FEDERICO GLÜCK

# COMMENTARIO
# ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

*già sotto la direzione di*

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

## LIBRO XXV

*Tradotto ed annotato*

dal Prof. L. GIANNANTONI

E

dall'Avv. G. BAVIERA

Giudice al Tribunale di Roma

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

*Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis, 54-55*

1907

Lodi, 1907 — Società Tipografica succ. Ennio Wilmant

# LIBRO XXV

## TITOLO I.*

## De impensis in res dotales factis.

### § 1280.

*Mezzi di difesa in genere di cui il convenuto può valersi contro l'azione di restituzione di dote. Come si possa essere esonerati dallo adempimento delle obbligazioni assunte per questo titolo.*

All'azione per la restituzione della dote possono talora essere opposte alcune eccezioni, in forza delle quali il marito o chi per lui è obbligato a restituire cotesta dote, è autorizzato a dedurre dalla somma o a ritenere presso di sè qualche cosa o per lo meno ad intentare un'azione contraria [1]).

Uno dei casi più importanti in cui tali mezzi di difesa sogliono accordarsi è appunto quello del quale si occupa il presente titolo, il rifacimento cioè delle spese sostenute a causa della dote; ma non è questo il solo caso.

I testi ci fanno parola anche di altre eccezioni di questo genere. Tale è il diritto che ha il marito ad essere liberato dagli obblighi assunti per la dote [2]) e PAOLO nel lib. V *ad Plautium* [3]) ce ne porge il seguente esempio: « Cum mulier de dotis repetitione

---

[1]) V. VALETT, *Diss. de retentionibus ex dote faciendis*. Goettingae 1820, 8. — VON WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, 3. B. § 49.

[2]) V. VOET, *Commentar. ad Pand.*, tom. II, *h. t.* § 22.

[3]) L. 55 Dig. *Soluto matrimonio*.

---

* Tradotto e annotato dal Prof. L. GIANNANTONI.

post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, *qui aedium nomine damni infecti cavit,* si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat ».

Il marito aveva prestato la *cautio damni infecti* [4]) per un edificio che minacciava di rovinare e che formava parte della dote. Questa cauzione non si estingue coll'estinguersi del rapporto matrimoniale, ma il marito è tenuto ancora all'adempimento di questa obbligazione [5]). La moglie pertanto deve garantirgli il rifacimento dei danni, nel caso che esso dopo lo scioglimento del matrimonio fosse convenuto con la *stipulatio damni infecti;* e fino a tanto che la moglie non lo abbia liberato da siffatto rischio, il marito non può essere costretto a restituire la dote.

## § 1281.

*Rifacimento delle spese. Vari generi di spese e loro giuridiche conseguenze. Spese necessarie. Significato da darsi alla regola* « Impensae necessariae dotem minuunt ipso jure ».

In questo titolo si svolgono principalmente le norme relative al rifacimento delle spese che il marito ha sostenuto per causa della dote [6]). Le spese di tal genere si comprendono qui sotto il titolo di *impensæ* in senso più ristretto di quello che ha la parola *expensæ*, « Ausgaben » [7]), quantunque alle volte veggansi

---

[4]) L. 19 § 1, L. 24 § 2 Dig. *de damno infecto.*

[5]) Arg. L. 40 § 3 Dig. *de heredit. petit.*, L. 19 Dig. *de rei vindicat.* V. Duarenus ad L. 55 Dig. *h. t.* (Oper. pag. 290).

[6]) Gli scritti principali sono: Donellus, *Commentarii de jure civ.*, lib. XIV, cap. 8 § 4 e segg. (Tom. VIII, pag. 237-241 edit. Norimberg. 1825-8). Masius, *Singularium opinion. juris libri duo* (Lovan. 1641, 4, Lib. II, cap. 9. Majansius, *Disputat. de impensis in res dotales factis*: in Eius *Disputation. juris civilis*, Tom. I, Lugd. Batav. 1752, 4, Disp. XXVIII, p. 423-437. Bestius, *Disp. exhibens conjecturas quasdam ex jure civili* Trajecti ad Rhen. 1704, Cap. I. *Quid sibi velit illud vulgatum, impensas necessarias dotem ipso jure minuere* (in *Ger.* Oelrichs, *Thes. Dissertation. juridicar. select. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I, Tom. I, p. 197-205 e Valett « Delle spese fatte sulla dote » nelle sue « Dissertazioni pratico-teoriche nel campo del diritto privato romano », 1 opuscolo, Götting. 1824, in-8, 1 Abh.

[7]) Comunemente si suol vedere la differenza fra *impensæ* ed *expensæ*

adoperati indifferentemente i vocaboli *impensæ* ed *expensæ* come sinonimi [8]).

Tali spese possono avvantaggiare la cosa fisicamente o giuridicamente; possono ad es. essersi fatte delle spese di procedura le quali abbiano appunto per effetto o di far riconoscere qualche diritto a profitto *del patrimonio dotale* oppure di far negare delle pretese giuridiche ad esso dannose, *impensæ in rem ipsam factæ* [9]); viceversa può darsi che coteste spese sien fatte solo per conseguire un aumento nei frutti, *impensæ quærendorum fructuum causa factæ* [10]). Siffatta distinzione ha grande importanza allorchè si tratti di decidere in quale misura abbia diritto il marito ad essere indennizzato delle spese. A questa medesima distinzione sembrano riferirsi le parole di ULPIANO, L. 5 pr. Dig. h. t., tolte dal libro XXXVI *ad Sabinum*: « Hoc de his impensis dictum est, quæ *in dotem ipsam* factæ sunt [a]): ceterum, si extrinsecus, non imminuent dotem ».

---

in ciò, che le prime sono una spesa fatta sulla cosa stessa, mentre le ultime rappresentano una spesa fatta in vista di quella. V. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, 1. Th. § 266. — SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht* § 207, nonchè von WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, 1 B. § 122. Ma si vegga pure NETTELBLADT, *Syst. elem. jurisprud. positivæ Germanor. commun. gen.* § 44 e VALETT, scritto cit. § 1.

[8]) L. 12 pr. C. *de petit. hered.* (III, 31); L. un. § 5, C. *de rei ux. act.*

[9]) L. 1-15 D. h. t., L. 7 § 16 in fin. D. *Soluto matrimonio.*

[10]) L. 16 D. h. t.; L. 7 § 16 D. *Soluto matrimonio.*

---

*a*) Il concetto fondamentale adunque cui si ispira la giurisprudenza classica è precisamente questo: Perchè le spese fatte sul patrimonio dotale possano considerarsi come vere e proprie *impensæ necessariæ*, è indispensabile che esse concernano la sostanza della dote che il marito ha appunto lo stretto obbligo di conservare integra. Tale principio noi vediamo semplicemente e chiaramente enunciato da ULPIANO (L. 1 Dig. *h. t.*, lib. XXXVI *ad Sabinum*) con due sole frasi, le quali però racchiudono in sè stesse tutto quanto il contenuto della norma giuridica: « Necessariæ hæc [impensæ] dicuntur quæ habent in se necessitatem impedendi; si in dotem factæ non sint, non habent in se reputationem ».

Fa quindi seguito una lunga enumerazione di casi pratici, che ha per solo scopo però quello di chiarire meglio il concetto generale e nulla più. Se gl'interpreti del diritto romano senza perdersi, come il più delle volte purtroppo hanno fatto, in lunghe disquisizioni, e senza affaticarsi inutilmente nella ricerca di criteri inflessibili ed assoluti per classificare le varie categorie di spese e soprattutto per distinguere le *impensæ necessariæ* dalle *utiles*, si fossero attenuti

La Glossa spiega il significato di queste parole con quello della L. 3 Dig. *eodem*, la quale è stata tolta dallo stesso libro di Ul-

---

in modo puro e semplice al testo ulpianeo, molte e gravi difficoltà sarebbero state presto tolte di mezzo in questa intricata materia. Le parole « *necessariæ impensæ dicuntur quæ habent in se necessitatem impedendi* », che il Riccobono splendidamente spiega ed illustra confutando l'opinione del Petrazycki, anzichè contenere un circolo vizioso stanno in modo stupendo a spiegare tutta la teoria nel suo insieme delle *impensæ necessariæ* in genere e delle *impensæ necessariæ in dotem factæ* in ispecie (V. *Arch. Giur.*, vol. 58, pagg. 61-92).

Ci sembra evidente pertanto che su due punti fondamentali debbasi fermare la nostra attenzione, se vogliamo fedelmente interpretare lo spirito del diritto romano. Uno di questi due lati e che ci fornisce appunto l'estremo principale, è costituito dal carattere di *relatività* che debbono sempre avere le spese; dunque non separazioni nette e recise, come osserva lo stesso Riccobono (op. cit.), ma decisioni diverse a seconda dei varî casi pratici; quella che nel caso A deve essere considerata come un'*impensa necessaria*, addiverrà un'*impensa utilis tantum* nel caso B e viceversa (L. 15 Dig. h. t.).

A questo primo criterio che è naturalmente il *subbiettivo* va congiunto l'altro che noi poniamo in seconda linea e che diciamo *obbiettivo*, appunto perchè concerne il resultato della spesa in quanto ci riferiamo alla cosa in sè, alla *substantia rei*. Ora, relativamente a ciò, si richiederà, come è naturale, che anzitutto la cosa, in forza di queste spese che il marito tende a far riconoscere come necessarie, abbia potuto non solo continuare a sussistere, ma abbia altresì conservato tutte le qualità che la facevano idonea a rendere quei servigi, a procurare quei vantaggi economici che sono conformi alla sua naturale destinazione.

Per conseguenza, sempre accogliendo il concetto della relatività, è opportuno pure distinguere in base ai testi (L. 1 in f., LL. 2, 3, 4, 14 pr. e 15 Dig. *h. t.*), se si tratti di semplici *riparazioni* (p. es. *ædificium ruens reficere, oliveta rejecta restaurare*), oppure di lavori in parte o in tutto nuovi (*moles in mare vel flumen proijcere, pistrinum vel horreum facere, vites propagare, seminaria facere*, ecc.); in ambedue i casi, è evidente, noi siamo in tema di *impensæ necessariæ*, e se il marito, come afferma Ulpiano, abbia fatto eseguire dei lavori di tal genere, sempre *necessarias impensas fecisse videbitur*.

Però mentre fin qui tutto è chiaro, una questione piuttosto grave e che sino ad ora è stata forse in gran parte trascurata, ci pare esser precisamente questa: Dovrà o no farsi qualche distinzione (seguendo il concetto che omai abbiamo delle *impensæ necessariæ*) fra le due categorie di spese cui si è sopra accennato?

Evidentemente, secondo noi, il concetto di relatività non può e non deve logicamente assurgere in entrambi i casi allo stesso grado: quando, anzichè trattarsi, per così dire, di mere *refectiones*, trattisi di spese *ex novo factæ*, niun dubbio che unica guida debba esserci, p. es. l'agiatezza economica di colui, a favore del quale le spese si effettuarono, le sue probabili aspirazioni, in una parola tutte le note personali. Ma la questione cambia considerevolmente aspetto, allorchè chi fa delle spese si proponga come unico intento la pura e semplice conservazione della cosa in tutta l'estensione del termine.

PIANO, ed il cui paragrafo primo dice: « Nos generaliter definiemus:

---

È vero che vi è di mezzo quella famosa frase di FULCINIO riferitaci da ULPIANO (L. 1 Dig. *h. t.*), dalla quale parrebbe resultare appunto il contrario di quello che noi sosteniamo: « si [maritus] ædificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit . . . . . necessarias impensas fecisse videbitur ».

Tuttavia si deve sempre riflettere che non costituiscono certo la stessa cosa nè tampoco hanno la stessa importanza un restauro parziale qualunque (come sarebbe appunto quello cui allude FULCINIO) e l'obbligo di restaurare in tesi generale, nel qual senso con la parola *reficere* possono bene comprendersi senza distinzioni di sorta tutte quelle spese che incombono al marito, se vuol conservare nella loro interezza le cose che costituiscono l'obbietto della dote.

Nè mai la moglie potrebbe seriamente opporre che, tenuto anche conto della sua posizione economica dovevansi persino le spese di tal natura considerare per lei come non indispensabili. Imperocchè per sè stessa la conservazione della *res dotalis* deve sempre arrecare alla donna un'utilità, dal momento che quella comprende il suo patrimonio, i beni che essa portò al marito *ad onera matrimonii sustinenda;* dal canto suo poi il marito ha non solo l'obbligo ma nel tempo stesso il diritto di accingersi a quelle spese, dacchè con l'*actio rei uxoriæ* può in certe eventualità essere costretto a restituire la dote nelle identiche condizioni in cui la ricevè (V. CZYHLARZ, *Das röm. Dotal.*, § 78), a meno che il deterioramento non sia avvenuto per caso fortuito (L. 10 pr. e L. 18 Dig. XXIII, 3) o che oggetto della dote fosse una *res fungibilis,* nel qual caso egli sarebbe tenuto a rendere il *tantundem.*

Del resto tanto ciò è poco discutibile, che il marito non solo ha per regola, come è noto, il diritto ad essere indennizzato dalla moglie di tutte quelle spese che esso sostenne per impedire la totale o parziale distruzione della cosa (L. 79 pr. Dig. L. 16), ma ha lo stesso diritto altresì quando malgrado le spese fattevi per la sua conservazione, la cosa stessa tuttavia venne poi a perire per caso fortuito (L. 4 Dig. *h. t.*). (Cfr. BEKKER, (*Zeitsch. f. R. Gesch.*, III, pag. 440). Che se da ultimo anche al passo di FULCINIO non piacesse dare quel significato ristretto che noi vorremmo gli fosse attribuito, una differenza pure rilevantissima esisterebbe sempre fra le *impensæ necessariæ,* a seconda che esse appartengano alla prima o alla seconda categoria: l'onere della prova che costantemente dovrebbe spettare al marito nell'ipotesi di spese sostenute per lavori nuovi, verrebbe invece imposto alla moglie qualora essa pretendesse non essere tenuta in alcun modo per spese di restauro da lei giudicate non necessarie (Vedi BECHMANN, *Das röm. Dotal.*, § 114.

Ma se questi due estremi (*subbiettivo* e *obbiettivo*) possono essere sufficienti per darci un'idea chiara e precisa delle *impensæ necessariæ* in genere, secondo il concetto che di esse ebbero i Romani, un altro punto essenziale deve ancora essere esaminato. Qui non si tratta cioè solamente di fisssare il limite estremo al quale si può giungere in materia di spese, pur conservando a queste il carattere di *impensæ necessariæ;* si tratta inoltre di determinare se coteste spese necessarie possano o no esser considerate come tali nel senso ancora che sia lecito a colui che le sostenne pretenderne il risarcimento.

Vuolsi in altri termini che la conservazione della cosa non sia in certo modo soltanto fine a sè stessa, ma che procuri un reale ed apprezzabile vantaggio economico.

multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel [11]) ad eum, quæ non ad præsentis temporis pertineat, an vero ad præsentis anni fructum: si in præsentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad præsens tantum apta erogatio necessariis impensis computandum » [b]).

A questa medesima distinzione vuolsi pur riferire ciò che ULPIANO dice alla L. 1, § 2 Dig. *eodem*, parole tratte dalla stessa fonte: « In necessariis impensis hoc sciendum est, eas demum impensas dotem minuere, quæ *in dotem* factæ sunt: ceterum *si in dotem factae non sint* [12]), non habent in se reputationem ».

Ora se si dà uno sguardo a tutto quell'insieme di idee, come esso ci resulta dai successivi passi di ULPIANO, i quali sono stati tutti quanti tolti dallo stesso libro XXXVI *ad Sabinum* interrotti solo da alcuni frammenti di PAOLO, se ne deduce che per « impensæ *in dotem ipsam* factæ » debbono intendersi quelle fatte a profitto della sostanza della *res dotalis*, mentre sono da riguardarsi come *exstrinsecus factæ* quelle che sebbene si sian fatte per cose rela-

---

[11]) Dionys. GOTHOFREDUS, spiega la particella VEL con un *id est*, come viene intesa anche nel titolo: *Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*. Nell'istesso modo debbono leggersi ancora alcuni manoscritti.

[12]) Nei Basilici Tom. IV, Lib. XXVIII, tit. 10, Const. 1 leggesi: τὰ εἰς ἄλλο τι γενόμενα; i. e. in aliud quidpiam factae sc. impensae.

---

È per ciò che secondo PROCULO ad es. non avrebbe certo diritto ad alcun compenso quel *negotiorum gestor* che avesse speso per la conservazione della sostanza di una cosa una somma superiore a quella che è rappresentata da valore della produzione normale della cosa medesima (L. 9 (10) § 1 Dig. *De neg. gest.* III, 5). Lo stesso principio è confermato implicitamente da PAOLO in materia di dote alla L. 4 Dig. *h. t.*

Infatti, a parte il significato preciso da attribuire a questo frammento, del quale ci occuperemo tra poco, è indiscutibile intanto che PAOLO intende associare all'elemento giuridico l'elemento economico, facendo così dipendere il diritto che potrà competere al marito ad essere indennizzato delle spese fatte dal vantaggio che ne avrà risentito la moglie.

*b*) I principali testi che alla nostra questione si riferiscono sono i seguenti: Ulp. Fragm. VI, 15; L. 79 pr. Dig. L. 16; L. 1 §§ 1, 2 e 3, LL. 3, 4 e 5 pr., L. 14 pr. e L. 15 Dig. *h. t.*; L. 7 § 16 Dig. *sol. matr.* XXIV, 3; L. 61 Dig. *de r. n.* XXIII, 2; L. 5 § 2 Dig. *de pact. dot.* XXIII, 4; § 37 Inst. IV, 6; L. un. § 5 Cod. *De rei ux. act.* V, 13.

