

MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK

CON LA COLLABORAZIONE DI

PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK

VARSAVIA 2016



MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

Supplements to The Journal of Juristic Papyrology are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka

INDICE

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK	
<i>Prefazione</i>	XIII
<i>Elenco delle opere di Maria Zabłocka</i>	XXIII
José Luis ALONSO	
<i>The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.</i>	
<i>Suet. Cal. 40 revisited</i>	3
Krzysztof AMIELAŃCZYK	
<i>In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)</i>	
<i>in the Archaic period</i>	23
Zuzanna BENINCASA	
<i>Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.</i>	
<i>vivai e riserve di caccia</i>	39
Witold BORYSIAK	
<i>Roman principle</i>	
<i>Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest</i>	
<i>and the reasons of its modern rejection</i>	63
Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI	
<i>Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni</i>	85
Cosimo CASCIONE	
<i>Celso lettore di San Paolo?</i>	
<i>Una nota minima in tema di interpretazione</i>	101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i>	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i>	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i>	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i>	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i>	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i>	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i>	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i>	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i>	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i>	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i>	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i>	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i>	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i>	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i>	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i>	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a & IGR IV 743</i>	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i>	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i>	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i>	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i>	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i>	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i>	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i>	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i>	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i>	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i>	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i>	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i>	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i>	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i>	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i>	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i>	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i>	725

Michał SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i>	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i>	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i>	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i>	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i>	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i>	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i>	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i>	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i>	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i>	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i>	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* 1069

Jacek WIEWIORSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics
in research on Roman law* 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* 1199

Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka
pp. 889–908

Agnieszka Stępkowska

**IL RUOLO DEL CONSENSO MULIEBRE
NELLE AMMINISTRAZIONE DEI FONDI DOTALI
IN DIRITTO ROMANO**

I. INTRODUZIONE

LA DOTE COSTITUISCE un patrimonio particolare il cui status è fortemente condizionato dalle esigenze della vita matrimoniale. In diritto romano anche se la proprietà della dote spettava al marito, la facoltà di amministrarla e di disporre di questo patrimonio veniva fortemente condizionata dalla sua specificità che imponeva dei limiti alla libertà del marito. Una delle prime restrizioni fu quella del divieto di alienare i fondi dotali e fu introdotta nello *ius civile* dalla c.d. *lex Iulia de fundo dotali*, legge emanata nei tempi di Augusto nel 18 a.C. e ritenuta in letteratura parte della *lex Iulia de adulteriis*.¹ Questo *princeps* divenne famoso come il riformatore

¹ Così M. J. GARCÍA GARIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil* 1. *La tradición romanística*, Barcelona 1982, pp. 50–51; A. WELLE, *In universalibus pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii. Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen*, Berlin 1987, p. 40, nonché A. WACKE in questo volume, p. 1071. Diversamente cfr. F. W. VON TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht. Eine zivilistische Abhandlung* 1, Berlin 1831 (rist. Aalen 1983), p. 278; Ch. 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 1960, pp. 56–57; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia*, Milano 1963, p. 449; B. BIONDI, *‘Leges populi romani’*, [in:] *Scritti giuridici* 11. *Diritto romano. Fonti – diritto pubblico – penale – processuale civile*, Milano 1965, pp. 189–213. Alcuni autori ritenevano

del diritto di famiglia,² poichè prestava molta attenzione ai rapporti matrimoniali in genere, ed ai rapporti patrimoniali tra coniugi.

Le limitazioni dei poteri dispositivi del marito rispetto alla dote, introdotti dalla *lex Iulia de fundo dotali*, riguardavano il divieto di alienare tali fondi in assenza del consenso della moglie. Nelle tre testimonianze testuali concernenti la *lex Iulia*, questo divieto viene anche riferito alla facoltà d'ipotecare i fondi dotali.

Purtroppo nessun testo delle fonti fornisce *explicité* il provvedimento con cui veniva formulato tale divieto. Il suo contenuto può invece essere ricostruito sulla base di alcune fonti³ che riportano le previsioni della *lex Iulia de fundo dotali*. Particolare attenzione meritano i tre testi conservati nella codificazione, giustinianea: il testo del commentario di Gaio all'editto provinciale conservato nel Digesto, il frammento della costituzione di Giustiniano dall'anno 530 d.C. e il frammento delle *Istituzioni* di Giustiniano.

D. 23.5.4 (Gai. 11 ed. provin.): Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare ...

Cf. 5.13.1.15: Et cum lex Iulia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat ... (a. 530)

comunque che questo regolamento fosse stato introdotto nell'altra legge augustea – la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, cfr. R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova 1996 (4^a ed.), p. 148, n. 203) che riteneva possibile che la *lex Iulia de fundo dotali* costituisse l'appendice alla *lex Iulia de adulteriis*, in quanto sia Ulpiano che Paolo commentavano la *lex Iulia de fundo dotali* nella parte finale dei commentari alla *lex Iulia de adulteriis*. E. VOLTERRA, (*Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, p. 690) sosteneva invece che *lex Iulia de fundo dotali* poteva costituire una legge separata. Quest'opinione è corroborata dalle *Pauli Sententiae*, dove questa legge di Augusto viene citata perchè contenente il regolamento che limitava la libertà di alienare i fondi dotali. (*PSent. 2.21b.2: 'Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet'*). Anche le iscrizioni ai frammenti provenienti dal titolo 5 del libro 23 intitolato *De fundo dotali* suggeriscono che questi costituiscono gli estratti dei commentari alla *lex Iulia de adulteriis* (su questa legge cfr. Maria ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej* [I cambiamenti del diritto delle persone e del diritto di famiglia nella legislazione della dinastia giulio-claudia], Warszawa 1987, pp. 34–38 con la letteratura *ivi* citata.).

² A questa problematica è dedicata la monografia di ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego* (cit. n. 1).

Ijust. 2.8 pr.: ... Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos legem Iuliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex ... alienationes inhiibat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente ...

