglie colpevole di aver divorziato senza causa (sul punto, vd. P. G. CARON, *Consensu licite matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi* (C. 5, 17, 8), in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VII, cit., p. 294).

(«*qua amisso viro*»)⁵⁶⁸ non risposatasi è considerata maggiormente degna di quella passata a seconde nozze ed è pertanto meritevole di un maggior riconoscimento (anche sul piano economico). Il disincentivo alle seconde nozze serve altresì a tutelare gli interessi dei figli di primo letto, nei confronti dei quali il secondo matrimonio della madre rappresentava sempre un pericolo.

Viene così riconosciuto alle sole madri vedove non binube, oltre all'usufrutto sulla donazione nuziale, un diritto di proprietà su una quota pari a quella spettante a ciascun figlio («ἔχειν δὲ αὐτὴν καὶ δεσποτείας τοσοῦτον ὅσον ἢ πρὸς τοὺς παῖδας ἀναλογία ποιεῖ») («*habere vero eam et proprietatis tantum quantum filiorum quantitas facit*»). L'eguale partizione del patrimonio del *de cuius* tra coniuge-madre e figli, come si vedrà, era già stata applicata qualche anno prima, sotto determinate condizioni, all'istituto della quarta, che sembra averne dunque direttamente ispirato il meccanismo⁵⁶⁹.

In chiusura, la previsione viene estesa «ἐπὶ πατέρων καὶ τῶν ἄλλων ἀνιόντων» («*in patribus et aliis ascendentibus*»), ma è evidente come le principali destinatarie della normativa sono anzitutto le donne. Rimane sottointeso che il lucro debba esser stato necessariamente pattuito⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Precisa questo punto *Summa Nov. Theod.* 127, 3 (ed. Zachariae, p. 135) = Sch. 2 a Bas. 28, 12, 1 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, p. 1965; ed. Heimbach, III, p. 313]): «... ἴσθι δὲ πρὸ πάντων, ὅτι τοῦτο προβαίνει ἐπὶ τῶν τελευτῆ καὶ οὐ βεπουδιῶ λυομένων γάμων» (trad. Zachariae: «*Scias autem ante omnia, hoc obtinere, si matrimonium morte, non si repudio dissolutum sit*»; trad. Heimbach: «*Scias autem ante omnia, hoc procedere in nuptiis, quae morte, non divortio solvuntur*»).

⁵⁶⁹ Vd. *infra*. Le due legislazioni sono tra loro complementari e aventi oggetti differenti. Come si vedrà, la quarta attiene a una quota del patrimonio del marito e, per poterne aver titolo idoneo, la vedova – tra le altre cose – non deve aver ricevuto né la dote né la donazione nuziale (vd. *infra*). Pertanto, Nov. 127, 3 non può aver in alcuna maniera modificato il regime di Nov. 117, 5, come invece sostenuto da N. VANDER WAL, *Manuale Novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien*, Groningue, 1998, p. 88 n. 102 e 144 n. 79. Sul punto e concordemente alla lettura qui proposta, vd. BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 815 n. 59 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 29-30 n. 59).

⁵⁷⁰ Ancora una volta, ciò risulta evidente dall'equiparazione con il lucro nuziale del padre (vd. *supra*). È verosimile che il patto potesse ancora riguardare non solo l'*an*, ma anche il *quantum* del lucro. Stabilendo pattiziamente una percentuale di lucro sulla donazione nuziale

Il regime giustiniano del lucro nuziale, in conclusione, è caratterizzato dal costante parallelismo tra la condizione del marito e quella della donna, con la necessaria presenza, per entrambi, di un accordo al fine di lucrare i beni apportati dal consorte, nonché dal restringimento di tale lucro a tutela della prole, a favore della quale viene apportato un correttivo volto a disincentivare le seconde nozze e a premiare le vedove (e i vedovi) non binubi.

d. Restitutiones fideicommissariae e tutela del lucro vedovile (Nov. 39 praef.-1 [a. 536])

È necessario esaminare, infine, due particolari misure adottate a tutela della moglie superstite e, in particolare, del suo diritto sul lucro nuziale, qualora l'eredità derivante dal padre del marito fosse stata gravata di un fedecommesso *post mortem heredis*. Si prenda anzitutto in considerazione la *praefatio* della Novella 39⁵⁷¹, risalente al 17 aprile 536⁵⁷² e indirizzata a Giovanni di Cappadocia.

Nov. 39 *praef.*: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν τῆς Ἐω πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. <Προοίμιον.> Τὸ ῥευστὸν καὶ πεποικιλμένον τῆς ἀνθρωπίνης φύσεως καὶ τῆς κατὰ μικρὸν δεόμενον θεραπείας οὐκ ἂν ἄλλως εἰς τὸ καλῶς ἔχον ἐπανέλθοι, κἂν εἰ τὰς πρώτας τις αὐτοῦ κυβερνήσειεν ἀρχάς, εἰ μὴ καὶ τὸ κατὰ μέρος αὐτοῦ ἐπανιστάμενον διαλύων οὕτως αὐτὸ καθισταίη πρὸς τὸ γαληνόν τε καὶ ἀτάραχον καὶ νόμῳ πρέπον. ὅποῖον δὴ τι καὶ νῦν ἐπελθὸν εἰς νόμου χρείαν ἡμᾶς κατέστησεν. Ἴσμεν γὰρ ὡς καὶ πρώην ἐστασιάζετο τὰ περὶ τῶν ἀποκαταστάσεων, καὶ εἰ συνέβη τινὰς ὑποθήκας ὑποθέσθαι τοὺς

probabilmente si poteva, infatti, delimitare l'oggetto dell'usufrutto. Diverso il discorso per quanto riguarda la quota della donna in proprietà.

⁵⁷¹ Della Nov. 39 danno conto anche *Epit. Iul.* 37 (ed. Haenel, pp. 68-69; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, pp. 81-82); *Epit. Athan.* 9, 3 (ed. Simon, Troianos, pp. 278-279); *Summa Nov. Theod.* 39 (ed. Zachariae, pp. 53-54), che riprende in sintesi Sch. a Bas. 28, 15 (ed. Scheltema-Holwerda, B V, pp. 1983-1984; ed. Heimbach, III, pp. 344-346); Bas. 28, 15 (ed. Scheltema-van der Wal, A IV, pp. 1438-1442; ed. Heimbach, III, pp. 343-346), nonché *Synopsis Novellarum Iustiniani* II. 641-663 (ed. Schminck, Simon, pp. 156-157).

⁵⁷² L'*Authenticum*, posticipando di qualche giorno la data di emanazione della Novella, indica il 20 aprile, riportando come *subscriptio* «*Dat. XII. kal. Maii CP. p.c. Belisarii v.c.*».

βαρυνομένους, πολλῆς τὸ πρᾶγμα ταραχῆς ἦν, εἴτε δέοι καὶ τὰ ἀποκαταστῆναι κελευσθέντα πράγματα κινδυνεύειν εἴτε μόνα τὰ τοῦ βεβαρημένου τῆ ἀποκαταστάσει· καὶ πολλή τις ἦν καὶ περὶ αὐτὴν τὴν τῶν ῥημάτων διαφορὰν ζήτησις, εἴτε ὁ τελευτῶν διατάξαιτο τὰ περιττεύοντα πρὸς τῆ τελευτῆ τοῦ βεβαρημένου τῆ ἀποκαταστάσει πράγματα δεῖν ἀποκαταστῆναι, εἴτε καὶ ἀπλῶς ἀποκαταστῆναι τὸ καταλειφθὲν μετὰ τὴν παρακατάσχεσιν τοῦ νομίμου μέρους κελεύσειε· καὶ εἰζήγοντο καὶ fideicommissou persecutiones καὶ ἐξ ἀπορίας αἰ in rem missiones, καὶ οἱ πολλοὶ τε ἐκεῖνοι καὶ ποικίλοι καὶ ἀνέκλυτοι σχεδὸν τῆς ῥηθείσης in rem missionis κύκλοι. καὶ ὡς ἡμεῖς πρόην ταῦτα ἰώμενοι νόμον ἐγράψαμεν, καθάπαξ κωλύοντες τὰ ἀποκαταστάσει βεβαρημένα πράγματα μὴ ἐκποιεῖσθαι ἢ ὑποτίθεσθαι, ἀλλὰ μετὰ τῆς οἰκείας ὁδεύειν τύχης, καὶ παρ' ὧπερ ἂν γένοιτο μὴ μένειν ἰσχυρῶς, ἀλλ' ἐπανιέναι πρὸς τὸν ὧ δοθῆναι προσετάχθη. καὶ ὁ γε νόμος ἤδη που καὶ χρόνιός ἐστι καὶ ἐν τοῖς δικαστηρίοις εὐδοκιμῶν διετέλεσεν· ἀλλ' ἔμελλεν, ὅπερ εἰπόντες ἔφθημεν, ὁ φέρειν ἅπαντα πεφυκῶς χρόνος δεικνύειν δεῖν τινὸς ἐξαιρέσεως ἀναγκαίας τῷ νόμῳ. Προσῆλθον γὰρ ἡμῖν ἄνδρες τε καὶ γυναῖκες ἐκ τούτων ἀδικούμενοι. τελευτήσαντος γὰρ ἀνδρὸς ἐπὶ τινος κινηθείσης ὑποθέσεως ἢ μὲν γαμετὴ τὴν τε φερνὴν εἰζέπρατε τῆς τε δωρεᾶς τῆς πρὸ τῶν γάμων ἦτοι διὰ τὸν γάμον γενομένης τὸ μέρος, ὅπερ ὁ τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆ θάνατος ἐδίδου· ὁ δὲ τοῦ τελευτήσαντος ἀδελφὸς ἐτέρωθεν ἀντείχετο τῶν πραγμάτων, καὶ τὴν τοῦ πατρὸς προὔτεινετο βουλήν, καὶ ἀφείλκε τῆς γυναικὸς τὰ πράγματα, φάσκων τὸν μὲν ἀδελφὸν τὸν αὐτοῦ ταῦτα δαπανῆσαι, ἑαυτὸν δὲ παρὰ τῆ γυναικὶ βλέπειν τὰ πατρῶα πράγματα, ἅπερ ὁ πατὴρ ἐξ ἀπαιδίας ἀποκαταστῆναι προσέταξεν αὐτῷ, καὶ ἀντιλήψεσθαι μέχρι παντὸς αὐτῶν καὶ οὐκ ἐνδώσειν, ἕως ἂν τὸ ἰκανὸν τῷ ἡμετέρῳ νόμῳ διὰ πάντων γένοιτο. ἀλλ' ὠδύρετο δικαίως ἢ γυνὴ καὶ ἔφασκεν οὐ δίκαιον εἶναι καθάπερ ἐπ' ἐξαπάτῃ κύριον μὲν τὸν ἄνδρα γενέσθαι τῆς προικὸς ἀπάσης, καὶ εἶγε προτελευτᾶν τὴν γυναῖκα συνέβαινε, τὸ κέρδος ἔχειν κατὰ τὸ σύμφωνον, ἐπειδὴ δὲ ὁ ἀνὴρ ἐτελεύτησεν, ἑαυτὴν ἀγνοοῦσαν τὴν ὑποκατάστασιν ἀπολέσθαι κινδυνεύειν. ἀλλ' ἐνταῦθα μὲν δέδοται τῷ πράγματι τύπος, ὃν ἔχειν καλῶς ἐνομίσαμεν. Αὐθις δὲ ἕτερος ἰκέτης ἀνεφαίνετο, λέγων τὸν τῆς γυναικὸς πατέρα τὴν οὐσίαν ὑποκαταστήσαι τοῖς ἄλλοις αὐτοῦ παισίν, ἐλαχίστην δὲ μοῖραν μόνην παρ' αὐτῆ κελεῦσαι μένειν, καὶ μέγαν αὐτὸν περιίστασθαι κίνδυνον, εἶγε ἢ μὲν αὐτοῦ περιουσία κινδυνεύοι περὶ τε τὴν τῆς προικὸς ἀποκατάστασιν περὶ τε ὀλόκληρον τὸ ἐκ τῶν γαμικῶν συμβολαίων ἐπὶ τῆ πρὸ γάμου δωρεᾶ σύμφωνον, αὐτῷ δὲ οὐδενὸς ἐξεῖη τυχεῖν τούτων διὰ τὴν ἐκ τῆς ἀποκαταστάσεως τῶν πραγμάτων ἀφαίρεσιν. Ταῦτα ἡμᾶς εἰκότως ἐκίνησε, καὶ ἄμεινον ᾤθημεν τὸν ἡμέτερον ἐπανορθῶσαι νόμον ἢ τοὺς ὑπηκόους περιορᾶν κινδυνεύοντας, καὶ μάλιστα ἐν γάμοις, ὧν οὐδὲν ἐστὶν ἀνθρώποις χρησιμώτερον, οἷα καὶ μόνων ποιεῖν ἀνθρώπους δυναμένων. [...] Νόμος ἐγράφη Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ

τῶν ἱερῶν τῆς Ἐω πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. Dat. XV kal. Mai. CP. post cons. Belisari v.c.⁵⁷³

Il provvedimento tratta delle restituzioni fedecommissarie. Giustiniano menziona, anzitutto, alcune questioni che erano state precedentemente dibattute in tema di fedecommissi e ricorda, implicitamente, alcune sue innovazioni in materia. In particolare, oggetto di dibattito erano state l'estensione delle ipoteche costituite dagli onerati (se limitate al loro patrimonio o comprendenti anche i beni da restituirsì) e la valenza delle parole utilizzate dal *de cuius* in merito alla restituzione

⁵⁷³ Trad. Auth.: *Imp. Iustinianus Aug. Iohanni pp. Orientis secundo. <Praefatio.> Decursio et varietas humanae naturae et paulatim egens curatione non aliter ad bene se habendum revocatur, licet prima eius gubernentur principia, nisi etiam quod particulariter ei resistit corrigatur sicque constituatur sub tranquillitate et quiete ut legi conveniens. Quale scilicet quiddam etiam nunc emergens ad legis nos opus adduxit. Scimus enim quia etiam dudum dubitabatur de restitutionibus, et si contigisset quasdam hypothecas obligari eius qui restitutione gravabatur, plurimae contentionis erat negotium, sive oporteret etiam res quae restitui iussae fuerant periculum pati, sive solas eius qui gravabatur restitutione; et multa quaedam erat etiam circa ipsam verborum differentiam quaestio, utrum defunctus praecepisset res quae remanerent post mortem eius qui gravabatur restitutione oportere restitui, an absolute restitui quod relictum erat post detentionem legitimae partis iuberet? Et introducebantur etiam fideicommissi persecutiones et ex inopia in rem missiones, et plurimi illi et varii et insolubiles paene praedictae in rem missionis circuli. Sed tamquam nos dudum haec sanantes legem scripsimus, modis omnibus prohibentes restitutione gravatas res aut alienari aut obligari, sed cum propria ambulare fortuna, et apud quemcumque fuerint non manere firme, sed reverti ad illum cui dari iussae sunt. Et facta lex iam quodammodo longaeva est et in iudicio approbata frequentatur: sed futurum erat, quod praediximus, ut quod ferre omnia consuevit tempus ostenderet indigere quadam exceptione necessaria legem. Adierunt <enim> nos viri et mulieres ex his laesi. Moriente namque viro <in> quodam moto negotio uxor quidem et dotem exigebat et donationis ante nuptias factae partem seu propter nuptias quam viri mors ei dabat; defuncti vero frater aliunde vindicabat res et patris proferebat voluntatem, et trahebat mulieris res, dicens fratrem quidem suum eas expendisse, se vero apud mulierem videre paternas res, quas pater non existentibus filiis restitui praeceperat ei, et recipere ex omnibus eas instabat neque cessabat, donec satisfactio nostrae legi per omnia perveniret. Sed ingemiscebat iuste mulier et dicebat iniustum esse quasi per detentionem dominum quidem virum fieri dotis totius, et si praemori mulierem contigisset lucrum habere secundum pactum, quia vero vir mortuus est, se ignorantem restitutionem amissionis periculum sustinere. Sed hic quidem data est negotio forma quam bene se habere putavimus. Rursus autem alter supplex apparuit dicens uxoris patrem substantiam eius substituisse aliis suis filiis parvamque partem solam apud eam iussisse manere, et magnum sibimet imminere periculum, si suae quidem substantiae periculum pateretur et circa dotis restitutionem et circa totum ex dotalibus instrumentis super antenuptiali donatione pactum, sibi vero nihil liceret promereri horum propter sublationem ex restitutione. Haec nos merito commoverunt, et melius arbitrati sumus nostram corrigere legem quam subiectos despiciere periculum sustinentes, maxime in nuptiis, quarum nihil est hominibus utilius, tamquam solis facere homines valentibus. [...] Dat. XII. kal. Maii CP. p.c. Belisarii v.c.*

(comprendente solo ciò che era rimasto o tutto ciò che era stato lasciato, dedotta la legittima). Da qui, erano stati instaurati alcuni procedimenti giudiziari volti a perseguire il fedecommesso e si era assistito al ricorrere all'istituto della *in rem missio*⁵⁷⁴. Viene poi menzionata l'introduzione della proibizione di ogni atto di disposizione da parte di chi fosse stato gravato da questa disposizione testamentaria, previsto appena qualche anno prima, nel 531, con C.I. 6, 43, 3, 2-4⁵⁷⁵. Come lo stesso imperatore precisa, però, il nuovo regime necessitò della predisposizione di alcune eccezioni dal momento che «[π]ροσηλθον γὰρ ἡμῖν ἄνδρες τε καὶ γυναῖκες ἐκ τούτων ἀδικούμενοι» («[a]dierunt <enim> nos viri et mulieres ex his laesi»).

Il primo caso che viene ricordato come bisognoso di un'adattamento del rigore della legge è quello di un uomo che era stato onerato, al momento della sua morte e alla condizione *si sine liberis decesserit* («ἐξ ἀπαιδίας»; «*non existentibus filiis*»), dalla restituzione di un fedecommesso e che aveva comunque offerto questo bene come donazione nuziale alla propria moglie. Di fronte alle fondate pretese del fratello del *de cuius*, la donna gemeva e lamentava l'ingiustizia della propria situazione. Il legislatore colorisce il testo indulgiando sulle lamentele della povera vedova, offrendo una rappresentazione dai toni quasi melodrammatici. Così, si dice che la donna faceva leva sull'ingiustizia della sua situazione, dal momento che se al posto del marito fosse lei a essere premorta, il consorte avrebbe lucrato per intero la sua dote. La vedova lagnava di essere sempre stata all'oscuro dell'onere

⁵⁷⁴ Circa le questioni dubbie relative ai fedecommessi, vd. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, pp. 174-176. Analizza Nov. 39 *praef.* con riguardo al richiamo dell'abolizione della *in rem missio* G. IMPALLOMENEI, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, in *BIDR*, 9 (1967), pp. 6-8.

⁵⁷⁵ Su C.I. 6, 43, 3, 2-4, vd., per tutti, DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, cit., pp. 118-120 (e 442-444), che sottolinea come il divieto assoluto riguardava soltanto i lasciti disposti puramente o soggetti a termine certo, di cui al § 2a. Negli altri casi – quindi per i fedecommessi sottoposti a condizione sospensiva o a *dies incertus* (di cui al § 3) –, si trattava di un mero consiglio, dal momento che il verificarsi della condizione o del *dies incertus* avrebbero comportato la nullità degli atti precedentemente compiuti.

che gravava sulla donazione nuziale del marito, ignara della sua triste sorte («ἀλλ' ὠδύρετο δικαίως... κινδυνεύειν») («*Sed ingemiscebat iuste... periculum sustinere*»).

Viene poi menzionato un secondo caso, speculare al primo. Qui un marito lamentava la grave riduzione, avvenuta sempre per mezzo di restituzione fedecommissaria, delle sostanze della moglie da parte del suocero, che aveva così fortemente ridotto le sue future aspettative sulla dote e sulla donazione nuziale («Ἀϋθις δὲ ἕτερος... τῶν πραγμάτων ἀφαίρεσιν» «*Rursus autem... propter sublationem ex restitutione*»).