Sarà senza dubbio indispensabile studiare in modo speciale alcuni soprattutto dei passi citati per l'esame di varie questioni che dalla loro interpretazione potrebbero sorgere.

tive alla dote, non possono per altro dirsi fatte *in dotem ipsam*. Ed invero anche quelle spese che si fanno per la produzione dei frutti possono per la stessa ragione dirsi spese necessarie, qualora debbavisi ricorrere per rendere la cosa capace di procacciare quei frutti che avuto riguardo alla sua natura deve regolarmente produrre, come ci insegna NERAZIO, *lib. VI membranarum*, benchè del resto cotesta opinione venga abbandonata nella L. ult. h. t. Ma in ogni modo non sono queste spese fatte *in dotem ipsam*, qualora l'utilità che da esse deriva sia limitata al presente e non sia continua. Da tutto quanto l'insieme emerge che per *extrinsecus* deve intendersi qualche cosa che ha relazione con la stessa dote e non già qualcheduna di quelle altre cose che appartengono alla donna, ma che nel tempo stesso non fanno parte del patrimonio dotale, nel qual senso suolsi comunemente intendere la parola *extrinsecus* [13]). Imperocchè non è il nostro titolo che si occupa delle altre spese che non hanno attinenza colla dote e per conseguenza il principio « si extrinsecus, non imminuet dotem » mostra chiaramente come l'*extrinsecus* pure dovesse avere una diretta relazione con la dote. Gli altri beni della donna, i beni paraffernali, non appartengono a questa categoria. Per conseguenza i principî esposti nel nostro titolo relativamente alle *impensae in dotem factae* non si applicano ai beni paraffernali della donna; riguardo ad essi ricorrono le regole comuni alle spese in genere, come nella *rei vindicatio* [14]) e così pure nell'*actio pigneratitia* [15]). Trattandosi quindi di beni paraffernali, le spese di qualunque specie possono dar luogo a compensazione, persino le *impensæ voluptuariæ* entro certi limiti, purchè peraltro questi beni paraffernali sien pervenuti in mano del marito in seguito ad un atto giuridico capace in genere di produrre la compensazione; così non sarebbe ad es. se esso li avesse acquistati mediante un *depositum*.

---

[13]) V. Ant. SCHULTING, *Notae ad Dig. seu Paud.* a SMALLENBURG *editae notisq, auctae*. Tom. IV ad L. 1 § 2, D. h. t. e VALETT, Op. cit. § 12.

[14]) V. l'VIII parte di questo *Commentario*, § 592, pag. 301-310.

[15]) V. la XIV parte, § 866, pag. 65-67.

Ma per ritornare alla questione testè ricordata sul rifacimento delle spese sostenute per causa della dote, debbono distinguersi i casi seguenti:

I. Possono esservi delle spese fatte semplicemente per i frutti. Il marito è tenuto a compensare queste spese coi frutti che percepì dalla dote e che non sia obbligato a restituire; non ha diritto per ciò a pretendere verun compenso; ei non avrebbe questo diritto neppure se le spese da lui sostenute avessero avuto ad un tempo per scopo la conservazione della cosa medesima, come si rileva appunto dai passi seguenti:

L. 16 Dig. h. t. NERATIUS *lib.* IV *membranarum.* « Et ante omnia quæcumque impensæ *Quaerendorum fructuum causa* factæ erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariæ sint, eas vir ex suo facit: nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem ».

Che se il marito avesse anche sostenuto delle spese straordinarie in una cattiva annata per il raccolto dei frutti, perchè ad es. o le eccezionali piogge o un' invasione d' insetti od altre cause meteorologiche lo avessero costretto a fare spese oltre l' ordinario, dovrebbero esse sempre considerarsi come spese fatte per i frutti di quell'anno e non destinate quindi a procacciare un vantaggio permanente anche per l' avvenire, e come tali debbono ancora queste compensarsi coi frutti. È precisamente quanto afferma ULPIANO con le parole sopra riferite della L. 3 § 1:

« Si in præsentis (sc. anni fructum) cum fructibus hoc compensandum [16]).

---

[16]) La dizione nel MIRÄUS, « Si in *praesens* cum fructibus hoc *computandum* » non merita di essere preferita al testo fiorentino. Quest' ultima si accorda anche coi Basilici, Tom. IV, pag. 417, ove leggesi: Εἰ μὲ, πρὸς τὸν παρόντα ἐνιαυτὸν φέρεται τὸ δαπανηθὲν, καὶ τοὺς καρπὸς τοῦ ἐνιαυτοῦν ἀντιλογίζεται τοῖς καρποῖς ἡ δαπάνη — i. e. « Si quidem, quod impensum est, ad praesentem annum pertinent, et anni fructus, impensa cum fructibus compensatur ». Del resto non vi ha ragione alcuna per dovere intendere il *praesens annus* appunto per l' anno in cui il matrimonio si scioglie, come sostiene il VALETT, nell'opera citata § 8, pag. 21. Imperocchè, quantunque solo a quest'epoca possa parlarsi di eccezioni del marito, tut-

Parimenti debbono compensarsi col raccolto dei frutti anche le imposte e tutte le pubbliche gravezze che il marito è tenuto a pagare per il *fundus dotalis* e quindi neppure per questo titolo egli ha diritto ad alcun compenso. *Onus enim fructuum,* dice PAOLO al lib. VII *Brevium* [17]), *hæc impendia sunt.*

Tra le *impensae fructuum quaerendorum causa factae* debbono classificarsi non solo le spese fatte per l'aratura e per la semina ed altre di questo genere, ma eziandio le spese per l'ordinaria manutenzione degli edifici, in quanto cioè da essi si ritraggano dei frutti ed in quanto vengano destinati ad uso di magazzini e di locali addetti alla conservazione dei frutti medesimi. Ciò insegna ULPIANO in un passo tratto dal suo libro XXXI *ad Sabinum,* L. 7 § 16 D. *sol. matr.*

« Impendi autem fructuum percipiendorum causa, Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est: quodque in tutelam ædificiorum, ægrumque servum curandum: scilicet si ex ædificio, vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hæ impensæ non petentur *cum maritus fructum totum anni retinet:* quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est ».

II. Vi sono spese fatte per le cose dotali stesse. Bisogna a questo riguardo distinguere tre generi di spese, necessarie, « impensæ necessariæ », utili « utiles », di mero ornamento « voluptuariæ » [18]).

*A*) — Per ciò che concerne le spese necessarie, diremo che per tali debbono intendersi quelle che il marito fu obbligato a fare perchè indispensabili alla conservazione della cosa o per evi-

---

tavia non potrà mai dirsi che queste eccezioni non possano avere origine anche prima di quell'anno. Le fonti non chiamano mai *praesens annus* l'ultimo anno dotale. Si metta a raffronto la L. 7 D. *Soluto matrim.* con la L. un. § 9 C. *De rei ux. act.* L'impensum *in præsentis anni fructum* viene qui contrapposto ad una tale erogatio, quæ non fuit *ad præsens tempus* tantum apta sed *ad perpetuam utilitatem* agri pertinet. Se si parla dei frutti dell'ultimo anno, i quali vengono ripartiti fra i coniugi in proporzione della durata del matrimonio, il marito ne deduce le spese proporzionatamente ed il rimanente vien diviso. (L. 7 pr. D. *Soluto matrim.*).

[17]) L. 13 D. h. t.

[18]) L. 1 pr. D. h. t.

tare un'azione che potrebbe avere per effetto la condanna al pagamento degl'interessi per colpa [19]). A questo punto si riferiscono i passi seguenti:

L. 1, § 1 Dig. h. t. ULPIANUS, libro XXXVI *ad Sabinum*. « Necessariæ hæ dicuntur, quæ habent in se necessitatem impendendi: cæterum si nulla fuit necessitas, alio jure habentur ».

§ 3. « Inter *necessarias impensas* esse LABEO ait, moles in mare vel flumen projectas: sed et si *pistrinum* [20]) vel *horreum* [21]) necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait. Proinde FULCINIUS inquit, si ædificium ruens (quod habere mulieri utile erat, refecerit; aut si oliveta rejecta [22]) restauraverit vel ex stipulatione damni infecti [23]), *ne commitatur, præstiterit* [24]). »

---

[19]) V. VALETT, Op. cit., § 2-4. Von WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, 3. B. § 49.

[20]) Un molino da grano dove si faceva nel tempo stesso anche il pane. V. PITISCI, *Lexicon*, *Antiquitat. Rom.* Tom. III, voc. *Pistrinum* pag. 91.

[21]) Un magazzino. V. la parte XI, pag. 216.

[22]) L'HALOANDER, legge *defecta*. Così anche il MIRÆUS, Nic. CATHARINUS, *Observation. et conjecturar. lib.* Cap. 18 (in *Thes. jur. Rom. Otton.* Tom. 1, pag. 490) sostituisce *senecta*, i. e. senectute obsita et confecta, ciò che tuttavia respinge Ant. SCHULTING in *notis ad Dig. seu Pand.* Tom. IV ad h. L. pag. 355. BAIDOZA e MERLIN, leggono *dejecta*. Questa lezione è sostenuta dal Van BYNKERSHÖK in *nota* ad h. L. Corpus juris Gelauer, et Spangenb., e in appoggio egli cita la L. 12 pr. D. *de Usufr.* nonchè la L. 58 D. *de contr. emt.* Nondimeno egli ritiene che potrebbe leggersi anche *eiecta*. Il testo fiorentino tuttavia è sostenuto da Dionisio GOTHOFREDO, il quale crede che si tratti di oliveti divelti dalla violenza del turbine. I Basilici, Tom. IV, pag. 416, hanno soltanto ἡ ἐλαιῶνα senza aggettivo.

[23]) RUSSARD sottintende qui *nomine*. Questa parola sarebbe stata tralasciata per un grecismo. Il CONTIUS, all'incontro opina piuttosto che alla parola *præstiterit* dovrebbe intendersi come aggiunta mentalmente la parola *cautum* o *satis*. Parimente è certo che il marito, il quale ha prestato la *cautio damni infecti* per evitare la *missio in possessionem præedii dotalis* (L. 1 pr. D. *de fundo dotali*) e si è per tal modo accordato col vicino, debbe intendersi che abbia fatto *impensas necessarias*, come la Glossa ha giustamente spiegato questo passo. Nei Basilici, Tom. IV, Lib. XXVIII, tit. 10, Const. 1 leggesi: καὶ το δοῦναι τι, διὰ τὸ μὴ βεβαιωθῆναι τὴν περὶ μελλούσης συμπτώσεως ασφάλειαν, — *i. e. vel si quid dederit, ne stipulatio damni infecti committeretur*. V. anche SCHULTING, *Notæ ad Dig. seu Pand.* Tom. IV, ad h. L. pag. 355.

[24]) Di questa *cautio damni infecti* si è sopra parlato: § 1280, pag. 375.

L. 2 Dig. h. t. PAULUS, libro VII *ad Sabinum*. « Vel in valetudinem servorum impenderit ».

L. 3 h. t. ULPIANUS, lib. XXXVI *ad Sabinum*. « Vel si vites propagaverit, vel arbores curaverit, vel seminaria [25]) pro utilitate agri fecerit: necessarias impensas fecisse videbitur ».

L. 4 h. t. PAULUS, lib. XXXVI *ad edictum*. « Vel in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, *quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri*. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, *etsi res male gesta est*: non factarum, ita, *si ob id res male gesta est*. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur: si non fecerit, densta ea nihil praestabit ».

Da questo passo si desume eziandio come il marito non sia in ogni caso tenuto a rispondere dell'omissione delle spese necessarie, ma solo in quanto tale omissione ha prodotto un danno alla cosa. Tale è il significato delle parole « non factarum ita *si ob id res male gesta est* » [26]).

In questo caso solamente il marito può essere condannato a risarcire tutto quanto il danno. PAOLO chiarisce questo concetto coll'ipotesi in cui il marito avessse trascurato di restaurare un edificio che minaccia ruina e che poi venga a distruggersi a causa di incendio. In tal caso non è il marito responsabile della sua trascuranza nel restaurare l'edificio, poichè il danno non è avvenuto in seguito a questa, ma bensì a causa dell'incendio. La cosa infatti sarebbesi ugualmente incendiata quand'anche il marito l'avesse restaurata a tempo debito.

All'incontro, delle spese necessarie è rimborsato il marito

---

[25]) I Basilici, Tom. IV, pag. 417, hanno σπερματοθήκας. Così si giustifica la spiegazione della Glossa, la quale per *seminaria* intende *loca ubi frumentum ad seminandum reponitur*, quantunque si voglia interpretare in genere come semenzaj. V. Jo. Guil. HOFFMANN, *Observation. variae s. Meletemata ad Pandect.* Diss. XXII, § 9.

[26]) Nei Basilici, c. l. Const. 4, pag. 417, si dice: ἐπὶ δὲ τοῖς μὴ γενομένοις τότε καταδικάζεται ὁ ἀνὴρ ὅτε διὰ τὸ μὴ γενέσθαι τὴν δαπάνην ἡ ξημία συνέβη i. e. *ob non factas autem impensas tunc maritus condemnatur, si res uxoria deterior facta sit*. V. VOORDA, *Thes. controversar.* Decad. XIII, § 6: VALETT, Op. cit., § 3 pag. 9.

anche quando con esse senza colpa sua non avesse raggiunto quello scopo che si era proposto. Ciò viene a dirci PAOLO colle parole « etsi res male gesta est » [27]).

L. 14 h. t. ULPIANUS, lib. V *Regularum*. « Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur: veluti aggeres facere, flumina avertere, aedificia vetera fulcire, itemque reficere, arbores in locum mortuarium reponere » [28]).

L. 79 Dig. *De verbor. signif.* PAULUS, lib. VI *ad Plautium*: « Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit ».

Siccome dunque si chiamano spese necessarie quelle che si è costretti a fare per mantenere fisicamente e giuridicamente intatta la dote colle sue pertinenze, in quello stesso stato cioè in cui fu consegnata al marito; così è che a questa categoria di spese non solo appartengono quelle fatte per cose necessarie, ma eziandio quelle fatte per cose semplicemente utili. Ciò non si deduce soltanto dal citato passo di ULPIANO, L. 1 § 1 Dig. h. t., dove il giureconsulto dice: « si aedificium ruens, *quod habere mulieri utile erat*, refecerit, necessarias impensas fecisse videbitur »; anche più chiaramente lo si argomenta da quanto dice lo stesso ULPIANO in un altro luogo, lib. XXX *ad Sabinum*, dal qual passo è stata tolta la L. 7, § ult. D. *sol. matr.*

Qui è detto esplicitamente: « Plane si novam villam necessario extruxit, vel veterem totam sine culpa conlapsam restituerit, erit ejus impensae petitio [29]): simili modo et si pastina instituit [30])

---

[27]) *Basilica*, e. l., pag. 417. καὶ τὰ μὲν γενόμενα λογίζονται, κἂν ὁ οἶκος μετὰ τὸ ἀνορθωθῆναι καυθῇ. i. e. *et factae quidem reputantur, licet domus, in quam factae sunt, densta sit.*

[28]) *Fragm.* Tit. VI, *de dotibus*, § 15 *in* SCHULTING, *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 587; ULPIANO, dice: *Necessariae* sunt *impensae*, quibus non factis dos deterior futura est, veluti si quis ruinosas aedes refecerit.

[29]) La parola *petitio* è qui sinonima di *retentio*, come nota B. VOUNDA *Thes. controversar.* Dec. XIII, § 5.

[30]) L'HALOANDER, ha *pastinum* e così pure il BAUDOZA. Ma che cosa significa *pastina instituere?* Il BRENKMANN, nella nota a questo passo nel *Corp. jur. Gebauer Spangenb.* ritiene significare « terram altius egerere ad plantandas vites vel arbores ». Gli *scriptores rei rusticae* lo hanno dichiarato esplicitamente. COLUMELLA, *de re rustica*, Lib. III, cap. 18, dice: « *Pastinum*

*hae enim impensae aut in res necessarias, aut utiles cedunt, pariuntque marito actionem* ».

Quando poi si fa parola del rifacimento di una spesa necessaria, bisogna distinguere le spese ordinarie dalle spese straordinarie.

1. — Le spese ordinarie, quelle cioè comuni e regolari, che ogni usufruttuario è obbligato a sopportare [31]) per mantenere la cosa nello stato conforme alla sua destinazione, non vengono restituite al marito, e vale perciò la regola che il marito deve compensarsi coi frutti che la cosa produce. « Nam tueri res dotales vir *suo sumtu* debet », come dice NERAZIO nel lib. 2.° *Membranarum* [32]), « alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quævis modica ædificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura dotem minuent, omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. *Sed ipsae res ita praestare intelliguntur ut non tam impendas in eas, quam, deducto eo minus ex his percepisse videaris* ». Queste ultime parole, che a G. JENSIUS [33]), come esso francamente confessa, sembrano inintelligibili, significano quanto appresso: quelle spese che sono per

---

vocant agricolae ferramentum bifurcum, quo semina pangantur. Unde etiam *repastinatæ dictae fuere vineæ veteres, quæ refodiebantur*. Haec enim propria appellatio restibilis veneti erat: nunc antiquitatis imprudens consuetudo, quidquid cuoti soli vineis praparatur, *repastinatum* vocant ». Anche più preciso è PALLADIO RUTILIO, *de Re rustica*, lib. II in januario cap. 10: « *Pastinum* fieri nunc tempus est; quod fit tribus generibus, aut terra in totum fossa, aut sulcis, aut scrobibus. Terra tota debet effodi, ubi ager immundus est ut silvestribus truncis et radicibus filicis, vel herbarum noxiarum spatia liberentur: ubi autem mundæ sunt novatæ, scrobibus *pastinemus* aut sulcis: sed sulcis melius erit, quia humorem in tota spatia *pastinata* trasmittunt. *Pastini* vero, quod omne versabitur, trium vel duorum semis pedum altitudine terra universa fodietur ». Si vede quindi da ciò come la parola *pastinum* fosse presso gli antichi adoperata in vari significati; in questo caso però la frase *pastina instituere* altro non significa se non che preparare i posti per il trapiantamento di ceppi di viti e di altri alberi vangando e sollevando il livello del terreno. V. BRISSONIUS, *de Verbor. juris Significat.* voc. *pastina instituere* e il Lexicon latino-tedesco dello SCHELLER IV. Sez. voc. *Pastinum*.

[31]) L. 7, § 2 e 3 D. *de usufr.* V. parte IX di questo *Commentario*, § 635 *b*. pag. 254.

[32]) L. 15 D. h, t.

[33]) *Ad Rom. juris Pandectas et Codicem stricturae:* ad h. l. pag 179 (Lugd. Batav. 1764, 4).

regola richieste dalla conservazione della cosa, quantunque siano *impensae necessariae,* tuttavia non vengono pagate dalla moglie, ma si considerano come spese compensate dalle cose stesse. Non può dirsi quindi che vi sia una vera e propria spesa per parte del marito, ma semplicemente questo, che l'ammontare cioè della spesa rappresenti un tanto in meno negli utili ricavati dalla dote [34]).

Siffate *impensae necessariae* sono perciò da riguardare come un peso inerente ai frutti anzichè alla cosa.