Queste testimonianze sono abbastanza laconiche, ma univocamente indicano che la *lex Iulia* impediva al marito sia l'alienazione che la costituzione della garanzia reale sopra i fondi dotali. Gaio si riferiva alla *praedia*, mentre nella costituzione di Giustiniano è stata usata la parola *fundus*, però, in riferimento alle previsioni della *lex Iulia* concernenti la dote, dato che le fonti usano tutti e due i termini, le differenze di tipo terminologico possono considerarsi irrilevanti.⁴ Indipendentemente quindi dalla parola originalmente usata nella legge augustea, i giuristi romani applicavano i suoi dettami a tutti i fondi appartenenti al marito *dotis causa*.⁵

La brevità delle fonti è connessa probabilmente alla laconicità del tenore letterale della legge Giulia. Questa laconicità è stata colmata da uno sforzo interpretativo da parte dei giuristi romani. Partendo dunque dalle opinioni di tali giuristi si può sostenere che il divieto introdotto nella *lex Iulia* riguardasse i fondi dotali dal momento del loro acquisto *dotis causa* da parte del marito, anche se tale acquisto fosse avvenuto prima della conclusione del matrimonio.⁶ L'ambito temporale dell'efficacia del divieto si ricostruisce in riferimento alle fonti concernenti l'azione processuale consegnata alla moglie al fine di chiedere la restituzione della

³ Gai. 2.63; *PSent.* 2.21b.2; *Ijust.* 2.8 *pr.*; *D.* 23.5.16; *D.* 23.5.4; *Cf.* 5.13.1.15.

⁴ Cfr. ad es. *D.* 23.5.13 *pr.* (Ulp. 5 *adult.*): «Dotale praedium accipere debemus tam urbanum quam rusticum ...»; *D.* 23.5.13.4 (Ulp. 5 *adult.*): «Si uxore herede instituta fundus dotalis fuerit legatus ...». Cfr. anche le relazioni provenienti dagli altri giuristi, ad es. Gai. 2.63; *PSent.* 2.21b.2; *D.* 23.5.1 *pr.*; *D.* 23.5.3 *pr.*; *D.* 23.5.16; *D.* 23.5.4; *Ijust.* 2.8 *pr.*

⁵ Questo parere è comunemente condiviso in dottrina. Cfr. Por. J.P. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris 2002, p. 1387.

⁶ *D.* 23.5.4 (Gai. 11 *ed. provm.*): «Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito». La stessa interpretazione estensiva della *lex Iulia* si può ritrovare nella costituzione imperiale di Leone e Antemiano emanata nel 473 d.C. e riferita nel testo del *Cf.* 6.61.5.1

dote dopo lo scioglimento del matrimonio.⁷ Da queste fonti si evince che tale divieto rimaneva in vigore per tutta la durata del matrimonio ed anche dopo il suo scioglimento prima di risolvere le questioni patrimoniali tra ex-coniugi. Il divieto non era quindi limitato alla durata del matrimonio e lo stesso si può dire rispetto al carattere dotale dei fondi.⁸ Originalmente le limitazioni introdotte nella *lex Iulia* riguardavano solo i fondi italici, ma già Gaio (Gai. 2.63) segnalava la tendenza ad estendere tale divieto anche ai fondi provinciali.⁹ Questo venne poi formalmente confermato da Giustiniano.¹⁰

Il presente saggio si concentra sul problema del divieto dell'alienazione e della disposizione dei fondi dotali e sul ruolo del consenso muliebre in questo contesto.



II. ALIENATIO

1) *Lo scopo dell'alienatio*

Le costituzioni imperiali degli imperatori Severo e Antonino dell'anno 213 d.C. definivano come atto dell'*alienatio* qualsiasi atto che comportasse un passaggio di proprietà (*dominium*) da una persona all'altra.¹¹ Questo termi-

⁷ D. 23.5.3.1 (Paul. 36 ed.): «Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est.» *Actio de dote* era il termine usato dai compilatori per sostituire la classica *actio rei uxoriae*. Cfr.: S. RICCOBONO, «Formulae ficticiae a normal means of creating new law», *RHD* 9.1-2 (1929), p. 29; A. BERGER, s.v. «actio de dote», [in:] *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 342. Questo termine non può essere interpretato come l'*actio ex stipulatu*. Cfr. A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln - Graz 1963, p. 28, n. 18; M. KASER, *Das römische Privatrecht* I, München 1971 (2ª ed.), p. 337, n. 2.

⁸ D. 23.5.12 pr. (Papin. 1 adult.): «Etiam si dirempto matrimonio dotale praedium esse intellegitur.»

⁹ Cfr. anche BONFANTE, *Corso di diritto romano* (cit. n. 1), p. 449; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen*, Köln 1967, pp. 112-115.

¹⁰ Cf. 5.13.1.15a (Iustinianus): «Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi ...» (a. 530).

¹¹ Cf. 5.23.1 (Severus et Antoninus): «... Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur.»

ne veniva utilizzato anche in caso di perdita del diritto reale limitato come la perdita della servitù per il suo non uso.¹² Le fonti indicano chiaramente che tale divieto riguardava sia la facoltà di sottoporre il fondo dotale a una servitù (*D.* 27.9.3.5), sia la rinuncia di una servitù precedentemente costituita a favore di tale fondo (*D.* 23.5.5–*D.* 23.5.7.1). In questi casi si trattava dunque dell'alienazione di una qualche parte del diritto della proprietà, ma non dell'alienazione della parte della cosa stessa. L'uso della parola *alienatio* in riferimento ad atti di tal genere è pienamente giustificato dal un punto di vista formale: *servitutes* venivano infatti instaurate tramite un atto dispositivo come la *mancipatio* o la procedura *in iure cessio*.¹³

Certamente non può limitarsi l'efficacia del divieto solo agli atti dispositivi previsti nello *ius civile*, escludendo così tutti quelli tutelati nell'ambito dello *ius honorarium*.¹⁴ Ciò si deduce dal testo di Paolo. Se ammettiamo che l'efficacia della *lex Iulia* fosse limitata solo alla sfera dello *ius civile*, il divieto da questa introdotta poteva essere facilmente aggirato. *In primis*, ricevendo i fondi italici tramite la sola *traditio*,¹⁵ il marito ne diveniva il proprietario solo quando scadeva il termine dell'usucapione ed entro tale termine poteva liberamente disporre di questi fondi sulla base del diritto pretorio. Inoltre, se il termine *alienatio* fosse stato riferito esclusivamente agli atti dispositivi dello *ius civile*, in riferimento a fondi italici la *lex Iulia* non avrebbe potuto impedire l'efficacia della *traditio*, né il conseguente usucapione. Per quanto detto la tesi, secondo cui l'efficacia della

¹² *D.* 50.16.28 *pr.* (Paul. 21 *ed.*): «... eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes.»