La cancelleria imperiale decideva così di ammettere la propria legge, per porre rimedio a tali situazioni e allontanare i propri sudditi da un pericolo, «μάλιστα ἐν γάμοις, ὧν οὐδὲν ἐστὶν ἀνθρώποις χρησιμώτερον, οἷα καὶ μόνων ποιεῖν ἀνθρώπους δυναμένων» («*maxime in nuptiis, quarum nihil est hominibus utilius, tamquam solis facere homines valentibus*»). Implicitamente, pertanto, si predispose un regime straordinario in base al quale i beni costituiti in donazione nuziale o dote rimanevano esclusi dal generale obbligo di restituzione *ex fideicommisso*.

Un'altra rilevante previsione a tutela dell'interesse della vedova è prevista nel successivo *caput 1*⁵⁷⁶:

Nov. 39, 1: Διὰ τοι τοῦτο τὸν παρόντα τίθεμεν νόμον, τὰ μὲν ἄλλα πάντα τῆς πρώην παρ' ἡμῶν τεθειμένης διατάξεως κύρια μένειν βουλόμενοι, τουτὶ δὲ καινίζοντες μόνον, ἵνα εἴ τις τὸ λοιπὸν ἀποκατάστασιν ποιοῖτο τῶν ἑαυτοῦ πραγμάτων, πρῶτον μὲν φυλάττοι τῷ παιδί τὸ νόμιμον μέρος, οὐ τὸ τέταρτον (τοῦτο γὰρ ἐπηρωρθώσαμεν, πενίαν αὐτοῦ πολλὴν καταγόντες), ἀλλὰ τὸ τρίτον πάντως ἢ τὸ ἡμισυ κατὰ τὸν τῶν παίδων ἀριθμὸν· ἔπειτα καὶ [εἰς] τὸ λειπόμενον τῆς οὐσίας μέρος, ἐν ᾧ μὴ ἀρκοίη τὸ νόμιμον μέρος πρὸς προικὸς ἢ προγαμιαίας δωρεᾶς ἐπίδοσιν εὐσχημόνως καὶ πρὸς τὴν τῶν προσώπων ποιότητα συμμετρομένης, ἐξηρησθαι καὶ αὐτὸ τῆς ἀποκαταστάσεως, καθ' ὅσον προστιθέμενον τῷ νομίμῳ μέρει τὴν προῖκα ἢ

⁵⁷⁶ Vd. VAN DER WAL, *Manuale Novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Novelles de Justinien*, cit., p. 78 e p. 154, nonché brevemente DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, cit., pp. 124-125; 174 e 201 n. 34.

τὴν πρὸ γάμου ποιεῖ δωρεάν. θεσπίζομεν γὰρ κατὰ τοῦτον τὸν τρόπον ἐξηρηθῆαι παντοίως τῆς ἀποκαταστάσεως τὰ γαμικὰ συμβόλαια καὶ τὰς ἐπὶ τούτοις ἐκποιήσεις ἢ ὑποθήκας· κἂν εἰ βεβαρημένον εἴη τὸ πρόσωπον ἢ τὸ τοῦ ἀνδρὸς ἢ τὸ τῆς γυναικὸς ἀποκαταστάσει τοιαύτη, ἐξέστω καὶ οὕτως τὴν καλουμένην προγαμιαίαν ἢ διὰ γάμον δωρεάν ἐπιδίδοναι, μηδὲν τό γε ἐπὶ τοῖς πράγμασιν ἐκείνοις τῆς ἀποκαταστάσεως δρώσης· εἴτε γυνὴ τῆ ἀποκαταστάσει βαρύνοιτο, μὴ ἐμποδῶν γίνεσθαι πρὸς τὴν τῆς προικὸς ἐπίδοσιν. τὰ γὰρ κοινῇ πᾶσι συμφέροντα τῶν ἰδίᾳ τισὶ λυσιτελούντων προτίθεμεν. καὶ ἔστω τοῦτο ταῖς γαμικαῖς ἐπιδόσεσι καὶ ταῖς ἐντεῦθεν ἀπαιτήσεσι προνόμιον. εἰ γὰρ καὶ οἱ πρὸ ἡμῶν ἐκ τῶν γενικῶν ὑποθηκῶν πολλὰ κατὰ πρόληψιν ἐξεῖλον, καίτοιγε οὐχ οὕτως ἡμῖν ἀναγκαῖα καθεστῶτα, πῶς οὐχ ἡμεῖς ἐκ μείζονός τε καὶ καλλίονος γνώμης τὴν τῶν γαμικῶν κερδῶν ἐξαιρέσιν ποιησόμεθα; 1. Ταῦτα δὲ πάντα τῷ μέλλοντι χαρίζομεθα χρόνῳ καὶ ταῖς ὕστερον ἐσομέναις ἀποκαταστάσεσιν ἢ τόνδε γενέσθαι τὸν νόμον. οὐδὲ γὰρ ἐκεῖνο γενέσθαι συγχωροῦμεν τὸ βλάβος, [ἴνα] εἴ τις γυνὴ ὀλίγην ἔχουσα προῖκα εἴτα τὸν νόμον μαθοῦσα τὸν ἡμέτερον, ἢ εἴ τις ἀνὴρ μετρίαν ποιησάμενος προγαμιαίαν δωρεάν πρὸς περιγραφὴν τοῦ νόμου βουληθεῖη αὐξήσιν ἢ τῆς προικὸς ἢ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς ποιήσασθαι, τὸ ἔλκειν πρὸς ἐπιβουλὴν τῶν ἀποκαταστάσεων. καὶ ταύτην γὰρ ἀναιροῦμεν τὴν περιγραφὴν, οὐδὲν ὄφελος ἔχειν διδόντες τοῖς ποιουμένοις τὰς ἐπαυξήσεις ὅσον πρὸς τὴν ἐπὶ ταῖς ἀποκαταστάσεσι βλάβην, καθαρὸν τῷ μέλλοντι χρόνῳ τὸν ἡμέτερον τηροῦντες νόμον. Ἐν μὲν οὖν τοῦτο κεφάλαιον ἔσται τῷ παρόντι νόμῳ⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Trad. Auth.: *Quam ob rem praesentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis positae constitutionis rata manere volentes, hoc vero innovantes solummodo, ut si quis de cetero restitutionem fecerit suarum rerum, primum quidem servet filio legitimam partem, non quartam (id enim emendavimus inopiam eius plurimam reprehendentes), sed tertiam modis omnibus aut mediam secundum filiorum numerum, deinde et ex reliqua substantiae parte, si non suffecerit legitima pars ad dotis aut ante nuptias donationis oblationem honeste et secundum personarum qualitatem metitam, excipere etiam hoc a restitutione secundum quod adiectum legitimae parti dotem aut antenuptialem facit donationem. Sancimus enim secundum hunc modum excipi modis omnibus a restitutione nuptialia documenta et super his factas alienationes aut hypothecas, et vel si gravata sit persona aut viri aut mulieris restitutione tali, liceat etiam ei nuncupatam antenuptialem seu propter nuptias donationem offerre, nihil quantum in illis rebus restitutione valente; et si mulier restitutione gravetur, non impedimentum fieri ad dotis oblationem. Ea enim quae communiter omnibus prosunt his quae specialiter quibusdam utilia sunt praepoimus. Sitque hoc nuptialibus oblationibus et harum exactionibus privilegium. Si enim et ante nos ex generalibus hypothecis plurima per praesumptionem exceperunt, cum utique non ita nobis necessaria consistant, quomodo non nos ex maiori et meliori sententia nuptialium lucrorum exceptionem faciemus? 1. Haec igitur omnia futuro conferimus tempori et postea faciendis restitutionibus secundum hanc legem. Non enim illam concedimus fieri laesionem, ut si qua mulier parvam habens dotem, deinde legem cognoscens nostram, aut si quis vir mediocrem fecerit antenuptialem donationem, ad circumventionem legis velit augmentum aut dotis aut antenuptialis facere donationis, hoc trahere ad insidias restitutionum: et hanc enim perimimus circumventionem, nullam*

Il tema, ancora una volta, è quello delle *restitutiones fideicommissariae*. Giustiniano consente anzitutto che un figlio, gravato di una restituzione fedecommissaria, possa dedurre la quota legittima. La cancelleria ricorda, con un certo orgoglio, di essere già intervenuta sul punto, ritenendo inadeguato far corrispondere la quota della legittima a un quarto del patrimonio del *de cuius* ed elevandola alla frazione di un terzo o a un mezzo, a seconda del numero dei figli («τοῦτο γὰρ ἐπηρωρθώσαμεν, πενίαν αὐτοῦ πολλὴν καταγνόντες» «*id enim emendavimus inopiam eius plurimam reprehendentes*»). La previsione, già ricordata, risaliva appena al mese precedente, ed è da indentificarsi con Nov. 18, 1, che, per l'appunto, distingueva tra l'ipotesi in cui il defunto avesse fino a quattro o più di quattro figli, dovendosi così differentemente procedere alla separazione dell'asse ereditario⁵⁷⁸.

L'imperatore si spinge oltre e concede un'ulteriore deduzione, finalizzata alla costituzione della dote e della donazione nuziale. A tal proposito, viene parimenti esentata dalla restituzione fedecommissaria la quota utile a costituire l'apporto matrimoniale, il cui valore deve determinarsi in modo decoroso e congruo alla posizione sociale del nubendo («εὐσχημόνως καὶ πρὸς τὴν τῶν προσώπων ποιότητα συμμετρουμένης»; «*honeste et secundum personarum qualitatem metitam*»)⁵⁷⁹. Si precisa, ancora, che tale esenzione dalla restituzione debba valere tanto per l'uomo

utilitatem habere concedentes facientibus augmentum quantum ad restitutionis laesionem, puram futuro tempore nostram servantes legem. Unum siquidem hoc capitulum est praesentis legis.

⁵⁷⁸ Vd. *supra*, dove è stato riportato il testo della legge e si trovano alcuni rinvii alla più recente letteratura sul punto.

⁵⁷⁹ Il criterio per la quantificazione della dote corrisponde a quello esplicitato, secoli prima, da Celso. Cfr. D. 23, 3, 60 (Cels. 11 *dig.*) e D. 32, 43 (Cels. 15 *dig.*). In argomento, vd. M. T. NICOTRI, *De dote quantitate. A proposito di Cels. D. 23.3.60 e 32.43*, in *TSDP*, 4 (2011).

quanto per la donna («κᾶν εἰ βεβαρημένον εἶη... πρὸς τὴν τῆς προικὸς ἐπίδοσιν»; «*et vel si gravata... ad dotis oblationem*»)⁵⁸⁰.

La legge conosce la propria *ratio* nella tutela apprestata dal legislatore ai beni “comuni” alla coppia: «τὰ γὰρ κοινῇ πᾶσι συμφέροντα τῶν ἰδίᾳ τισὶ λυσιτελούντων προτίθεμεν» («*Ea enim quae communiter omnibus prosunt his quae specialiter quibusdam utilia sunt praeponimus*»). Questo rilievo mi sembra ben evidenziare la volontà di salvaguardare in tal modo anche il coniuge superstite. La situazione di vedovanza, d'altronde, era appena stata richiamata nella *praefatio*.

Si afferma, infine, nel § 1, che la legge deve disporre solo per l'avvenire e non possa essere subdolamente adoperata per esentarsi dalla restituzione fedecommissaria, aumentando impropriamente dei beni dotali o una donazione nuziale aventi modico valore. La cancelleria, a costoro, negherà dunque il privilegio dell'esenzione, salvaguardando così la *ratio* della legge («καὶ ταύτην γὰρ... τηροῦντες νόμον» «*et hanc enim... servantes legem*»).

⁵⁸⁰ Il successivo *caput 2* precisa che la nuova regola – così come qualsiasi lucro sulla donazione nuziale – non riguarda la donna che partorisce nell'undicesimo mese dopo la morte del marito, così come quella che contrae matrimonio entro l'anno.

IV. LA QUARTA DELLA VEDOVA POVERA: NOV. 53, 6 (A. 537) E
NOV. 117, 5 (A. 542)

La c.d. quarta della vedova povera costituisce un innovativo istituto introdotto da Giustiniano disciplinato da due distinte Novelle, che, ancora oggi, presentano molteplici profili di oscurità⁵⁸¹.

1. IL DETTATO NORMATIVO DI NOV. 53, 6

Il primo giorno di ottobre dell'anno 537⁵⁸², la cancelleria imperiale emanò la Novella 53 indirizzandola a Giovanni di Cappadocia. Si tratta di una

⁵⁸¹ La quarta *uxoria* ha suscitato poco interesse nella dottrina dell'ultimo secolo. Tra le più recenti trattazioni specifiche, vd. F. DE MATTEIS, *La Condizione Giuridica della Donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'Imperatrice Teodora*, Torino, 1912, pp. 88-90; ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., pp. 131-132; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900 (rist. Milano, 1949), pp. 109-116; T. MAYER-MALY, v. *vidua (viduus)*, in *RE*, VIII A, Stuttgart, 1955, cc. 2103-2104; R. DANNENBRING, *Die Kwart van die arm Weduwee. Romeinsregtelike Grondslae*, in *THRHR*, 29.1 (1966), pp. 1-20; B. BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, in *Acta Juridica* (1965/1966), Cape Town/Amsterdam, 1967, pp. 288-294 (con un'approfondimento sugli sviluppi di diritto romano-olandese alle pp. 294-325); B. BIONDI, v. *Quarta uxoria*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967, pp. 632-633; WESENER, *Pflichtteilsrecht und Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten in historischer Sicht*, cit., pp. 96-99 (le evoluzioni di diritto intermedio e dell'area germanica sono esaminate alle pp. 100-120); FEENSTRA, *The "Poor Widower" in Justinian's Legislation*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, pp. 39-44; BONINI, *La quarta della vedova povera tra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53,6 e 117, 5)*, cit., pp. 793-816 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*), cit., pp. 1-31; HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 33-38. Meritano di essere altresì menzionate le indagini aventi a oggetto la sola evoluzione dell'istituto nella tradizione romanistica e, in particolare, quelle di J. M. TURLAN, *Recherches sur la quarte du conjoint pauvre*, in *RHD*, 44 (1966), pp. 210-239 (con attenzione all'area francese) e DI SALVO, *Legati di usufrutto e di diritti affini in favore del coniuge superstite*, cit., p. 39 ss. (per l'area italica). Si ricordi anche il curioso riferimento alla normativa giustiniana presente nel caso *Glazer v. Glazer*, N.O., affrontato nel 1963 della Supreme Court of Appeal of South Africa (in *The South African Law Reports*, 1963 (4), pp. 694-707). Maggiore attenzione ha rivolto all'istituto la dottrina più risalente, in particolare la Pandettistica, interessata all'istituto anche per ragioni di diritto vigente: si vedano dunque gli Autori citati nelle note a seguire.

⁵⁸² È questa la datazione più probabile della Nov. 53: così riporta il manoscritto Marciano («kal. oct.») e *Epit. Athan.* 5, 4 («Ἐγράφη καλανδῶν Ὀκτοβρίων»; vd. ed. Simon, Troianos, p. 210). Conseguentemente non attendibile la *subscriptio* dell'*Authenticum* e dell'*Epit. Iul.*

costituzione composta da sei *capita*, i primi quattro dei quali aventi a oggetto disposizioni a carattere processuale⁵⁸³.

Il *caput* 6 di tale Novella⁵⁸⁴, che per materia trattata si distacca nettamente dalle previsioni precedenti, assume fondamentale importanza ai fini della nostra indagine:

Nov. 53, 6: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη ἐπάρχῳ πραιτωρίων τῆς Ἐφῶς τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. [...] Ἐπειδὴ δὲ πρὸς φιλανθρωπίαν ἅπας ἡμῖν ὁ νόμος ἤρμωσται, οἰῶμεν δὲ τινὰς συνοικοῦντας γυναῖξιν προικῶν χωρὶς, εἶτα τελευτῶντας, καὶ τοὺς μὲν παῖδας ἐκ τοῦ νόμου καλουμένους πρὸς τὸν πατρῶον κληρὸν, τὰς δὲ γυναῖκας, κἂν εἰ μυριάκις ἐν τάξει νομίμης γαμετῆς συνώκησαν, ἀλλ' οὖν διὰ τὸ μὴ γενέσθαι μήτε προῖκα μήτε προγαμιαίαν δωρεάν μηδὲν ἔχειν δυναμένας, ἀλλ' ἐσχάτη συζώσας ἀπορία, διὰ τοῦτο θεσπίζομεν, πρόνοιαν γενέσθαι τούτων καὶ ἐν τῇ διαδοχῇ τοῦ τελευτήσαντος, καὶ τὴν τοιαύτην γαμετὴν μετὰ τῶν παίδων καλεῖσθαι. καὶ ὥσπερ ἐγράψαμεν νόμον βουλόμενον, εἴπερ ἄπροικον οὖσαν τὴν γαμετὴν ὁ ἀνὴρ ἀποπέμψεται, τὸ τέταρτον μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας λαμβάνειν αὐτήν, οὕτω κἀναυῖθα, ἐπειδὴ περ εἰκὸς ὀλίγους ἢ πλείους εἶναι παῖδας, τὴν τετάρτην τῆς περιουσίας μοῖραν κομίζεσθαι τὴν γυναῖκα, εἴτε πλείους εἴτε ἐλάττους οἱ παῖδες εἶεν. εἰ μέντοι πρεσβεῖόν τι καταλίποι αὐτῇ ὁ ἀνὴρ ἔλαττον τῆς τετάρτης μοίρας, ἀναπληροῦσθαι τοῦτο· ἵνα καθάπερ ἀδικουμέναις αὐταῖς ἐβοηθήσαμεν, εἴπερ ἀποπεμφθεῖεν παρὰ τῶν ἀνδρῶν ἄπροικοι καθεστῶσαι, οὕτω κἂν εἰ μένοιεν μέχρι παντὸς παρ' αὐτοῖς, τῆς

47, che riportano «X Kal. Oct.» (vd. ed. Haenel, p. 76; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, p. 91).

⁵⁸³ Più precisamente, i *capita* 1 e 2 disciplinano la vocazione in giudizio dei convenuti in una provincia lontana da quella della loro residenza; il *caput* 3 dilata il termine di comparizione concesso al convenuto; il *caput* 4 riguarda una particolare ipotesi di disertazione del processo e il *caput* 5 affronta la questione dell'ipotecabilità delle cariche pubbliche. Sui primi quattro *capita*, vd., ampiamente, A. TRISCIUOGGIO, «...perché gli attori imparino a non giocare con la vita altrui...». A proposito di Nov. Iust. 53.1-4, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del Convegno – Parma, 18 e 19 giugno 2009*, a cura di S. Puliatti e U. Agnati, Parma, 2010, pp. 163-190, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁵⁸⁴ Il *caput* 6 è presente nel solo manoscritto Marciano, mentre nel Laurenziano – così come nei Basilici, cfr. Bas. 28, 12, 2 (ed. Scheltema-van der Wal, A IV, pp. 1407-1408; ed. Heimbach, III, pp. 315-316), ripreso in Syn. maior Γ 5, 2 (J. ZEPOS-P. ZEPOS, *Jus graecoromanum*, V, *Synopsis Basilicorum*, Athenis, 1931 [rist. Aalen, 1962], pp. 150-151) –, al suo dettato normativo si fa riferimento assieme alla Nov. 117, 5. Di esso si dà conto anche in *Epit. Iul.* 47, 6 (ed. Haenel, p. 76; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, p. 91); *Epit. Athan.* 5, 4, 5 (ed. Simon, Troianos, pp. 210-211); *Summa Nov. Theod.* 53, 11 (ed. Zachariae, pp. 62-63) e nella più tarda *Synopsis Novellarum Iustiniani* II. 804-813 (ed. Schminck, Simon, p. 161).