2. — Quelle spese necessarie invece, che sono fatte in via straordinaria, che non sono cioè della natura delle spese comuni e ordinarie, nè sono del resto insignificanti, diminuiscono la dote *ipso jure.* Anche su questo ci è di lume il citato passo di NERAZIO. Le parole che a questo punto si riferiscono significano quanto segue:

« Quod dicitur, *impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere,* ita interpretandum est, ut si quid *extra tutelam necessariam* in res dotales impensum est, id *non* in ea causa sit » [35]).

---

[34]) V. POTHIER *Pand. Justin.* Tom. II, h. 1. Nr. V, Not. *b*, pag. 75. Intende in altro modo le ultime parole *sed ipsae res* etc. il BEST, *Diss. cit.* cap. 1, pag. 199. Ma la sua spiegazione è inverosimile e sforzata. V. VALETT, Cap. delle spese dotali, § 10, not. *f*, pag. 23. Che la parola *ipsae* non debba riferirsi a *mulieres,* cum dotem dant, e che le parole « res ita praestare intelliguntur » non possano intendersi come se si dicesse *res talis naturae ceuseutur tradere eo animo, ut* etc., siccome il BEST dichiara, lo mostra evidentemente lo scoliaste greco nei Basilici. Tom. IV, pag. 422, schol *n*, il quale delle parole citate del testo dà la seguente spiegazione: *ἀλλὰ ταῦτα τὰ προικιμαῖα πράγματα ἐπὶ τούτου παρέχεσθαι πιστεύεται τῷ ἀνδρὶ, ἵνα μὴ τοσαῦτα δαπανᾷ περὶ αὐτὰ ὥστε ὑπεξαιρουμένων τῶν δαπανημάτων μηδὲν αὐτὸν ἔχειν ἐκ τῶν προικιμαίων νομίζεσθαι: τουτέστι τοσαῦτα δαπανᾷν ὀφείλει, ὥστε καὶ μετὰ τὴν ὑπεξαίρεσιν, τῶν δαπανημάτων, κέρδος ἔχειν ἐκ τῶν προικιμαίων πραγμάτων του ἑ τιν μὴ πᾶσαν τὴν πρόσοδον τῆς προικὸς δαπανάτω περὶ αὐτήν.*

i. e. *Sed hae res dotales in hoc marito praestari creduntur, ut non tam impendat in eas, ut deductis impensis nihil ex dote habere credatur: hoc est, ita impendere debet, ut et deductis impensis commodum ex rebus dotalibus habeat, id est, omnem reditum dotis circa eam non expendat.* Anche la Glossa latina ha colto esattamente il significato.

[35]) Apparisce a prima vista come il verbo *est* inserito qui conforme al testo fiorentino manifesti una lezione evidentemente erronea. È notato tanto nell'edizione taurelliana come in quella del GEBAUER. Alcuni, quali

Ora se poniamo coteste parole in raffronto con le altre « nam tueri res dotales vir suo sumtu debet », parole già citate nel N. 1 se ne deduce che NERAZIO distingue ciò che è stato speso per le cose dotali *extra tutelam necessariam* dalle spese fatte per la necessaria tutela delle cose stesse, e dice che soltanto le prime hanno per conseguenza di diminuire la *dote*. Ciò dimostra che la dizione « id *non* in ea causa sit » è evidentemente inesatta. È manifesto pertanto essere pure erronea la spiegazione della Glossa intendendo essa per *impensae* fatte sulle cose dotali *extra tutelam necessariam* soltanto le spese ordinarie, spicciole e meno importanti che non arrecano un vantaggio permanente alla dote [36]). NERAZIO infatti si propone precisamente in quel passo di chiarirci il modo di intendere la regola « *impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere* ». Secondo invece l'interpretazione data dalla Glossa questo giureconsulto ci avrebbe porto la regola per intendere quali siano quelle spese che diminuiscono la dote *ipso jure*, parlandoci di tali *impensae* appunto in certi casi, in cui la dote non viene diminuita. Ora non si chiama questo ingannare il lettore il quale si attende una spiegazione netta e precisa? Ma che le parole « *si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est* » debbano riferirsi ad un genere di spese necessarie che non

---

UGO A PORTA, Lugduni, 1572 f. e POTHIER, *Pand. Justin.*, Tom. II, h. t. Nr. V, hanno a dirittura omesso la parola *est*. Altre edizioni, come per esempio BAUDOZA, MERLIN e BEK, Lipsia, 1825-8, leggono *id non* invece di *est*. Il BRENKMANN dà a questa lezione la preferenza. Vi sono poi degli altri, come HALOANDER e MIRÆUS, i quali leggono *id demum*. BEK *cit. Diss.* Cap. I, pag. 198, sostituisce all'*est* un *et*, ove non vogliasi piuttosto leggere *idem* anzichè *id est*. È indifferente scegliere l'una o l'altra lezione, purchè non leggasi *id* NON. Questa dizione infatti sarebbe illogica, come l'*est*.

[36]) Ecco le sue parole: « Haec L. vult determinare illud, quod dictum est, quod necessariae impensae minuunt dotem, et dicit, quod si aliquid impensum est per maritum *extra tutelam necessariam rerum dotalium*, et non ad perpetuam earum utilitatem: illa impensa *non* minuit dotem: puta, quia dotalibus macipiis dedit alimenta, vel fecit adaptari parietem in domo dotali, ut nix non veniret, et fecit aptari agrum dotalem. Quamvis enim ista et similia necessaria fiant, tamen non pertinent ad perpetuam utilitatem rerum dotalium, ideo dotem non minuunt, et res dotales earum fructibus dictas impensas reficiunt marito, id est, compensantur cum fructibus ».

rientrano nella categoria delle spese ordinarie e comuni e che costituiscono appunto quelle *impensae* per cui la dote vien diminuita *ipso jure,* lo provano in modo non dubbio i Basilici [37]). Ivi si dice esplicitamente:

Τότε αναγκαῖα μειοῦσι τὴν προῖκα, ὅτε ἐςωθεν τῆς ἀναγκαίας φυλακῆς τῆς προικός εἰς αὐτὴν δαπανηθῇ.

i. e. « Tunc necessariae impensae dotem deminuunt, cum extra tutelam necessariam dotis in eam factae sunt ». E che per conseguenza la dizione « id *non* in ea causa sit », alla quale il BRENKMANN dà la preferenza, sia fra tutte le altre la più infondata, lo prova ancor meglio la traduzione greca che si legge negli scolii [38]) del nostro passo delle Pandette.

Τὸ λεγόμενον ὅτι τὰ δαπανώμενα περὶ τὰ προικιμαῖα πράγματα κατὰ τὸ ἀναγκαῖον μειοῖ καὶ δαπανᾷ τὴν προῖκα, οὕτως ἑρμηνεύσιν χρή, ἵνα ἔςωθεν τῆς ἀναγκαίας παραφυλακῆς τῶν πραγμάτων δαπανήσῃ τινα ὁ ἀνήρ, τότε τοῖς δαπανήμασι μειοῦται ἡ προῖς.

i. e. « Quod dicitur, impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem minuere et absumere, sic interpretandum est, ut si quid extra tutelam rerum necessariam maritus impenderit, *tunc impensis dos minuatur* ». È quindi chiaro abbastanza come le parole « *si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est* », debbano riferirsi alle spese straordinarie. Anche il BEST [39]) intende in questo modo il passo citato. Egli spiega le parole « *extra tutelam necessariam* » così: « supra quam res illae ad sui conservationem, et ut maneant, quae sunt, modice requirunt ». Ciò dimostra anche la regola *nam tueri res dotales vir suo sumptu debet.*

Ed appunto questo provano altresì gli esempi citati da NERAZIO. Ma se esso pone tra le spese necessarie che diminuiscono la dote, solamente quelle che il marito fece per riportare al pristino stato e migliorare la cosa dotale, che si trovava in cattive condizioni all'epoca della consegna; che se inoltre egli crede che il fatto di non avere il marito diritto a ripetere le spese da lui sostenute per

---

[37]) Tom. IV, Lib. XXVIII, Tit. 10 Const. XV, pag. 419.

[38]) Tom. IV, pag. 422 sch. *n.*

[39]) *Diss. cit.* Cap. 1, pag. 198 sq.

conservare le cose dotali nello stato in cui gli furono consegnate possa spiegarsi con un tacito contratto, il quale per altro non potrebbe certo ammettersi per quelle spese straordinarie, sono queste opinioni che non hanno verun fondamento sui testi [40]). Gli esempi che le fonti ci porgono di tali spese straordinarie che hanno per effetto di diminuire la dote sono quelle che il marito è costretto a fare per costruire dei ripari e degli argini [41]), per proteggere il fondo dotale dalla violenza delle acque correnti e dalle procelle di mare, oppure per costruire a seconda della speciale destinazione del fondo un molino (*pistrinum*), ovvero un magazzino necessario (*horreum*) [42]), o per restaurare un edificio che minaccia rovina [43]), o per riparare una vigna danneggiata dalla tempesta, o per compensare il vicino con il pagamento di una somma [44]) nel caso che egli fosse tenuto a prestare la *cautio damni infecti* per evitare la *missio ex secundo decreto*. Della stessa natura sono le spese per l'educazione, per la cura dei servi malati, purchè siano spese di qualche importanza, o per riscattarli dai pirati [45]). Ma ciò che egli ha speso per l'istruzione dei servi, per renderli abili al servizio, non può esser posto a carico della moglie. Difatti esso si è servito di questi schiavi per suo uso. [46]). Che se poi egli abbia adattato dei luoghi destinati all'impianto di

---

[40]) V. VALETT, Op. cit. § 7, pag. 19.

[41]) L. 1, § 3. L. 14 D. h. t.

[42]) L. 1, § 3, D. h. t. Veramente la costruzione di un *pistrinum* o di un *horreum* nella L. 6 D. h. t. e nella L. 79 § 1 D. *de verbor. Signif.* vien considerata come una spesa semplicemente utile. Ma la contraddizione svanisce, allorchè si rifletta che ULPIANO nella citata L. 1 § 3 parla di un « pistrinum vel horreum *necessario*, factum », mentre nel passo di PAOLO la parola *adijecere* da lui adoperata fa credere che si alluda ad un *pistrinum* o ad un *horreum* non necessario. Quindi è che anche PAOLO, L. 79 § 1 D. *de V. S.*, dice: « In his impensis sc. utilibus et *pistrinum* et *horreum* insulae dotali adijectum, *plerumque* dicemus ». V. VOORDA, *Thes. controv.* Dec. XIII, § 10.

[43]) L. 1, § 3 D. h. t. L. 7, § 16 D. *soluto matrimon.*

[44]) L. 1, § 3 D. h. t.

[45]) L. 28, § 1. D. *de donat. inter vir. et uxor.* L. 21 D. *soluto matrimon.* L. 2 D. h. t. L. 12 D. *eodem.*

[46]) L. 28, § 1 D. *de donat. int. vir. et uxor.*

una vigna, o abbia dissodato dei terreni per farvi una piantata d'alberi (*pastina instituere* [47]) o *seminaria*, ovvero anche costruito edifici nuovi necessarî, si tratta sempre in questi casi di spese necessarie che diminuiscono la dote [48]).

Perchè adunque le spese necessarie possano produrre questa conseguenza è indispensabile che esse procurino alla cosa un vantaggio permanente e che non siano neppure delle spese insignificanti. Il primo requisito viene indicato da ULPIANO, allorchè ci dà la regola generale (L. 3 §1 Dig. h. t.): « Quæ ad perpetuam utilitatem agri, et non praesenst antum tempus facta est erogatio, necessariis impensis computandum ».

L'altro requisito ci è dato da PAOLO che nel libro VII *ad Sabinum* [49]) dice:

« Omnino et in ædificandis ædibus, et in reponendis propagandisque vineis, et in valetudine mancipiorum, *modicas impensas* non debet arbiter curare: alioquin negotiorum gestorum potius, quam de dote judicium videbitur ».

In questo modo si riesce altresì a comprendere meglio le ultime parole del passo di NERAZIO sopracitato [50]):

« Quæ autem impendia, secundum eam distinctionem, ex dote deduci debeant, non tam facile in universum desiniri, quam per singula *ex genere et magnitudine impendiorum* æstimari possunt ».

Ora le leggi dicono di queste spese straordinarie necessarie *quod ipso jure dotem minuunt* [51]). Tra i passi citati qui in nota è senza dubbio dei più importanti il § 37, I. *De act.* il quale dice così:

---

[47]) Veggasi la nota 33.

[48]) L. 3 pr. D. h. t. L. 7, § 16 D. *sol. matrim.*

[49]) L. 12 D. h. t.

[50]) L. 15 in fin. D. h. t.

[51]) L. 61 D. *de ritu nupt.* L. 56, § 3 D. *de jure dot.* L. 1 § 2. L. 5 pr. L. 15 D. h. t. L. 5, § 2 D. *de pactis dotal.*, L. 1, § 4. L. 5 D. *de dote praelegata* e § 37 I. *de actionibus*, L. un., § 5 C. *de rei uxoriae act.* V. Jac. CUJACIUS, *Observation.* lib. XXIII, cap. 12, Guil. BEST, Diss. cit. *exhibens conjecturas quasd. ex jure civ.* Cap. I in OELRICHS *Thes.* Vol. I, tom. 1 pag. 200; A. MERENDA, *Controversiae juris.* Tom. I, lib. III, Cap. III (Bruxell. 1745 f.); Greg. MAJANSIUS Diss. cit. *de impensis in res dotales factis* § 5 - § 12 e VALETT, op. cit. § 14 segg., pag. 26-48.

« Item si de dote mulier in judicio agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est quatenus facultates eius patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates eius in solidum damnatur, si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur: nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, *quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur*, sicut ex latioribus digestorum libris cognoscere licet » [52]) [c]).

[52]) Io mi sono qui attenuto alla più recente edizione del mio stimatissimo collega, il Dott. BUCHER, Consigliere di Corte, stampata nel 1826. 8, la quale è senza dubbio quella che tra le moderne merita maggior preferenza.

(c) Non vi ha forse questione più grave, in materia di spese dotali, di quella che si riferisce alla famosissima frase « *impensae necessariae dotem ipso jure minuunt* ». Cfr. L. 30 Dig. XIX, 1; L. 61 Dig. XXIII, 2; L. 56, § 3, Dig. XXIII, 3; L. 5, § 2. Dig. XXIII, 4; LL. 3, 5 e 15 Dig. XXV, 1; L. 1, § 4 e LL. 2 e 5 Dig. XXXIII, 4; § 37 Inst. IV, 6; L. un. § 5 Cod. V, 13. Le più disparate opinioni sono state emesse in proposito. — Però è anche facile cogliere, in mezzo a tanti giudizi, il punto vero della controversia. — Infatti la questione per la maggior parte si riduce a decidere se debbasi dare maggiore importanza alla necessità della spesa in sè stessa o piuttosto alla responsabilità in cui incorrerebbe il marito trascurandola. Inoltre si ammette che con le spese necessarie la dote subisce una diminuzione di fatto, in guisa cioè che essa venga a restringersi immediatamente e mano a mano che le spese stesse si eseguiscono? Ebbene in questo caso le conseguenze giuridiche delle *impensae necessariae* dovranno spiegarsi in un dato modo: si preferisce invece ritenere il contrario? Allora saremo costretti a dare una diversa spiegazione al diritto che spetta al marito di essere indennizzato. E a cotesta questione è connessa evidentemente anche l'altra intorno all'epoca cui possa farsi risalire l'origine storica dell'azione di risarcimento.

Nell'un caso infatti si dovrà riconoscere che il diritto che ha il marito ad essere risarcito delle spese necessarie è un diritto antico quanto l'istituto stesso della dote, poichè è fondato sulla sua natura intima, *in den natürlichen Verhältnissen*, come dice il CZYLARZ (*op. cit.*): invece nel caso inverso non potrebbesi logicamente parlare di un diritto siffatto prima dell'introduzione dell'*actio rei uxoriae*. Cfr. anche IHERING, *Geist des röm. Rechts*; LEIST, *civilistische Studien* e UNTERHOLZNER, *Schuldv.*

A noi pare intanto che cotesta questione generica possa bene scindersi in tre questioni speciali che intorno ad essa logicamente si raggruppano. La prima indagine avrà per iscopo lo stabilire se le parole *ipso jure* possano essere inteso nel senso che la *deminutio dotis* si compia, per così dire, *ope legis*.

In secondo luogo è pure importante il ricercare se tale *deminutio* riguardi la dote considerata come *universitas* o piuttosto i *singula corpora*.

Da ultimo sarà il caso di decidere se le *impensae necessariae*, le quali *ipso jure dotem minuunt*, possano avere per conseguenza la perdita del carattere dotale per quelle cose che formano oggetto della dote.

Si tratta ancora di risolvere la questione sul significato da attribuirsi alla regola enunciata dai testi: « Impensae necessariae

---

Per ora fermiamoci al primo punto.

Prescindiamo dall'antichissima teoria del DONELLO (omai a buon diritto repudiata dalla scienza in base ad argomenti storici e soprattutto in base alle stesse fonti, come giustamente osserva il CZYLARZ, *op. cit.*); teoria che porterebbe a spiegare il tutto con i principî generali che si applicano in materia di compensazione, la quale, appunto perchè si effettua a favore di una delle parti senza che vi sia bisogno del concorso della volontà dell'altra parte si dice che si compie *ipso jure*. Ma l'applicare all'*ipso jure dotem minui* le norme relative alla compensazione in modo assoluto significherebbe che la diminuzione dovesse aver luogo non già sulla dote (come difatti invece era), ma bensì sull'azione dotale. — Invece secondo la nostra opinione, è vera nel tempo istesso l'una e l'altra cosa: l'*ipso jure dotem minui* significa che la diminuzione per ciò che concerne il diritto avviene immediatamente, mentre ciò che resta sospeso è solo l'esercizio di questo diritto.