¹³ Cfr. ad es., Gai. 2.29–33.

¹⁴ Nella letteratura romanistica moderna questo problema sembra inesistente, è stato sollevato unicamente dagli autori novecenteschi. Secondo L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891 (rist. Leipzig 1935), pp. 118–119, tutta la controversia riguardante l'estensione del divieto dalla *lex Iulia* ai fondi provinciali fosse connessa alla controversia se il verbo *alienare* usato nella legge si riferisse solo agli atti dispositivi dello *ius civile*, oppure anche gli altri. Cfr. anche DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal* (cit. n. 1), pp. 322–325, dove gli argomenti citati, tranne «ovvia logicità», si basano esclusivamente su analogie non sempre convincenti.

¹⁵ Di questo genere di pratica parlano le seguenti fonti: *D.* 23.3.47; *D.* 12.4.7.1; *D.* 10.2.51 *pr.*; *D.* 43.19.3.9; *D.* 24.3.5; *D.* 23.4.4; *D.* 24.3.6; *D.* 23.5.14 *pr.*; *D.* 23.5.17.

lex Iulia riguardasse solo la sfera dello *ius civile*, non può essere condivisa. Ciò nonostante, le fonti indicano alcune categorie d'eventi, per cui il trasferimento della proprietà dotale non veniva dichiarato nullo in virtù della legge. A tali eventi si riferisce Paolo nel suo commentario all'editto:

D. 23.5.1 pr. (Paul. 36 *ed.*): Interdum lex Iulia de fundo dotali cessat: si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

Nel caso discusso sopra, Paolo giustifica la non applicazione del divieto introdotto nella *lex Iulia* («Interdum lex Iulia de fundo dotali cessat») argomentando che il trasferimento del fondo dotale era avvenuto indipendentemente dalla volontà del marito («quia haec alienatio non est voluntaria»).¹⁶ Nelle fonti ritroviamo numerosi casi di *alienatio involuntaria* concernenti fondi dotali. Nel testo citato, Paolo tratta della perdita del diritto di proprietà del fondo dovuta ad una sanzione prevista nella legge. Continuando, il giurista aggiunge alla categoria di *alienationes involuntariae* anche il trasferimento patrimoniale costituente la successione universale,¹⁷ indicando chiaramente che non si riferiva solo al caso della successione a titolo universale *mortis causa*. Nel testo successivo Ulpiano riflette sul trasferimento patrimoniale del fondo dotale in risultato della *capitis deminutio maxima* causata dalla *revocatio in servitutem*.¹⁸ Tale situazione dal punto di vista giuridico era idonea alla successione a titolo universale *mortis causa*.¹⁹ Questo non significava comunque che la moglie non

¹⁶ Le argomentazioni di de Francisi secondo cui questo frammento costituiva la glossa successiva, non sono comunque convincenti. Cfr. P. DE FRANCISI, *Il trasferimento della proprietà, storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, p. 106.

¹⁷ *D. 23.5.1.1* (Paul. 36 *ed.*): «Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti».

¹⁸ *D. 23.5.2* (Ulp. 5 *adul.*): «Si maritus fuerit in servitutem redactus, an dominus alienare hunc fundum non possit? quod puto esse verius. quare et si ad fiscum pervenerit, nihilo minus venditio fundi impeditur, quamvis fiscus semper idoneus successor sit et solvendo.»

¹⁹ Cfr. *D. 50.17.209*, in cui la perdita della libertà è paragonata alla morte.

avesse la possibilità di recuperare il fondo dotale, dato che poteva utilizzare l'*actio utilis* contro il nuovo proprietario,²⁰ e quindi, fino alla restituzione del fondo dotale in riferimento a tale fondo esisteva il divieto dell'alienazione. Le fonti indicano chiaramente²¹ che le persone che acquistavano la proprietà del fondo dotale tramite successione a titolo universale, si ritrovavano nella situazione analoga a quella in cui si sarebbe trovato precedentemente il marito della donna, cioè non potevano liberamente disporre del fondo dotale. Il diritto romano prevedeva dunque la possibilità della perdita del fondo dotale senza la volontà del marito (*involuntaria alienatio*). Tale evento però, non portava al mutamento di status giuridico del fondo dotale come bene non soggetto all'*alienatio voluntaria* del suo attuale proprietario.²²

Per i motivi esposti sopra, diviene condivisibile la teoria di Charles Demangeat sul meccanismo della *lex Iulia*, atta a paralizzare l'*animus alienandi* da parte del marito.²³ Secondo Demangeat, questo era il motivo per cui la legge non trovava applicazione in situazioni in cui l'alienazione non dipendeva dalla volontà del marito. Si potrebbe forse solo precisare che la dichiarazione della volontà del marito di alienare, per essere efficace, riguardava la collaborazione della moglie e quindi il suo consenso rispetto all'alienazione.

²⁰ Cfr. *D.* 4.5.2 *pr.*; *D.* 4.5.7.1-2.

²¹ *D.* 23.5.1.1 (Paul. 36 *ed.*): «... per universitatem transit praedium ... ad alterum, veluti ad heredem mariti, cum suo tamen iure, ut alienari non possit...»; *D.* 23.5.2 (Ulp. 5 *adul.*): «...et si ad fiscum pervenerit, nihilo minus venditio fundi impeditur, quamvis fiscus semper idoneus successor sit et solvendo».

²² Questo conferma chiaramente il testo postclassico del Codice Teodosiano emanato nel 396 d.C. *CTh.* 9.42.15 = *Brev.* 9.32.3, in particolare cfr. *Interpretatio* relativa a questo frammento: «quicumque damnari proscribique meruerit, ab eius facultatibus bona uxoria sequestrentur, ita ut et dotem, quam marito uxor aut eius parentes obtulerunt, et donationem, quam ante nuptias pro coniunctione suscepit, uxor retineat, sibi vindicet a bonis proscripae facultatis aliena, quia mariti crimine uxor non potest obligari». Questo testo indica, che la moglie il cui marito avesse perso tutto il patrimonio in virtù della proscrizione aveva il diritto di recuperare la propria dote e la *donatio ante nuptias*. Questo frammento del Codice Teodosiano lo ritroviamo anche nel Codice di Giustiniano (*Cf.* 9.49.9).

²³ DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal* (cit. n. 1), p. 105.