αὐτῆς ἀπολαύσωσι προνοίας, δηλαδή πάντων κατὰ μίμησιν ἐκείνης ἡμῶν τῆς διατάξεως τῆς τὸ τέταρτον ἀφορίζουσης αὐταῖς κἀνταῦθα κρατούντων ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως δὲ ἐπὶ τῶν γυναικῶν. κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπ' αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον, ὥσπερ δὴ καὶ τὸν ἔμπροσθεν. 1. Εἰ μέντοι τινὰ ἴδια ἢ γυνὴ πράγματα κατὰ τὴν οἰκίαν τοῦ ἀνδρὸς ἢ ἀλλαχόσε ἀποκείμενα ἔχοι, τούτων τὴν εἴσπραξιν καὶ παρακατάσχεσιν ἐχέτω πᾶσι τρόποις ἀμείωτον, ὑποκεῖσθαι τῶν τοιούτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ' οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκεῖνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ. 2. Ταῦτα δὲ φαμεν, εἴπερ τῶν συνοικούντων θάτερος προῖκά τε καὶ προγαμιαίαν δωρεὰν μὴ ποιησαμένων ἀπόρως ἢ ὁ ἀνὴρ ἢ ἡ γυνὴ διάκειται, ὥστε τὸν μὲν τελευτῶντα ἢ τὴν τελευτῶσαν εὐπορον εἶναι, τὸν δὲ περιόντα ἢ τὴν περιούσαν πένεσθαι. ἐπείτοιγε εἴπερ ἀλλαχόθεν ἴσως εὐποροίη, τὴν οὐκ εἰσενεγκοῦσαν προῖκα ἢ τὸν οὐκ ἐπιδόντα τὴν διὰ γάμον δωρεὰν οὐκ ἂν εἴη δίκαιον βαρύνειν τοὺς παῖδας τῇ διαδοχῇ τοῦ συνοικῆσαντος, διότι νόμος ἄλλος ἐστὶν ἡμέτερος, τὴν προῖκα μὴ εἰσενεγκαμένην μὴ δύνασθαι τὰ τοῦ ἀνδρὸς οἰκειοῦσθαι διὰ προγαμιαίας δωρεᾶς. ὅπερ κἀνταῦθα βουλόμεθα κρατεῖν, πλὴν εἰ μὴ αὐτὸς ὁ ἀνὴρ ἢ πρεσβεῖον αὐτῆ ἢ τι μέρος τῆς ἐνστάσεως καταλίποι· γίνεσθαι γὰρ τοῦτο κατ' οὐδένα βασκαίνομεν τρόπον, ἵνα διὰ πάντων ἡμῖν σύμφωνα τὰ τῶν νόμων τηροῖτο καὶ ἡ ἀπορία τοῦ συνοικῆσαντος παρὰ τῆς εὐπορίας τῆς θατέρου θεραπεύοιτο. [...] Dat. X kal. Octob. CP. <imp.> domini nostri Iustiniani pp. Aug. anno XI., p. c. Belisarii v.c. anno secundo.⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ Trad. Auth.: *Imp. Iustinianus Aug. Iohanni pp. secundo. [...] Quoniam vero ad clementiam omnis a nobis lex aptata est, videmus autem quosdam cohaerentes mulieribus indotatis, deinde morientes, et filios quidem ex lege vocatos ad paternam hereditatem, mulieres autem, licet decies milies in statu legitimaе coniugis manserint, attamen eo quod non sit facta neque dos neque antenuptialis donatio nihil habere valentes, sed novissima viventes inopia, propterea sancimus providentiam fieri etiam harum et in successione morientis et huiusmodi uxorem cum filiis vocari. Et sicut scripsimus legem volentem, si sine dote existentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantiae accipere eam, sic etiam hic, quoniam contingit forte paucos aut plures esse filius, quartam partem substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint. Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus [a] quarta parte, compleri hoc, ut sicut laesas eas iuvamus, si forte dimissae fuerint a viris indotatae consistentes, ita vel si perduraverint semper cum eis, eadem perfruantur providentia. Scilicet omnibus secundum instar illius nostrae constitutionis, quae quartam decernit eis, etiam hic servandis similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus. Communem namque etiam hanc super eis ponimus legem, sicut etiam praecedentem. 1. Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuerit, harum exactionem et retentionem habeat omnibus modis inminutam, subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius iura ex hac lege eres extiterit. 2. Haec itaque dicimus, si coniunctorum alter dotem aut antenuptialem donationem non faciens inops aut vir aut mulier inveniatur, et moriens quidem aut vir aut femina locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper existat. Nam si aliunde forsan habeat, non offerentem dotem aut non dantem propter nuptias donationem non erit iustum gravare filios per successionem, quoniam lex alia est nostra dicens dotem non offerentem non posse res viri conquirere per*

Si analizzi, anzitutto, il contenuto della Novella, che si dice, come prima cosa, essere dettata dalla “φιλανθρωπία”. Il problema che la cancelleria si pone riguarda le donne «πρoικῶν χωρίς» (“senza dote”) che, pur essendosi trovate innumerevoli circostanze nello stato di moglie legittima («μυριάκις ἐν τάξει νομίμης γαμετῆς») («*decies milies in statu legitimae coniugis*»), sono costrette a vivere, dopo la morte del marito e a differenza dei figli del *de cuius* chiamati all’eredità paterna, in una condizione di “ἐσχάτη ἀπορία” (“estrema povertà”). La gravosa situazione si dice essere dovuta al fatto che non c’era stata la possibilità di costituire né la dote, né la donazione nuziale («διὰ τὸ μὴ γενέσθαι μήτε προῖκα μήτε προγαμιαίαν δωρεὰν μηδὲν ἔχειν δυναμένας») («*quod non sit facta neque dos neque antenuptialis donatio*»).

Il legislatore ritiene opportuno, dunque, che anche costoro vengano chiamate all’eredità del *de cuius* assieme ai figli («ἐν τῇ διαδοχῇ τοῦ τελευτήσαντος... καλεῖσθαι») («*in successione morientis... vocari*»). Lo strumento giuridico a cui viene fatto ricorso è quello di una legge precedente – da identificarsi in Nov. 22, 18 (a. 535) –, in base alla quale, se l’uomo avesse divorziato *sine causa* dalla consorte “ἄπροικα” (“indotata”), ella avrebbe avuto diritto a ricevere «τὸ τέταρτον μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας» (“un quarto delle sue sostanze”), a prescindere dal fatto che dal matrimonio fossero nati pochi o tanti figli («ἐπειδήπερ εἰκὸς ὀλίγους ἢ πλείους εἶναι παῖδας») («*quoniam contigit forte paucos aut plures esse filios*»)⁵⁸⁶.

Si prende quindi in considerazione l’ipotesi in cui l’uomo avesse parzialmente provveduto alla vedova, lasciandole però un legato inferiore alla quarta parte delle sue sostanze: in tal caso, questo avrebbe dovuto essere

antenuptialem donationem. Quod etiam hic volumus obtinere, nisi tamen ipse vir aut legatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit; fieri namque hoc nullo invidemus modo, ut in omnibus nobis concordantiae legum serventur, et inopia coniugis per divitias alterius salvetur. [...] Dat. X. kal. Octob. CP. <imp.> domini nostri Iustiniani pp. Aug. Anno XI., p. c. Belisarii v. c. anno secundo.

⁵⁸⁶ La Nov. 22, 18, come si vedrà, è di fondamentale importanza al fine di comprendere il significato dell’istituto della quarta della vedova povera: vd. *infra*.

integrato fino al raggiungimento di tale quota («εἰ μέντοι πρεσβεῖόν τι καταλίποι αὐτῇ ὁ ἀνὴρ ἔλαττον τῆς τετάρτης μοίρας, ἀναπληροῦσθαι τοῦτο») («*Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus [a] quarta parte, compleri hoc*»).

Si aiutano in tal modo le donne vittime di un'ingiustizia («ἵνα καθάπερ ἀδικουμέναις αὐταῖς ἐβοηθήσαμεν») («*ut sicut laesas eas iuvamus*»), lasciate senza alcunché dai mariti, pur essendo sempre rimaste loro accanto («εἰ μένοιεν μέχρι παντός παρ'αὐτοῖς») («*si perduraverint semper cum eis*»), offrendo la possibilità di godere di questa “πρόνοια” (provvidenza). La previsione troverà applicazione anche nei confronti degli uomini («ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως δὲ ἐπὶ τῶν γυναικῶν») («*similiter quidem in viris, similiter autem in muliebris*»), così come lo era la legge precedente dalla quale si riprende l'istituto della quarta («κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπ'αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον, ὥςπερ δὴ καὶ τὸν ἔμπροσθεν») («*Communem namque etiam hanc super eis ponimus legem, sicut etiam praecedentem*»).

Si chiarisce, poi (§ 1), che i beni di proprietà esclusiva della donna che si trovino presso la casa del marito o in altro luogo («τινὰ ἴδια ἢ γυνὴ πράγματα κατὰ τὴν οἰκίαν τοῦ ἀνδρὸς ἢ ἀλλαχόσε ἀποκείμενα ἔχου») («*quasdam res proprias mulier in domo viri alibi repositas habuerit*») non debbano essere soggetti alle pretese dei creditori del marito, ma ella possa liberamente prenderli e trattenerli («τούτων τὴν εἴσπραξιν καὶ παρακατάσχεσιν ἐχέτω πᾶσι τρόποις ἀμείωτον») («*harum exactiorem et retentionem habeat omnibus modis inminutam*»), nei limiti però in cui ella subentra nelle situazioni debitorie del defunto consorte in quanto istituita erede da questa legge («πλὴν εἰ μὴ καθ'ὄσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ») («*nisi forte secundum quod in illius iura ex hac lege heres extiterit*»).

Infine (§ 2), si ripetono il dettato normativo della Novella e le condizioni di applicazione della stessa. La legge è indirizzata a quel coniuge superstite che non aveva costituito la dote o la donazione nuziale e che si

ritrova “ἄπορος” (“povero”) alla morte del coniuge “εὐπορος” (“agiato” – *rectius* – “non povero”⁵⁸⁷). In mancanza di tali condizioni, ovvero nel caso in cui il vedovo o la vedova abbiano di che vivere («ἐπέιτογχε εἴπερ ἀλλαχόθεν ἴσως εὐποροίη») («*Nam si aliunde forsan habeat*»), la legge graverebbe ingiustamente la successione dei figli («οὐκ ἄν εἴη δίκαιον βαρύνειν τοὺς παῖδας τῆ διαδοχῆ») («*non erit iustum gravare filios per successionem*») a causa di coloro che non avevano apportato alcunché nel matrimonio, dal momento che, per legge, chi non ha costituito una dote non può pretendere alcun lucro sulla donazione nuziale.

Infine, la legge riconosce la possibilità ai privati di provvedere autonomamente al sostentamento del coniuge superstite povero, per mezzo di un legato o dell’istituzione di erede («ἢ πρεσβεῖον αὐτῆ ἢ τι μέρος τῆς ἐνστάσεως») («*aut legatum ei aut aliquam partem institutionis*»), in modo che la povertà di un coniuge sia salvata dalle sostanze dell’altro («ἢ ἀπορία τοῦ συνοικήσαντος παρὰ τῆς εὐπορίας τῆς θατέρου θεραπεύοιτο») («*inopia coniugis per divitias alterius salvetur*»).

a. Le condizioni di applicazione

La Novella offre una molteplicità di spunti e di profili di indagine da richiedere una loro puntuale trattazione. Si considerino le condizioni indicate dalla Nov. 53, 6 affinché la vedova⁵⁸⁸ possa aver diritto alla quarta.

Primo essenziale requisito è che ella non abbia una dote: «τὸ μὴ γενέσθαι μήτε προῖκα μήτε προγαμιαίαν δωρεάν» («*non sit facta neque dos neque antenuptialis donatio*») (pr.)⁵⁸⁹. L’assenza della dote è un elemento su

⁵⁸⁷ Il significato del concetto di “εὐπορία” presente all’interno del testo verrà ampiamente esaminato *infra*.

⁵⁸⁸ Nella maggior parte del testo, il discorso viene declinato al femminile, pur trovando la previsione applicazione, come detto, anche nei confronti degli uomini. Come si vedrà, Nov. 117, 5 abrogherà questa estensione (vd. *infra*).

⁵⁸⁹ La mancata costituzione della dote è ricordata assieme a quella della donazione nuziale. Qualora quest’ultima fosse stata costituita, infatti, sarebbe stato possibile per la donna riportarla in dote (con la prassi della *donatio in dotem redacta* – già ampiamente discussa –

cui la cancelleria imperiale insiste molto e che all'interno della Novella viene menzionato, con varie espressioni, per ben sei volte⁵⁹⁰.

Atanasio di Emesa, nella sua Epitome, fornisce un'importantissima chiave di lettura sul punto, sottolineando che è necessario che la mancata costituzione dei beni dotali debba aver avuto una ragione e non possa essere dipesa dalla semplice noncuranza dei nubendi: «Σημείωσαι... καὶ ὅτι εἰ δυνάμενοι προῖκα ἢ πρὸ γάμου δωρεὰν ἐπιδοῦναι ἀλλήλοις οἱ γήμαντες τούτου παρημέλησαν, οὐχ ἔξει χώραν ἐφ' ἐνὶ τούτων ἢ ἀπὸ τοῦδε τοῦ νόμου διαδοχῆ» (“Si osservi... che, se i coniugi, pur potendo costituire l'un per l'altro la dote o la donazione nuziale, non se ne sono curati, la successione di questa legge non avrà luogo per costoro”)⁵⁹¹. Il riferimento non può che essere dunque a un'impossibilità di tipo oggettivo, che si identifica nell'incapacità economica del nubendo. Ciò trova espressa conferma in Nov. 117, 5 (a. 542), che qualifica la donna come povera già prima del matrimonio: «εἴ τις ἄπορον γυναῖκα κατὰ διάθεσιν μόνον λάβοι» (“se qualcuno ha preso una donna povera per sola affezione”) e nella corrispondente traduzione dell'*Authenticum*, che, peccando di precisione, fa corrispondere «ἄπορον» a «*indotatam*» e conferma ulteriormente la lettura proposta.

La situazione a cui si vuole provvedere, dunque, è quella di una donna appartenente a un basso cetto sociale che era stata sposata soltanto per affezione dal marito e che, alla morte di questo, torna allo stato di povertà originario. Questo aspetto è fondamentale, come si vedrà, per la

), cosa che, invece, non è avvenuta, risultando dunque ella indotata. Altra cosa è invece il successivo richiamo, al §2, al principio ispiratore di Nov. 2, 5, in base al quale la donna che non avesse costituito una dote non avrebbe avuto diritto alla donazione (vd. *supra*), così come, in questo caso, la donna che avesse avuto altre risorse non avrebbe dovuto approfittare dei beni del marito a danno della prole.

⁵⁹⁰ Cfr. «προικῶν χωρίς» («*indotatis*»); «μήτε προῖκα μήτε προγαμιαίαν δωρεὰν» («*neque dos neque antenuptialis donatio*»); «ἄπροικον» («*sine dote*»); «ἄπροικον» («*indotatae*»); «προϊκά τε καὶ προγαμιαίαν δωρεὰν μὴ ποιησαμένων» («*dotem aut antenuptialem donationem non faciens*») e «τὴν οὐκ εἰσενεγκοῦσαν προῖκα ἢ τὸν οὐκ ἐπιδόντα τὴν διὰ γάμον δωρεὰν» («*non offerentem dotem aut non dantem propter nuptias donationem*»).

⁵⁹¹ Cfr. *Epit. Athan.* 5, 4, 5 (ed. Simon, Troianos, pp. 210-211).

contestualizzazione dell'intervento legislativo. Tale considerazione permette, inoltre, di ritenere che ci si riferiva a una mancanza "fattuale" della dote e a escludere che si facesse meramente riferimento all'invalidità o all'assenza degli *instrumenta dotalia*, pur abitualmente redatti in caso di costituzione di dote⁵⁹².

Secondo requisito è la condizione di "ἐσχάτη ἀπορία" ("estrema povertà") (pr.) della donna, direttamente collegata al fatto di non avere una dote⁵⁹³, ma che si esclude nel caso in cui ella abbia comunque "altro di che vivere". A questa povertà si contrappone l'"εὐπορία" del marito. È evidente l'antiteticità dei due concetti: «ἡ ἀπορία τοῦ συνοικήσαντος παρὰ τῆς

⁵⁹² Questi documenti, infatti, pur nella maggior parte dei casi presenti, non erano necessari al fine di costituire la dote: cfr. C.I. 5, 11, 6 e C.I. 5, 13, 1, 1d (vd. *supra*). Sul punto, per tutti, vd. LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, cit., p. 330-331 n. 6 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., p. 49 n. 6). Eccessivamente ristretta sul punto, dunque, l'interpretazione di BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 796 n. 7 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 6 n. 7). Diverso il caso in cui questi venissero richiesti al fine di provare le nozze (in argomento, per tutti, vd. sempre LUCHETTI, *op. cit.*, p. 331 ss. [= *Contributi*, cit., p. 49 ss.]), ove qualora mancassero sarebbe stato in difetto il requisito di "legittimità" della moglie (vd. *infra*).

⁵⁹³ Si è ampiamente discusso se la quarta spettasse anche alla vedova che avesse costituito una dote che fosse stata però "insufficiente". Tra i Pandettisti che hanno risposto affermativamente, vd. C. G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, II, *Besonderer Theil*, herausgegeben durch O. v. Wächter, Leipzig, 1881, p. 702 n. 4; A. KOEPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würzburg, 1895, pp. 688-689; DERNBURG, *Pandekten*⁷, III, cit., p. 268 (vd. DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, cit., p. 518); M. GRAEFE, *Das Intestaterbrecht der armen Witwe im Gemeinen Recht verglichen mit dem Intestaterbrecht der Ehefrau am Vermögen des Ehemannes im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Bonn, 1899, pp. 20-24; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, III, a cura di T. Kipp, Frankfurt am Main, 1906 (rist. anast. Aalen, 1963), p. 360 n. 5 (= B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, III.1, trad. ital. a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1904 [quindi basata sulle edizioni precedenti; rist. anast. Torino, 1930], p. 237 n. 5). *Contra* v. LÖHR, *Von der Succession der dürftigen Wittwe*, in *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, III, herausgegeben von K. v. Grolman und E. v. Löhr, Gießen, 1820, pp. 366-368 e K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, II, Marburg-Leipzig, 1876, pp. 303-304 n. 1. Nella dottrina più recente è prevalsa ancora la risposta affermativa: vd. DE MATTEIS, *La Condizione Giuridica della Donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'Imperatrice Teodora*, cit., pp. 88-89; ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 132; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, cit., pp. 110-111 e BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 805 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 16-17). Il testo non mi sembra invero offrire alcun appiglio per una simile interpretazione estensiva.

εὐπορίας τῆς θατέρου θεραπεύοιτο» («*inopia coniugis per divitias alterius salvetur*») (§ 2).

Nel *mare magnum* delle composite opinioni dottrinali, emerge preponderante il richiamo alla relatività di questi concetti, sia della “povertà” della donna che della “ricchezza” dell’uomo o, sovente, di entrambe, ed è diffusa altresì la tesi che la loro determinazione debba essere devoluta al giudice. Così è per i giuristi di diritto intermedio⁵⁹⁴ e i Pandettisti⁵⁹⁵, fortemente influenzati dalla vigenza dell’istituto, che nei secoli ha preso le distanze dall’originario contesto normativo in cui è sorto, per assumere una valenza di maggiore respiro. La dottrina moderna, pur adottando un differente metodo di analisi, ha pesantemente sofferto questa tradizione letteraria e ne è

⁵⁹⁴ Vd., ad esempio, BARTOLUS A SAXOFERRATO *In Secundam Codicis Partem, nunc recens summa diligentia...* (ad sextus lib. Codic. Unde vir et uxor, Authen. Praeterea n. 3), Venetis, 1590, p. 11 recto; DN. IOHANNIS BORCHOLTEN ICTI. CLARISSIMI... *De gradibus Tractat, in quo Simul ad ostendendam uberiorem graduum utilitatem, De matrimonio et successionibus ab intestato agitur, Tertiò iam editus & recognitus...*, Helmaestadii, 1598, p. 258; ANTONII MATTHAEI *Disputationes de successionibus XX. De matrimoniis XIII. De tutelis V...* (Disputatio XV, 12), Ultrajecti, 1652, p. 189; JACOBI MENOCHII PAPIENSIS, JURISC. EXCELLENTISSIMI... *De arbitrariis iudicium, Quaestionibus et causis, centuriae sex...* (Liber secundus. Centuria prima. Casus LXV *Quis dives, quis pauper, & quis inops censeatur, latè explanatur*), Genevae, 1690, pp. 211-212 e CUNRADI RITTERSHUTII *Expositio metodica novellarum imp. Justiniani. Editio novissima...* (Partis septimae. Cap. XVII, 6), Florentiae, 1839, c. 544: «... communiter placuit standum esse arbitrio iudicis».