Una fra le tante opinioni, che meritano di essere prese in seria considerazione, è appunto quella enunciata dal BECHMANN (*op. cit.*) e seguìta poi da molti altri scrittori. — Esso muove dal concetto che per il contenuto giuridico della dote non deve avere esclusivamente importanza il suo momento costitutivo; quindi la dote dovrà essere considerata come qualche cosa di mobile, di oscillante, di vivente. — Le *impensae necessariae* formano, per dir così, il *pendant* delle accessioni; sono i *passiva* della dote. — Così si verrebbe a stabilire una specie di movimento economico per tutta la durata del matrimonio. Questa teoria, secondo la quale il patrimonio dotale starebbe per il diritto romano a rappresentare un patrimonio variabile e avente una certa elasticità, potrebbe (non lo neghiamo) a prima vista anche sedurre. Questo concepire la dote come una *universitas*, questa sospensione delle conseguenze giuridiche delle *impensae necessariae* durante il matrimonio, potrebbero senza dubbio condurre a riconoscere anche come logicamente ammissibile l'opinione del BECHMANN. Ma purtroppo a cotesta spiegazione si oppongono recisamente i testi, dai quali in modo esplicito risulta che ben lungi dall'avere una secondaria importanza il momento costitutivo della dote, è questo momento anzi che deve prendersi come punto di partenza, allochè trattisi della restituzione della dote stessa.

Il CZYLARZ op. cit. (ed in questa parte di critica è con lui altresì il DERNBURG) vorrebbe combattere l'opinione del BECHMANN anche sotto un altro punto di vista. Egli osserva che tale teoria in fondo non è che una *petitio principii*, dappoichè essa ha per suo fondamento quello stesso concetto del contenuto della dote, sotto la cui influenza appunto si è venuto a formare il principio che trattasi di spiegare. — Ma a dire il vero questo circolo vizioso non esiste affatto, poichè non deve essere nostro compito ricercare le ragioni per le quali è stata introdotta la regola « *impensae necessariae dotem ipso jure minuunt* »; noi dobbiamo limitarci a constatare il fatto, a indagarne le conseguenze giuridiche, il modo con cui esso si compie, in una parola a precisare il significato della frase.

Di necessità economica parla invece il CZYLARZ: la *deminutio dotis* che si verifica per causa delle spese necessarie non può considerarsi *als.... die Consequenz einer zwingenden Rechtsnothwendigkeit - Den die Minderung ist gar nicht eine Folge des Begriffes, sondern nur die Folge der ökonomischen Behandlung der Dos* (op. cit., pag. 282, n. 2). In sostanza anche il CZYLARZ è della schiera

ipso jure dotem minuunt ». A. MERENDA [53]) considera tale questione come una delle più difficili a risolversi. I passi principali, che

[53]) Cit. loc.

di quegli scrittori che muovono dalla premessa che si tratti qui di una misura di equità. Della stessa opinione è fra gli altri anche il PERNICE (*Labeo*, vol. I, pag. 385 e segg.), il quale ritiene che se non vi fosse altro argomento per dimostrare che è il principio economico che caratterizza le spese necessarie, basterebbe solo il fatto che i giureconsulti romani citano spesso dei casi di *impensae necessariae* identici a quelli in cui vengono ricordate delle *impensae utiles tantum*. L'unica differenza quindi fra spese *necessarie* e spese *utili* si ridurrebbe a questo, che mentre le prime sono delle spese reclamate da circostanze esteriori impellenti, le *impensae utiles* invece hanno per oggetto una *glückliche Speculation*.

Ma ritornando al CZYLARZ, questo è il suo preciso ragionamento: Il marito il quale trascurando le spese necessarie straordinarie incorrerebbe in una responsabilità, deve avere correspettivamente (in nome dell'equità) il diritto di essere indennizzato, quando si fa a restituire la dote; siccome però anche secondo il diritto classico cotesto obbligo della restituzione non costituisce che una mera eventualità, così dal canto suo il marito non acquistava *ipso jure* (immediatamente) il diritto al risarcimento delle spese necessarie. — Esclusa quindi la esistenza di un credito *formale*, dovevasi almeno riconoscere la possibilità di un credito *reale* che si realizzava appunto con la forma della *retentio*.

Per tal modo, secondo l'A., il contenuto *reale* della dote sarebbe poco a poco venuto a costituire eziandio il suo contenuto *giuridico*.

Però qui il CZYLARZ urta contro varie difficoltà e molto gravi. Ci limiteremo a ricordarne due a preferenza:

*a*) Avanti tutto è il senso letterale stesso della frase « *ipso jure* » che ci dice *a priori* non potersi parlare di una mera necessità economica.

*b*) Inoltre vi è purtroppo il notissimo passo di PAOLO *lib. VII ad Sabinum* (L. 5 § 2 Dig. XXIII, 4) che risolve nettamente la questione. « Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum quia tales impensae dotem ipso jure minuunt ». Aggiungasi che PAOLO parifica perfettamente, per le sue conseguenze giuridiche, questo patto in contrario a tutti gli altri patti immorali e contrari alla legge: « ne de moribus agatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur, ne ob res donatas vel amotas ageretur ». (*L. cit. in pr.*).

Ora come si potrebbe sul serio sostenere, dopo questa analogia così chiaramente espressa da PAOLO, che non trattasi, nel caso delle spese necessarie, di una necessità giuridica?

E che sia così veramente lo viene in modo implicito a riconoscere lo stesso CZYLARZ, là dove dice che il citato frammento di PAOLO non può costituire un grave ostacolo, in quanto esso significa semplicemente che ammettendosi un patto in contrario si verrebbe senz'altro a cambiare il contenuto della dote fissato per mezzo di un principio giuridico: ma è chiaro, replichiamo noi, che con ciò la sua teoria cade immediatamente.

Parimenti crediamo per fondate ragioni neppur sostenibili le opinioni emesse, in vario senso, dallo IHERING, dal DERNBURG e dal BEST; non è punto

possono in qualche modo fornirci dei lumi, sono i seguenti: L. 5 pr. Dig. h. t. (ULPIANUS *lib.* XXXVI *ad Sabinum*): « Quod dicitur

---

probabile infatti ciò che lo IHERING afferma, che cioè questa *deminutio ipso jure* avesse in origine la sua ragione di essere in difficoltà procedurali appunto perchè il marito non avrebbe potuto valersi di una *exceptio* per essere indennizzato delle spese necessarie, per ricuperare il suo.

È facile comprendere come anche indipendentemente dalle eccezioni il marito sarebbe stato sempre abbastanza garantito dall'*aequius inclins* della *intentio* nella procedura formulare oltre che dall'*arbitrium judicis* (V. STERNBERG, *op. cit.*, pagg. 22-23) e IHERING, *Geist des römisc. Rechts*, III, pag. 168 e segg.)

Anche il DERNBURG (*Die Compensation*) sostiene presso a poco che l'*ipso jure* sia sinonimo di *ipsa lege*. La dote è nel suo insieme un istituto di diritto pubblico e quindi al concetto dell'*jus* si associa pure quello del *munus* e così la frase « *ipso jure* » significa: *per lo stesso diritto dotale, in forza dell'istesso diritto inerente alla dote*, ecc.

Il DERNBURG per altro non ignora neppur esso le gravi difficoltà che in proposito potrebbero sorgere. Come si spiega infatti, esso si domanda, che malgrado questo spiccato carattere di pretesa giuridica non potesse mai farsi luogo ad un'azione?

Questa obbiezione del resto, ci piace rilevarlo, avrebbe in ogni modo un valore più apparente che reale, poichè sono ben note le ragioni con cui si spiega tale anomalia. Ci limiteremo ad un'unica osservazione di indole storica: l'importanza dell'istituto dotale doveva essere immensa fin dai tempi più antichi, tanto che si esigeva che il marito nulla trascurasse per la perfetta conservazione della dote; di qui l'obbligo rigorosissimo di non tralasciare nessuna delle spese necessarie. — Siccome però non esisteva ancora un' *actio rei uxoriae* e non poteva quindi farsi luogo a compensazione, così in nome dei principii fondamentali del diritto e non già in nome soltanto della equità si imponeva alla moglie l'obbligo di indennizzare il marito.

Quella del BEST finalmente è forse fra tutte la supposizione più strana ed illogica, sostituendo questo scrittore (non si sa davvero in base a quali dati) alla teoria secondo la quale la *deminutio quae ipso jure fit* sarebbe una diminuzione che si verifica per la forza stessa della legge, la teoria dell'*autopagamento* da parte del marito.

A noi pare (cosa che del resto costantemente si ripete per tutti quanti gli istituti del diritto romano), che il senso vero del principio che stiamo ora studiando non possa apparir chiaro se non facendo appello alla storia (V. KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* vol. II, parte 1.a, pag. 224).

E precisamente basandoci sulle fonti e sulla storia noi crediamo che sia giusto il dire che la frase *ipso jure* non significa nè *lege*, nè *jure dotis*. La dote in seguito alle spese necessarie dal marito sostenute deve subire una diminuzione in base ai principii fondamentali del diritto, alla rigorosa giustizia; questo e non altro può essere il concetto da cui devesi partire se si vuol giungere a dare un'adeguata spiegazione della regola « *impensae necessariae dotem ipso jure minuunt* ».

Lo STERNBERG (*op. cit.* pag. 24 e 25) enunciando una teoria, se si vuole, abbastanza vaga ed astratta, parla di *intrinseca necessità*, e vorrebbe trovare il fondamento del diritto che sorge a favore del marito per essere indennizzato delle spese necessarie sull'accessione.

*necessarias impensas dotem minuere,* sic erit accipiendum, ut et POMPONIUS ait, non ut ipsae res corpolariter deminuantur utputa

---

*Le spese necessarie hanno un'analogia, in senso inverso, con le accessioni; anche queste non è necessario che siano prese in considerazione a parte, ma basta che siano considerate quali pertinenze della dote in genere. — Come per le accessioni non ha bisogno la donna di un' azione a parte, ma le basta solo l' actio dotis (poichè alla dote vanno necessariamente congiunte anche le sue pertinenze o accessioni), così dal canto suo il marito non ha bisogno di uno speciale mezzo giuridico onde ottenere il risarcimento delle impensae necessariae. — Op. cit.*, pag. 25.

Ma la teoria dello STERNBERG non regge secondo noi, per due ragioni soprattutto:

1.° Egli sostiene che è la *dotalrechtliche aequitas* che giustifica l' adagio *ipso jure,* etc. Ma anzichè parlarsi di *equità,* si parla qui di *strictum jus;* ed anzi il sostenere che è solo in forza dei principii dell'equità che il marito può pretendere di essere indennizzato di coteste spese equivale a disconoscere, nè più nè meno, il significato vero della frase che deve esser quello, come abbiamo già detto, di diminuzione che si compie in base alle norme fondamentali del diritto.

2.° Se si dicesse che il marito ha diritto ad essere ricompensato delle spese necessarie solo in omaggio alla equità, si dichiarerebbe implicitamente che il suo non è un vero credito, ma che tutto al più esso potrà sperare in un futuro compenso e null'altro.

Nè deve obbiettarcisi che così purtroppo è di fatto, inquantochè altrimenti si dovrebbe far luogo a compensazione; secondo noi invece qui appunto si riassume tutto quanto il carattere affatto speciale del caso di cui trattasi: il diritto dotale presenta un'impronta sua caratteristica e per conseguenza deve essere anche regolato da norme particolari rispetto alle norme generali del diritto.

Ora fra tante eccezioni una importantissima è precisamente questa:

Non si ammette compensazione per ragioni speciali, ma nel tempo stesso non è neppur vero che si ha una vera eccezione nel senso ordinario della parola. Insomma la *deminutio ipso jure* avviene non già nel momento in cui il marito rende la dote, ma nel momento in cui la spesa viene effettuata, appunto perchè essa si compie, come si è detto, in forza delle più elementari regole del diritto. È in tal modo spiegato senz'altro come l'*ipso jure* divenga sinonimo di *statim.*

E precisamente per questo i giureconsulti romani ci dicono che quantunque possa apparire il contrario, la diminuzione si compie tuttavia *contemporaneamente, immediatamente.*

Nè d'altronde potrebbesi comprendere per qual motivo la giurisprudenza sentisse il bisogno di occuparsi *ex professo* delle conseguenze delle *impensae necessariae* relativamente alla dote, se non fossero state proprio queste particolarità dell' istituto che dovevano per necessità giustificare delle misure speciali di fronte alle norme comuni.

Si trattava in altre parole di conciliare le eccezioni con la regola.

Ma qui non vorremmo essere fraintesi: soggiunge lo STERNBERG che l'*ipso jure* si spiega bene soltanto, qualora si ammetta che il significato di quelle parole è da ricercarsi nella natura stessa della dote.

fundus, vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam: *ceterum* [54]) haec res

---

[54]) *Ceterum* sta qui per alioquin, come giustamente lo ha inteso anche il POTHIER, in *Pandect. Justinian.* Tom. II h. t. Nr. VI not. *d*, significato del resto che gli vediamo dato comunemente anche nei frammenti di ULPIANO. V. L. 2, § 1. L. 22, § 1, L. 29 pr. L. 64, § 5 D. *soluto matrim.* L. 1, § 1 e 2 D. h. t. L. 5 pr. D. eodem. L. 1 § 14, L. 3 § 6. L. 5, § 8 e § 19 D. *de agnoscend. et alend. liber.* L. 1, § 8 D. *de inspiciendo vent.* V. Christfr. WAECHTLER, *Opusc. Juridico-philolog.* (collecta a TROTZ *Traj. ad Rhen.* 1733-8) pag. 385. Lo scoliaste greco nei Basilici Tom. IV, pag. 420 Schol. c. lo traduce con ἄλλως.

---

Però l'argomento sul quale esso si fonda non ha peso. Imperocchè egli osserva che se così non fosse, bisognerebbe ammettere, così fa ad es. l'EISELE, che l'*ipso jure* stesse come nella frase « *nomina ipso jure inter heredes sunt divisa* » a significare l'influenza della legge quale contrapposto al semplice *factum hominis*, in modo cioè che il giudice avrebbe potuto da sè di officio supplire alla mancanza di inserzione nella formula.

Ma ciò sarebbe assurdo, conclude l'A., ed esso fin qui avrebbe perfettamente ragione; però non è esatto lo affermare che non si possa escludere questa ipotesi senza venire all'opinione da lui enunciata.

Difatti è vero che si può ben dire che la frase *ipso jure* è una conseguenza della natura stessa della dote, ma ciò solo in tanto in quanto intendiamo riferirci alle eccezioni che le regole del diritto comune subiscono a causa dei peculiari caratteri dell'istituto.

Dunque è una regola generale di diritto che giustifica la *deminutio quae ipso jure fit;* è nel tempo stesso il carattere affatto speciale dell'istituto della dote che giustifica alla sua volta alcune apparenti eccezioni.

Lo STERNBERG inoltre, osservando (e ciò anche con ragione) che l'*ipso jure* non può stare a rappresentare il contrario dell'*ope exceptionis*, poichè difatti il diritto del marito ad essere compensato delle *impensae necessariae* esisteva già prima che le *exceptiones* fossero introdotte, ne deduce che anche se la giurisprudenza non avesse enunciato questo principio, implicitamente sarebbe stato esso riconosciuto nell'istesso modo.

Ma in questo caso non sapremmo spiegarci per qual motivo invece lo si veda ripetuto con tanta insistenza e con tanta frequenza.

Quindi ha ragione secondo noi il CZYLARZ che alla *begrifflich-logische* dello STERNBERG sostituirebbe la *positiv-rechtliche Notwendigkeit.*

Un apparente ostacolo potrebbe a prima vista esser costituito dal tenore della citata L. 5 § 2 Dig. XXIII 4. Ma secondo lui la cosa andrebbe *de plano;* come, egli dice, sarebbe vietato che si pattuisse fra coniugi che la moglie non avrà diritto a far sue le accessioni, così deve essere vietato un identico patto a favore della moglie nel caso di spese necessarie, e ciò proverebbe sempre più la stretta analogia fra la nostra teoria e quella dell'accessione.

A noi però sembra invece che questo principio meglio si adatti al concetto da noi espresso. Imperocchè, ammettendo che la *deminutio dotis* avvenga in forza di un precetto giuridico generale anzichè in forza di un precetto giu-

faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus: manebit igitur maritus in rerum detentatione [55]), donec ei satisfiat: *non*

[55]) La parola *detentationem* del testo fiorentino è riguardata come parola erronea nel *Corp. juris civ.* del GEBAUER. L'ultima edizione del BECK legge in rerum *detentione*. Così anche il BAUDOZA. Si trova tuttavia la parola *detentatio* anche nella L. 15 § ult. D. *Ex quib. caus. major.*

ridico speciale relativo all'istituto della dote, è logico che le leggi non potessero mai riconoscere la validità di un patto che all'osservanza di un tale precetto contravvenisse. — Cfr. SCHEURL, *krit. Vierteljahr.* vol. 11, pag. 281 nonchè TIGERSTRÖM, *Das röm. Dotalr.* vol. 2, pag. 267.

Del resto (se volessimo anche spingerci all'esame dei criteri di opportunità), potremmo bene ripetere col BECHMANN che il non ammettere che la diminuzione, la quale di *fatto* si verificava appena la spesa necessaria era stata eseguita, anche di *diritto* dovesse produrre le sue immediate conseguenze, corrispondeva ad un bisogno pratico della vita coniugale, era cioè nell'interesse sì del marito che della moglie. — Cfr. § 37 Inst. IV, 6 *(propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur, nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est)*, nonchè la nota L. 56 § 3 Dig. XXIII, 3.

Basti ciò a dimostrare come sia erronea l'opinione di chi vorrebbe nel *Dotalrecht* trovare la spiegazione della frase; il *Dotalrecht* non concerne punto la *deminutio quae ipso jure fit*, ma ha relazione unicamente con la negata facoltà al marito di ripetere subito ciò che ha speso.

Così soltanto si riuscirà ad intendere per qual motivo i giureconsulti sentissero il bisogno di aggiungere che la diminuzione si verifica subito; così parimente si spiegherà come non dovesse per logica necessità ammettersi a favore del marito la compensazione durante il matrimonio.

Dall'insieme delle osservazioni fatte può adunque agevolmente dedursi che tutto si riduce in fondo ad una conseguenza dei caratteri speciali che presenta l'istituto della dote, il quale era veramente pei romani, come già dicemmo, un istituto *sui generis*. Questa dote era appunto costituita da un insieme di beni inseparabile dal matrimonio, al raggiungimento dei suoi fini destinato e che idealmente per lo meno doveva durare quanto durava il matrimonio. Ora, dato tutto ciò, si spiega come la dote, benchè gravata da forti debiti per le spese necessarie sostenute dal marito, nominalmente tuttavia continuasse ad esistere; — per la stessa ragione doveva inoltre riconoscersi che le *impensae* colpiscono non i singoli oggetti, ma la dote come *universitas;* finalmente in base a questi criteri potrebbe pur dirsi risoluta implicitamente l'altra grave questione, se cioè quando la moglie abbia pagato tutte le spese debba dirsi che si ha una nuova costituzione di dote o piuttosto la continuazione dell'antica dote. La soluzione pertanto dei più ardui quesiti concernenti la dote appare strettamente e logicamente connessa al concetto che ebbero i romani della società coniugale per quanto attiene ai diritti patrimoniali.