2) *Il ruolo del consenso muliebre rispetto all'alienatio*

Infatti, per essere precisi, bisogna affermare che la *lex Iulia* non impediva di effettuare gli atti dispositivi relativi ai fondi dotali, ma condizionava la loro validità in relazione al consenso della moglie. Tale consenso costituiva la condizione *sine qua non* della validità e dell'efficacia dell'alienazione del fondo dotale. Nella dottrina romanistica si rifletteva sul carattere del consenso muliebre: se doveva essere dato *expressis verbis* oppure se andava presunto in assenza della protesta sollevata dalla moglie.²⁴ Nelle fonti ritroviamo le locuzioni *invita uxore*²⁵ oppure *nec consentiente muliere* (Cf. 5.13.1.15 *pr.*). Nella letteratura veniva sottolineato che la moglie doveva almeno essere cosciente del fatto dell'alienazione e tacitamente accettarla.²⁶ Sembra però più convincente ritenere che in relazione alle previsioni della *lex Iulia de fundo dotali*, la moglie dovesse esprimere chiaramente il proprio consenso (verbalmente o tramite le azioni intraprese che *de facto* manifestavano tale consenso).

Questo consenso trova la sua giustificazione nei testi che definiscono la parola *invitus*.²⁷ E così, ad es. Ulpiano nel testo del D. 3.3.8.1 afferma che

²⁴ Cfr. VON TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht* (cit. n. 1), p. 278. Quest'autore riteneva che la moglie dovesse essere cosciente dell'alienazione e, in qualche modo, anche se tacitamente, esprimere il proprio consenso.

²⁵ Cfr. *PSent.* 2.21b.2; *Gai.* 2.62; *IJust.* 2.8 *pr.*

²⁶ Cfr. VON TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht* (cit. n. 1), p. 278.

²⁷ Cfr. ad es. D. 3.3.8.1 (Ulp. 8 *ad edict.*): «... invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur»; D. 8.2.5 (Ulp. 17 *ed.*): «Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. ideo Pomponius libro quadragensimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur»; così come D. 23.2.45; D. 47.2.48.3 *in fine* (quest'ultimo spiega anche il significato del verbo *vetare*). L'unico testo in cui viene analizzato il problema della forma del consenso muliebre riguarda il consenso della *filia familias* concernente l'azione spettante al suo *pater* e di questo ci informa Ulpiano nel suo commentario *ad Sabinum*: D. 24.3.2.2 (Ulp. 35 *Sab.*): «Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia? et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidentiter contradicat, videri consentire patri. et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia contradicere, consentire quasi eam merito credet. sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate eius id

il termine *invitus* non solo indica la persona che ha sollevato protesta ma anche la persona di cui non si può provare il dato consenso. Accettare l'idea che il mancato consenso muliebre significasse solo il suo protesto manifestato, significherebbe accettare la costruzione del consenso presunto in quanto indicherebbe che la legge che vietava l'alienazione dei fondi dotali senza il consenso della moglie, nello stesso tempo presumeva l'esistenza di tale consenso. Se tale fosse stata l'intenzione del legislatore, la costruzione più adatta sarebbe stata quella in cui la moglie poteva entro un certo termine contestare l'alienazione già avvenuta. Dato che le fonti non autorizzano a presumere l'esistenza di tale costruzione, è plausibile ritenere che la legge augustea presumesse il mancato consenso.

Ciò nonostante tale consenso poteva essere espresso dato *implicite*. Questa situazione la ritroviamo analizzata nel testo di Ulpiano proveniente dal suo commentario alla *lex Iulia de adulteriis*. Questo testo è citato nella letteratura al fine di sostenere la tesi sulla possibilità legale di effettuare il legato contenente il fondo dotale,²⁸ nonostante il fatto che il legato *per vindicationem* rientrasse nell'ambito delle alienazioni proibite dalla *lex Iulia*.²⁹ In verità questo testo parla del caso particolare del consenso effettuato dalla moglie in relazione all'*alienatio*:

D. 23.5.13.4 (Ulp. 5 adult.): Si uxore herede instituta fundus dotalis fuerit legatus, si quidem deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditatem habitura est, valet legatum ...

factum cavendumque ratam rem filiam habituram a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere». Nel testo citato sopra Ulpiano riferisce il rescritto emanato da Antonino Pio, da cui risulta che se la donna non avesse manifestato chiaramente il proprio dissenso in relazione all'azione processuale intentata dal padre per richiedere la dote, la si riteneva consenziente. Secondo il rescritto sembra quindi possibile presumere il consenso della donna. Bisogna però notare che questo rescritto trovava la sua applicazione nel caso in cui *pater familias* richiedesse la restituzione della dote e quindi agisse in favore alla donna. Quest'opinione è stata espressa da J. URBANIK nel *Il divorzio nel diritto romano e nella pratica giuridica dell'Egitto romano* (tesi di dottorato non pubblicata, Warszawa 2002).

²⁸ S. DI PAOLA, «*Leges perfectae*», [in:] *Syntelexia V. Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, p. 1094, n. 61.

²⁹ *D. 41.1.62 (Paul. 2 manual.):* «Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, ... nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur.» Cfr. anche *D. 29.1.16 (Paul. 43 ed.):* «Dotalem fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Iuliam.»

Ulpiano si riferisce alla risposta data da Scaevola, in cui quest'ultimo analizzava il caso del marito che avendo istituito erede la propria moglie, aveva invece disposto del fondo dotale nel legato a favore di una terza persona. Le parole usate «pars ex eo vindicari possit» indicano che si trattava del legato *per vindicationem*, il sololegato dove il legatario poteva chiedere il bene attribuito tramite la *rei vindicatio*. Il problema analizzato da questo giurista riguardava la validità di tale legato, non dal punto di vista della *lex Iulia de fundo dotali*, ma in relazione alla questione se il valore del rimanente patrimonio ereditario sarebbe stato sufficiente a soddisfare l'eventuale pretesa della moglie concernente la restituzione della sua dote.