⁵⁹⁵ Vd. le posizioni di V. LÖHR, *Von der Succession der dürftigen Wittwe*, cit., pp. 369-372; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts*², cit., pp. 446-450; SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis*, I, *Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend*, cit., p. 234 n. 8; E. PETRI, *Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe*, Strassburg, 1874, pp. 11-13 e pp. 20-27; F. VON KERSTORF, *Ueber die mulier indotata et inops nach gemeinem Rechte (Schluß.)*, in *Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern*, XVI Nr. 23 (1876), p. 376; VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, II, cit., p. 304 n. 1; KOEPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechtes*, cit., p. 687; GRAEFE, *Das Intestaterbrecht der armen Witwe im Gemeinen Recht verglichen mit dem Intestaterbrecht der Ehefrau am Vermögen des Ehemannes im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, cit., pp. 18-20 e 20-24; DERNBURG, *Pandekten*⁷, III, *Familien- und Erbrecht*, cit., p. 268 (vd. DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, cit., pp. 517-518) e WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, III, cit., p. 360 n. 5 e 362 (= *Diritto delle pandette*, III.1, cit., p. 237 n. 5 e 238).

rimasta fortemente influenzata, travisando così sul punto, a mio avviso, il significato della legge in questione⁵⁹⁶.

Si tratta, dunque, di un profilo mai sufficientemente approfondito e che certamente merita maggiore attenzione. Al fine di cogliere l'esatto significato dei due concetti, appare utile un confronto con gli altri passi delle Novelle inerenti al diritto di famiglia in cui questi sono posti in contrapposizione tra loro⁵⁹⁷. Così, in Nov. 117, 7 (a. 542)⁵⁹⁸, trattandosi del dovere di alimentare la prole in caso di divorzio, si afferma che: «εἰ δὲ συμβῆ τὸν μὲν πατέρα ἄπορον εἶναι, τὴν δὲ μητέρα εὐπορον, παρ' αὐτῆ πενομένους τοὺς παῖδας μένειν καὶ παρ' αὐτῆς τρέφεσθαι παρακελεύομεθα» («*Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrirī iubemus*»). Similmente al caso di Nov. 53, 6, vengono dunque contrapposti un coniuge “ἄπορος” e uno “εὐπορος” e si afferma che, qualora lo siano rispettivamente

⁵⁹⁶ Vd. DE MATTEIS, *La Condizione Giuridica della Donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'Imperatrice Teodora*, cit., p. 88 e n. 3, ove si riprende la posizione di Dernburg (vd. n. precedente); FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., p. 111; BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, cit., p. 291 n. 37 e BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 798 n. 10 e p. 805 n. 28 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 7 n. 10 e p. 17 n. 28).

⁵⁹⁷ Per un'idea delle varie accezioni assunte dai termini “ἄπορία” ed “εὐπορία” (e dai loro derivati) all'interno delle Novelle giustiniane, si vedano le fonti indicate rispettivamente in *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Novellae. Pars Graeca, I, ἀβαρής-Βυθάριον*, G. A. moderante A. M. Bartoletti Colombo curavit, Milano, 1986, pp. 263-265 e *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Novellae. Pars Graeca, III, ἐν - καταφέρω*, G. A. moderante A. M. Bartoletti Colombo curavit, Milano, 1987, pp. 1199-1200. Sulla terminologia giustiniana relativa alla “povertà”, vd. E. PATLAGEAN, *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance 4^e - 7^e siècles*, Mouton/Paris/La Haye, 1977, pp. 28-29, ove si indica “ἄπορος” come esempio del fatto che «malgré la forte influence chrétienne, le législateur justinien préfère les termes à connotation civile, ou du moins abstraite», dal momento che una connotazione cristiana assume “πτωχός”, che «domine les textes et les institutions qui concernent l'assistance» (p. 29). Circa il profilo cristiano della Novella, vd. subito *infra*.

⁵⁹⁸ Su questa fonte, vd. R. BONINI, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, in *AG*, 181.1-2 (1971), pp. 33-36 (= *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, cit., pp. 17-21 e *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 17-21).

il padre e la madre, sorgerà l'obbligo di alimentare i figli in capo a quest'ultima.

In Nov. 97, 6 pr. (a. 539), con riguardo alla collazione della dote, si distingue il caso in cui il marito defunto sia stato o meno in grado di restituire la dote alla vedova, e lo si fa in questi termini: «ἐπιδέδωκε γὰρ πατήρ προῖκα ἢ μήτηρ τυχὸν ὑπὲρ παιδὸς οἰκείας, ἢ δὲ ταύτην ἐπιδέδωκε τῷ ἀνδρί, καὶ ἐτελεύτησεν ὁ ἀνὴρ ἄπορος· εἶτα τοῦ πατρὸς ἢ τῆς μητρὸς τελευτησάντων ἀπαιτεῖται καὶ ἡ γήμασα συνεισενεγκεῖν τὴν ἑαυτῆς προῖκα ἢ παρὰ τοσοῦτον λαβεῖν. εἰ μὲν οὖν ὁ ἀνὴρ εὐπόρως ἔχοι, τὸ πρᾶγμα πανταχόθεν εὐλυτόν ἐστιν...» («*Illud quoque sancire necessarium aestimavimus in plurimis videlicet et innumeris rebus quaesitum. Obtulit enim pater dotem aut mater forte pro filia sua, hanc autem illa obtulit marito, et defunctus est vir inops; deinde patre aut matre mortuis exigitur et quae nupsit conferre suam dotem aut minus tantum accipere. Si quidem vir idoneus est, causa undique absoluta est...*»).

Ora, a mio parere, in nessuna delle due fonti, i concetti di “ἀπορία” e di “εὐπορία” assumono un significato astratto tale da farli corrispondere a quelli generici di “povertà” e “ricchezza”. Essi vengono posti in relazione tra loro in funzione di ciò di cui si sta parlando: nel primo caso, della capacità patrimoniale sufficiente al sostentamento alimentare della prole, nel secondo, della possibilità di restituire la dote alla donna. Che anche in Nov. 53, 6 vi sia un criterio discretivo atto a distinguere chi è “ἄπορος” da chi è “εὐπορος” e quale sia lo suggerisce l’indicazione «μηδὲν ἔχειν δυναμένας, ἀλλ’ ἐσχάτη συζώσας ἀπορία» (“non potendo avere nulla, ma vivendo in una povertà estrema”) (pr.). Nella valenza assegnata da Nov. 53, 6, pertanto, è “ἄπορος” colui che non ha mezzi sufficienti alla propria sopravvivenza, mentre è “εὐπορος” colui che dispone di questi mezzi, in un’ampia scala di gradi prospettabili. Ciò trova conferma, anzitutto, nell’aver identificato come principale destinataria della Novella una donna di basso ceto sociale, incapace di apportare una dote e che difficilmente potrebbe disporre di qualcosa alla

morte del marito che non le ha fatto un lascito per mezzo del testamento. Avvalora ulteriormente la tesi il fatto che con assai poca probabilità la previsione si riferisce esclusivamente a matrimoni di persone facenti parte di ceti distanti tra loro⁵⁹⁹. Si aggiunga, infine, l'assoluta illogicità e insostenibilità – in termini di economia giuridica – di una legge con dei requisiti sempre bisognosi di una determinazione da parte del giudice. Queste considerazioni permettono, dunque, di rigettare l'opinione di chi ha ritenuto dovesse esservi di volta in volta una valutazione del tenore di vita dei coniugi durante il matrimonio, e di condividere l'opinione di chi ha parlato di finalità alimentare della Novella⁶⁰⁰, in modo, tuttavia, esclusivo.

Infine, come ultima condizione, la donna deve aver ricoperto il ruolo di “νόμιμη γαμετή” (“moglie legittima”)⁶⁰¹ fino al momento della morte del marito («κἂν εἰ μένοιεν μέχρι παντός παρ' αὐτοῖς») («*si perduraverint semper cum eis*») (pr.)⁶⁰².

⁵⁹⁹ Così, in particolare, ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 130 ss., che prospetta tre possibili situazioni: “donna povera-marito ricco”; “marito povero-donna ricca” e coniugi della medesima condizione sociale. Non è chiaro perché solo con riferimento alla seconda fattispecie (e non alla prima) dica trattarsi di una situazione «poco frequente», anche a causa della «tendenza a sposare persone del proprio ceto sociale» (p. 135). Si aggiunga poi che, seguendo la lettura di Roberti, la riforma si collocherebbe in una posizione antitetica a quella auspicata dal Cristianesimo (sul punto vd. *infra*), dal momento che i Padri della Chiesa si professavano avversi ai matrimoni tra persone di ceti sociali differenti (vd. ROBERTI, *op. cit.*, p. 135 n. 1 e pp. 175-180).

⁶⁰⁰ Vd. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., p. 114; BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, cit., p. 291; BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 805 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 17). Sul punto, vd. anche le osservazioni di M. G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73 (1970), p. 346, riprese da E. QUINTANA ORIVE, *En torno al deber legal de alimentos entre cónyuges en el Derecho Romano*, in *RIDA*, 47 (2000), pp. 188-189.

⁶⁰¹ Torna il già noto requisito della legittimità del matrimonio (vd. *supra*), che in diritto giustiniano si identifica con la conformità alle leggi (cfr. I. 1, 10 pr.: *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt...*). Sul punto, vd. ampiamente NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*, cit., p. 67 ss. e, con particolare riguardo alla quarta, p. 68 n. 2.

⁶⁰² Il requisito viene ribadito in Nov. 117, 5: «μέχρι τελευτῆς σὺν αὐτῇ ζήσας προτελευτήσειε» («*usque ad mortem cum ea vivens praemoriatur*»). Secondo parte della dottrina il diritto alla quarta andava negato qualora la convivenza fosse stata interrotta: così v. LÖHR, *Von der Succession der dürftigen Wittwe*, cit., p. 369; SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis*, I, *Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend*, cit., pp. 234-235 n. 8a;

b. *L'irriducibile antinomia giuridica dell'istituto*

È ora necessario soffermarsi sull'esame di un profilo strettamente tecnico, ossia la qualificazione giuridica della posizione della vedova che acquisisce la quarta: di erede o di legataria? Il problema è dovuto alla contraddittorietà intrinseca di Nov. 53, 6, che, se da un lato qualifica la donna come "erede" («ἐκ τοῦδε του νόμου συγκληρονομεῖ») («*ex hac lege heres extiterit*») (§ 1) e, conseguentemente, la fa accedere alle posizioni debitorie del defunto, dall'altro prevede, ad esempio, l'incremento di un eventuale legato predisposto dal marito⁶⁰³. E Nov. 117, 5, come si vedrà, se possibile, complicherà ancor di più la questione, limitando il diritto della donna, in alcuni casi, al solo usufrutto.

A una simile complessità dei testi corrisponde un vero e proprio ginepraio di soluzioni prospettate dalla dottrina e, in particolare, da numerosi esponenti della Pandettistica, che tanto hanno discusso sul punto⁶⁰⁴. Uno degli

GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts*², cit., pp. 442-445 (ma solo se ciò fosse avvenuto per colpa della donna); KOEPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, cit., p. 688 (qualora la moglie si fosse allontanata con l'intenzione di non tornare più nella casa coniugale) e DE MATTEIS, *La Condizione Giuridica della Donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'Imperatrice Teodora*, cit., p. 89. *Contra* WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, III, cit., p. 360 n. 4 (= *Diritto delle pandette*, III.1, cit., p. 237 n. 4), ha ritenuto che il riferimento indicasse soltanto il «Gegensatz gegen die Scheidung», seguito da PETRI, *Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe*, cit., pp. 16-20. Più recentemente e nello stesso senso, FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., p. 111, ha riferito il requisito alla sola validità del matrimonio.

⁶⁰³ Si osservi che questa successione sarà "legittima" e "necessaria": così VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 56 e p. 754, seguito da BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., pp. 799-800 n. 14 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 9 n. 14).

⁶⁰⁴ Tra chi ha optato per la qualifica di erede, vd. L. ARNDTS R. V. ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*¹⁴, nach des Verfassers Tode besorgt von L. Pfaff und F. Hofmann, Stuttgart, 1889, p. 898 (= *Trattato delle Pandette del Cav. Lodovico Arndts*, trad. ital. sull'ottava ed. tedesca di F. Serafini, III, Bologna, 1875, p. 144); VON WÄCHTER, *Pandekten*, II, *Besonderer Theil*, cit., p. 702; O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, p. 810 e, da ultimo, BIONDI, v. *Quarta uxoria*, cit., p. 633. Di simile parere, ma con l'ammissione di casi in cui la donna risultava legataria, vd. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts*², cit., pp. 465-467 (è necessario distinguere «...ob der Mann etwas über den Antheil der Wittwe verfügt hat oder nicht» e, in quest'ultimo caso, «... muss sie notwendig als heres betrachtet

ultimi studi dedicati all'istituto sembra comunque aver offerto la corretta chiave di lettura delle fonti e aver finalmente portato un po' di chiarezza sulla questione⁶⁰⁵, dimostrando la necessaria parziale sistematizzazione dell'intervento legislativo nell'ambito del diritto di famiglia, alla luce dello strumento preso a modello e a cui si richiama la stessa Novella⁶⁰⁶.

La quarta della vedova povera, infatti, nasce per mezzo dell'estensione legislativa di un istituto sorto nell'ambito del diritto divorzile e, in particolare, da Nov. 22, 18. Quest'ultima costituzione, emanata appena un anno prima, parzialmente riprendeva a sua volta quanto riportato in C.I. 5, 17, 11 (a. 533) e prevedeva, in caso di divorzio *sine causa*, che il coniuge

werden...» [p. 466]); J. A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*³, I, Würzburg, 1852, pp. 196-197; SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis*, I, *Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend*, cit., pp. 240-241; DERNBURG, *Pandkten*⁷, III, *Familien- und Erbrecht*, cit., p. 268 e n. 6 (vd. DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, cit., p. 518 e n. 6); WESENER, *Pflichtteilsrecht und Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten in historischer Sicht*, cit., pp. 98-99 e ID., *Rec. a HEYSE, Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., in ZSS, 114 (1997), p. 597. Secondo L. SCHIFFNER, *Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse. Eine erbrechtliche Studie auf Grundlage des römischen und österreichischen Privatrechtes unter Berücksichtigung anderer bedeutender Codificationen*, Leipzig, 1895, pp. 62-66, la qualifica sarebbe di erede secondo Nov. 53, 6 e di legataria con Nov. 117, 5, seguito da GRAEFE, *Das Intestaterbrecht der armen Witwe im Gemeinen Recht verglichen mit dem Intestaterbrecht der Ehefrau am Vermögen des Ehemannes im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, cit., pp. 58-65. Hanno considerato la vedova avente titolo alla quarta quale legataria *ex lege*: PETRI, *Das Pflichtteilsrecht der armen Wittwe*, cit., p. 35 ss.; VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, II, cit., pp. 307-308; KOEPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, cit., pp. 691-692; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, III, cit., pp. 361-362 e n. 10 (= *Diritto delle pandette*, III.1, cit., p. 238 e n. 10 (che prosegue a p. 239); ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 132 n. 3; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., pp. 113-116; VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 57 e HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, cit., pp. 34-36. Ammette entrambe le soluzioni senza privilegiarne alcuna DE MATTEIS, *La Condizione Giuridica della Donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'Imperatrice Teodora*, cit., p. 90.

⁶⁰⁵ È il contributo del più volte citato BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., pp. 793-816 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 1-31).

⁶⁰⁶ Cfr. Nov. 53, 6: «καὶ ὡς περ ἐγράψαμεν νόμον βουλόμενον... οὕτω κἀνταῦθα» («*Et sicut scripsimus legem volentem... sic etiam hic...*»); «δηλαδὴ πάντων κατὰ μίμησιν ἐκείνης ἡμῶν τῆς διατάξεως... κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπ' αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον, ὡς περ δὴ καὶ τὸν ἔμπροσθεν» («*Scilicet omnibus secundum instar illius nostrae constitutionis... Communem namque etiam hanc super eis ponimus legem, sicut etiam praecedentem*») (pr.). Cfr. anche il riferimento ai due strumenti in Nov. 74, 5 pr. e in Nov. 117, 5.

colpevole dovesse cedere all'altro, che era senza apporto nuziale, un quarto delle sue sostanze⁶⁰⁷ (mentre è da escludersi, di contro, ogni collegamento tra l'istituto della quarta della vedova povera e il § 6 del *Gnomon dell'Idios logos*, così come si è invece sostenuto⁶⁰⁸). Si tratta dunque di un istituto giuridico che, nella sua nuova veste, se da una parte necessariamente assume un profilo di diritto successorio, dall'altra è profondamente ancorato a impostazioni di altra natura. E da ciò discende l'inevitabile contraddizione di un istituto eterogeneo che impone di qualificare la vedova talvolta come legataria, talvolta come erede⁶⁰⁹.

Questa prospettiva permette di sviluppare un'ulteriore considerazione. La scelta di provvedere alla vedova in difficoltà per mezzo di un istituto nuovo e non facente ordinariamente parte del diritto successorio, se da una parte conferma la ritrosia dell'ordinamento al riconoscimento di diritti successorii al consorte superstite – tanto più che da lì a pochi anni Giustiniano riformerà profondamente l'intero sistema di diritto successorio intestato senza

⁶⁰⁷ Sulla Nov. 22, 18, vd. BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni* (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5), cit., p. 799 [= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 8-10], che alla n. 13 analizza anche il rapporto con C.I. 5, 17, 11.

⁶⁰⁸ Cfr. BGU 5, 1210, ll. 29-32. La tesi, rimasta isolata, è di S. BRABLOFF, *Die geschichtliche Grundlage des § 757 ABGB. Eine Hypothese*, in *Gerichts-Zeitung*, 75 Sondernummer (1924), *Festnummer zum 24. April 1924, aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Klein*, pp. VIII-IX. *Contra* MAYER-MALY, v. *vidua (viduus)*, cit., c. 2103; BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, cit., p. 288 e BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni* (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5), cit., p. 807 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 19-20). Sul significato della fonte, vd., per tutti, T. REINACH, *Un code fiscal de l'Égypte romaine: le Gnomon de l'Idiologue (suite)*, in *NRHD*, 44 (1920), pp. 74-75 (esistente anche come estratto autonomo); RICCOBONO JR., *Il gnomon dell'idios logos*, cit., p. 35 e pp. 118-119, con ulteriori rinvii bibliografici a p. 118 n. 2 e LAURIA, *Il gnomon dell'idios logos*, cit., pp. 95-97.

⁶⁰⁹ Così BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni* (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5), cit., p. 801 ss. (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 11 ss.) ritiene che, mentre in base a Nov. 53, 6 la donna fosse sempre qualificabile come erede, dopo Nov. 117, 5, le fosse attribuibile la qualifica di legataria ogniqualvolta la quota riconosciutale non fosse in proprietà. Mi sembra, tuttavia, che qualche fondato dubbio circa l'unitarietà della disciplina possa sorgere già con Nov. 53, 6, con riguardo all'ipotesi in cui dovesse essere implementato il legato predisposto dal marito nella misura inferiore a un quarto delle sue sostanze, come d'altronde finisce per riconoscere lo stesso BONINI, *op. cit.*, p. 803 n. 21 (= *Contributi*, pp. 14-15 n. 21).

coinvolgerlo in alcun modo e, anzi, indirettamente peggiorandone la posizione⁶¹⁰ –, dall'altro segna la prima breccia in un sistema destinato a lacerarsi sempre più nei secoli a venire. Questo intervento di diritto straordinario, infatti, assumerà in seguito i connotati di un istituto facente parte dell'ordinario sistema giuridico successorio, mutandolo per sempre.

c. Un rimedio di extrema ratio. L'assetto giustiniano degli istituti patrimoniali posti a tutela della moglie superstite

Nov. 53, 6 fornisce allora delle chiare e fondamentali indicazioni circa l'assetto di diritto giustiniano delle risorse finanziarie del coniuge superstite. Se il titolo per poter accedere al rimedio della quarta spettava alla donna soltanto nel caso in cui fossero mancate la dote, la donazione nuziale e il testamento del marito non fornisse un sufficiente apporto, nonché ella non potesse disporre di altre risorse, è chiaro quali erano gli istituti patrimoniali su cui si faceva affidamento alla morte del marito. Per l'appunto: la dote e la donazione nuziale, i lasciti testamentari del consorte, eventuali apporti esterni e, soltanto in ultima istanza, il nuovo rimedio straordinario della quarta.