Ad un'ultima possibile obbiezione dobbiamo però accennare: è evidente che la questione relativa alla diminuzione che avviene nel patrimonio dotale *ipso jure* a causa delle spese necessarie non presenta veruna difficoltà allorchè trattisi di una dote, la quale in tutto od in parte consista in una somma di danaro (*dos aestimata*). V. la solita L. 56 § 3 Dig. XXIII, 3 e L. 15 pr.

*enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio.* Ubi ergo admittimus deminutionem dotis *ipso jure* fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si æstimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias.

§ 1. — Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat, an vero dicimus, ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito, dotem videri crevisse ».

Ora ULPIANO ci addimostra nel modo più evidente come la regola « necessarias impensas dotem minuere » non debba intendersi nel senso che le cose stesse dotali, ad es. il fondo dotale, vengano per questo materialmente diminuite. E di ciò addduce una doppia ragione. In primo luogo sarebbe assurdo, cioè eminentemente antigiuridico (lo Scoliaste [56]) greco lo dice illogico, ridicolo, μωρόν) ammettere la compensazione di una *species* con un'obbligazione che ha per oggetto una somma di danaro. Ma in cotesta assurdità si cadrebbe appunto qualora si permettesse al marito di ritenere per sè una porzione del fondo dotale per compensarsi delle spese che egli vi avesse fatto. In secondo luogo anche il *fundus dotalis* perderebbe così in tutto od in parte la sua qualifica di fondo dotale. ULPIANO sembra voler significare con questo, che appunto si contravverrebbe al divieto di alienazione del *fundus dotalis* se si desse facoltà di diminuirlo per le spese fatte. Pertanto in un caso siffatto, in cui cioè la dote ha per oggetto delle cose corporali da restituirsi in natura, al marito si può far ricu-

[56]) Sch. c. Basilic. Tom. IV, pag. 420.

Dig. XXV, 1. — Mentre però senza dubbio anche questo fatto starebbe sotto un certo punto di vista a confermare la verità del principio sopra enunciato, che cioè la *deminutio* segue immediatamente le spese mano a mano che esse vengono effettuate, nel tempo stesso si potrebbe anche osservare che non è vero esser lo scopo stesso della dote (come noi abbiamo sopra asserito) che trae seco la sospensione dell'esercizio del diritto al rifacimento di coteste spese. Ma ogni dubbio svanisce quando si pensi che per scopo della dote deve intendersi soprattutto quello che si desume dall'intenzione di chi costituì la dote medesima: ora nel caso della dote data a stima *venditionis causa* s'intende che non debbasi naturalmente insistere sulla osservanza di tutte quelle misure di cautela che si adottavano per la *dos non æstimata.*

perare quanto vi ha speso del proprio, soltanto col permettergli di ritenere le cose dotali stesse sino a che non sia stato indennizzato. È quanto dice anche GIUSTINIANO nel passo sopra citato delle Istituzioni: « ob impensas in res dotales factas marito *retentio* concessa est ».

Ma dacchè ULPIANO soggiunge poscia: « *non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio* », rimane sempre a stabilire che cosa si intenda per dote, se è questa soltanto che devesi diminuire a causa delle spese necessarie.

La Glossa vi intende la « *universitas* dotis, quantum ad effectum, quia ex illa satisfiet, et sic potest dici, quod propter necessarias impensas cum solus fundus inæstimatus datus est in dotem, dos ipso jure minuitur. Non tamen ipse fundus dotalis minuitur: nam *dos* est *nomen juris*, id est, ipsum jus, quod est in dote ».

Tale opinione condivide il VALETT [57]).

Egli dice che la dote, come tale, è un'astrazione giuridica, e non ha quindi una esistenza reale. Ma anche ciò che esiste soltanto idealmente, può nella sua nozione, in forza cioè di un processo di astrazione, subire un cambiamento e una diminuzione; in altre parole ciò che esiste solo *in jure* è suscettivo anche di una diminuzione *ipso jure*, in forza cioè di un concetto giuridico, di un'argomentazione giuridica. Ancora meglio, egli opina, si può chiarire questo concetto nel modo che segue: La dote anche se consista in cose singole, deve sempre essere considerata come un patrimonio speciale, come una *universitas juris* che comprende in sè eziandio i debiti, e come tale subisce a causa di questi una naturale diminuzione soltanto nel suo concetto, senza però che qualche parte le venga sottratta realmente.

Di questa stessa opinione sono anche POTHIER [58]) e WESTPHAL [59]).

Ora ammesso che la dote stia a rappresentare essenzialmente un concetto giuridico, siccome sono molteplici i modi onde

[57]) Op. cit. § 14, pag. 27.

[58]) *Pand. Justin.* Tom. II h. t. n. VI, not. *f*, pag. 76.

[59]) *System der Lehre von den einzelnen Vermächtniss - Arten*, § 315 pag. 211.

la moglie può col suo patrimonio contribuire nel sostenere i pesi matrimoniali e la dote stessa è indifferentemente considerata quale parte dei beni del marito, così essa è tuttavia in modo speciale garantita dalla legge in vista della futura restituzione. Si può pertanto sotto tale rapporto complesso riguardare questa parte del patrimonio siccome un tutto a sè regolato da uno speciale diritto e che sotto questo aspetto è come un'*universitas*. Questo nome vien dato una volta alla dote anche nelle nostre fonti, e precisamente ove si parla di *impensae necessariae*. È il passo di ULPIANO tratto dal suo libro XIX *ad Sabinum* L. 1, § 4, Dig. *de dote praelegata* quello al quale tutti si riferiscono. Questo passo dice: « Impensae autem ipso jure dotem minuunt: sed quod diximus *ipso jure dotem impensis minui*, non ad singula corpora, sed ad *universitatem* erit referendum ».

Ma questa UNIVERSITAS non è già un'*universitas juris*, la quale come l'*hereditas* o il *peculium non singulas res demonstrat* [60]), contiene [61]) il *succedit pretium in locum* rei etc, *e augumentum* IPSO JURE *recipit et deminutionem*, [62]) CRESCIT *et* DECRESCIT [63]).

No, la dote è semplicemente una *universitas* nell'istesso modo che può esserlo [64]) un *fundus*, un *aedificium*, in senso cioè *relativo* e non *assoluto* [65]). Le cose singole vengono sempre qui considerate come unità quantunque la dote dovesse abbracciare l'intiero patrimonio della moglie [66]). Quindi neppure i creditori hanno in

---

[60]) L. 208 D. *De Verbor. Signif.* — V. la 16. parte di questo *Commentario* § 557, pag. 540 e segg.

[61]) Le LL. 26, 32 e 54 D. *de jure dot.* non ne offrono alcuna prova. Esse trattano di una semplice *permutatio dotis* previo accordo dei coniugi. V. la parte 8.a di questo *Commentario* § 585, pag. 167 e segg.

[62]) L. 20, § 3 D. *de heredit. petit.* V. la parte 6.ª, § 539.

[63]) L. 33, L. 34, L. 40 D. *de peculio.* — V. la 14.ª, parte, § 905, pag. 358.

[64]) V. p. es. L. 23 pr. D. *de usurpat. et usucap.* L. 2 § 6 D. *Pro emptore*, L. 8 D. *Quod vi aut clam.*

[65]) Si consulti su questo punto l'eccellente trattato dell'HASSE sull'*Universitas juris* e *rerum* (nell'*Archiv für die civilist. Praxis* 5 B. n. I, pag. 16 e seg.

[66]) L. 1 § 1 D. *pro dote* — L. 4 Cod. *de jure dot.* V. HASSE, *Güterrecht der Ehegatten*, Cap VIII, § 109.

questo caso alcun diritto verso il marito nè il marito lo ha verso di loro, se le singole *obligationes* non sono cedute o trasmesse per delegazione [67]). Se adunque ULPIANO nella sopra citata L. 1, § 4 Dig. *de dote praelegata* dice: « Quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad *universitatem* erit referendum »; questa espressione non significa nulla di più di quello che dice GIUSTINIANO nella L. un. § 5 Cod. *de rei uxor. act:* « Necessariae expensae dotis minuunt *quantitatem* ». Infatti se la dote consiste in una somma di danaro o è ridotta ad una somma di danaro mediante stima, viene riguardata sempre come una somma che a causa delle spese subisce una diminuzione. Che tale sia realmente l'opinione di ULPIANO, ce lo dimostra egli stesso nella L. 2 pr. Dig. *de dote praeleg.*, che fa seguito immediatamente all'altra e che è tratta dal suo *libro V. Disputationum:* « Quod si necessariae fuerunt impensae, *quae ipso jure dotem minuunt*, amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est, oportere dici, etiam eam *quantitatem* posse fideicommissum erogare, *quae ipso jure dotem minuit*».

Ciò si comprende infatti anche da quanto dice ULPIANO nel nostro passo: « Non enim *ipso jure* corporum sed *dotis fit deminutio* » [68]). Ma più chiaramente ancora lo si deduce dalle parole seguenti: « Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? *ubi non sunt corpora, sed pecunia:* nam in pecunia *ratio* admittit deminutionem fieri ».

---

[67]) L. 72 pr. D. *de jure dotium.*

[68]) Ant. MERENDA. *Controvers. juris*, Lib. III, Cap. 3, § 20, intende la *deminutio dotis* per l'*actio de dote uxori competens.* Siccome però questa azione non vien menomata, qualora la dote consista in cose soltanto corporali, segue da ciò, che la dote non diminuisce neppure a causa delle spese qualora oggetto della medesima siano soltanto cose corporali. Se pertanto ULPIANO nella L. 1 § 4 D. *de dote praeleg.* dice che la diminuzione della dote non riguarda i *singula corpora* ma l'*universitas*, è chiaro che questa *universitas* non può che riferirsi all'*actio de dote* spettante alla moglie. Questa ha potuto ULPIANO chiamare a buon diritto un'*universitas* anche se la dote consista in denaro e nel tempo stesso in cose corporali.

Ed ULPIANO subito dopo aver dimostrato come non sia da accogliersi in modo assoluto il principio « *necessarias impensas dotem minuere*, si affretta a precisare in qual caso il principio stesso è vero. Egli dà la regola: La dote ammette una diminuzione *ipso jure*, solo in quei casi in cui non debbono essere restituite in natura delle *species in dotem datae*, ma invece la dote consiste in una somma di danaro e quindi la restituzione deve farsi soltanto nella stessa quantità.

Nei Basilici [69]) cotesto principio è così enunciato in forma sintetica, *εἰ δὲ χρήματα ἦσαν ἐν τῇ προικὶ μειοῦνται*. i. e. *quodsi pecunia in dote fuit, deminuitur*. Che se la dote consista in una quantità di denaro, le si applica la regola del diritto comune, cioè la sua diminuzione IPSO JURE a causa delle spese necessarie. Ora siccome la giuridica pretesa da una parte e la contraria pretesa dall'altra sono generiche e consistono entrambe in una quantità dello stesso genere, così ha luogo pure una compensazione, la quale manifestamente avviene [70]). IPSO JURE. In tal modo si scioglie naturalmente l'enigma senza aver bisogno di rifugiarsi in quella ipotesi, se la *dote* cioè consista o meno in un' *universitas juris*. Si sarebbe dovuta prendere solo in maggior considerazione la parola *ratio* in cui sta la chiave per così dire di tutta quanta la questione. ULPIANO dice: *nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri*. La parola *ratio* è qui adoperata nell'istesso significato, in cui l'usa PAOLO [71]), là dove dice: « Jus singulare est, quod *contra tenorem rationis* introductum est », parole che dicono appunto quanto dice la frase *ratio juris* enunciataci da GIULIANO [72]): « In his, quae contra *rationem juris* constituta

---

[69]) Tom. IV, Lib. 28, Tit. 10, Const. 5, pag. 417. Lo Scoliaste Greco p. 420 Schol. C. si è più fedelmente attenuto al nostro testo: *τότε δὲ τῆς προικὸς τὴν μείωσιν αὐτῷ τῷ νόμῳ δεχόμεθα γενέσθαι, ὅτε χρήματα ἦσαν ἐν τῇ προικί, οὐ μὴν πράγματα* i. e. — *Tunc autem admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri, cum in dote pecunia est, non corpora.*

[70]) L. 4, L. 10 pr. D. L. 4. L. ult. C. *de compensat.* V. HUMMEL's *Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben* (Giessen, 1804) § 13.

[71]) L. 16 D. *de Legibus.*

[72]) L. 15 D. *eodem.*

sunt, non possumus sequi *regulam juris*». Nella parola *ratio* debbesi qui intendere il diritto stesso e le sue norme, o la regola del diritto comune [73]). Se pertanto è detto: «deminutio dotis *ipso jure* fit», la frase *ipso jure* vien presa nel medesimo significato, in cui le leggi dicono: «compensatio fit *ipso jure*». In altri termini la diminuzione che avviene nella dote a causa delle spese necessarie si verifica da sè in forza di un disposto di legge, come la compensazione ha luogo implicitamente, senza che sia a ciò necessaria una contraria manifestazione di volontà [74]). Da ciò si può trarre anche un criterio per giudicare del valore della congettura di A. FABER [75]), il quale ritiene debbansi leggere in luogo di *ipso jure, ipsa in re.* Egli non sapeva comprendere come ULPIANO potesse farvi una quistione da lui già risoluta colle parole precedenti. Ma la mancanza di fondamento della spiegazione data dal FABER si appalesa da sè, ed è stata dimostrata abbastanza anche da G. BEST [76]).

Siccome la compesazione ha luogo immediatamente col sorgere del credito correspettivo e non già dopo che le parti abbiano dichiarato che esse intendono effettuare la compensazione stessa; così ne segue che la diminuzione della dote si verifica nel momento stesso in cui sorge per parte del marito il diritto ad essere indennizzato della spesa da lui sostenuta. Da questo momento in

---

[73]) V. Franc. Car. CONRADI, *Disp. ad Julii Pauli ex libro sing. de jure singulari Reliqua*, Lipsæ 1728, Fragm. I, § 5 e Gottl. HUFELANDS *Abhandlungen aus dem Civilrecht* 1 Band, Nr. II, § 3, pag. 23 e seg. Inesattamente spiega la parola *ratio* per *mens* il MAJANSIUS *in Disput. de impensis in res dotales factis*, § 6 p. 429 e così deve averla usata anche TERENZIO, quando dice: *Mea sic est* RATIO, *sic animum induco meum.* ULPIANO quindi avrebbe inteso di dire: *intellectum, qui possit conficere summas, posse illas minuere detractis numeris. Ratio* significa anche presso TERENZIO non intelletto, ma bensì massima, linea di condotta. Altri interpreti delle nostre leggi non hanno preso affatto a studiare la parola «Ratio»

[74]) V. HUMMEL Op. cit., § 6, pag. 109, § 10, pag. 135 e seg. e § 13, pag. 190.

[75]) *Conjectur. juris civ.* Lib. I, cap. 2, pag. 3.

[76]) *Diss. cit. exhib. conjecturas quasd. ex jure civ.* Cap. I (nel Thes. di OELRICH Vol. I, Tom. I, pag. 203).

poi adunque la moglie di tanto ha diminuito il suo diritto, di quanto è l'ammontare della spesa, e se malgrado ciò ancora ella pretendesse l'intiero, si esporrebbe alle conseguenze di una *pluspetitio* [77]).

Ma siccome una diminuzione della dote ha luogo IPSO JURE solo nel caso in cui il patrimonio dotale della moglie abbia per oggetto una somma di danaro, in quanto unicamente in siffatta ipotesi i crediti da compensarsi sono della stessa natura; così resta ancora a sciogliersi la quistione, come debbansi intendere le parole di ULPIANO « ubi non sunt corpora sed *pecunia.* » ULPIANO chiarisce coteste parole con un esempio, « si *aestimata corpora* in dotem data sint ». Se si intende per questa una stima tale per cui le cose dotali sono state consegnate al marito come per un contratto di compra-vendita, allora il marito è veramente un *debitor quantitatis,* e la somma, il prezzo di compera è il vero oggetto della dote [78]). Si ha in tal caso una *dos pecuniaria,* quantunque la costituzione non siasi fatta in danaro. Ma come si può pensare qui ad una diminuzione della dote a causa delle *impensae necessariae,* dal momento che il marito ha fatto tali spese per cose che non sono più *in dote,* ma che sono invece divenute proprietà sua? Il POTHIER [79]) si studia di sciogliere la quistione supponendo che oltre le cose dotali stimate vi siano ancora dei *corpora dotalia inaestimata,* per i quali si sian fatte delle *impensae necessariae.* Egli intende quindi le parole di ULPIANO « ubi non sunt corpora sed pecunia » come se dicessero « *ubi* in dote *non sunt* tantum *corpora, sed* etiam *pecunia* ».

Un caso simile, « *si pecunia et fundus in dote sint,* et necessariae impensae in fundum factae », ce lo offre anche PAOLO nella legge che fa seguito a quella. Il DONELLO [80]) veramente ci

---

[77]) L. 4 L. 21 D. e L. 4 Cod. *de compensat.* PAULUS *Sententiar receptar.* Lib. II tit. 5, § 3: e SCHULTING *ad eumdem in jurispr. vet. Antejust.* pag. 274 not. 12.

[78]) L. 5 e L. 10 Cod. *de jure dot.*

[79]) *Pandect. Justinian.* Tom. II, h. t. nr. VI, not. *g. h. e. i.* pag. 76.

[80]) *Commentar. de jure civ.* Lib. XIV, Cap. 8, § 7, vol. VIII edit. Norimb. pag. 239.

fa menzione di un'altra ipotesi, di quella cioè in cui un *fundus dotalis* sia stato stimato in maniera tale, che al marito venga riserbata la scelta di rendere al momento della restituzione o il fondo stesso ovvero il valore corrispondente, e di questo caso parla ULPIANO alla L. 10, § 6 Dig. *de jure dot.;* però in questo caso non si verificherebbe mai una diminuzione per compensazione, bensì una semplice ritenzione.

Ma può darsi nondimeno che anche sin dal principio formi oggetto della dote una somma di danaro data a stima e che una diminuzione si verifichi pur sempre a causa delle spese necessarie qualora alla riscossione di cotesto danaro si ricolleghino delle spese di qualche rilievo [81]).