L'accettazione dell'eredità da parte della moglie istituita erede, corrispondeva implicitamente al suo consenso in relazione a tutte le disposizioni *mortis causa* presenti nel testamento, inclusa l'alienazione del fondo dotale tramite legato.³⁰ La rinuncia all'eredità invece, annullava il testamento (in questo caso non si menzionano i sostituti) consentendo alla stessa di poter agire contro gli eredi legali del marito con l'*actio rei uxoriae*.³¹

La *lex Iulia de fundo dotali* conferma quindi in riferimento ai fondi dotali, lo status particolare del patrimonio dotale, rispetto al quale la moglie aveva un diritto particolare. Anche se in virtù della legge, i fondi dotali costituivano la proprietà del marito, la facoltà di alienarli era condizionata dal consenso muliebre. Tale consenso era necessario per effettuare lo *ius disponendi* spettante al marito in riferimento al patrimonio dotale. In questo contesto resta aperta la questione sul perché le fonti non assegnino analogo valore al consenso della moglie in relazione alla costituzione del diritto reale sul fondo dotale.



³⁰ Così, K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Giessen 1870, p. 201, n. 3.

³¹ La parte successiva del testo di Ulpiano analizza il caso in cui la restante eredità non fosse sufficiente per soddisfare le pretese avanzate della moglie. L'interpretazione di questo testo è controversa, a tal riguardo cfr. Agnieszka STĘPKOWSKA, «Zakaz alienacji gruntów posagowych w rzymskim prawie klasycznym» [Il divieto dell'alienazione dei fondi dotali nel diritto romano classico], *Czasopismo Prawno-Historyczne* 2 (2007), pp. 21-43.

III. OBLIGATIO

1) *Le fonti in materia*

Le fonti citate nella parte introduttiva del presente articolo, concernenti il divieto di sottoporre i fondi dotali ai diritti reali sono contenute nella codificazione giustiniana. Il primo testo dal titolo del Digesto *de fundo dotali* proviene dal commentario di Gaio all'editto provinciale. I due seguenti testi provengono dal periodo giustiniano: dalla costituzione di Giustiniano dell'anno 530 d.C., (*Cf.* 5.13.1.15) e delle *Istituzioni* (*Iust.* 2.8 *pr.*).

Il testo di Gaio riguarda la garanzia reale del credito (così bisogna interpretare la locuzione *obligatio rei*),³² mentre la costituzione e le Istituzioni si riferiscono all'ipoteca. Nelle fonti il termine *fundus obligatus* viene utilizzato per indicare la garanzia reale del credito.³³ Il verbo *obligare* veniva utilizzato sia in riferimento alla costituzione del *pignus* che a quella della *hypotheca*. Nel diritto classico tutti e due i termini avevano in sostanza lo stesso significato, anche se col tempo il termine *hypotheca* iniziò ad essere utilizzato in particolar modo per indicare la garanzia gravante sul fondo.³⁴ L'uguaglianza dei due termini trova conferma nei testi contenuti

³² Cfr. A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, pp. 67-69 and 166 in relazione al testo del *D.* 23.4.5 anche a p. 140. Sull'analisi del significato del termine *obligare* cfr. H. HEUMANN & E. SECKEL, *s.v.* «obligare», [in:] *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958 (10a ed.), p. 380. In materia cfr. anche: W. OKĘCKI, *Prawo rodzinne u Rzymian. Część pierwsza. Prawo małżeńskie* [Il diritto familiare presso i Romani. Parte prima: diritto matrimoniale], Warszawa 1866, p. 209; K. CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego* [Istituzioni di diritto romano], Warszawa 1922, p. 324.

³³ Cfr. *D.* 19.1.52 *pr.* (Scaev. 7 *dig.*): «Creditor fundum sibi obligatum ... vendidit ...»; cfr. anche *D.* 16.1.28.1; *D.* 18.1.41 *pr.*

³⁴ Cfr. R. W. LEAGE, *Roman Private Law founded on the Institutes of Gaius and Iustinian*, London 1961 (3 ed.), p. 225. La questione terminologica è stata definitivamente risolta solo con Giustiniano che ha riservato il termine *pignus* al pegno con il possesso e il termine *hypotheca* al pegno senza possesso. Cfr. Iwona SZPRINGER, 'Kształtowanie się zastawu bezwarunkowego kolejnego wierzyciela w prawie rzymskim' [Evoluzione del pegno non condizionato nel diritto romano], [in:] A. DĘBIŃSKI & Monika WÓJCIK (ed.), *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce* [La romanistica giuridica contemporanea in Polonia], Lublin 2004, p. 269; EADEM, *Pierwszeństwo zastawów w prawie rzymskim* [Privilegio pignoratizio nel diritto romano], Lublin 2006, pp. 12-13.

nel libro 20 del Digesto, i cui titoli mettono sullo stesso piano questi due tipi di garanzia reale.³⁵ In virtù di questo, anche se Gaio scriveva dell'*obligare*, mentre Giustiniano della *hypotheca*, non ci sono discrepanze tra queste fonti.

Prima d'analizzare la questione dell'inefficacia del consenso muliebre rispetto alla costituzione della garanzia reale sul bene immobile, bisogna analizzare più dettagliatamente l'esistenza stessa del divieto di costituire la garanzia reale sui fondi dotali nella *lex Iulia de fundo dotali*.

2) La fonte del divieto

Le fonti che trattano del divieto della costituzione delle garanzie reali sui fondi dotali fanno risalire tale divieto alla *lex Iulia*. Ciò nonostante il testo di Gaio è, l'unico antecedente alla riforma Giustiniana dell'anno 530 AC, dove parlando delle provisions della legge augustea si menziona accanto al divieto dell'alienazione anche il divieto di sottoporre il fondo ai diritti reali («... ne id marito liceat obligare aut alienare»). Altri cinque testi provenienti dal Digesto che contengono informazioni sul contenuto della *lex Iulia*,³⁶ non parlano di quest'ultimo divieto e si limitano al divieto dell'alienazione. In questo contesto, particolare attenzione meritano i frammenti 62 e 63 del secondo commentario delle *Institutiones* di Gaio.

Gai. 2.62–63: Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad prouincialia pertineat, dubitatur..

a) Gaio menziona il divieto contenuto nella *lex Iulia* in relazione ai limiti delle facoltà dispositive del proprietario in relazione al proprio

³⁵ La stessa terminologia la ritroviamo in altri libri del Digesto, ad es. *D.* 42.6.1.3 (Ulp. 64 *ed.*): «Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede iure pignoris vel hypothecae ...».