Si tratta di istituti con tradizioni giuridiche differenti tra loro. Da una parte la dote e il testamento del marito, di secolare ricorso, che saldamente preservano la loro funzione di sostentamento vedovile fino alla fine dell'esperienza giuridica romana propriamente detta. Dall'altra, la donazione nuziale, che solo con Giustiniano inizia a conoscere una sistematizzazione all'interno dell'ordinamento giuridico, volta a costituirne un parallelo della dote, e il cui lucro viene definitivamente affidato agli accordi dei nubendi. Si osservi come il suo richiamo sia da ricollegarsi alla possibilità di accedere alla prassi della *donatio in dotem redacta*⁶¹¹: la sua funzione di appannaggio

⁶¹⁰ Il riferimento è alla riforma introdotta da Nov. 118 e, in particolare, al fatto di non aver posto alcun limite alla successione dei cognati (§ 3, 1), che risultavano così preferiti al consorte qualunque fosse il loro grado: vd. *supra*.

⁶¹¹ Sul riferimento a detta prassi all'interno di Nov. 53, 6, vd. *supra*.

vedovile è qui da intendersi in tali termini. Accanto a loro un nuovo istituto, finalizzato alle ipotesi di estremo bisogno, caratterizzato, per il momento, da una natura straordinaria: la quarta *uxoria*.

d. *La φιλανθρωπία giustiniana: influenze cristiane*

La maggior parte degli autori ha ricondotto la Novella al novero degli interventi giustiniani ove maggiormente si evince l'influenza della dottrina cristiana e in tal senso sono stati interpretati il richiamo alla «φιλανθρωπία» («*clementia*» nell'*Authenticum*, ma anche “*humanitas*”)⁶¹² e alla «πρόνοια» («*providentia*») presenti nel testo. Non ritengo che questa generale considerazione possa andare incontro a particolari obiezioni, ma si rendono necessarie delle precisazioni, che la dottrina ha finora mancato di fornire⁶¹³.

Anzitutto, il profilo cristiana della Novella non può essere ricondotto all'elogio dello stato di vedovanza e allo sfavore nei confronti delle seconde

⁶¹² In merito al termine “*humanitas*” nella legislazione cristiana, vd., in particolare, C. A. MASCHI, *Humanitas romana e caritas cristiana come motivi giuridici*, in *Jus*, 1 (1950), in specie pp. 272-274; B. BIONDI, *Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani*, in *Miscellanea Giovanni Galbiati*, II, Milano, 1951, pp. 81-94 (= *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano. Problemi generali*, Milano, 1965, pp. 593-612) e ID., *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia - le persone*, Milano, 1952, pp. 150-164. Con particolare riguardo all'utilizzazione del termine nella legislazione di soccorso agli indigenti, vd. C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, 2006, pp. 214-219. Per un'indicazione delle fonti della legislazione giustiniana in cui ricorrono il termine “φιλανθρωπία” e i suoi corrispondenti latini “*humanitas*” e “*clementia*”, vd. SILLI, ‘*Aequitas*’ ed ‘*ἐπιείκεια*’ nella legislazione giustiniana, cit., p. 284 n. 7. Sul ricorrere del termine nelle costituzioni giustiniane del *Codex*, vd. F. B. J. WUBBE, *L'humanitas de Justinien*, in *TR*, 58 (1990), pp. 249-262 (= *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften/ Œuvres choisies*, hrsg. von/ edit. par P. Pichonnaz, Freiburg, 2003, pp. 441-459). Sul termine greco “φιλανθρωπία” quale cliché della legislazione imperiale, vd. anche H. HUNGER, *Prooimion. Elemente der byzantinischen Kaiseridee in den Arengen der Urkunden*, Wien, 1964, pp. 143-153.

⁶¹³ Individuano genericamente un'influenza di precetti cristiani nella Novella, BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia - le persone*, cit., pp. 228-229 (ove parla di «particolare benevolenza per le vedove suggerita anche dallo sfavore per le seconde nozze») e ID., v. *Quarta uxoria*, cit., p. 632; J. L. MURGA GENER, *Las practicas consuetudinarias en torno al 'bonum animae' en el derecho romano tardio*, in *SDHI*, 34 (1968), pp. 161-162 e n. 156; BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, cit., p. 292. A quanto mi risulta, solo DANNENBRING, *Die Kwart van die arm Weduwe. Romeinsregtelike Grondslae*, cit., pp. 16-18, ha con precisione correttamente inquadrato la Novella tra le «noodlenigingsmaatregelen ingegryp om die lot van die verarmde breë massas te verlig» (p. 17), senza però approfondire questo profilo.

nozze predicati dalla dottrina cristiana⁶¹⁴. Appare evidente, infatti, come l'intervento legislativo non prevede alcuna differenza di trattamento tra la moglie superstite che non convola a seconde nozze e quella binuba, e la quota assegnata alla prima corrisponde, in ogni caso, a quella attribuita alla seconda.

Si potrebbe, invero, obiettare che lo scopo di Giustiniano nell'introduzione della quarta sarebbe stato quello di disincentivare le seconde nozze, per mezzo di un riconoscimento patrimoniale alla vedova atto a garantirle un sostentamento. Una simile replica non terrebbe tuttavia conto del fatto che, come si è visto, destinataria naturale della Novella era una donna di bassa estrazione sociale, nella maggior parte dei casi già madre e non più giovanissima. Le sue seconde nozze sarebbero andate incontro, con grande probabilità, a degli ostacoli "naturali" che non necessitavano un ulteriore

⁶¹⁴ In merito alla generale considerazione della vedova nell'antica dottrina cristiana, vd., tra gli altri, E. GIANNARELLI, *La tipologia femminile nella biografia e nell'autobiografia cristiana del IV° secolo*, Roma, 1980, pp. 49-66; C. MAZZUCCO, 'E fui fatta maschio'. *La donna nel cristianesimo primitivo*, Firenze, pp. 45-69; A. V. NAZZARO, *Figure di donne cristiane: la vedova*, in *Atti del II Convegno nazionale di studi su la donna nel mondo antico. Torino 18-19-20 Aprile 1988*, a cura di R. Uglione, Torino, 1989, pp. 197-219; T. GOFFI, v. *Vedovanza*, in *Dizionario enciclopedico della spiritualità*, III, a cura di E. Ancilli e del Pontificio Istituto di Spiritualità del Teresianum, Roma, 1990, pp. 2609-2613; V. RECCHIA, *Le vedove nella letteratura istituzionale dell'antico Cristianesimo e nella tipologia biblica*, in *Invigilata Lucernis*, 21 (1999), pp. 303-332; R. BARCELLONA, *Le vedove cristiane fra i Padri e le norme*, in *Annuario Historiae Conciliorum*, 35 (2003), pp. 167-185 (= *I Padri e le scuole teologiche nei concili. Atti del VII Simposio Internazionale della Facoltà di Teologia, Roma 6-7 marzo 2003*, a cura di J. Grohe, J. Leal, V. Reale, pp. 181-199); T. A. J. MC GINN, *Widows and patriarchy. Ancient and Modern*, London, 2008, pp. 36-48. Con particolare riguardo all'influenza di questo precetto nella legislazione imperiale, vd. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia - le persone*, cit., pp. 228-229; A. BISCARDI, *Spose, madri, nubili, vedove: echi patristici nella legislazione tardo-imperiale*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, VIII Convegno Internazionale*, Napoli, 1990, pp. 330-332; R. BRUNO SIOLA, 'Viduae' e 'coetus viduarum' nella Chiesa primitiva e nella normazione dei primi imperatori cristiani, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VIII, cit., pp. 367-426. Sul punto, vd. anche BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4^e-7^e siècle)*, I, *Le droit impérial*, cit., p. 106. Una diversa e interessante prospettiva di analisi del fenomeno di esortazione all'ascetismo è di LIZZI, *Una società esortata all'ascetismo: misure legislative e motivazioni economiche nel IV-V secolo d.C.*, cit., pp. 129-153. In merito al pensiero cristiano sulle seconde nozze e le relative influenze sulla legislazione, vd., per tutti, HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 301 ss.

scoraggiamento da parte del legislatore⁶¹⁵. Inoltre, eccetto quei rari casi di matrimoni tra soggetti appartenenti a ceti sociali differenti, la quarta parte del patrimonio del defunto marito di una vedova povera non avrebbe certo rappresentato un disincentivo sufficiente a ostacolare la maggiore sicurezza economica che avrebbe potuto offrirle un secondo consorte, posto che, tra l'altro, neppure gli insegnamenti del Cristianesimo erano riusciti a far diminuire il ricorso alle seconde nozze⁶¹⁶.

È allora necessariamente un'altra la finalità del legislatore, che si ricava dando attenzione alle parole che egli stesso pronuncia: «... ορῶμεν... τὰς δὲ γυναῖκας... ἐσχάτη συζῶσας ἀπορία, διὰ τοῦτο θεσπίζομεν...» («*videmus... mulieres... novissima viventes inopia, propterea sancimus...*») (pr.). Come espressamente dichiarato, la ragione risiede dunque nel tentativo di evitare l'indigenza alle donne rimaste senza marito, private del necessario supporto economico da costui apportato⁶¹⁷. È pur sempre un principio di ispirazione cristiana che probabilmente influisce sull'operato del legislatore, ma che è necessario identificare nella predicazione di aiuto ai bisognosi⁶¹⁸, e

⁶¹⁵ Circa una generale minore frequenza delle seconde nozze nei ceti inferiori della società romana, vd. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, I, cit., pp. 190-191. Vd. anche T. A. J. MCGINN, *Widows, orphans and social history*, in *Journal of Roman Archeology*, 12 (1999), p. 625 e ID., *Riflessi giuridici dei fatti dissolutivi delle unioni sessuali stabili*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del Principato. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello, 4-7 giugno 2008*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2014, p. 444.

⁶¹⁶ Vd. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, I, *Verwitwung und Wiederverheiratung*, cit., pp. 181-191.

⁶¹⁷ In particolare, sulla condizione di povertà della vedova durante l'età romana, vd. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., pp. 161-173. È doveroso menzionare, inoltre, l'indagine di PATLAGEAN, *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance 4^e – 7^e siècles*, cit., di estremo interesse per il periodo qui preso in considerazione, attinente più genericamente al tema della povertà. Vd. anche *supra* circa la connotazione “civile” del termine “ἀπορος”.

⁶¹⁸ Sulla politica legislativa cristiana a favore degli indigenti, vd. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia - le persone*, cit., pp. 174-208, nonché specificatamente in merito alla legislazione giustiniana, vd. H. KRUMPHOLZ, *Über sozialstaatliche Aspekte in der Novellengesetzgebung Justinians*, Bonn, 1992, pp. 26-51. In argomento, vd. anche D. GEMMITI, *Giustiniano e la povertà nel mondo bizantino*, in *Studi sull'Oriente Cristiano*, 3.1 (1999), pp. 155-177. Con riguardo all'età tardoantica, si consideri invece l'indagine di CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, cit. Ritengo interessante menzionare, a tal proposito, un curioso episodio narrato da Procopio nell'*Arcana historia*

non nell'elogio dello stato di vedovanza. E benché nelle fonti cristiane le vedove siano con frequenza menzionate assieme agli indigenti che necessitano di essere beneficiati⁶¹⁹, al di là della povertà che li accomuna a

(29, 17-25), da leggersi, come sempre, con le dovute cautele. Racconta l'Autore che Giustiniano, dopo aver ingiustamente confiscato a un'anziana vedova tutti i beni lasciatile dal padre e dal marito, le avrebbe poi assegnato uno statere d'oro al giorno «ὅπως δὲ ἡ γυνὴ μὴ ἔν τοῖς προσαιτηταῖς τὸ ἐνθένδε τετάξεται» ("affinché la donna da allora innanzi non venisse collocata tra i mendicanti"), asserendo, infatti, di essere sempre propensi a compiere «τὰ τε ὅσια καὶ εὐσεβῆ» ("opere conformi e reverenti alla religione"). Al di là della veridicità dei fatti narrati, si osservi come anche in questo caso il legislatore intervenga al fine di salvare la vedova dall'indigenza, facendo un esplicito richiamo alla religiosità della sua azione. Sul racconto di Procopio, vd. anche *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Subsidia*, IV, *Scritti apocrifi di Giustiniano*, a cura di A. M. Demicheli, Torino, 1994, pp. 40-41.

⁶¹⁹ Così, ad esempio, Giustino Martire (*Apologia I pro Christianis*, 67 [Migne, PG, VI, coll. 429-430]) racconta che, al termine dell'Eucaristia: Οἱ εὐποροῦντες δὲ καὶ βουλόμενοι, κατὰ προαίρεσιν ἕκαστος τὴν ἑαυτοῦ ὃ βούλεται δίδωσι· καὶ τὸ συλλεγόμενον παρὰ τῷ προεστώτῳ ἀποτίθεται, καὶ αὐτὸς ἐπικουρεῖ ὄρφανοῖς τε καὶ χήραις, καὶ τοῖς διὰ νόσον ἢ δι' ἄλλην αἰτίαν λειπομένοις, καὶ τοῖς ἐν δεσμοῖς οὖσι, καὶ τοῖς παρεπιδήμοις οὖσι ξένοις, καὶ ἀπλῶς πᾶσι τοῖς ἐν χρεῖα οὖσι κηδεμῶν γίνεται. Trad. ed.: *Qui abundant et volunt, suo arbitrio, quod quisque vult, largiantur, et quod colligitur apud eum, qui praeest, deponitur, ac ipse subvenit pupillis et viduis, et iis qui vel ob morbum, vel aliam ob causam egent, tum etiam iis qui in vinculis sunt et advenientibus peregre hospitibus; uno verbo omnium indigentium curam suscipit.* Secondo il Pastore di Erma (*Lib. 2, Mandatum 8* [Migne, PG, II, coll. 933-934]), tra le virtù rientra anche quella di «... χήρας ὑπηρετεῖν, καὶ ὄρφανούς ὑστερουμένους ἐπισκέπτεσθαι, ἐξ ἀνάγκης λυτρώσασθαι τοὺς δούλους τοῦ θεοῦ, φιλόξενον εἶναι...» («... viduis administrare, orphanos et pauperes non despiciere, et servos Dei ex necessitate redimere, hospitalem esse...»). Nella *Didascalica Apostolorum* si descrive così il comportamento che deve tenere un vescovo (riporto la più autorevole edizione e traduzione dal siriano in inglese di A. Vööbus, *The didascalica Apostolorum in Syriac*, I-II-III, Louvain, 1979), cap. 4 (ed. Vööbus, I, p. 55, ll. 1-3):

ⲙⲉⲛ ⲉⲃⲟⲟⲧⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲉⲧⲓⲃⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲉⲧⲓⲃⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲉⲧⲓⲃⲟⲩ
.ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲉⲧⲓⲃⲟⲩ

Trad.: And let his hand be stretched out to give, and let him love the orphans with the widows, and be a lover of the poor and also of strangers (ed. Vööbus, I, p. 46, ll. 14-17) e nel cap. 8 (ed. Vööbus, I, p. 94, ll. 13-16 e ll. 19-20):

ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ
... ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ
.ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ ⲛⲟⲩⲏⲥⲟⲩ ⲛⲟⲩⲁⲗⲟⲩⲛⲟⲩ

Trad.: As good stewards of God, therefore, do well in dispensing those things that are given and come into the church according to the commandment to orphans and widows and those who are afflicted and to strangers... Thus distribute and give to all who are in want (ed. Vööbus, I, p. 90, ll. 16-19 e l. 21). Ancora, Papa Gelasio I (*Epist. 10 ad Episcopos Siciliae* [Migne, PL, LIX, col. 57]) afferma che: *Praesulum auctoritas nostrorum emanavit, ut facultates ecclesiae episcopi ad regendum habeant potestatem; ita tamen ut viduarum, pupillorum, atque pauperum, nec non clericorum stipendia distribuere debeant.* Circa le misure caritative della Chiesa a favore delle vedove, vd. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, IV, cit., 1995, p. 5 ss. (con riferimento all'età tardoantica, vd. pp. 11-26, ove si sottolinea che, allora, la Chiesa non era finanziariamente in grado di sostenere tutte le

questi ultimi, esse sembrano essere appositamente menzionate al fine di porre in luce, ancora una volta, il riguardo dovuto al loro stato vedovile⁶²⁰.

Un altro aspetto della Novella in cui si può forse rinvenire una – pur moderata – influenza del Cristianesimo è la concezione del rapporto tra i coniugi, che si sostengono l’un l’altro nel momento del bisogno⁶²¹. Il legislatore è comunque chiaro nell’affermare che le sostanze dei consorti rimangono in ogni caso tra loro separate – l’apporto destinato alla vedova è comunque «τῆς θατέρου» («*alterius*») – e si prendono così le distanze dall’enunciazione di una comunione dei beni tra marito e moglie⁶²².

vedove bisognose e che, anzi, solo poche riuscivano a ricevere da essa un regolare sostentamento).

⁶²⁰ Come già si può notare dalle fonti citate subito *supra*, l’aiuto da offrirsi alla vedova è altra cosa rispetto a quello da darsi a chi è povero, che segue un’altra ragione giustificativa e, infatti, le due situazioni vengono menzionate separatamente. Cfr. anche quanto affermato nel cap. 4 della *Didascalia Apostolorum* (ed. Vööbus, I, p. 55, ll. 6-11):

ܠܘ ܕܢܘܩܪܐ ܕܡܝܬܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ
 ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ
 ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ
 ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ

Trad.: For if there is a widow who has (something), or is able to feed herself with something required for her for the sustenance of the body, but there is another who, although she is not a widow, is in need, wheter because of illness or because of the upbringing of children, or the infirmity of the body – to this one especially let him stretch out his hand (ed. Vööbus, I, p. 46, ll. 20-25) e nel cap. 14 (ed. Vööbus, II, p. 156, ll. 16-20):

ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ
 ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ
 ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ
 ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ

Trad.: And remember also the poor, hold them by the hand and nourish them even though there be among them those who are not widowers and widows, yet are in need of help because of poverty or because of sickness or because of rearing of children, and are afflicted (ed. Vööbus, II, p. 142, ll. 17-10). Sempre in questo ultimo capitolo, si afferma che la vedova istituzionalizzata deve avere più di cinquant’anni, altrimenti, qualora la vedova più giovane venisse istituzionalizzata e poi decidesse di sposarsi, disonorerebbe la gloria della vedovanza, anche perché ella (ed. Vööbus, II, p. 155, ll. 11-12):

ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ ܕܢܘܩܪܐ

Trad.: «was receveing (alms) as a widow, but did not abide in widowhood» (ed. Vööbus, II, p. 141).

⁶²¹ Cfr., ad esempio, Hieronymus, *Commentationum in epistulam ad Ephesios*, 3, 5 (vers. 29) (Migne, *PL*, XXVI, col. 533): *Quantum ad simplicem intelligentiam pertinet, sancta inter virum et uxorem charitate praecepta, nunc iubemur ut nutriamus, et foveamus coniuges, ut scilicet eis victum atque vestitum, et ea quae sunt necessaria praebeamus.*

⁶²² Così afferma, invece e ad esempio, Asterio di Amasea (*Hom. 5 in Mattii.* 19, 3 [Migne, *PG*, XL, coll. 229-230]), parlando della moglie: Μέλος ὑπάρχει, βοηθός ἐστίν· συνεργός εἰς

Le previsioni dell'imperatore, infine, sono riconducibili a un generico atteggiamento di favore nei confronti del genere femminile (il noto e discusso "femminismo giustiniano"), che alcuni non hanno mancato di ricondurre a una presunta influenza cristiana⁶²³.