Finalmente ULPIANO propone pure un'altra questione: se la donna abbia risarcito il marito delle spese necessarie, s'intenderà con questo aumentata la dote, o riportata piuttosto la medesima allo stato primitivo?

ULPIANO non si perita a decidersi francamente per la prima opinione, nel caso che la dote consista in una somma di danaro. Ma qui si tratta di sapere, che cosa significano le espressioni: *dos crescit* e *dos ex integro videtur*. Lo scoliaste greco [82]) le spiega nel modo seguente: *dos crescit,* (ἡ προῖξ αὐξει) si secunda et nova dos constitui videtur (ἐὰν καινὴ δευτέρα δοκεῖ συνίστασθαι ἡ προῖξ) *dos ex integro videtur*, si dos vetus renovatur, et ipsa rursus ex integro restituitur, (δοκεῖ ἀναυεώτασθαι παλαιώ, καὶ αὐτή πάλιν εἰς ἀκέραιον ἀποκαθίστασθαι). Fra gli interpreti del nostro passo vi ha soltanto U. DONELLO [83]), il quale ha colto perfettamente il senso del medesimo. Egli dice cioè: « Sin pecunia in dotem data esset una cum fundo, aut fundus in dotem aestimatus, quem marito liceret restituere, aut aestimationem, hic ipso jure fieret deminutio per compensationem, usque adeo, ut, *si postea mulier necessariis impensis satisfaceret, videretur non dos eadem mansisse quae prius erat, sed dos, quae vere erat imminuta, crevisse, ut nova esse inciperet*».

---

[81]) V. VALETT, Op. cit., § 20, pag. 35,
[82]) Basilic. tom. IV. pag. 420 sch. *c*.
[83]) *Commentar. de jure civ.* c. 1.

A vieppiù rafforzare la precisione di tale spiegazione, piacemi qui ancora addurre un altro passo degli scolii greci. Lo scoliaste greco interpreta così le ultime parole del nostro ULPIANO:

*Ἰσθι ὅτε νομίσματα ἐστιν ἐν προικί, κἂν καταβληθῇ τὰ ὑπὸ τοῦ ἀνδρός γενόμενα δαπανήματα οὐκ ἀνανεοῦται ἡ πρότερον επιδοθεῖσα προῖξ. ἀλλ' αὐξάνεται, τουτέστι καινὴ προῖξ τίκτεσθαι, ἤτοι ἐπιδίδοσθαι δοκεῖ.* i. e. *Sciendum est, cum pecunia in dote est, etiam si solutae fuerint impensae in dotem factae, non renovari dotem, quae prius data fuit: sed augetur id est,* nova dos crescere, *vel* dari *videtur.*

Inesattissima è quindi la spiegazione del VALETT [84]) il quale dice: Dato che unitamente ad un *fundus* sia consegnata a titolo di dote anche una somma di danaro e che si sian fatte delle spese necessarie sul *fundus*, è solo il danaro che ne subisce una diminuzione. Ma se la moglie paga le spese, la dote torna ad aumentare e resta quindi intatta. Più giustamente osserva MAJANSIUS [85]): «Igitur cum impensæ restituentur, *crescet dos, non manebit eadem quae ante restitutionem erat* ». Il seguente passo di PAOLO ci porge anche meglio l'occasione a parlarne.

Un frammento non meno importante è la L. 56 § 3 Dig. *de iure dotium* « PAULUS *libro* VI *ad Plautium* ».

« Quod dicitur necessarias impensas [86]) *ipso jure* dotem minuere; non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse; sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit [87]), per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, SCAEVOLA noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.

« Si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, NERVA ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos, an ex integro

---

[84]) Op. cit. § 26, pag. 44.

[85]) *Disputat.* cit. § 6 in fin. pag. 429.

[86]) L'edizione del GEBAUER legge qui inesattamente IPSO JURE.

[87]) In luogo di *sit* nell'edizione del GEBAUER trovasi inesattamente FIT.

data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est, secundum SCAEVOLAE nostri sententiam. Nam si desinit esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? Et [88]) magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed [89]) interim alienatio fundi inhibeatur».

Si è creduto, che questo frammento sia in opposizione col precedente passo di ULPIANO. La contraddizione dovrebbe stare in ciò che ULPIANO avrebbe detto che il *fundus* a causa delle spese necessarie fattevi cessa in tutto od in parte di esser dotale; mentre ciò è qui negato espressamente da PAOLO. La Glossa fece già molti tentativi per conciliare questi due passi, ma non val la pena di tenerne conto *d*).

---

[88]) L'ultima edizione del *Corpus J. C.* del BECK legge *sed* invece di *et*. Così pure fa l'HALOANDER. Ma quasi tutte le edizioni seguono il testo fiorentino.

[89]) Il BECK ha *et* invece di *sed*, come l'HALOANDER.

---

*d*) Nella contronota precedente fu già osservato come anche secondo la spiegazione da noi data alla frase « *impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt* » debba logicamente ammettersi che cotesta *deminutio dotis* colpisce la dote come *universitas* e non i *singula corpora* e quindi non può mai verificarsi la perdita del carattere dotale per quelle cose che formano l'obbietto della dote. Tuttavia trattasi di una questione abbastanza grave, in ispecie quando si vogliano prendere in esame tutte le più importanti conseguenze giuridiche che o direttamente o indirettamente vi si possono ricommettere.

Sono soprattutto i noti passi di ULPIANO e di PAOLO (L. 5 Dig. XXV, 1 e L. 56 § 3 Dig. XXIII, 3) che hanno fatto sorgere qualche dubbio sull'uniformità dell'indirizzo seguìto dalla giurisprudenza classica. — Il nostro A. dà specialmente importanza al significato da attribuire ad alcune frasi contenute nel principio e nel § 1 della citata L. 5, dove ULPIANO fra l'altro dice:

*a*) non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio;

*b*) sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat an vero dicimus ex integro videri dotem? Ora, sarebbe appunto questa distinzione che il giureconsulto introduce fra *corpora* e *dos* (V. No. 57) che ai glossatori fece concepire il patrimonio dotale come un'astrazione, un'*universitas* o un *nomen juris*, in una parola come qualche cosa che si distingue dai singoli oggetti da cui è costituita.

E veramente non se ne potrebbe dubitare, tanto più che persino la stessa parola *universitas* (a meno che non si tratti di una interpolazione) troviamo ricordata (come ce ne avverte anche il nostro A.) dal medesimo giureconsulto ULPIANO (L. 1 § 4 Dig. XXXIII, 4).... Sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad *universitatem* erit referendum.

A parere del CZYLARZ (op. cit., pag. 283 e segg.), niun dubbio che secondo il frammento ulpianeo in tutti i casi in cui oggetto della dote sia non

A. FABER [90]) e A. MERENDA [91]) hanno tentato di togliere di mezzo questa contraddizione, dicendo che fa d'uopo distinguere il

[90]) *Conjecturar. juris civ.* Lib. I, cap. 2, pag. 2 sq.
[91]) *Controversiar. juris* lib. III, cap. 3 § 8.

una *pecunia*, ma un *fundus vel quodcumque aliud corpus*, debba essere a priori escluso il concetto della *corporis deminutio*. Nè è punto necessario, per giungere a tale conclusione, modificare il testo col sostituire all'*efficiet* un *efficeret*, come proporrebbe ad es. il FUCHS.

Ciò trova una splendida conferma eziandio nella storia dell'istituto, essendo abbastanza provato ormai come anche prima che sorgesse l'azione restitutoria fosse già invalso l'uso di riconoscere nelle spese necessarie una causa di *deminutio dotis uti universitas*.

Però, ammesso anche questo, quale sarà, si domanda, il senso preciso delle parole *deminutio corporis?*

E qui il CZYLARZ non è d'accordo con altri, fra i quali il BECHMANN.

Il CZYLARZ ritiene che i giureconsulti romani, anche discutendo se veramente la *deminutio* concerna la dote come *universitas* o piuttosto i *singula corpora*, non potevano mai intendere per *deminutio corporis* una diminuzione *materiale* dei singoli oggetti, ma piuttosto una diminuzione, per così dire, *ideale*. Difatti, osserva questo scrittore, volendo anche risolvere la quistione in base ai testi, sarebbe sempre lo stesso ULPIANO, che parlando del peculio, ci dice che questa *deminutio* deve intendersi *intellettualmente* e non *materialmente* (L. 6 pr.° e L. 8 pr.° Dig. *de pec. leg.* XXXIII, 8).

È precisamente questa l'opinione professata, fra gli altri, anche dal CUJACIO: « singula corpora non minui *corporaliter, realiter, naturaliter,* sed minui *universaliter pro rata;*.... ut de peculio.... cuius etiam singula corpora.... non minuuntur *corporaliter* sed *universaliter* tantum ». (*Observ.* lib. XXIII cap. 12). Ma, a parte le osservazioni non molto esatte che il CZYLARZ fa per mettere in rilievo le differenze caratteristiche fra la *dote* e il *peculio*, molto peso ha, secondo noi, quanto viene notando il BECHMANN contro siffatta opinione. — E per vero sarebbe inconcepibile supporre che PAOLO sentisse il bisogno di far ricordo di una divergenza che in proposito esisteva fra i giureconsulti romani e che ULPIANO, dal canto suo, desse tanta importanza alla distinzione che deve farsi fra *deminutio corporum* e *deminutio per universitatem*, se non si fosse appunto trattato di una diminuzione fisica. — Aggiungasi che le stesse parole testuali lo confermano in modo evidentissimo: « sed erit accipiendum, non ut ipsae res *corporaliter* deminuantur ».

Il nostro A. ricorda qui, come si vede, con somma diligenza le varie opinioni emesse dai principali scrittori che fino a quei tempi si erano occupati della controversia, e soprattutto si diffonde nel confutare con validi argomenti le teorie del FABER e del BEST, secondo i quali dunque tutti i dubbi sarebbero eliminati, come esso dice, qualora il passo di ULPIANO lo si interpretasse nel senso che quel giureconsulto abbia inteso dire unicamente, che in tanto può asserirsi che il fondo viene a perdere la sua qualità di *fundus dotalis*, in quanto al marito è concessa la facoltà di sospenderne la restituzione finchè non sia stato del tutto indennizzato delle spese che egli ebbe a sostenere; conclude da ultimo, notando come questa contraddizione in realtà non esista, purchè il

diverso punto di vista da cui son partiti i due giureconsulti. Se ULPIANO dice, che il *fundus* o per lo meno una parte del mede-

---

*ceterum* significhi *alioquin*. — Allo stesso concetto enunciato dal FABER e dal BEST si accosta manifestamente anche lo STERNBERG (op. cit., pag. 32).

« Der Satz dass notwendige Verwendungen ipso jure die Dos mindern, « ist nicht etwa so zu verstehen, als ob das Dotalgrundstück zu einem « gewissen Theile seine Dotalqualität einbüsste, sondern so, dass bei Nicht- « Ersatz der notwendigen Verwendungen ein Theil des Grundstückes oder « auch das ganze vom Manne retinirt wird ».

Ma lasciamo ora da parte la questione filologica, quantunque non siavi neppure a nostro avviso dubbio di sorta sul senso che ULPIANO intende dare alla parola *ceterum*, che è appunto quello di *altrimenti, in caso diverso*, ecc. (significato del resto che lo vediamo di nuovo attribuito poco appresso nel passo medesimo « *ceterum* si extrinsecus non imminent dotem »); ciò che soprattutto a noi interessa è l'interpretazione dell'altro frammento di PAOLO e anche più lo stabilire in quale relazione trovisi il principio da PAOLO espresso con la sentenza di SCEVOLA da lui stesso riferitaci.

Si tratta insomma di decidere se la giurisprudenza romana dell'epoca in cui visse SCEVOLA ammettesse o no l'estinzione del carattere dotale nei singoli oggetti che compongono la dote.

Nè dovremmo del resto meravigliarci se riuscissimo anche a constatare che in materia di tanta importanza la giurisprudenza non era perfettamente concorde. — Ma purtroppo non è così. — Notiamo intanto così di volo che secondo il DERNBURG (op. cit.), queste difficoltà che nella pratica dovevano necessariamente sorgere, derivavano dal carattere affatto speciale che aveva la dote come *universitas:* per il peculio ad es. cotesti dubbi non avrebbero potuto logicamente sorgere, appunto perchè per regola i debiti che lo gravavano non avevano verun rapporto con gli oggetti da cui esso era costituito; *le spese invece fatte sulla dote hanno per la natura stessa del rapporto un'immediata relazione con i singoli oggetti dotali* (sie stehen.... mit diesen in Connexität).

Molti dunque trovano non abbastanza chiaro il passo per stabilire se veramente fra SCEVOLA e PAOLO esista un vero e profondo contrasto, quantunque secondo quest'ultimo possa in taluni casi apparire *manifesta la iniquitas* della sentenza di quello (Cfr. PERNICE, *Labeo*, Vol. 1º, pag. 398).

Però non può dirsi davvero che siano mancate le più acerbe accuse contro il nostro PAOLO.

Per qualcheduno esso non avrebbe alla fine nulla concluso; mentre da un lato non sa nascondere le non lievi difficoltà cui si darebbe luogo adottando la teoria di SCEVOLA *(nam si desinit [fundus] dotalis esse, poterit alienari)*, dall'altro poi finisce col far sua la teoria stessa e permette nel medesimo tempo alla moglie di valersi del termine di un anno per indennizzare il marito (CZYLARZ, op. cit., pag. 285). Altri osservano che PAOLO, con le ultime parole della legge « *et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur* » viene implicitamente ad accettare l'opinione di SCEVOLA, cosa che egli logicamente non avrebbe potuto e dovuto fare dal momento che dichiara di discostarsi da questo ordine di idee (STERNBERG, op. cit., pagg. 33 e 34).

A noi sembra però che non interpreti esattamente il pensiero di PAOLO e di ULPIANO chi come lo STERNBERG ad es. sostiene che entrambi quei giureconsulti hanno più o meno abbandonato il principio « *ipso jure dotem minui* ».

sino cessa di essere dotale, egli ha inteso con questo dire che *quo ad effectum restitutionis* il *fundus* in tanto cessa di essere do-

---

Difatti si verrebbe a dire presso a poco quanto segue: ULPIANO rispetto a PAOLO è rimasto senza dubbio più fedele all'osservanza di quel principio, ma tuttavia lo ha esso pure in parte violato, concedendo al marito lo *ius retentionis* e imponendo alla moglie l'obbligo del risarcimento; = PAOLO poi lo ha abbandonato addirittura. =

Tali osservazioni sono a nostro avviso inesattissime.

Avanti tutto non è punto vero che ULPIANO sia in pieno disaccordo con PAOLO; in secondo luogo è parimente assurdo l'affermare che PAOLO citando il nome autorevole del suo SCEVOLA, abbia fatto tale una confusione da *non* permettere più neppure di comprendere in modo preciso in che differisca il concetto dell'uno da quello dell'altro.

Non potrebbesi negare senza dubbio che a prima vista in ispecie, l'opinione di SCEVOLA sembra essere alquanto indeterminata, e ciò fornisce a noi la prova più evidente di qualche incertezza di vedute da parte degli stessi giureconsulti romani e delle gravi difficoltà che per molto tempo anche a loro dovettero presentarsi. — Ma una tale indagine potrà avere tutto al più importanza per ciò che attiene alla storia dell'istituto di cui parliamo; per i giureconsulti del periodo classico niun dubbio poteva più sorgere in proposito, la giurisprudenza erasi dichiarata perfettamente concorde.

Per ULPIANO è evidente che la dote debba essere considerata come un'*universitas* ed altrettanto deve ripetersi ed a maggior ragione per PAOLO (*quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse*).

Ma l'errore grave consiste nel credere che a tale conclusione si sia venuti per tener fermo il principio che la dote deve essere considerata come un'*universitas:* tutt'altro; sarebbe questo un confondere l'effetto con la causa. Appunto perchè la dote doveva essere considerata come una *universitas*, mentre le spese necessarie portavano seco come conseguenza *ipso jure* e cioè *immediatamente* una *deminutio* delle *res dotales*, appunto per ciò, diciamo, gli effetti di questa diminuzione non dovevano subito farsi sentire, ma nel tempo stesso rimanevano invece sospesi: non è dunque vero che ULPIANO accorda al marito uno *jus retentionis* soltanto per ragioni di utilità pratica; non è giusto l'affermare che PAOLO sia un ecclettico e che per conciliare l'opinione professata da SCEVOLA con la propria ricorra al facile e comodo espediente di accordare alla moglie la proroga di un anno per risarcire il marito delle spese, appunto per evitare il pericolo che questi possa procedere alla vendita dei beni dotali e così privare lei del suo patrimonio.

Tanto SCEVOLA quanto PAOLO partono dalle identiche premesse, entrambi sostengono che la diminuzione materiale degli oggetti che compongono la dote debba essere senz'altro esclusa.

Anche SCEVOLA difatti dice in sostanza che il *fundus desinit esse dotalis, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.* Pertanto non costituisce affatto una novità quello che poi aggiunge PAOLO per conto proprio nell'ultima parte della legge, poichè è ovvio che lo stesso SCEVOLA, mentre permetteva alla donna di far sospendere per un anno le conseguenze che si sarebbero per necessità verificate nel caso in cui, come leggesi nel testo, « tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est », implicitamente

tale in quanto il marito è autorizzato a ritenerlo presso di sè a causa delle spese necessarie fino a che non sia indennizzato delle

---

veniva a riconoscere anche lui la possibilità che l'*ager* riacquisti il suo carattere dotale e che nel frattempo ne sia vietata al marito l'alienazione.

Inoltre il vedere poco appresso citato anche NERVA per risolvere l'altra non meno ardua questione intesa a stabilire se si abbia in seguito al rimborso effettuato dalla moglie o un aumento della dote ovvero una *dos ex integro data*, mostra chiaramente come in fondo anche SCEVOLA e così PAOLO si preoccupassero soprattutto di questo punto.

E i singoli quesiti che PAOLO si propone ce ne porgono la più ampia assicurazione: « nam si desinit dotalis esse poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an iam pecunia in dote esse videbitur? »

Il fatto secondo noi è semplicissimo: nessuno dei due, nè PAOLO, nè SCEVOLA, dubitano di affermare, che quando le spese fatte dal marito *per partes* abbiano raggiunto il valore totale del fondo, questo debba perdere *potenzialmente* il carattere di *fundus dotalis*. Se così non fosse, saremmo costretti a non riconoscere più la verità dell'adagio « impensis necessariis dos ipso iure minuitur ».