³⁶ *D.* 23.5.2; *D.* 23.5.11; *D.* 23.5.13; *D.* 23.5.16 e *D.* 41.1.62.

patrimonio. Il giurista riteneva che nonostante l'acquisto da parte del marito della proprietà *ex iure Quiritium* della dote, questo non poteva disporre di fondi dotali senza il consenso della moglie (*invita muliere*). In questo testo Gaio non menziona il divieto di sottoporre tali fondi a garanzie reali.

Cercando gli altri testi corrispondenti al testo del commentario di Gaio all'editto provinciale (D. 23.5.4), conviene analizzare i sei testi del Digesto in cui appare la parola *pignus* in contesto del fondo dotale. Nessuno di questi testi autorizza comunque a sostenere che la *lex Iulia* proibisse al marito di costituire la garanzia reale sui fondi dotali. In uno di questi, il *pignus* costituiva la garanzia della richiesta della moglie della restituzione della dote (D. 24.1.7.6), mentre gli altri trattano il caso del fondo ipotecato ancora prima della costituzione della dote.³⁷ La seconda fattispecie è trattata anche nei *Fragmenta Vaticana* e in una delle costituzioni imperiali.³⁸

Riassumendo, tranne il testo del commentario di Gaio all'editto provinciale, non ci sono altre fonti che potrebbero confermare l'esistenza del divieto di sottoporre a garanzie reali i fondi dotali. Per questo si può ritenere che la *lex Iulia de fundo dotali* non regolasse questa materia, altrimenti sarebbe difficile spiegare perché tale divieto non sia menzionato negli altri testi conservati nel Digesto (almeno qualche traccia dovrebbe risultare nel terzo titolo del libro 23 del Digesto: «Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt»).

b) Per quanto detto sopra, si può affermare che la legge Giulia non conteneva il divieto di costituire garanzie reali sopra i fondi dotali. Per questo bisogna ricercare un'altra fonte di tale divieto nel diritto classico, oppure contestare proprio l'esistenza di questo divieto nel diritto roma-

³⁷ D. 20.4.9.3; D. 20.4.19; D. 20.6.11 pr-I; D. 24.3.49.1.

³⁸ FVat. 94; Cj. 2.3.11 (= Cj. 4.47.1).

³⁹ Questa aspettativa è giustificata in quanto, tranne i testi di Marciano provenienti dal suo *liber singularis ad formulam hypothecariam* (*lex prima*) e i singoli frammenti delle *quaestiones*, dei *responsa* e delle sentenze di Paolo (*leges* 3-5), la seconda *lex* di questo titolo è il testo di Gaio, estratto, così come il testo introduttivo di Marciano dall'unico libro dedicato alla *formula hypothecaria*.

no classico, ritenendo la sua presenza il frutto dell'intervento creativo da parte dei compilatori giustiniane.

In letteratura si può trovare la tesi secondo cui il divieto d'ipotecare i fondi dotali corrispondeva ad un qualche riflesso del divieto di fornire garanzie personali da parte delle donne (*intercessio*) introdotto dal *sc. Velleianum*.⁴⁰ Comunque sia l'analisi dei testi concernenti questo *senatus consultum* non permette di ritrovare un qualche *iunctim* con la *lex Iulia*. *Sc. Velleianum* che riguardava le garanzie personali fornite dalla donna, mentre il proprietario del patrimonio dotale rimaneva sempre il marito, per cui le provisions del *senatus consultum* non si applicavano a quest'ultimo. La questione stessa della *intercessio* sarà difatti connessa col divieto introdotto nella *lex Iulia* solo nei tempi di Giustiniano. Sembra che legare il divieto di sottoporre i fondi dotali a garanzie reali col divieto d'intercessione – nel caso – sarebbe potuto apparire solo nel periodo postclassico, quando da un punto di vista sociale diviene evidente una forte tendenza a trattare la dote come patrimonio appartenente alla donna.⁴¹ Solo in un tal contesto, sottoporre il patrimonio dotale a garanzia per il debito del marito poteva essere trattato come garanzia fornita dalla donna in riferimento al debito del proprio coniuge. In riferimento al diritto classico però, tale ragionamento è privo di fondamenti. Tutto ciò rende ancora più probabile l'ipotesi che il divieto d'ipotecare i fondi dotali fosse stato introdotto solo da Giustiniano e non esistesse nel diritto classico.⁴² Di questo divieto non

⁴⁰ Così P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1918 (7 ed.), pp. 971–972; E. VOLTERRA, *Istituzioni...*, cit. p. 690, n. 3; BONFANTE, *Corso di diritto romano* (cit. n. 1), p. 450.

⁴¹ Cfr. R. SÖHM, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig 1889 (4^a ed.), p. 353; K. GENIUS, «Vorsorge für die geschiedene Ehefrau nach römischen Recht? – Überlegungen zur Funktion der *dos*», [in:] H. HÜBNER, E. KLINGMÜLLER & A. WACKE (ed.), *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln 1975, pp. 50–51; P. JÖRS, W. KUNKEL & L. WENGER, *Römisches Recht*, Berlin et al. 1987 (4^a ed.), p. 408; A. F. BARREIRO & J. PARRICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid 1991, p. 176.

⁴² La questione separata riguarda l'utilità del pegno e/o dell'ipoteca costituiti sui fondi dotali. Tale garanzia sarebbe stata poco utile in presenza del divieto d'alienazione dei fondi dotali che avrebbe impedito la realizzazione della garanzia. L'impossibilità di realizzare tale garanzia non avrebbe avuto però il carattere assoluto, in quanto il divieto dell'alienazione veniva tolto quando il fondo perdeva la sua qualifica di fondo dotale. Perciò, non si può negare in assoluto la validità di tale garanzia.

vi è cenno perfino nelle *Pauli Sententiae*,⁴³ e ciò è senza dubbio molto significativo dato che questa raccolta proviene dal periodo successivo⁴⁴ e quindi dovrebbe contenere almeno qualche traccia della successiva interpretazione del divieto.