διαγωγὴν τοῦ βίου, εἰς παίδων γένεσιν· νόσου ἐπίκουρος, θλίψεων παραμυθία, φύλαξ τῆς ἐστίας, θησαυρὸς τῶν κτημάτων· τὰ αὐτὰ λυπούμενη, τὰ αὐτὰ χαίρουσα· κοινὸν κεκτημένη τὸν πλοῦτον, εἰ παρείη... Trad. ed.: *Membrum est, adiutrix est, vitaeque sociae, et communium genitrix liberorum: in morbis opitulatrix, in calamitate solamen, domus custos, ac bonorum thesaurus. Communes, si quae sunt, possidet opes...* In merito alla teorizzazione della comunione patrimoniale tra coniugi nel Cristianesimo e a suoi presunti influssi nell'ultima età romana, vd. ampiamente ROBERTI, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 152 ss. La dottrina maggioritaria ritiene, invece, che un tale sistema patrimoniale sia sorto soltanto in età medioevale: per un quadro della questione e delle principali posizioni in materia, vd. M. A. BENEDETTO, v. *Comunione dei beni tra coniugi (Diritto intermedio)*, in *NNDI*, III, Torino, 1959, pp. 878-889. Sembra comunque corretto presumere, nell'età più tarda e sotto certi profili, un'accentuazione della condivisione dei beni nella vita familiare: vd., in particolare, LAMBERTI, *Suggerzioni in tema di «praesumptio Muciana»*, cit., pp. 20-22 (= *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, II, cit., pp. 1271-1275 e *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte di diritto e persone in Roma antica*, cit., pp. 169-173). In argomento, vd. anche S. SOLAZZI, *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in *Iura*, 5 (1954), pp. 151-158 (= *Scritti di diritto romano*, V, (1947-1956), Napoli, 1972, pp. 571-578).

⁶²³ Sull'influenza del Cristianesimo nella condizione giuridica femminile, vd., in ispecie, DE MATTEIS, *La Condizione Giuridica della Donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'Imperatrice Teodora*, cit., pp. 101-110 e BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia - le persone*, cit., pp. 209-228. Nonostante le facili conclusioni a cui si potrebbe giungere, non mi risulta sia stata mai sostenuta la diretta influenza dell'imperatrice Teodora su questa legge (nemmeno da chi ha forzatamente marcato questo profilo della legislazione giustiniana): vd., in argomento, E. GIANTURCO, *L'influenza dell'Imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, 1906, pp. 3-12 (= *Opere giuridiche*, II, *Teoria generale - scritti vari - successioni - obbligazioni*, Roma, 1947, pp. 308-312); A. COCI DE-GAETANI, *La Nov. 118 di Giustiniano risenti l'influsso dell'imperatrice Teodora?*, in *R. Università di Catania. Annuario dello Istituto di Storia del diritto romano dell'Univ. di Catania*, 11-12 (1910-1911), Catania, 1911, pp. 386-389; DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 121-131 (che pure parla della Novella a pp. 88-90); C. DIEHL, *Théodora. Impératrice de Byzance*, Paris, s.d. (1937?), p. 151; W. SCHUBART, *Justinian und Theodora*, München, 1943, p. 56; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pp. 568-569; J. E. SPRUIT, *L'influence de Théodora sur la législation de Justinien*, in *RIDA*, 24 (1977), pp. 389-421 e, sul questione pubblicistica della correggenza, M. AMELOTI, *Teodora moglie o imperatrice?*, in *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, II, a cura di M. Amelotti, Torino, 1983, pp. 65-73.

2. LA NOV. 117, 5: IL RICONOSCIMENTO ALLA MADRE VEDOVA DI UNA QUOTA PARI A QUELLA DEI FIGLI E L'USUFRUTTO DELLA QUARTA

Con la Novella 117⁶²⁴, di cui rileva il *caput* 5⁶²⁵, il 18 dicembre 542 la cancelleria imperiale apportò rilevanti modifiche al regime ora descritto. L'intervento fu nuovamente animato dall'intento di favorire la prole:

Nov. 117, 5: <Ο αὐτὸς βασιλεὺς Θεοδότῳ ἐπάρχῳ πραιτωρίων.>⁶²⁶. [...] Ἐπειδὴ δὲ νόμον ἤδη τειθείκαμεν προστάττοντα, ὥστε εἴ ποτέ τις γυναῖκα δίχα προικῶν λάβοι μετὰ διαθέσεως γαμικῆς καὶ ταύτην χωρὶς αἰτίας γνωρίζομένης τοῖς νόμοις ἐκβάλλῃ, λαμβάνειν αὐτὴν τὸ τέταρτον μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας, καὶ ἕτερον μετὰ ταῦτα πεποιήκαμεν νόμον τὸν

⁶²⁴ La Novella 117 si compone di 15 *capita*: il *caput* 1 permette di istituire erede un *filius familias* escludendo l'usufrutto del suo *pater*; il *caput* 2 concede a un padre la possibilità di riconoscere il proprio figlio per mezzo di un atto privato sottoscritto da tre testimoni; il *caput* 3 esclude che la mancanza degli strumenti dotali possa avere alcun effetto sulla legittimità della prole o sulla validità del matrimonio; il *caput* 4 prevede la necessarietà degli strumenti dotali per i soli matrimoni dei *decorati maximis dignitatibus* fino agli *illustres*; il *caput* 6 abolisce il divieto di matrimonio tra senatori e donne di bassa condizione; del *caput* 7 si è detto *supra*; i *capita* 8 e 9 trattano delle giuste cause di divorzio concesse, rispettivamente, al marito e alla moglie; il *caput* 10 ha ad oggetto il divorzio consensuale; il *caput* 11 richiede alla moglie di un uomo partito in spedizione una prova ufficiale della morte di quest'ultimo al fine di potersi risposare; nel *caput* 12 si chiariscono le cause per cui un matrimonio si può sciogliere senza incorrere in pene; il *caput* 13 riguarda l'ipotesi in cui la donna abbia illegittimamente ripudiato il marito; il *capita* 14 e 15 trattano, infine, i casi in cui il marito abbia bastonato la moglie e un uomo voglia attentare all'onore di una donna. Per un approfondimento delle riforme inerenti al divorzio contenute nella Novella, vd. BONINI, *Il divorzio consensuale dalla Novella Iustiniani 117,10 alla Novella Iustini 140*, cit., pp. 41-70 (= *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, cit., pp. 27-71 e *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 27-71), nonché PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, II, *Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, cit., p. 64 ss. Vd. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., pp. 315-321, per un'analisi del *caput* 2 e ID., *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, cit., pp. 368-376 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., pp. 88-97), per un'esegesi dei *capita* 4, 6 e ancora 2.

⁶²⁵ Cfr. *Epit. Iul.* 108, 4 (ed. Haenel, pp. 129-130; ed. Fiorelli, Bartoletti Colombo, p. 156). Di esso si dà conto in *Epit. Athan.* 10, 9, 6 (ed. Simon, Troianos, pp. 344-345); *Epit. Nov. ex cod. Bodl.* 3399, c. 344 (ed. Zachariae, p. 208); *Summa Nov. Theod.* 117, 7 (ed. Zachariae, pp. 112-113). Cfr. anche Bas. 28, 12, 2 (ed. Scheltema-van der Wal, A IV, pp. 1407-1408; ed. Heimbach, III, pp. 315-316), che ne tratta unitamente a Nov. 53, 6, ripreso in Syn. maior Γ 5, 2 (ed. Zepos-Zepos, pp. 150-151).

⁶²⁶ L'*inscriptio*, mancante sia nel *Codex Marcianus Graecus*, sia nel *Codex Laurentianus*, è stata così ricostruita da R. SCHOELL, *ad h. l.* Sulla figura del prefetto del pretorio d'Oriente Teodoto, vd. J. R. MARTINDALE, v. *Theodotus 3*, in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, IIIB, A. D. 527-641, Cambridge, 1992 (rist. Cambridge, 2000), p. 1301.

διορίζοντα, εἴ τις ἄπορον γυναῖκα κατὰ διάθεσιν μόνον λάβοι καὶ μέχρι τελευτῆς σὺν αὐτῇ ζήσας προτελευτήσῃ, λαμβάνειν ὁμοίως καὶ αὐτὴν τὸ τέταρτον μέρος τῆς ἐκείνου περιουσίας (οὕτω μέντοιγε ὥστε μὴ ὑπερβαίνειν αὐτὸ τὴν τῶν ἑκατὸν τοῦ χρυσοῦ λιτρῶν ποσότητα), ἐν τῷ παρόντι κάλλιον ἑκάτερον νόμον διατυποῦντες θεσπίζομεν, ἐφ' ἑκατέρου θέματος τοὺς ἐκ τῶν τοιούτων συνοικεσίων τεθθέντας παῖδας νομίμους εἶναι καὶ εἰς τὴν πατρῶαν καλεῖσθαι κληρονομίαν, τὴν δὲ γυναῖκα ἐφ' ἑκατέρου τούτων τῶν θεμάτων, εἰ μὲν ἄχρι τριῶν ἔχοι παίδων ὁ αὐτῆς ἀνὴρ εἴτε ἐξ αὐτῆς εἴτε καὶ ἐξ ἑτέρου συνοικεσίου, τὸ τέταρτον μέρος τῆς οὐσίας τοῦ ἀνδρὸς λαμβάνειν· εἰ δὲ πλείονες εἴησαν οἱ παῖδες, τοσοῦτον ἐφ' ἑκατέρου ὁμοίως θέματος λαμβάνειν κελεύομεν τὴν γυναῖκα ὅσον ἐνὶ τῶν παίδων ἀρμόζει. οὕτω δηλαδὴ ὥστε χρῆσιν μόνην ἐπὶ τοῖς τοιούτοις πράγμασι τὴν γυναῖκα ἔχειν, τὴν δεσποτείαν δὲ ἐκείνοις τοῖς παισὶ φυλάττεσθαι οὐς ἐξ αὐτοῦ τοῦ γάμου ἔσχεν. εἰ δὲ ἡ τοιαύτη γυνὴ παῖδας ἐξ αὐτοῦ μὴ ἔχοι, κελεύομεν καὶ δεσποτείας δικαίῳ ἔχειν αὐτὴν τὰ πράγματα, ἅπερ ἐκ τῆς τοῦ ἀνδρὸς οὐσίας εἰς αὐτὴν ἐλθεῖν διὰ τοῦ παρόντος ἐκελεύσαμεν νόμου. τὴν μέντοι ἀλόγως ἐκβληθεῖσαν ἐν αὐτῷ τῷ καιρῷ τῆς ἐκβολῆς τὸ μέρος κελεύομεν λαβεῖν τὸ περιεχόμενον τῷδε τῷ νόμῳ. τὸν ἄνδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων θεμάτων τὸ τέταρτον μέρος κατὰ τὸν πρότερον ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς οὐσίας λαμβάνειν τῆς γυναικὸς πᾶσι τρόποις κωλύομεν. [...] Dat. XV. k. Ianuar. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XVI. post cons. Basili vc. ind. ζ'.⁶²⁷

Dopo aver brevemente accennato ai dettati di Nov. 22, 18 e Nov. 53, ⁶²⁸, fornendo un'indicazione – in precedenza non esplicitata nel caso della vedova – circa il limite massimo cui poteva ammontare la quota della quarta,

⁶²⁷ Trad. Auth.: *Idem Aug. Theodoto pp. [...] Quia vero legem dudum posuimus praecipientem, ut si quis uxorem aliquando sine dotalibus acceperit cum affectu nuptiali et hanc sine causa legibus agnita proiecerit, accipere eam quartam partem eius substantiae, et aliam post haec fecimus legem decernentem, si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit et usque ad mortem cum ea vivens praemoriatur, accipere similiter et eam quartam illius substantiae portionem, ita tamen ut non transcendat haec centum auri librarum quantitatem, in praesenti melius utramque legem disponentes sancimus, in utroque casu ex talibus matrimoniis natos filios legitimos esse et ad paternam vocari hereditatem, uxorem autem ex utroque horum casuum, si quidem usque tres habuerit filios eius vir sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem quantum uni competit filiorum: ita quippe ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur quos ex ipsis nuptiis habuit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus etiam dominii iure habere eam res, quas ex viri facultate ad eam venire per praesentem iussimus legem. Quae tamen inrationabiliter exclusae est, in ipso tempore expulsionis partem iubemus accipere quae continetur hac lege. Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere modis omnibus prohibemus. [...].*

⁶²⁸ Sulla derivazione dell'istituto previsto in Nov. 53, 6 da quello di Nov. 22, 18, si è già detto *supra*.

ossia le 100 libbre d'oro («οὐτῶ μέντοιγε ὥστε μὴ ὑπερβαίνειν αὐτὸ τὴν τῶν ἑκατὸν τοῦ χρυσοῦ λιτρῶν ποσότητα») («*ut non transcendat haec centum auri librarum quantitatem*»)⁶²⁹, si dispone “κάλλιον” (“meglio”) per entrambe.

Così, la madre, sussistendo le suddette condizioni, soltanto nel caso in cui il defunto non abbia avuto più di tre figli, potrà ricevere la quarta parte dei beni del consorte in proprietà («εἰ μὲν ἄχρι τριῶν ἔχοι παίδων... λαμβάνειν») («*si quidem usque tres habuerit filios... accipere*»). Nel caso in cui, invece, la prole sia più numerosa, ella prenderà una quota pari a quella di ciascun figlio («εἰ δὲ πλείονες... ὅσον ἐνὶ τῶν παίδων ἀρμόζει») («*Si autem amplius... quantum uni competit filiorum*»), in usufrutto⁶³⁰ se i figli sono anche suoi («οὐτῶ δηλαδὴ... ἔσχεν») («*ita quippe... habuit*»), in proprietà se questi sono nati da un precedente matrimonio del defunto consorte («εἰ δὲ ἡ τοιαύτη γυνὴ... ἐκελεύσαμεν νόμου») («*Si vero talis mulier... iussimus legem*»)⁶³¹. Si prevede, infine, che la donna abbia diritto alla sua quota nel momento

⁶²⁹ Questo tetto massimo era stato indicato solamente in Nov. 22, 18. Secondo KOEPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, cit., p. 690 n. 1, seguito da PETRI, *Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe*, cit., p. 30 e, da ultimo, FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., p. 110 n. 2, Nov. 117, 5 avrebbe, in realtà, abolito questo limite. *Contra* WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, cit., p. 361 n. 7 (= *Diritto delle pandette*, III.1, cit., p. 238 n. 7) e, più recentemente, BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., p. 811 n. 45 e p. 816 n. 66 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 24-25 n. 45 e p. 31 n. 66). Si trattava di una somma davvero cospicua: come termine di paragone, basti pensare che la stessa somma fu portata in dote al ricco funzionario Giovanni Lido, che ne rimase pianamente soddisfatto: cfr. *De magistr.*, 3, 28 (su cui vd. PATLAGEAN, *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance 4^e – 7^e siècles*, cit., pp. 381-382).

⁶³⁰ Il concetto di “χρησις” traduce quello latino di “*usus fructus*”: vd. SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechts. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis*, I, *Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend*, cit., p. 238 n. 13; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., p. 109 n. 1 e BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, II, cit., pp. 90-91 e n. 21.

⁶³¹ Nella dottrina più recente, non condivisibili sono le letture esegetiche di BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 355-356 (*contra* BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., pp. 812-813 e n. 50 [= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., pp. 26-27 e n. 50]) e di DANNENBRING, *Die Kwart van die arm Weduwee. Romeinsregelike Grondslae*, cit., p. 7 (*contra* BEINART, *The forgotten widow. Provision by a deceased estate for dependants*, cit., pp. 289-290 n. 24 e BONINI, *op. cit.*, p. 812-813 e n. 51 [= *Contributi*, pp. 26-27 e n. 51]).

stesso del ripudio e si nega al marito ogni diritto alla quarta, restringendo dunque la previsione alle sole donne («τὸν ἄνδρα... κωλύομεν») («*Virum... prohibemus*»)⁶³².

Torna, dunque, l'istituto dell'usufrutto legale⁶³³ al fine di compendiare gli interessi di vedove e minori⁶³⁴, che era stato da poco applicato alla donazione nuziale⁶³⁵. L'assegnazione alla madre di una quota pari a quella di ciascun figlio è però una soluzione nuova, che va a porre sullo stesso piano la moglie e i figli del defunto. A ben vedere, questa parificazione, di fatto, coincide con quella del più risalente meccanismo successorio intestato di diritto romano, quando la donna sposata *cum manu* diveniva *filia familias* del marito ed entrava in tal modo a far parte dei *sui*. Torna, dunque, la soluzione di frazionare in quote uguali tra moglie-madre e figli del defunto i beni di quest'ultimo, pur in un contesto giuridico completamente diverso. Questo meccanismo divisorio verrà ripreso di lì a pochi anni anche per la donazione nuziale, con la già vista Nov. 127, 3, che attribuisce alla madre vedova non risposatasi, oltre che l'usufrutto sulla donazione nuziale, una quota sulla stessa pari a quella di ciascun figlio⁶³⁶.

⁶³² In dottrina si è sostenuto che ai mariti sarebbe stato negato il diritto alla quarta solamente in caso di ripudio *sine causa* da parte della moglie. A sostegno di questa tesi, da ultimo, ma isolatamente, FEENSTRA, *The "Poor Widower" in Justinian's Legislation*, cit., pp. 40-44, con ulteriori rinvii bibliografici. Sul punto e contrariamente già GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts*², cit., pp. 435-438, nonché PETRI, *Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe*, cit., pp. 9-10 e n. 1. A dissipare ogni dubbio, si osservi che in *Epit. Athan.* 10, 9, 6 (ed. Simon, Troianos, pp. 344-345), al marito si nega ogni diritto sui beni della moglie qualora il matrimonio si sia sciolto «ἢ θανάτῳ ἢ repudio».

⁶³³ Vd. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², cit., p. 377, seguito da BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni (Nov. Iustiniani 53, 6 e 117, 5)*, cit., pp. 811-812 n. 46 (= *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, cit., p. 25 n. 46).

⁶³⁴ Su questo profilo, vd. anche *infra*, nonché, in particolare, DI SALVO, *Legati di usufrutto e di diritti affini in favore del coniuge superstite*, cit., pp. 42-43.

⁶³⁵ Il riferimento è alla previsione di Nov. 98, 1, su cui vd. *supra*.

⁶³⁶ Si consideri anche quanto detto *supra* circa il rapporto tra Nov. 127, 3 e Nov. 117, 5.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La successione intestata e testata della moglie superstite

Il sistema di tutela della coniuge superstite di diritto romano tardoantico e giustiniano ebbe ben poco a che vedere con la successione intestata. Caduta in oblio l'attribuzione della qualifica di *sua* alla moglie sposata *cum manu*, molteplici ragioni militavano contro il riconoscimento a favore della vedova di un effettivo diritto sui beni del defunto consorte che non avesse disposto a suo favore per mezzo di testamento. La *lex naturae* e la tradizione giuridica secolare, che raccomandavano di beneficiare *in primis* i consanguinei del *de cuius* (cfr. C.Th. 4, 21, 1 [a. 395] e C.Th. 5, 1, 9 [a. 428]), ma anche – e soprattutto – la diffidenza che, sebbene andasse gradualmente ad attenuarsi, il legislatore romano sempre dimostrò innanzi agli spostamenti patrimoniali tra coniugi, in vita, così come *mortis causa*. Così, alla vedova venne sempre riconosciuto l'ultimo gradino della scala dei *bonorum possessores* e la sua posizione fu addirittura (indirettamente) peggiorata da Giustiniano, che le antepose i *cognati* di qualunque grado (cfr. Nov. 118, 3, 1 [a. 543]). Solamente una disposizione risalente ai primi anni del V secolo, sfortunatamente non pervenutaci, sembra averle fatto una qualche concessione, forse anticipandola di grado: ben presto essa venne abrogata e rinnegata da Teodosio II (C.Th. 5, 1, 9).

Profondamente differente il discorso per quanto attiene alla successione testata. Così come nei secoli precedenti, anche in età tardoantica e giustiniana il testamento del marito rappresentò uno degli strumenti più importanti per il sostentamento vedovile. La tesi di chi ha parlato di una crisi di questo istituto non trova in alcun modo riscontro nelle fonti, bensì ne esce smentita. Lo stesso Teodosio II, nel ristabilire l'ordine di successione intestata che vedeva all'ultimo posto la moglie superstite, evidenzia come questa garanzia così limitata possa essere sufficientemente supplita dal testamento del marito: tolto ogni impedimento causato dall'abrogata *lex decimaria* (C.Th. 8, 17, 2 e 3 [a. 410]), «*si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumptuosa est testandi occasio*». Altrettanta importanza rivestì questo tipo di successione in età giustiniana: l'ampio spazio lasciato dai compilatori ai passi attinenti ai lasciti testamentari a favore della vedova non può certo essere indice di un suo declino.