Ma al solito altro è diritto e altro è esercizio del diritto medesimo.

Quello che è stato osservato precedentemente nella contronota *c* in fine è più che sufficiente per dare un'adeguata spiegazione di ciò che ora intendiamo dire.

È pertanto la natura stessa dell'istituto dotale che non permette, come osserva il PERNICE (op. e loc. cit.), uno spezzamento parziale fra i vari elementi componenti il tutto, *appunto perchè questo è consacrato al raggiungimento di un dato fine e la sua integrità dipende dalla integrità delle parti.*

Si potrà discutere fors'anco sul perchè del termine perentorio proprio di un anno fissato per il risarcimento (V. contr. *e*), ma intanto è innegabile il fatto della dilazione accordata alla moglie, e ciò precisamente perchè si vuole in ogni modo evitare che la dote constante matrimonio finisca, essendo questo lo scopo precipuo dell'istituto dotale. Quindi la dote nel frattempo, benchè *apparentemente* e *nominalmente*, continua ad esistere.

Ed è sotto questo punto di vista che non può dirsi destituita affatto di base scientifica la teoria cuiaciana (Comm. in Tit. 4 lib. 33 Dig. ad L. 56, § 3 Dig. XXIII, 3), secondo la quale l'anno dovrebbe incominciare a decorrere dal giorno dello scioglimento del matrimonio anzichè dal giorno in cui fu fatta l'ultima spesa.

Parlando infatti del noto aforisma « impensae necessariae dotem ipso iure minuunt » si disse che sono i fini stessi che si propongono marito e moglie di raggiungere con la società coniugale quelli che vietano al marito di esercitare immediatamente il suo diritto.

Imperocchè altrimenti si verrebbe a disconoscere lo scopo precipuo dell'istituto dotale, che è anzitutto quello, come ora abbiamo rilevato, di far rimanere presso il marito il patrimonio della moglie *ad onera matrimonii sustinenda*.

Del resto la questione relativa al punto di partenza per stabilire quando è che l'anno debba intendersi decorso, si riconnette, a nostro giudizio, logicamente all'altra, se cioè quando la moglie abbia estinto il suo debito di fronte al marito, si faccia luogo ad una *ex integro dotis datio* o semplicemente ad una *auctio dotis*.

spese medesime. Ciò non è negato neppure da PAOLO, e se egli afferma tuttavia che il *fundus* neppure a motivo di coteste spese cessa di essere dotale *aliqua ex parte* non fa che esaminar la cosa *simpliciter*, come è in sè stessa. Infatti non potrebbe certo il marito per le spese da lui sostenute appropriarsi il *fundus dotalis velut compensationis iure*. E così avrebbero ragione entrambi.

---

È facile difatti comprendere come anche se si ammetta la teoria contraria a quella sostenuta dal CUIACIO, debbasi tuttavia riconoscere che il risarcimento delle spese da parte della donna non potrà giammai costituire un secondo assegno di dote.

Tale concetto enuncia chiarissimamente lo stesso CUIACIO, allorchè dice: « Ex his sequitur, muliere satisfaciente impensis necessariis. . . . . pecuniam, quae simul data erat in dotem, quae ipso iure per impensas necessarias imminuta erat, *aucta fuisse videri quanto prius imminuta fuerat* ».

È sempre PAOLO che nella famosa L. 56 citata lascia, secondo alcuni, anche su questo punto gravi dubbi.

Sarebbe certamente inutile ripetere intorno a questa parte i molti e gravi argomenti addotti pro e contra dai vari scrittori. Ci limiteremo ad un'unica osservazione: oltre la ragione suesposta di indole generale, un'altra ve ne ha di non minore importanza e che meglio corrisponde anche alla presunta intenzione dei coniugi che è quella cioè di considerare l'antica dote come tuttora non estinta, compensando la diminuzione che aveva avuto luogo.

Ma non solo noi saremmo costretti ad ammettere contro lo spirito del diritto romano, che l'effetto del pagamento delle spese eseguito dalla moglie sarebbe appunto quello di dar luogo ad una seconda dotazione, qualora fossimo disposti a seguire l'opinione di chi vorrebbe sostenere, male interpretando le parole di SCEVOLA, che la *deminutio* si verifica nelle *singulae res;* ben altre conseguenze e non meno rilevanti produrrebbe l'applicazione di questo falso principio. E così p. es., mentre escludendo qualsiasi relazione fra le spese e i singoli oggetti della dote, se questi vengono a perire, periscono, come è naturale, a danno della moglie; il contrario invece avverrebbe nel caso inverso: parimente nell'un caso non venendo i *singula corpora* a perdere, ad onta delle spese, il carattere dotale, le accessioni non potranno subire la stessa sorte dei frutti, ma saranno considerate come un ampliamento della dote e come tali entreranno a far parte del patrimonio della moglie, laddove nell'altra ipotesi neppure le accessioni potranno più appartenere alla dote, allorchè la donna lasci inutilmente trascorrere l'anno che a lei viene accordato per il risarcimento.

In fine, dato che le conseguenze prodotte dalle *impensae necessariae* dovessero restringersi agli oggetti per la conservazione dei quali le spese stesse furono fatte, niun dubbio che il marito mentre da un lato potrebbe persino essere autorizzato ad alienare quelle cose, dall'altro nessun diritto potrebbe mai accampare sulle restanti *res dotales*, quand'anche l'ammontare delle spese superasse per avventura di gran lunga il valore complessivo della dote stessa.

Per completare il commento del testo pauliano un'ultima osservazione resterebbe a fare sulla frase « per partes ».

Ma qui non sapremmo che approvare quello che giustamente osserva il nostro A. ripetendo col FABER] (V. No. 98 e 99) che sarebbe addirittura ridicolo

Non molto diversa da questa è l'opinione del BEST [92]). A suo avviso ULPIANO dice perfettamente il vero: *fundum ob impensas necessarias desinere esse dotalem, vel partem eius,* cioè la moglie non potrà ricuperare il *fundus* finchè non ha compensato il marito delle spese da lui fatte. Un tal senso si desume in modo evidentissimo dalle parole che seguono: *manebit ergo maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat.* Ma nel tempo stesso è vero altresì ciò che dice PAOLO: « *fundus non desinit aliqua ex parte dotalis esse* ». La quistione infatti è esaminata sotto un altro punto di vista. Egli vuole cioè con questo dimostrare che il marito non ha il diritto di alienare il *fundus dotalis* a causa delle spese ivi fatte. Così PAOLO si è da sè stesso chiarito colle parole che seguono: *nam si desinit dotalis esse poterit alienari.*

G. MAJANSIUS [93]) poi tenta così di giustificare ULPIANO e PAOLO: esso ritiene cioè che le parole di ULPIANO « *ceterum haec res* (impendisse scilicet pecuniam) *faciet desinere esse fundum dotalem* » si debbano riferire al caso in cui le spese raggiungano il valore totale del *fundus* ed in questa ipotesi il *fundus* stesso perde del tutto la qualità di fondo dotale; ma se tuttavia non si è speso tanto, quanto è il valore del *fundus*, soltanto una porzione di questo *fundus* finisce di far parte della dote (*vel partem eius*). Questa perdita per altro del carattere dotale ha luogo in ogni caso solo apparentemente, il *fundus* cioè cessa di far parte della dote solo in quanto il marito ha un mero diritto di ritenzione, sino a tanto che non sia stato rimborsato delle spese.

---

[92]) Cit. loc. pag. 201 e seg.
[93]) *Disputat.* cit. §§ 6 e 7 pag. 428 e seg.

---

(quantunque lo STERNBERG ad es., op. cit., pag. 33, dichiari essere ciò indifferente) lo ammettere che sotto l'aspetto giuridico i medesimi effetti dovessero derivare dalle spese necessarie, tanto se fatte a più riprese (*per partes*) quanto se eseguite tutte in una sola volta.

È vero infatti che lo scopo delle spese necessarie è unicamente quello di evitare la distruzione delle *res dotales* per poterle poi restituire alla donna: ora sarebbe assurdo parlare di misure di conservazione trattandosi di un atto che ha per conseguenza l'annientamento della cosa.

Tentativi inutili per toglier di mezzo una contraddizione, che in realtà non esiste, purchè la parola *ceterum* la si prenda nel suo giusto significato, come l'adopera appunto ULPIANO, e cioè per *alioquin!* Si fraintende manifestamente ULPIANO, quando le sue parole « *ceterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem eius* » vengano interpretate come se egli avesse avuto in animo di dire il contrario di ciò che insegna PAOLO. La vera opinione di ULPIANO è piuttosto questa, che a causa delle spese necessarie non può la dote, ove essa consista in cose corporali, subire diminuzione alcuna; altrimenti (*ceterum*) la spesa necessaria, se dovesse avere per effetto una diminuzione delle cose corporali, farebbe sì che o tutto il *fundus dotalis* o una parte per lo meno di esso non appartenesse più alla dote. Molto a proposito pertanto dice Giulio PACIUS [93 bis]), ciò che del resto era stato notato prima di lui da GOVAEANUS [94]), « Nec contradicit ULPIANUS PAULO dummodo *ceterum* accipiatur pro *alioquin*, ut sit nota absurdi, quod consequeretur, si diceremus, corpus dotale deminui [95]) ».

Del resto dal passo di PAOLO emerge che la regola « *necessariae impensae ipso jure dotem minuunt* » può essere anche interpretata nel senso che le spese necessarie conferiscano il diritto di ritenere le cose dotali, per cui le spese stesse furono sostenute, fino a quando venga effettuato il pagamento. Ciò non solo è confermato dal passo citato delle Istituzioni [96]), ma altresì, e più chiaramente ancora, dallo scoliaste greco dei Basilici [97]).

Ἀλλὰ τὸ εἰρημένον, ὅτι τὰ νεκεσσάρια δαπανήματα κατᾶ τὸ *ipso jure* μειοῦσι τὴν προῖκα, πρὸς τοῦτο ὅρα, ἵνα ἐὰν μὴ αποδιδοται

[93 bis]) Εναντιοφανῶν *seu legg. conciliatar. Centur.* IX. *Quaest.* 4, pagina 655 (Colon. 1661-8).

[94]) *Variar. lection.* lib. I, cap. 1 in fin.

[95]) Cfr. nota 57 pag. 397 ov'è mostrato che anche lo scoliaste greco nei Basilici non ha diversamente inteso il passo di ULPIANO. VALETT nell'op. cit. § 19 pag. 33 chiama tuttavia questa spiegazione un tentativo di conciliazione originale.

[96]) V. HUMMELS *Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung des positiven Rechts*, 1 Parte, pag. 145 e sgg.

[97]) Tom. IV pag. 600, Sch. *p.*

τὰ νεκεσσάρια δαπανήματα παρακαταστεῖν μέρος τοῦ ἀγροῦ, ἢ καὶ πᾶς ὁ ἀγρός. i. e. *sed quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, eo spectat, ut nisi reddantur impensae necessariae, retineatur pars fundi, aut totus fundus.*

PAOLO quindi viene a riconoscere come cosa indiscutibile che qualora la dote abbia per oggetto un *fundus,* il quale deve esser restituito dopo lo scioglimento del matrimonio, neppure le spese necessarie possono produrre la conseguenza di fargli perdere il carattere di fondo dotale. Però lo stesso PAOLO cita un'opinione di SCEVOLA, secondo la quale devesi ammettere a cotesto principio una eccezione. Egli infatti soggiunge:

« Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit *per partes,* quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, SCAEVOLA noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit ».

Il caso speciale di cui qui si occupa il giureconsulto SCEVOLA è appunto quello in cui le spese mano a mano fatte raggiungono il valore complessivo del *fundus dotalis.* Merita una più precisa spiegazione la frase « *per partes* ».

Essa ci dice che non in una sola volta dovrebbe esser fatta una spesa così ingente da raggiungere o sorpassare anche il valore del fondo dotale.

Vero è che il glossatore GIOVANNI, al quale si associa pure l'ACCURSIO, non dà alcun peso a questo fatto; il giureconsulto PAOLO avrebbe secondo loro aggiunto la frase « *per partes* » soltanto in via di esempio, in quanto è difficile nella pratica che si dia il caso in cui il marito spenda tutto ad un tratto una somma che sta a rappresentare il valore totale della dote. Che se nondimeno questa speciale ipotesi si verifichi, uguale sia la regola. Ma A. FABER [98]) a buon diritto dichiara destituita di valido fondamento siffatta opinione, in quanto fa spiccato contrasto con il concetto che deve aversi delle *impensae necessariae.*

E difatti per spese necessarie debbono appunto intendersi quelle che sono indispensabili per evitare il deterioramento o la

---

[98]) *Conjectur. juris civ.* lib. I, cap. 2, pag. 2.

distruzione del patrimonio *dotale* [99]), e che per conseguenza il marito è tenuto a fare per la conservazione della dote.

Ora come potrebbe seriamente ammettersi che il marito abbia speso per la conservazione di cotesta dote, qualora in una sola volta abbia impiegato una somma equivalente al valore di tutto il patrimonio?

Del resto che le parole *per partes* non siano qui da intendersi come una frase insignificante, come vorrebbero ritenere i glossatori, apparisce in modo anche più manifesto dagli Scolii dei Basilici [100]).

Νεκεσσάρια ἐστι δαπανήματα, ὧν μήτε γενομένων ἀπολλυται τὸ ὑποκείμενον. ἐπειδάν οὖν ἐνεκαλεῖτο ὁ ἀνὴρ, ὅτι περὶ ἀγρὸν ἄζιον ὄντα ύ. νομισμάτων τετρακόσια ὑφ'ἓν ἐδαπάνησεν, εἰκότως ὁ νομικός *per partes* γίνεσθαι τὴν δαπάνην ὑποτίθεται. i. e. *Necessariae impensae sunt, quae si factae non sint, res peritura sit. Quoniam ergo culpabatur marito, quod in fundum, qui quadrigentorum nummorum pretium habet, quadringentos simul impendisset, merito ponit Jurisconsultus, impensas factas esse* PER PARTES.

Se quindi in più volte la spesa necessaria si è portata fino a raggiungere il valore del *fundus*, non può di questo farsi un rimprovero al marito. Egli meriterebbe piuttosto un rimprovero, qualora volesse tralasciare l'ultima spesa necessaria, perchè eleva la spesa già fatta fino all'intiero valore del *fundus*. Per conseguenza egli dovrebbe fare anche questa spesa. Il fatto era in questo caso dovuto a circostanze accidentali, e non potevasi perciò evitare dal marito. Benchè peraltro in questa ipotesi il *fundus* debba finire di esser dotale *ipso jure*, tuttavia SCEVOLA vi aggiunge la limitazione: *nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.* Può darsi alle volte che la moglie risenta un vantaggio dalla conservazione del *fundus dotalis*, anche spendendovi tanto quanto è il valore del fondo. In fine secondo l'opinione di SCEVOLA deve esser permesso alla moglie di riportare nella massa dotale il *fundus*, quantunque questo abbia cessato di esser dotale, coll'offrire spontaneamente al marito prima di un anno il

---

[99]) L. 79 pr. D. *de Verb. Signif.*

[100]) Tom. IV. lib. XXIX, tit. 1 pag. 600, Sch. 0.

rifacimento delle spese. Ma da ciò che PAOLO aggiunge a giustificazione dell' opinione di SCEVOLA si rileva che la moglie poteva tuttavia valersi della facoltà concessale solo nel caso che il marito non avesse nel frattempo alienato il *fundus dotalis*. Infatti se quel fondo avesse perduto la qualità di fondo dotale, sarebbesi potuto anche alienare. Che tale dovesse essere stato il pensiero di SCEVOLA, o che ciò per lo meno possa indursi dalla opinione da lui manifestata si argomenta dalle parole seguenti: *nam si desinit dotalis esse, poterit alienari*. L'opinione di SCEVOLA nondimeno si limitava unicamente al caso straordinario, in cui soltanto un *fundus* fosse stato dato in dote e per questo si fosse speso per l'intiero suo valore. Esclusivamente in codesto caso sembra che alla moglie debba essere stato concesso secondo l' opinione di SCEVOLA il termine di un anno. Che se ella abbia unitamente ad un *fundus* recato in dote anche del denaro, e si sian fatte delle spese necessarie sul *fundus*, in tale ipotesi secondo l'opinione di NERVA, come ci vien detto da PAOLO, soltanto la *dos pecuniaria* soffre una diminuzione, cioè, conforme quanto dichiara lo scoliaste greco nei Basilici [1]), è il danaro solamente che cessa di esser dotale, non già il *fundus*. Come nel caso in cui sia stato recato in dote del denaro soltanto, così anche in questo sembra che il diritto della donna non sia ristretto a quel termine. ULPIANO infatti nella legge sopra citata non ne parla affatto. Nè sembra che vi possa essere stato in proposito dubbio veruno. PAOLO pertanto si riferisce al caso precedente soltanto quando trattisi di una dote che ha per oggetto unicamente un *fundus*, per il quale poco a poco siasi speso tanto da raggiungere l' intiero suo valore.

Egli propone la questione come debba siffatto rapporto giuridico regolarsi, allorchè la moglie abbia pagato al marito le spese. Viene con ciò costituita una nuova dote? ciò è detto qui colle parole « *utrum crescet dos* » come già si è sopra dimostrato; o piuttosto è solo l'antica dote, la quale aveva finito di esser tale,

---

[1]) Tom. IV, pag. 599, Sch. *n.* λέγει Νέρβας, τὰ ἐπιδοθέντα κρήματα πάνεσθαι εἶναι ἐν προικὶ, καὶ οὐ τὸν ἀγρόν.

che riprende il suo pristino carattere? [2]) Ammettasi, dice PAOLO, seguendo l'opinione di SCEVOLA, che il *fundus* cessi immediatamente di esser dotale, appena le spese necessarie fattevi volta per volta abbiano raggiunto il suo valore: e ne conseguirà un'ingiustizia ed una assurdità. Imperocchè in primo luogo il *fundus* ha perduto la sua qualità di dotale e per conseguenza può essere pure validamente alienato.

Ma ammesso che il *fundus* sia stato una volta alienato, come può il risarcimento delle spese rendergli la qualità di fondo dotale? O invece devesi in qualche modo considerare la somma pagata al marito come una nuova costituzione di dote?