Bisogna allora porsi la domanda: è lecita la tesi, secondo cui il testo del D. 23.5.4) fu interpolato dai compilatori giustinianeî attraverso l'inserimento delle parole «obligare aut» davanti al verbo «alienare»? Tale sospetto non è stato in sostanza fin'ora formulato in letteratura.⁴⁵ Di primaria importanza rimane il fatto, che mancano le fonti che dovrebbero confermare la tesi sulla libera amministrazione del marito rispetto al sottoporre i fondi dotali alle garanzie reali (il pegno o l'ipoteca).

c) Bisogna segnalare che è lecito presumere che anche se il divieto d'ipotecare i fondi dotali non fu formulato dalla legge stessa, questo non esclude la possibilità che sia stato introdotto attraverso interpretazioni della *lex Giulia*, dai giuristi del periodo classico.⁴⁶ A questo punto allora conviene analizzare dettagliatamente la parte successiva del discorso di Gaio nelle sue Istituzioni. Il giurista, continuando l'analisi dei casi in cui il proprietario non poteva disporre di propri beni, passa all'analisi delle situazioni contrarie, dove, secondo legge era possibile disporre della cosa di cui non si era proprietari e utilizza come esempio l'oggetto del pegno:

Gai. 2.64: ... item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

⁴³ *PSent.* 2.21b.2: «Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet».

⁴⁴ Cfr. W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Weimar 1964 (4^a ed.), p. 130.

⁴⁵ L'unico autore che riteneva le parole «obligare aut» frutto d'interpolazione era Charles DEMANGEAT nel diciannovesimo secolo. La sua argomentazione però si basava sul presupposto che nei tempi di Augusto non si conoscesse né la costruzione dell'*pignus* né dell'*ipoteca*, e per questo non può essere condivisa. Cfr. DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal* (cit. n. 1), pp. 210-214.

⁴⁶ Cfr. F. PRINGSHEIM, recensione a 'P. NOAILLES, *Linalienabilité dotale et la Nouvelle 61*, Paris 1919', *ZRG RA* 44 (1924), p. 556. Così anche M. LAURIA, *Matrimonio – dote in diritto romano*, Napoli 1952, p. 151; LEAGE, *Roman Private Law* (cit. n. 38), p. 110.

Secondo Gaio, il creditore pignoratizio sulla base del patto stipulato con il proprietario, poteva vendere l'oggetto del pegno. Nello stesso tempo indicava che l'esistenza di tale patto era presunta. Alla stessa conclusione porta l'analisi del testo di Ulpiano trovantesi nel titolo del Digesto *De pigneraticia actione vel contra*:⁴⁷ anche questo giurista conferma la facoltà del creditore pignoratizio di vendere l'oggetto del pegno in mancanza di un qualche patto specifico in materia.

Entrambi i testi testimoniano l'evoluzione dell'approccio all'istituzione del pegno. Già nel periodo tardo-repubblicano veniva normalmente consentito al creditore pignoratizio, la vendita del pegno per soddisfare le sue pretese nei confronti del proprietario della cosa ipotecata. Nei tempi di Severi tale autorizzazione diventa, l'elemento naturale del contratto di pegno (usando la terminologia moderna, il suo *naturale negotii*).⁴⁸

Alla luce di queste constatazioni diventa ovvio che l'evoluzione dell'approccio al pegno, da parte della giurisprudenza romana, dovette influenzare l'interpretazione del divieto di disporre dei fondi dotali, proveniente dalla *lex Iulia*. Se la costituzione del pegno, sopra tali immobili, portava all'autorizzazione del creditore pignoratizio alla loro vendita, il divieto di alienare i fondi dotali doveva equivalere al divieto di costituire le garanzie reali. L'accettazione da parte degli *iuris prudentes* romani dell'idea, secondo cui, il creditore pignoratizio poteva sotto certe condizioni vendere l'oggetto del pegno, portava ad applicare nel caso di costituzione della garanzia reale sul fondo dotale, il divieto introdotto dalla *lex Iulia* in relazione all'alienazione di un fondo dotale.

⁴⁷ D. 13.7.4 (Ulp. 41 *Sab.*): «Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit».

⁴⁸ Quest'evoluzione è stata descritta da R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1992, pp. 224–225, con il riferimento alla letteratura in cui veniva discussa dettagliatamente tale questione. Cfr. anche BISCARDI, *La dottrina romana* (cit. n. 36), p. 139.

3) *Il consenso muliebre rispetto alla obligatio fundi dotalis*

a) Come ho accennato sopra, il testo del commentario di Gaio rappresenta l'unica testimonianza pre-giustiniana dell'esistenza del divieto di costituire garanzie reali su fondi dotali. In questo testo non è analizzata la problematica del consenso della moglie, la cui assenza poteva rendere inefficace tale divieto. Secondo Giustiniano, il divieto rispetto alla costituzione delle garanzie reali doveva avere carattere assoluto, in quanto la legge augustea proibiva l'alienazione dei fondi dotali senza il consenso della moglie. I frammenti provenienti dalle Istituzioni e dal Codice giustiniano sono concordi a tal riguardo, in quanto nelle Istituzioni viene riferito il contenuto della legge Giulia in modo idoneo rispetto alla relazione proveniente dalla costituzione dal 530 a.C., con argomentazioni a favore degli emendamenti introdotti dall'imperatore Giustiniano rispetto al diritto preesistente.

Per comprendere meglio questa relazione conviene analizzare più dettagliatamente il testo delle Istituzioni. Questo, inizia con la frase proveniente dal testo delle *Istituzioni* gaiane (Gai. 2.63: «Nam dotale ... ei datum»). L'unico possibile intervento da parte dei compilatori giustiniani può essere connesso con la loro tendenza ad eliminare dai testi classici dei termini, in questo caso *mancipatio* e *in iure cessio*. Gaio parla esclusivamente del divieto d'alienazione dei fondi dotali. Un'ulteriore riferimento alla *lex Iulia*, in cui di nuovo viene riferito il suo contenuto, proviene già da Giustiniano. L'imperatore si riferiva alla propria costituzione dello anno 530 AC, in cui per la prima volta rimandava alla legge Giulia in relazione al divieto d'ipotecare i fondi dotali nonostante il consenso della moglie (Cf. 5.13.1.15).