Vario ed eterogeneo il contenuto che poteva avere il testamento del marito: per lo più, sembra trattarsi di disposizioni aventi a oggetto legati (come il *legatum earum rerum quae uxoris causa emptae paratae sunt*, il *legatum penoris*, quello di usufrutto, di dote o *pro dote*), talvolta finalizzati ad assicurare alla *mater* il proprio ruolo anche dopo la morte del capofamiglia, e in grado di compensare i diritti della donna con quelli dei figli. Si ricordi, infine, che l'interpretazione del testamento del marito venne orientata sin dai tempi più risalenti a un criterio di *favor uxoris*, canone ermeneutico che conosce pieno sviluppo nella riforma giustiniana dell'*edictum de alterutro* (cfr. C.I. 5, 13, 1, 3a [a. 531]), per mezzo della quale si introdusse la presunzione che, ove dubbio, il lascito del marito non si dovesse considerare volto a tacitare l'interesse della donna sulla dote e, pertanto, le fosse consentito ottenere il legato e altresì agire per la restituzione dei beni dotali.

La dote quale risorsa post mortem mariti

Fondamentale strumento giuridico che la donna poteva costituire in vista (anche) del suo periodo di vedovanza era la dote, la cui natura e regime risultano profondamente mutati in età giustiniana e alla cui restituzione ella poteva accedere per via legale, per via pattizia e, se predisposta, testamentaria. Si sono ampiamente esaminate le caratteristiche proprie di ognuno di questi percorsi e le riforme che le hanno riguardate.

Per comprendere a fondo la legislazione in materia dell'epoca qui presa in considerazione, è tuttavia fondamentale aver presente il coevo contesto socioeconomico che si rifletteva nella prassi dei privati e di cui le fonti (non solo giuridiche) lasciano trapelare qualche traccia. Ragioni di ordine familiare, attinenti a un nuovo ruolo assunto dal *pater familias*, ma ancor di più a una nuova gestione del patrimonio familiare, provocarono nel V secolo una crisi dell'istituto dotale: c'erano meno doti e, se c'erano, queste erano di minor valore. Solo avendo presente questo contesto, è possibile capire il piano su cui agì Teodosio II, in particolare quando cercò di semplificare e incentivare la costituzione della dote (con la *pollicitatio dotis*, cfr. C.Th. 3, 13, 4 [a. 428]), ma soprattutto le innovative riforme di Giustiniano in materia (prime tra tutte: l'introduzione dell'obbligo di dotare e la riformulazione dell'azione legale per la restituzione dei beni dotali [cfr. C.I. 5, 13, 1]).

La donazione nuziale come appannaggio vedovile

Se da una parte, dunque, la dote viveva un periodo di decadenza, di contro e parallelamente, un nuovo istituto di origine orientale si faceva strada tra le usanze del popolo romano: la donazione nuziale, che, in determinati casi, seppe rimediare così ottimamente alle lacune causate dalla crisi dotale, da poter molto spesso farne le veci, dando luogo alla curiosa prassi della *donatio in dotem redacta*.

Sono più circoscritti di quanto comunemente si pensi i termini in cui è possibile parlare di una funzione di appannaggio vedovile per quanto riguarda la donazione nuziale. Benché inizialmente, infatti, il lucro della vedova sulla donazione fosse pieno anche in assenza di una previsione pattizia, ben presto il legislatore intervenne a circoscriverlo, a favore dei consanguinei del defunto (genitori e figli). È questa la *ratio* della Nov. 35 di Valentiniano III (a. 452) – nonché della simile legge promulgata da Leone I in Oriente e di cui ci offre testimonianza il Libro siro-romano – e della Nov. 1 di Libio Severo (a. 463). Ancor più evidente, in tal senso, il regime di età giustiniana, in cui al lucro venne fatto dipendere esclusivamente dalla redazione di un *pactum de lucranda donatione* e, nella legislazione novellare, circoscritto, nell'interesse della prole, al solo usufrutto in aggiunta a una frazione in proprietà per la vedova non binuba (cfr. Nov. 98 *praef.*-1 [a. 539] e Nov. 127, 3 [a. 548]).

L'assetto degli istituti finalizzati al sostentamento patrimoniale della moglie superstite nel disegno di Teodosio II e di Giustiniano

Due testi legislativi ben esemplificano quali fossero gli istituti giuridici coinvolti nella tutela della situazione patrimoniale della moglie superstite in età tardoantica e giustiniana e, soprattutto, quale fosse il loro equilibrio.

La prima fonte da prendere in considerazione è l'intervento normativo di Teodosio II del 20 febbraio 428, di cui fanno parte, tra gli altri, C.Th. 5, 1, 9, C.Th. 3, 13, 4 e C.Th. 3, 5, 13. Si è detto che, con la prima disposizione, l'imperatore riconfermò l'avversione dell'ordinamento a riconoscere un diritto successorio intestato alla moglie superstite e che, allo stesso tempo, pose l'accento sull'avvenuta abrogazione della *lex decimaria*, che circoscriveva l'accessibilità alla successione testata, divenuta di facile e immediato ricorso. Contestualmente, nelle *leges iugendae* C.Th. 3, 13, 4 e

C.Th. 3, 5, 13, egli cercò di semplificare il processo costitutivo di dote e donazione nuziale: la prima, tramite la stringata forma della *pollicitatio dotis*; la seconda, per mezzo dell'abolizione dell'obbligatorietà della *traditio* e, a determinate condizioni, dell'*insinuatio* (un contesto applicativo che agevolava in particolar modo le ipotesi di *donatio in dotem redacta*). Ecco, dunque, gli istituti atti a sopperire la manchevole successione intestata: il testamento e la dote, nonché la donazione nuziale, ancor più utile nei casi in cui serviva a sostituire la dote.

Un simile assetto si riscontra nel disegno legislativo giustiniano, che si evince dalla Nov. 53, 6 (a. 537), ove si introduceva il peculiare istituto giuridico noto come “quarta della vedova povera”. I suoi presupposti applicativi sono fondamentali per collocare correttamente l'istituto nel sistema degli apporti patrimoniali muliebri. Si richiede, infatti, l'assenza della dote – ma anche della donazione nuziale, dal momento che questa poteva essere riproposta in dote – e la mancanza (o insufficienza) di una previsione testamentaria.

In età tardoantica e giustiniana, insomma, la rete tesa a sostegno della moglie superstite si realizzava grazie al sapiente intreccio di due cime: quella del testamento e quella della dote, a cui si poteva aggiungere quella della donazione nuziale, sia in sostituzione della seconda, sia in aggiunta.

La tutela dei figli di primo letto. L'usufrutto

Un *Leitmotiv* della legislazione studiata è certamente la tutela della prole, il cui trattamento fu sempre tenuto in maggior riguardo rispetto a quello del coniuge superstite. Così, per quanto concerne la successione testamentaria, è immediato pensare alle disposizioni di Leone I (C.I. 5, 9, 6 [a. 472]) e di Giustiniano (Nov. 18, 3 [a. 536]). Quando si ragiona in merito al lucro vedovile sulla donazione nuziale, sovengono le disposizioni di Maggiorano (Nov. 6, 5-8 [a. 458]), di Libio Severo (Nov. 1), di Giustiniano

(Nov. 98 *praef.*-1 e Nov. 127, 3). La stessa *quarta uxor* venne profondamente ripensata in ragione degli interessi dei figli del *de cuius* (Nov. 117, 5 [a. 542]).

Istituto fondamentale a tal fine fu quello dell'usufrutto, nato proprio per compendiare gli interessi della moglie-madre con quelli dei figli e al quale il legislatore fece costante ricorso – così come, d'altronde, vi fece lo stesso marito-padre nel disporre nel proprio testamento (con il *legatum di usus fructus*). In particolare, l'usufrutto riguardò il lucro vedovile sulla donazione nuziale e, al verificarsi di determinate condizioni, la quarta della vedova povera. Nelle Novelle giustiniane, infine, a questo strumento si affianca un nuovo meccanismo di ripartizione, per mezzo dell'attribuzione alla moglie superstite di una quota pari a quella ottenuta da ciascun figlio (cfr. Nov. 117, 5 e Nov. 127, 3). A ben vedere, un sistema che presuppone l'equiparazione della moglie a quella dei figli, un lontano ricordo di quando ella, sposandosi *cum manu*, diveniva *filia* del marito ed entrava a far parte del novero dei *sui*⁶³⁷.

«[S]i sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali». *Autoregolamentazione dei privati e ruolo del legislatore in materia di tutela patrimoniale della coniuge superstite*

Ecco dunque che, se le garanzie patrimoniali della moglie superstite si sostanziano nel testamento del marito, nella dote (dunque in un apporto da lei stessa predisposto), nella donazione nuziale e – nel diritto ultimo e nei soli casi di estremo bisogno – nella *quarta uxor*, è chiaro come la questione sia stata demandata, per la gran parte, all'autoregolamentazione dei privati.

⁶³⁷ Per ulteriori considerazioni in merito alla funzione dell'istituto dell'usufrutto quale strumento di sostentamento vedovile, mi permetto di rinviare anche a quanto già detto in E. PEZZATO, *Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile*, in *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, II, a cura di M. del Carmen López-Rendo Rodríguez, Oviedo, 2020, p. 131 ss.

Il legislatore ha saputo predisporre gli strumenti giuridici necessari, assestare gli squilibri dovuti a mutamenti economici e sociali, intervenire laddove ce ne fosse maggiore bisogno, ma senza invadere con la forza della legge un campo così privato e intimo come quello delle relazioni patrimoniali tra coniugi, anche al termine dell'esperienza terrena di uno di loro. D'altro canto, il suo intervento non è richiesto «*si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali*».

INDICE DEGLI AUTORI

ALBERTARIO E.

AMELOTTI M.

ANDRÉS SANTOS F. J.

ANKUM H.

ANNÉ L.

ARANGIO-RUIZ V.

ARCARIA F.

ARCHI G. G.

ARJAVA A.

ARNDTS R. V. ARNESBERG L.

ASTOLFI R.

AYITER K.

BALDUS C.

BARCELONA R.

BARONE ADESI G.

BARTOCCI U.

BARTOLETTI COLOMBO A. M.

BARTOLUS A SAXOFERRATO

BASSANELLI SOMMARIVA G.

BAUER-GERLAND F.

BEAUCAMP J.

BECHMANN A.

BEDUSCHI C.
BEINART B.
BENEDETTO M. A.
BESELER G.
BIANCHI FOSSATI VANZETTI M.
BIANCHI P.
BIANCHINI M.
BIAVASCHI P.
BIONDI B.
BISCARDI A.
BISCOTTI B.
BONET CORREA J.
BONFANTE P.
BONIN F.
BONINI R.
BORCHOLTEN J.
V. BOSSOWSKI F.
BOYÉ A.-J.
BOYER C.
BOYER L.
BRANDILEONE F.
BRABLOFF S.
BRETONE M.
BRINI G.

BRUNNER H.
BRUNO SIOLA R.
BRUNS K. G.
BUONGIORNO P.
BURDESE A.
BÜRGE A.
CAES L.
CALONGE A.
CANNATA C. A.
CARON G.
CASELLA V.
CASTELLI G.
CAVINA M.
CENERI G.
CHIAZZESE L.
COCI DE-GAETANI A.
COLLINET P.
CONSOLINO F. E.
COPPOLA BISAZZA G.
CORBETT P. E.
CORBO C.
CORNIL G.
COSTA E.
CUJAS J.

CUQ E.
CZYHLARZ K.
D'ANCONA R.
D'AUTHUILLE A.
D'ORS A.
DAJZAK W.
DALLA D.
DANNENBRING R.
DAUBE D.
DE BRUIN M.
DE DOMINICIS M. A.
DE FRANCISCI P.
DE GIOVANNI L.
DE MATTEIS F.
DE RUGGIERO R.
DEL PILAR PÉREZ ÀLVAREZ M.
DEMANGEAT C.
DEMICHELI A. M.
DERNBURG H.
DESANTI L.
DESMINIS D. D.
DI MARIA S.
DI NISIO V.
DI PAOLA S.

DI SALVO S.
DIEHL C.
DONATUTI G.
DUMONT F.
DUPONT C.
EHRHARDT F.
ERCOLE F.
ESMEIN A.
FADDA C.
FALASCHI P. L.
FALCHI G. L.
FAYER C.
FEENSTRA R.
FERRETTI P.
FERRINI C.
FINAZZI G.
FIORELLI P.
FRANCHINI L.
FRANCIOSI G.
FRANCKE W. F. G.
FRIER B. W.
FUGIER H.
GACTO FERNANDEZ E.
GALGANO F.

GARCÍA GARRIDO M. J.

GAUDEMET J.

GEMMITI D.

GIANNARELLI E.

GIANTURCO E.

GIGLIO S.

GIOMARO A. M.

GIOVANNINI F.

GIRARD P. F.

GIUNTI P.

GLÜCK C. F.

GOFFI T.

GONZÁLEZ-PALENZUELA

GALLEGO M. T.

GORIA F.

GOTHOFREDUS I.

GRADENWITZ O.

GRAEFE M.

GRIVAZ F.

GROSSO G.

GRUBBS J. E.

GUARINO A.

GUIZZI F.

HAENEL G.

HARKE J. D.
HARPER K.
HAUSMANINGER H.
HENDERSON W. J.
HERLIHY D.
HEYSE G.
HONORÉ T.
HUMBERT M.
HUNGER H.
IMPALLOMENI G.
JANSSENS S. I. J.
JOHLEN M.
JONES A. H. M.
KARLOWA O.
KASER M.
KAUFHOLD H.
V. KERSTORF F.
KLAMI H. T.
KNÜTEL R.
KOEPPEN A.
KOSCHAKER P.
KRAUSE J.-U.
KRÜGER P.
KRUMPHOLZ H.

LA PIRA G.
LAFONTAINE P.-H.
LAMBERTI F.
LAMBERTINI R.
LAMMA P.
LANATA G.
LANDUCCI L.
LANZA C.
LATORRE A.
LAURIA M.
LAVAGGI G.
LE BRAS G.
LEINWEBER A.
LEIST B. W.
LENEL O.
LEPORE P.
LEVET A.
LEVY E.
LÉVY J. P.
LIEBS D.
LIZZI R.
V. LÖHR E.
LOHSSE S.
LONGO C.

LONGO G.
LÓPEZ GÜETO A.
LOZANO CORBÍ E.
LUCHETTI G.
M. RAMPOLLA DEL TINDARO
MACCORMACK G.
MAGAGNA M.
MANCA LEONI F.
MANFREDINI A. D.
MANZO A.
MARRONE M.
MARTINDALE J. R.
MARTINI R.
MASCHI C. A.
MASI DORIA C.
MASPERO J.
MASSEI M.
MATRINGE G.
MATTHÄUS A.
MATTIOLI F.
MAYER-MALY T.
MAZZANTE F. M.
MAZZUCCO C.
MC GINN T. A. J.

McCLINTOCK A.
MELILLO G.
MENOCHIUS J.
MEYER P. M.
MICHAÉLIDÈS-NOUAROS G.
MISERA K.
MITTEIS L.
MOMMSEN T.
MONACO L.
MONGARDI M.
MONNIER H.
MONTAÑANA CASANÍ A.
MONTEVECCHI O.
MORIAUD P.
MORRIS J.
MURGA (GENER) J. L.
NARDI E.
NAZZARO A. V.
NICOSIA G.
NICOTRI M. T.
NIEDERLÄNDER H.
NOAILLES P.
NOY D.
NUYENS M.

NYGREN A.
ORESTANO R.
ORMANNI A.
ORTEGA CARRILLO
DE ALBORNOZ A.
ORTUÑO PÉREZ M. E.
OWEN HUGHES D.
PALAZZOLO N.
PAMPALONI M.
PANTANO G.
PAPA G.
PAPAKONSTANTINO K.
PATLAGEAN E.
PELLAT C.-A.
PENCO G.
PEPPE L.
PERGAMI F.
PERNICE A.
PEROZZI S.
V. PETRAŽYCKI L.
PETRI E.
PETRONI G.
PEZZATO E.
PIETRINI S.

PIRO I.
PRADO RODRÍGUEZ J. C.
PROVERA G.
PULIATTI S.
PULITANÒ F.
QUADRO R.
QUINTANA ORIVE E.
RE L. F.
RECCHIA V.
REIN W.
REINACH T.
RESZCZYŃSKI J.
RICCOBONO S.
RICCOBONO S. JR.
RITTERSHAUSEN K.
ROBERTI M.
ROBLEDA O.
ROGERIUS C.
RÖHLE R.
ROTONDI G.
ROUSSIER J.
RÜGER D.
SACHAU E.
SALOMON SANCHO L.

SAMPER F.
SAN JUAN SANZ J.
SANFILIPPO C.
SANGUINETTI A.
SANNA M. V.
SANTI C.
SARGENTI M.
SARRAZIN E.
SCACCHETTI M. G.
SCARCELLA A. S.
SCHERILLO G.
V. SCHEURL A.
SCHINDLER K.-H.
SCHIRMER T.
SCHMINCK A.
SCHOELL R.
SCHOTT H.
SCHUBART W.
SCHULZ F.
SCHUPFER F.
SCHWARZ F.
SCIANDRELLO E.
SEECK O.
SELB W.

SEUFFERT J. A.
SIBER H.
SILLI P.
SILVEIRA MARCHI E. C.
SIMON D.
SIMONIUS P.
SIVAN H.
SOLAZZI S.
SONTIS J. M.
SPAGNUOLO VIGORITA T.
SPRUIT J. E.
STAGL J. F.
STEIN E.
STELLA MARANCA F.
STERNBERG C.
STREICHER K. L.
TALAMANCA M.
TAMASSIA N.
TAROZZI S.
TESTINI P.
V. TIGERSTRÖM F. W.
TOFANINI R.
TRIPICCIÓN L.
TRISCIUOGLIO A.

TROIANOS S.
TURLAN J. M.
VACCARI P.
VAN DER WAL N.
v. VANGEROW K. A.
VAN WARMELO P.
VARVARO M.
VENTURINI C.
VIARENGO G.
VISMARA G.
VIZMANOS P. F. D. B.
VOCI P.
VOGT J.
VOIGT M.
VOLTERRA E.
VÖÖBUS A.
VUOLANTO V.
v. WÄCHTER C. G.
WACKE A.
WALDSTEIN W.
WARNKÖNIG L. A.
WATSON A.
WEILER M.
WENDT O.

WENGER L.
WESENER G.
WIEACKER F.
WIELING H. J.
WINDSCHEID B.
v. WOEB F.
WOLFF H. J.
WUBBE F. B. J.
YARON R.
ZABŁOCKA M.
ZACHARIÄ VON LINGENTHAL K. E.
ZANZUCCHI P. P.
ZEPOS J.
ZEPOS P.
ZHANG L.
ZIMMERN S. W.
ZOZ (DE BIASIO) M. G.
ZUCCOTTI F.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

Codex Theodosianus

2, 3, 1
3, 2, 1
3, 5, 3
3, 5, 6
3, 5, 9
3, 5, 13
3, 7, 3
3, 8, 1
3, 8, 2
3, 8, 2 pr.
3, 8, 3
3, 9
3, 9, 1
3, 13, 2
3, 13, 3
3, 13, 4
4, 4, 7
4, 4, 7 pr.
4, 6, 8
4, 12, 3
4, 21
4, 21, 1
5, 1, 1
5, 1, 9
5, 3, 1
8, 16, 1
8, 17, 1
8, 17, 2
8, 17, 3
8, 17, 4
8, 19, 1
9, 42, 1 pr.

9, 42, 15

11, 7, 3

13, 3, 3

13, 5, 7

Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum

10, 2, 2

16, 2, 3

Epitome Gai

2, 9, 3

Epitome Ulpiani

6, 1

6, 3

6, 4

6, 5

6, 6

6, 7

6, 8

6, 9

6, 10

6, 12

6, 13

6, 14

6, 15

6, 16

6, 17

11, 20

14

15, 1

15, 2

15, 3

15, 4

16, 1

16, 1a

16, 2

16, 3-4

16, 4
22, 14
28, 7

Fragmenta Vaticana

58
69
86
88
94
95
97
102
112
269
276
294, 2

Interpretatio Codicis Theodosiani

3, 8, 2

Interpretatio Novellae Theodosii

14

Interpetatio Novellae Valentiniani

35

Libro Siro-Romano

87a(1)
87a(4)
87a(8)
108(1)
115(1)
115(5)

Gai Institutiones

1, 111
1, 158

1, 178

2, 274

2, 63

3, 3

Lex duodecim tabularum

5, 4

Novellae Maioriani

6

6, 1

6, 1-3

6, 1-4

6, 2

6, 3

6, 5-8

6, 9

6, 10

6, 12

11

Novellae Severi

1

Novellae Theodosii

2

12

14

14 pr.