Le uniche fonti che potrebbero testimoniare l'esistenza dell'assoluto divieto di ipotecare i fondi dotali provengono dal solo Giustiniano che menziona questo divieto in riferimento alle modifiche da lui introdotte in quanto legislatore. Questo costituisce l'indizio evidente del fatto, che il carattere assoluto di tale divieto dipendesse dall'intervento di Giustiniano e trova conferma nel silenzio in materia, delle postclassiche *Pauli Sententiae*. Anche nella dottrina romanistica sia il Digesto che il Codice non confermano la relazione di Giustiniano⁴⁹ e quindi si può ritenere che il

⁴⁹ Cfr. P. E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, p. 180.

divieto assoluto di sottoporre i fondi dotali alle garanzie reali sia stato introdotto solo con Giustiniano.⁵⁰

In questo contesto, le informazioni concernenti il divieto d'ipotecare i fondi dotali come divieto risalente alla *lex Iulia*, possono essere trattate come strumenti retorici che consentivano al legislatore, l'imperatore Giustiniano, di giustificare le riforme introdotte con il mito del «vecchio» e «buon» diritto.⁵¹ In quest'ottica, il riferimento alla *lex Iulia* nella costituzione dal 530 a.C., poteva servire a dare l'impressione che il cambiamento sostanziale, consistente nell'attribuire un carattere assoluto al divieto d'alienazione, non fosse altro che una piccola modifica perfettamente concorde con la linea legislativa inaugurata in precedenza da Augusto, mentre in realtà non era così.

b) Nonostante i dubbi sollevati sopra, sembra comunque che la relazione di Giustiniano concernente il divieto assoluto d'ipotecare i fondi dotali, possa essere fatta risalire al diritto classico, anche se la legge stessa non conteneva regolazioni in materia.

Infatti, se interpretiamo le parole di Giustiniano «*hypothecam autem nec si mulier consentiebat*» non come concernenti il divieto assoluto di sottoporre i fondi dotali a garanzie reali, ma come conferma del valore giuridico del consenso della moglie in riferimento alla costituzione di tale garanzia, possiamo ammettere che la dichiarazione di Giustiniano facesse riferimento all'evoluzione dell'interpretazione della *lex Iulia*. Se il divieto introdotto da questa legge, fosse stato esteso alla costituzione della garanzia reale in funzione del riconoscimento come elemento naturale del pegno, il consenso per l'eventuale vendita dell'oggetto del *pignus*, questo doveva necessariamente avere determinate ripercussioni nell'interpretazione della legge augustea.

⁵⁰ Cfr. NOAILLES, *L'inaliénabilité* (cit. n. 46), p. 57. Bisogna comunque notare che anche nella letteratura moderna si possono riscontrare le interpretazioni che condividono la versione fornita dai giuristi giustiniani. Cfr. F. J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid 1997, p. 229.

⁵¹ La pratica dell'imperatore Giustiniano di rivolgersi a presunte, ma in verità non-esistenti, norme del diritto classico è descritta da D. MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Köln – Graz 1957, p. 67.

Se ammettessimo che il divieto di costituire le garanzie reali sui fondi dotali potesse essere aggirato tramite il consenso dato dalla moglie ai fini dell'ipoteca, il marito avrebbe potuto ottenere tale consenso anche in una situazione in cui la moglie non fosse stata cosciente del fatto che tale consenso includeva anche la possibilità dell'eventuale vendita del fondo dotale e questo probabilmente non poteva corrispondere al suo reale volere. In tal modo la facoltà di sottoporre i fondi dotali a garanzie reali avrebbe consentito di aggirare la legge Giulia. In quest'ottica è giustificata l'interpretazione che nega l'efficacia giuridica del consenso della moglie rispetto all'ipoteca costituita sul fondo dotale. In tal contesto la dichiarazione di Giustiniano «*hypothecam autem nec si mulier consentiebat*» può essere interpretata come riferimento al diritto classico, che come sembra, negava l'efficacia del consenso muliebre nell'ambito della costituzione del diritto reale sul fondo dotale. È lecito ritenere che l'imperatore, parlando dell'assoluto divieto d'ipotecare i fondi dotali, si rivolgesse alla giurisprudenza classica. Ciò non cambia però il fatto, che la costituzione di una garanzia reale valida, dovesse essere possibile in caso di un consenso valido della donna rispetto all'alienazione del fondo.



VI. RIASSUNTO

Il divieto formulato nella *lex Iulia de fundo dotali* condizionava la possibilità di alienare il fondo dotale dal consenso esplicito della moglie. Il divieto rimaneva in vigore fino a quando il fondo *dotis causa* non ritornava al patrimonio della donna e riguardava sia la sfera dello *ius civile* che lo *ius honorarium*. Questo durava non solo per tutto il periodo del matrimonio, ma rimaneva valido anche dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale fino all'effettuazione dei calcoli patrimoniali tra gli ex-coniugi (oppure fino alla chiusura del procedimento ereditario per avvenuta morte del coniuge). Similarmente, il divieto poteva essere valido ancora prima della conclusione del matrimonio, se il marito avesse acquistato la proprietà

del fondo *dotis causa* prima delle nozze. Alle origini il divieto riguardava i soli fondi italici ma col tempo venne esteso anche ai fondi provinciali.

La legge Giulia probabilmente non conteneva provvedimenti concernenti la costituzione delle garanzie reali sui fondi dotali. Solo grazie allo sviluppo del concetto della garanzia reale e grazie al riconoscimento come l'elemento naturale del pegno del *pactum de vendendo*, il divieto della legge Giulia fu esteso anche all'atto d'ipotecare il fondo dotale. Tale interpretazione estensiva di questo divieto non costituiva un'arbitraria decisione dei giuristi ma fu conseguenza logica dello sviluppo del diritto che tendeva a conservare l'originale *ratio* della legge che impediva l'alienazione dei fondi dotali in assenza del consenso muliebre. In verità la giurisprudenza romana non ha introdotto un nuovo divieto accanto a quello esistente nella *lex Iulia*. L'estensione del divieto ai casi d'ipoteca del fondo dotale serviva solo a garantire la piena efficacia del divieto originale.

Per gli stessi motivi, il consenso rispetto alla costituzione della garanzia reale sul fondo dotale non aveva la stessa efficacia del consenso nei casi dell'alienazione. In riferimento alla natura stessa della garanzia reale, solo il consenso all'alienazione poteva condizionare la validità dell'atto dispositivo e della costituzione della garanzia reale. Il consenso concernente solo la costituzione della garanzia reale rimaneva quindi inefficace.

Agnieszka Stępkowska

Cattedra di Diritto Romano e Antico
Istituto di Storia del Diritto
Facoltà di giurisprudenza e Amministrazione
Università di Varsavia
Krakowskie Przedmieście 26/28
00-927 Varsavia 64
POLONIA
e-mail: astepkowska@wpia.uw.edu.pl