14, 1

14, 3

14, 4-5

14, 5

14 pr.-6

14, 6

14, 7

14, 8

Novellae Valentiniani

14
21, 1
26
34, 9
35
35, 1-7
35, 8
35, 8-10
35, 9
35, 11
35, 12-13
35, 14-20

Pauli Sententiae

2, 21b, 1b
2, 21b, 2
2, 23, 6
2, 23, 7
3, 6, 83
3, 6, 84
4, 1, 1

Scholia Sinaitica

6, 14
8, 17
11, 31
13, 35

FONTI GIUSTINIANEE

Codex Iustinianus

Const. Cordi

5

1, 3, 20
1, 3, 54(56), 5
1, 5, 12, 20
1, 5, 19, 3(1)

1, 17, 2
3, 33, 1
3, 33, 5
4, 29, 25
4, 29, 25, 1
5, 3, 1
5, 3, 3
5, 3, 6
5, 3, 7
5, 3, 9
5, 3, 12
5, 3, 13
5, 3, 14
5, 3, 17
5, 3, 19
5, 3, 19 pr.-1
5, 3, 19, 1
5, 3, 20
5, 3, 20, 7
5, 4, 22
5, 4, 25
5, 9, 3 pr.
5, 9, 3
5, 9, 5
5, 9, 5, 1
5, 9, 6
5, 9, 6 pr.-3
5, 9, 6, 10-11
5, 9, 8, 1(2)-2(3)
5, 9, 9 pr.-1
5, 10
5, 10, 1
5, 11
5, 11, 6
5, 11, 7
5, 12, 14
5, 12, 18
5, 12, 20

5, 12, 29
5, 12, 30
5, 12, 30 pr.
5, 12, 31
5, 12, 31 pr.
5, 12, 31 pr.-2
5, 13, 1
5, 13, 1 pr.
5, 13, 1, 1
5, 13, 1, 1-1c
5, 13, 1, 1b-1d
5, 13, 1, 1d
5, 13, 1, 2
5, 13, 1, 2a
5, 13, 1, 3a
5, 13, 1, 4
5, 13, 1, 5
5, 13, 1, 5c
5, 13, 1, 5e
5, 13, 1, 6
5, 13, 1, 7
5, 13, 1, 7a
5, 13, 1, 8
5, 13, 1, 9
5, 13, 1, 9a
5, 13, 1, 9b
5, 13, 1, 10
5, 13, 1, 11
5, 13, 1, 12
5, 13, 1, 13
5, 13, 1, 13c
5, 13, 1, 14
5, 13, 1, 15-15b
5, 13, 1, 16
5, 14, 3
5, 14, 5
5, 14, 9
5, 14, 9, 3

5, 14, 9, 4
5, 14, 9, 4-5
5, 14, 9, 5
5, 14, 10
5, 15, 3
5, 16, 1
5, 16, 3 pr.
5, 16, 10
5, 16, 14, 1
5, 16, 24 pr.-1
5, 16, 25
5, 16, 26
5, 17, 1 pr.
5, 17, 8
5, 17, 9
5, 17, 10
5, 17, 11
5, 17, 11, 1b
5, 17, 11, 2a
5, 18, 9
5, 18, 10
5, 18, 11
5, 19, 1
5, 23
5, 27, 5 pr.
5, 27, 10, 2
5, 37, 9
5, 62, 18, 2
6, 9, 9
6, 12
6, 13, 2
6, 18, 1
6, 20, 17
6, 21, 6, 1
6, 23, 15
6, 24, 11
6, 25, 10
6, 36, 8

6, 37, 21
6, 43, 1
6, 43, 2
6, 43, 3, 2-4
6, 43, 3, 2a
6, 43, 3, 3
6, 44, 3, 1
6, 53, 4
6, 61
6, 61, 1
6, 61, 2
6, 61, 3
6, 61, 4
6, 61, 5
6, 61, 6
6, 61, 8
7, 31, 1
7, 40, 3
8, 2
8, 2, 3
8, 17(18), 12, 1
8, 17(18), 12, 3
8, 17(18), 12, 4(1)
8, 17(18), 12, 8(2)
8, 34, 3
8, 37, 13
8, 53, 29
8, 53(54), 34 pr.-1b
8, 53(54), 36, 3
8, 56(57), 4
8, 57(58), 1
8, 57(58), 2
8, 58(59), 1
10, 19, 2

Digesta Iustiniani

1, 2, 2, 24
4, 5, 8

5, 2, 2
5, 2, 3
5, 2, 4
6, 2, 12 pr.
7, 1, 1
7, 1, 68 pr.
7, 2, 8
7, 8, 1, 1
7, 8, 2 pr.
7, 8, 4, 1
10, 2, 20, 8
11, 7, 27, 1
12, 4, 9, 1
12, 6, 32, 2
13, 6, 5, 2
13, 6, 18 pr.
15, 1, 36
21, 2, 24
22, 1, 28, 1
22, 1, 48
23, 2, 19
23, 2, 40
23, 2, 61
23, 3
23, 3, 3
23, 3, 5
23, 3, 5, 9
23, 3, 5, 11
23, 3, 6, 1
23, 3, 6, 2
23, 3, 7 pr.-1
23, 3, 9, 1
23, 3, 10, 1
23, 3, 10, 2
23, 3, 10, 3
23, 3, 17 pr.
23, 3, 26
23, 3, 28

23, 3, 42
23, 3, 46, 2
23, 3, 52
23, 3, 56, 1
23, 3, 56, 3
23, 3, 58, 1
23, 3, 59, 1
23, 2, 60
23, 3, 63
23, 3, 65
23, 3, 69, 9
23, 3, 70
23, 3, 72, 1
23, 3, 73, 1
23, 3, 75
23, 3, 78, 1
23, 3, 78, 2
23, 3, 79 pr.
23, 3, 79, 1
23, 3, 81
23, 3, 85
23, 4, 2
23, 4, 4
23, 4, 5, 2
23, 4, 6
23, 4, 7
23, 4, 12, 1
23, 4, 12, 4
23, 4, 14
23, 4, 15
23, 4, 16
23, 4, 17
23, 4, 18
23, 4, 19
23, 4, 21
23, 4, 28
23, 4, 29 pr.
23, 4, 30

23, 4, 36
23, 5
23, 5, 4
23, 5, 5-6
23, 5, 18 pr.
24, 1
24, 1, 1
24, 1, 3 pr.
24, 1, 22
24, 1, 28, 6
24, 1, 31, 7
24, 1, 32
24, 1, 45
24, 1, 51
24, 1, 59
24, 2, 5
24, 3, 1
24, 3, 2, 1
24, 3, 2, 2
24, 3, 3
24, 3, 6
24, 3, 10 pr.
24, 3, 10, 1
24, 3, 12
24, 3, 13
24, 3, 14, 1
24, 3, 15
24, 3, 15, 1
24, 3, 15, 2
24, 3, 16
24, 3, 18 pr.
24, 3, 18, 1
24, 3, 20
24, 3, 21
24, 3, 22, 1
24, 3, 22, 3
24, 3, 22, 4
24, 3, 22, 11

24, 3, 22, 12
24, 3, 24 pr.
24, 3, 24 pr.-1
24, 3, 25 pr.
24, 3, 25, 1
24, 3, 25, 4
24, 3, 29 pr.
24, 3, 34
24, 3, 42 pr.
24, 3, 45
24, 3, 49 pr.
24, 3, 49, 1
24, 3, 53
24, 3, 54
24, 3, 57
24, 3, 61
24, 3, 66 pr.
24, 3, 67
24, 3, 7, 1
25, 1, 1 pr.
25, 1, 1, 1
25, 1, 1, 3
25, 1, 8
25, 1, 9
25, 1, 10
25, 1, 11 pr.
25, 1, 14 pr.
25, 1, 14, 1
25, 1, 14, 2
25, 1, 15
25, 1, 2
25, 1, 3 pr.
25, 1, 4
25, 1, 5 pr.
25, 1, 5, 3
25, 1, 6
25, 1, 7
25, 1, 8

25, 1, 9
25, 1, 10
25, 1, 11 pr.
25, 1, 14 pr.
25, 1, 14, 1
25, 1, 14, 2
25, 1, 15
26, 6, 4, 3
26, 7, 12, 3
28, 2, 13 pr.
28, 5, 49, 2
28, 5, 77(76)
28, 6, 4 pr.
28, 6, 45 pr.
28, 6, 47
29, 2, 45, 1
29, 4, 27 pr.
29, 5, 4
30, 109 pr.
30, 43, 1
30, 69, 2
31, 21
31, 34, 3
31, 34, 5
31, 41, 1
31, 53 pr.
31, 77 pr.
31, 77, 5
31, 77, 9
31, 88, 7
31, 88, 16
31, 89 pr.
31, 89, 2
31, 89, 7
32, 3 pr.
32, 29 pr.
32, 30, 5
32, 33 pr.

32, 33, 1
32, 33, 2
32, 41 pr.
32, 41, 7
32, 42
32, 43
32, 45
32, 46
32, 49 pr.
32, 49, 2
32, 49, 4
32, 49, 5
32, 58
32, 60, 2
32, 78, 6
32, 93, 1
32, 100, 2
33, 1, 10, 2
33, 1, 13, 1
33, 1, 21, 2
33, 1, 5
33, 2, 22
33, 2, 24 pr.
33, 2, 25
33, 2, 30 pr.
33, 2, 31
33, 2, 32, 2
33, 2, 32, 4
33, 2, 35
33, 2, 37
33, 2, 38
33, 2, 39
33, 4, 1 pr.
33, 4, 1, 1
33, 4, 1, 2
33, 4, 1, 3
33, 4, 1, 4
33, 4, 1, 5

33, 4, 1, 6
33, 4, 1, 7
33, 4, 1, 8
33, 4, 1, 12
33, 4, 1, 13
33, 4, 1, 15
33, 4, 2 pr.
33, 4, 3
33, 4, 5
33, 4, 6
33, 4, 6 pr.
33, 4, 6, 1
33, 4, 8
33, 4, 9
33, 4, 10
33, 4, 12
33, 4, 13
33, 4, 15
33, 4, 16
33, 4, 17 pr.
33, 5, 21
33, 6, 7 pr.
33, 7, 16, 2
33, 8, 15
33, 9
33, 9, 1
33, 9, 7
33, 10, 8
33, 10, 10
33, 10, 13
34, 1, 16, 3
34, 2, 3
34, 2, 4
34, 2, 10
34, 2, 13
34, 2, 18 pr.-1
34, 2, 18 pr.
34, 2, 18, 2

34, 2, 25, 10
34, 2, 26
34, 2, 30
34, 2, 32, 6
34, 2, 32, 7
34, 2, 34 pr.
34, 2, 39 pr.
34, 4, 31 pr.
34, 5, 9, 1
34, 5, 28
34, 9, 13
34, 9, 14
35, 1, 28, 1
35, 1, 40, 4
35, 1, 74
35, 1, 77, 2
35, 1, 96, 1
35, 2, 14 pr.
35, 2, 57
35, 2, 81, 1
35, 2, 81, 2
35, 2, 85
36, 1, 59(57), 2
36, 1, 67, 1
36, 1, 76(74), 1
36, 1, 80(78), 14
36, 1, 83(81)
36, 2, 19 pr.
37, 4
37, 5, 8, 6
37, 6, 6
38, 5, 1, 10
38, 6, 1, 1
38, 11, 1 pr.-1
38, 11, 1 pr.
38, 15, 1 pr.
38, 16, 16
38, 17

39, 6
39, 6, 31, 2
39, 6, 35, 2
42, 1, 21
42, 1, 23
42, 1, 24
42, 1, 25
42, 8, 25, 1
44, 4, 4, 21
45, 1, 115, 2
46, 2, 29
46, 3, 34, 6
46, 3, 48
46, 8, 25 pr.
50, 12, 3 pr.
50, 16, 79 pr.
50, 16, 79, 1
50, 16, 79, 2
50, 16, 125
50, 17, 23
50, 17, 85 pr.

Institutiones Iustiniani

1, 10 pr.
2, 1, 37
2, 4 pr.
2, 7, 1
2, 7, 3
2, 8 pr.
2, 14 pr.
2, 18 pr.
2, 20, 2
2, 20, 3
2, 20, 15
4, 6, 29

Novellae Iustiniani

2

2, 1
2, 5
18 *praef.*
18, 1
18, 3
22, 3
22, 18
22, 20 pr.
22, 20, 1
22, 21
22, 23
22, 25
22, 27
22, 30
22, 39
39
39 *praef.*-1
39 *praef.*
39, 1
39, 2
53
53, 1
53, 2
53, 3
53, 4
53, 5
53, 6
53, 6 pr.
53, 6, 2
61
74, 5
74, 5 pr.
91, 2
97 *praef.*
97, 1
97, 2
97, 5
97, 6 pr.

97, 6, 2
98
98 *praef.*-1
98, 1
98, 2
98, 2, 1
100
109, 1
117
117, 1
117, 2
117, 3
117, 4
117, 5
117, 6
117, 7
117, 8
117, 9
117, 10
117, 11
117, 12
117, 13
117, 14
117, 15
118
118, 3
118, 3, 1
119, 1
123, 41
127
127 *praef.*
127, 1
127, 2
127, 3
127, 4
162, 1

FONTI BIZANTINE

Basilica

28, 12, 1
28, 12, 2
28, 13, 1
28, 15
29, 1, 119
38, 9, 23
41, 4, 2
45, 5
49, 6, 1, 10

Basilicorum Scholia

Sch. 9 a Bas. 28, 14
Sch. 14 a Bas. 28, 14, 1
Sch. 2 a Bas. 28, 12, 1
Sch. a Bas. 28, 15
Sch. 3 a Bas. 29, 1, 101
Sch. 1 a Bas. 29, 1, 119
Sch. 10 a Bas. 29, 1, 119
Sch. 4 a Bas. 29, 5, 28
Sch. 7 a Bas. 29, 19, 119
Sch. 1 a Bas. 38, 9, 23
Sch. 2 a Bas. 41, 4, 2

Epitome Novell. Athanasii

5, 4
5, 4, 5
9, 2, 2
9, 3
9, 12, 3
10, 1, 5
10, 7
10, 9, 6

Epitome Novell. ex codice Bodleiano 3399

c. 344
cc. 445-447

Epitome Novell. Iuliani

2, 9
34, 3
37
47
47, 6
91
108, 4
114, 3

Novellae Leonis VI

20

Summa Novellarum Theodori

2, 8-9
2, 9
18, 3
39
53, 11
98
117, 7
127, 3

Synopsis Maior

5, 2

Synopsis Novellarum Iustiniani

ll. 344-348
ll. 641-663
ll. 804-813
ll. 1433-1438
ll. 2119-2120

FONTI DI DIRITTO CANONICO

Isidori Mercatoris decretalium collectio (ed. Migne)

Concilium Caeseragustanum

Can. 8

FONTI LETTERARIE

AMBROSIUS

De Virginibus

1, 11, 63

1, 11, 65-66

1, 7, 32-33

APULEIUS

Apologia

100, 2

ASTERIUS AMASENUS

Homiliae (ed. Migne)

5, coll. 229-230

BASILIIUS MAGNUS

Epistulae (ed. Migne)

199, coll. 719-720

CICERO

Epistulae ad Atticum

11, 23, 3

11, 25, 3

12, 8

Epistulae ad familiares

6, 18

De finibus bonorum et malorum

1, 4, 12

Pro Caecina

4, 11

Topica

3, 17

4, 21

Didascalía Apostolorum

4

8

14

GELASIUS I

Epistulae (ed. Migne)

10, col. 57

GELLIUS

Noctes Atticae

4, 1, 3

4, 3, 2

18, 6, 9

HIERONYMUS

Commentatorum in epistolam ad Ephesios (ed. Migne)

3, 5 (vers. 29) col. 533

Epistulae (ed. Migne)

130, 6, col. 1111

IOHANNES CHRYSOSTOMUS

Homiliae (ed. Migne)

56, coll. 489-490

IOHANNES LYDUS

De magistratibus reipublicae romanae

3, 28

ISIDORUS HISPALENSIS

Etymologiae

5, 24, 13

IUSTINUS MARTYR

Apologia I pro Christianis

67, coll. 429-430 (ed. Migne)

Pastore di Erma
Lib. 2, Mandatum 8,
coll. 933-934 (ed. Migne)

PLINIUS
Epistulae
8, 18, 7

POLIBYUS
Historiae
32, 13

PROCOPIUS
Arcana Historia
29, 17-25

SALVIANUS MASSILIENSIS PRESBYTER
Adversus avaritiam (ed. Migne)
3, col. 209

SERVIUS MARIUS HONORATUS
Ad Aeneidem
11, 476

SVETONIUS
Vita Claudii
18
19

PAPIRI

BGU
5, 1210, ll. 29-32
5, 1210, ll. 73-78

Frag. Ber.
14

Pap. Berl.

11753, 3

Pap. Cair.

67006 verso ll. 9-11

Pap. Oxy.

2089, 20-21

ABSTRACT

Queste ricerche si propongono di indagare gli apporti patrimoniali alla morte del marito in favore della moglie superstite, concentrandosi sulla normazione di età tardoantica e giustiniana. Vengono presi in considerazione i principali istituti giuridici che realizzavano, al momento della scomparsa dell'uomo, una cessione patrimoniale a favore della sua vedova: la successione intestata e testata della moglie superstite, la restituzione della dote e il suo lucro sulla donazione nuziale, nonché la c.d. quarta della vedova povera. Di essi si indagano i profili dei relativi regimi giuridici interessanti per il tema di indagine, soffermandosi sulla portata e le ragioni delle riforme legislative che li hanno riguardati in questo circoscritto periodo temporale, ma anche le loro specifiche funzioni nel sistema di sostentamento patrimoniale della coniuge superstite, la loro interazione e integrazione reciproca. In considerazione viene preso anche il ricorso di questi istituti nella prassi, un profilo particolarmente rilevante in questo ambito.

Si giunge dunque alla conclusione che il sistema di tutela della coniuge superstite di diritto romano tardoantico e giustiniano ebbe ben poco a che vedere con la successione intestata. Profondamente differente il discorso per quanto attiene alla successione testata. Così come nei secoli precedenti, anche in età tardoantica e giustiniana il testamento del marito rappresentò uno degli strumenti più importanti per il sostentamento vedovile. Fondamentale strumento giuridico che la donna poteva costituire in vista (anche) del suo periodo di vedovanza era la dote, la cui natura e regime risultano profondamente mutati in età giustiniana e alla cui restituzione ella poteva accedere per via legale, per via pattizia e, se predisposta, testamentaria. Sono, invece, più circoscritti di quanto comunemente si pensi

i termini in cui è possibile parlare di una funzione di appannaggio vedovile per quanto riguarda la donazione nuziale.

In età tardoantica e giustiniana, insomma, la rete tesa a sostegno della moglie superstite si realizzava grazie al sapiente intreccio di due cime: quella del testamento e quella della dote, a cui si poteva aggiungere quella della donazione nuziale, sia in sostituzione della seconda, sia in aggiunta. Ecco dunque che, se le garanzie patrimoniali della moglie superstite si sostanziano nel testamento del marito, nella dote (dunque in un apporto da lei stessa predisposto), nella donazione nuziale e – nel diritto ultimo e nei soli casi di estremo bisogno – nella quarta *uxoria*, è chiaro come la questione sia stata demandata, per la gran parte, all'autoregolamentazione dei privati. Il legislatore ha saputo predisporre gli strumenti giuridici necessari, assestare gli squilibri dovuti a mutamenti economici e sociali, intervenire laddove ce ne fosse stato maggiore bisogno, ma senza invadere con la forza della legge un campo così privato e intimo come quello delle relazioni patrimoniali tra coniugi, anche al termine dell'esperienza terrena di uno di loro. D'altro canto, il suo intervento non è richiesto «*si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali*».