Ciò è anche meno ammissibile. Ed in vero il danaro non era stato pagato al marito collo scopo di costituirvi una dote nuova. Per togliere quindi di mezzo questa assurdità e quell'ingiustizia ad un tempo PAOLO spiega l'opinione di SCEVOLA nella maniera seguente: Egli non nega che il *fundus*, su cui poco a poco è stato impiegato tanto danaro quanto è il suo valore, cessi appunto per ciò di esser dotale; ma perchè sia reso possibile alla moglie di conservare il suo *fundus* rimborsando il marito delle spese sostenute e rendere a quello la qualità di fondo dotale vien proibito al marito di alienare il *fundus* prima del decorso di un anno. Questo sembrami essere il processo logico di PAOLO nel difficile passo, e questo sopratutto il significato delle ultime parole: *Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio inhibeatur*; ciò ha dichiarato pure lo scoliaste greco nei Basilici [3]). In questi [4]) il senso della nostra L. 56

---

[2]) Lo scoliaste greco, pag. 600, ha così riassunto cotesta quistione: πότερον τῶν νεκεσσαρίων δοθέντων δαπάνων αὐξάνεται ἡ προῖξ, ἢ εξ ἀκεραίου πάλιν δεδόσθαι δοξεῖ, τουτέστιν ἀνανεοῦται ἡ πρότερον ἐπιδοθεῖσα, ὥστε τὰ παυσάμενα εἶναι δοτάλια κατὰ τὴν Σκαεβόλα γνώμην, πάλιν ἄρχεσθαι; i. e. *utrum necessariis impensis datis crescet dos, an ex integro rursus dari videbitur, id est, quae prius data est, renovabitur, ut quae desierint esse dotalia secundum Scævolae sententiam, incipiant rursus esse dotalia?*

[3]) Tom. IV, pag. 600, καὶ οἶδα ὅτι πάντες ἂν εἴποιεν αὐτὸν μᾶλλον τὸν ἀγρὸν εἰς τὴν προῖκα ἐπανιέναι. — τουτέστι πάυεσθαι μὲν τὸν αγρὸν εἶναι δοτάλιον, ἐν δὲ τῷ μεταξὺ καλύεσθαι αὐτοῦ τὴν ἐκποίησιν. *Scio autem omnes dicturos esse, ipsum potius fundum reverti in dotem: hoc est, desinere quidem fundum esse dotalem, interim autem prohiberi eius alienationem.*

[4]) Tom. IV, Lib. XXIX, Tit. 1, Const. 52, § 2, pag. 520.

§ 3 D. *de jure dot.* è in modo esattissimo espresso, dicendovisi: Εἰ δὲ κατὰ μέρος εἰς τὸν ἀγρὸν ἐδαπανήθη ὅσου ἦν ἄξιος, παύεται εἶναι προικιμιαῖος, εἰ μὴ ἐντὸς ἐνιαυτοῦ παράσχῃ δαπάνας — Καταβαλούσης δὲ τῆς γυναικὸν τὰς δαπάνας, ὑποστρέφει ὁ ἀγρὸς εἰς τὴν προῖκα: ἐν τῷ μεταξὺ δὲ κωλύεται ἡ εκποιήσις αὐτοῦ i. e.

*Si per partes in fundum tantum impensum sit quanti fundus est, desinit dotalis esse, nisi intra annum impensas solverit. Si autem mulier impensas (marito) solverit fundus in causam dotis revertitur; interim autem alienatio eius inhibetur* [5]) *e*).

---

[5]) Nessuno dei più antichi interpreti di questo passo controverso ha su tal punto tenuto conto dei Basilici e dei relativi scolij; di quì le false opinioni presso Ant. FABER, *de erroribus Pragmaticor. et interpretum juris* Decad. LXXXII, Err. 5., dove egli ha cercato di correggere non molto meglio ciò che *minus bene* aveva spiegato, come dice da sè stesso, nel Lib. I. Conjecturar. cap. 2; inoltre presso BACHOV advers. Ant. *Fabrum* Decad. LXXXII, Err. 5; presso Ant. MERENDA *Controv. juris*, Lib. III, capo 3 e POTHIER, *Pand. Justinian.* T. II *h. t.*, N. VI, not. c. pag. 76.

---

*e*) Varie spiegazioni ebbe nei vari tempi il termine di un anno assegnato alla moglie per restituire al marito l'equivalente delle spese ch' egli ebbe a sostenere.

Perchè, si domanda, il limite doveva essere appunto di un anno? Ed in secondo luogo, quale estensione aveva il diritto che restava nel frattempo al marito per ciò che concerne la facoltà a disporre della sostanza delle cose? In altri termini, perderà il marito *incondizionatamente* il diritto, che per regola avrebbe acquistato di alienare il fondo dotale sin dal giorno in cui l'ammontare delle spese ne raggiunse il valore?

Il nostro A. osserva che il CUJACIO sarebbe di avviso che nelle fonti in ordine alla questione del termine nonchè al divieto temporaneo dell' alienazione dovesse scorgersi un' interpolazione.

Ma le ragioni che egli adduce e che vengono qui nel testo riferite dall'A. medesimo, sono prive di qualsiasi fondamento giuridico, e sopratutto a causa della interpretazione oltre ogni dire estensiva che ebbe in Roma la lex Julia, come nota con molto acume e con esatti criteri storici il FABER (*Conject. jur. civ.*). Quanto però allo stabilire perchè proprio debba essere stato fissato un anno, nessuno credo possa essere in grado, anche facendo appello alla storia, di darne un'adeguata spiegazione.

Il KARLOWA (op. cit.) pensa che non debba trattarsi addirittura di un termine stabilito a capriccio, non venendo così ad escludere (il che molti a torto vorrebbero) che per analogia il limite di tempo concesso alla moglie sia stato suggerito da qualche altro caso affine. Ora anche a noi sembra che se si dovesse il quesito risolvere con interpretazione analogica, qualche riscontro storico potrebbe senza difficoltà trovarsi.

Ma il fatto dunque per cui il *fundus dotalis* cessa di essere *in dote*, qualora poco a poco le spese necessarie fattevi raggiungano il valore del medesimo, ha bene il suo fondamento, come opina anche A. FABER [6]), in ciò che la donna non sembra aver più interesse veruno a ritenere un *fundus*, che sarebbe poi costretta a ricomperare dal marito e a pagargliene l'intiero valore nel caso che volesse conservarlo.

Siccome però talvolta può essere utile per la moglie recuperare il *fundus dotalis*, quantunque le spese necessarie fattevi abbiano raggiunto l'ammontare del suo valore; così è necessario

---

[6]) *Conjecturar. juris civ.* Lib. I, cap. 2, pag. 2.

---

In ogni modo qualunque teoria sarebbe sempre migliore di quella che manifesta l'A., il quale si limita a dire che del fatto non si sa dare altra sufficiente spiegazione all'infuori di questa, che si reputava cioè sufficiente il termine di un anno per dar tempo alla moglie a trovare il danaro occorrente per indennizzare il marito delle spese necessarie!

Molto meno saremmo disposti a seguire l'opinione dell'A. stesso relativamente al secondo punto, ossia entro quale misura possa dirsi che il marito ha perduto il suo diritto ad alienare.

Esso infatti muove dalla falsa premessa che nella L. 56 PAOLO, per raddrizzare e correggere il pensiero di SCEVOLA, viene a concludere implicitamente che la proroga accordata alla moglie non l'autorizzi nè punto nè poco a valersi del beneficio legale, qualora nel frattempo il marito le abbia alienato il fondo (si desiuit [fundus] dotalis esse, *poterit alienari*). Nella contronota precedente si è detto in quale rapporto debba intendersi che stia secondo noi il concetto espresso da SCEVOLA con quello espresso da PAOLO: si notò allora come i due giureconsulti fossero alla fine in pieno accordo fra loro, ammettendo entrambi che l'unico effetto che avrebbero potuto produrre le spese, era appunto quello di privare temporaneamente il marito a favore della moglie dell'esercizio del proprio diritto, accordandogli però nell'istesso tempo uno *jus retentionis*.

Quindi allorchè si dice da PAOLO, alludendo a SCEVOLA, che questi considerava il fondo come non più avente la qualifica di *fundus dotalis*, si intende solo dire che cotesta qualifica è venuta meno unicamente in quanto al diritto di alienare i beni della moglie, diritto che il marito ha già acquistato, benchè tuttavia non possa ancora tradurlo in atto.

Se così non fosse, non saprebbesi davvero spiegare perchè il pagamento effettuato dalla moglie abbia effetto retroattivo e perchè la situazione resti invariata come se nessuna spesa fosse mai stata fatta.

Epperò quello che in sostanza subisce una diminuzione è la *repetitio dotis* più che la massa delle *res dotales*; lo apprendiamo per bocca dell'imperatore GIUSTINIANO: « propter retentionem quoque *dotis repetitio minuitur*, nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est... » (§ 37 Inst. IV, 6).

che cotesto *fundus* possa riprendere il suo pristino stato, la sua qualità di fondo dotale, che aveva perduto, quando venga il marito indennizzato dalla moglie delle spese da lui sostenute.

Questa rinnovazione della dote pertanto non può essere impedita dal marito, il quale peraltro non ha neppure il diritto di pretenderla dalla moglie; la legge bensì esige espressamente una spontanea offerta di risarcimento per parte della moglie, ed appunto per questo scopo viene accordato alla moglie il termine di un anno. Il CUIACIO [7]) vuol considerare questa come un'interpolazione derivante da TRIBONIANO o GIUSTINIANO, perciocchè sembri una disposizione propria della tendenza dei tempi alla codificazione piuttosto che essere opera del giureconsulto. Nè SCEVOLA, nè PAOLO avrebbero quindi potuto fissare un termine siffatto. Ma quante altre norme giuridiche non vi sono, le quali senza essere state riconosciute dall'autorità dei giureconsulti romani furono tuttavia convalidate dal foro? [8]) Per qual motivo però è stato fissato appunto un anno? Di ciò non si sa dare altra ragione se non questa, che cioè si reputava sufficiente un anno per dar tempo alla moglie a trovare il danaro occorrente per indennizzare il marito delle spese necessarie ed anche per considerare bene se le convenisse o meno di riacquistare il *fundus* mediante il risarcimento di queste spese [9]).

Ma per lasciare alla moglie questo termine per deliberare dovevasi senz'altro proibire al marito di alienare il *fundus* durante questo tempo. Anche qui, pensa il CUIACIO, si scopre la mano di TRIBONIANO. Infatti un giureconsulto non avrebbe mai potuto stabilire che un *fundus* per il tempo in cui ha cessato di essere dotale non possa essere alienato, limitandosi il divieto della *lex Julia* soltanto all'alienazione di un *fundus dotalis*.

---

[7]) *Observation*. Lib. XXIII, Cap. 12 in fine.

[8]) V. JAC. RAEVARDI, *de auctoritate Prudentum*. Lib. sing. BEST. Diss. cit. Cap. I in fine pag. 205.

[9]) Più elevati motivi ha tentato di scoprire il MAJANSIUS cit. Disputat. § 7. Non vale però la pena di citarli. V. VALETT, op. cit. § 24, pag. 41.

Una nuova costituzione avrebbe stabilito doversi estendere anche a un fondo, che non è più dotale cotesta, proibizione.

Ma anche qui il grande CUIACIO [10]) ha evidentemente torto. Egli non pensava, che la *Lex Julia* la quale espressamente parla solo *de praedio dotali* per analogia può bene ancora applicarsi al fidanzato come ce lo mostra GAIO lib. XI *ad Edictum provinciale* [11]) malgrado che il *fundus* consegnatogli dalla sposa non divenga dote finchè il matrimonio non ha avuto luogo, sia pure che come dote sia stato assegnato [12]). Manifestamente compete alla moglie l'*actio de dote* qualora il *fundus* col pagamento della spesa necessaria fatta nel medesimo abbia ricuperato di nuovo la qualità di fondo dotale. Ora PAOLO libro XXXVI *ad Edictum* [13]) dice appunto in senso generale: « Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnino competitura est ». A buon diritto adunque dice A. FABER [14]): « neque vero novum est, ut etiam eius fundi, qui dotalis non est, alienatio lege Julia inhibeatur: sufficit enim, mulieri actionem de dote competere posse, licet interea non competat » [15]). Poichè le *impensae necessariae* diminuiscono la *dos ipso jure,* una tale diminuzione ha luogo pertanto anche allorquando il marito lascia nel proprio testamento alla moglie la sua dote a titolo di prelegato, sia pure che avesse adoperato la formula, « quanto mi ha portato mia moglie in dote, tanto deve il mio erede dopo la mia morte restituire ». Cotesta formula non costituisce alcuna eccezione.

Di ben altra cosa si tratta invece nel caso che un terzo istituisca erede il marito e poscia ordini a favore della moglie un legato di quel genere, ingiungendo cioè al marito, come suo erede, di restituire alla moglie quanto essa gli ha portato *dotis nomine.* In questo caso si deve alla moglie tutta quanta la sua

---

[10]) Cit. Loc.
[11]) L. 4 D. *de fundo dotali.*
[12]) V. HASSE, *Güterrecht der Ehegatten,* 1 Vol. § 70 pag. 243.
[13]) L. 3, § 1 D. *de fundo dot.*
[14]) *Conjecturar. juris civ.* Lib. I, cap. 2, pag. 2.
[15]) Si consulti anche il VALETT, op. cit. § 25, pag. 43 e seg.

dote senza alcuna deduzione per le spese necessarie. Nè perciò il marito vien liberato dalle conseguenze dell'*actio dotis*, come ne è liberato invece il suo erede, quando è il marito stesso che lascia in legato la dote alla moglie e l'erede uniformandosi al tenore di questo legato le ha pagato la dote. Imperciocchè nel testamento di un terzo è ammesso, che la dote venga nominata soltanto *taxationis causa*, cioè tanto per determinare in questo modo l'entità del legato o la somma da pagarsi alla moglie in forza del legato medesimo. È a ciò che si riferisce quel passo di GIAVOLENO da tanti frainteso, che è tratto dal suo *libro* VII *Epistolarum* [16]) *f*) e che suona così: « A me herede [17]) uxori meae ita le-

[16]) L. 41, § 1 D. *de legat.* II.

[17]) Il testo Fiorentino legge qui *heredi* per *herede*. Non è improbabile che nelle *Pandette Fiorentine* nell'ablativo della 3ª declinazione siavi un *i* per un *e*. Esempi ce ne offrono la L. 8, la L. 23, § 5 D. *de rei vindic.* nonchè la L. 39 D. *de injur.*

*f*) Il passo di GIAVOLENO non è poi di così difficile interpretazione, come il nostro A. vorrebbe farci credere. Tutto difatti si riduce all'esatta intelligenza della frase « *non idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri* ».

Ma è indispensabile, se non correggere, per lo meno completare la spiegazione che lo stesso GIAVOLENO tenta dare del principio che egli enuncia.

È vero perfettamente, così la pensa l'A., che trattandosi di un estraneo è da supporre che questi abbia lasciato a titolo di legato la dote quasi *taxationis loco*. E così resterebbe fermo che la differenza di trattamento è dovuta ai rapporti personali, che sono effettivamente diversi nei due casi contemplati nel frammento.

Però il concetto che è appena adombrato in GIAVOLENO, qualora venga un po' meglio sviluppato, risulta essere veramente questo: non è tanto il fatto che il marito nell'ordinare il legato abbia più in mira, come dice l'A., l'interesse dell'erede che non quello della moglie; se si ammettesse ciò, dacchè si deve rimanere nel tema dei rapporti personali, si darebbe luogo ad una strana contraddizione, escludendo dalla cerchia di questi rapporti personali i rapporti che intercedono fra coniugi.

Un'altra considerazione logicamente dove qui rientrare. Difatti è il marito che come tale nell'ordinare il suo legato a favore della moglie non può mai spogliarsi della qualifica di marito o per dir meglio non può prescindere dai suoi rapporti personali con la moglie, mentre trattandosi di un terzo non potrebbesi certo dire altrettanto. Non è dunque vero che per il terzo si tratti di un legato qualsiasi, chè allora sarebbe necessario ammettere che anche questo terzo doveva prevedere che per dote non si poteva intendere se non l'insieme di quelle cose da cui essa era *realmente* costituita, cioè tutto il capi-

gatum est: *Quidquid propter Titiam ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Sejus heres meus Titiae det.* Quaero an deductiones impensarum fieri possint, quae fierent si de dote ageretur? Respondit: non dubito, quin uxori suae, quod ita legatum est: *A te heres peto, quidquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares:* tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur. Non autem idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri quo dotem uxori relegavit. Haec enim *taxationis loco* habenda est [18]): *Quidquid ad te pervenit.* Illic autem ubi vir uxori relegat [19]), id videtur legare, quod *in judicio dotis*

---

[18]) L'HALOANDER su questo punto legge: *hic enim taxationis loco habendum est.* Altrettanto fanno il BAUDOZA, il MERLIN ed il MIRÄUS. Chi voglia attenersi al testo Fiorentino, è costretto a riferire l' *haec* alla parola *dos.*

[19]) Il POTHIER, *Pandect. Justin.* Tom. II, Lib. XXXIII. Tit. 4, vol. IV, Not. *n*, pag. 384, prende le parole « *ubi vir uxori relegat* » per un *glossema imperiti interpretis*, ed è di opinione che debbano senz' altro sopprimersi. Ma a dire il vero senza fondamento. Esso ha addirittura frainteso la legge. GOVEANUS, *Variar. Lection.* Lib. I, cap. 13, crede invece che si tratti di una mera trasposizione di parole. Esse dovrebbero seguitare dopo le parole *hic enim* o *haec enim* secondo il testo fiorentino.

Infatti la riduzione dovrebbe aver luogo nel legato di un estraneo e non già nel *praelegatum dotis.* Così spiega questo passo anche il POTHIER cit. loc. Not. I et m. e crede che con questa trasposizione le parole ci-

---

tate *deducto aere alieno*; viceversa per il marito si sarebbe dovuto dire che esso pure poteva ben prevedere alla sua volta che l'erede sarebbe stato obbligato a soddisfare il legato per intiero, facendo astrazione da tutte quelle spese che ne diminuiscono l'ammontare.

Ed allora, riassumendo, ci domandiamo: Quale è la ragione vera per cui questo legato devo avere per il marito un significato diverso da quello che esso ha per un terzo?

Non deve aversi a nostro avviso punto riguardo (ed in ciò è la spiegazione di tutto) alla presunta diversa intenzione di colui che ordinò il legato, ma piuttosto ai veri rapporti strettamente personali.

Ed infatti, mentre sarebbe assurdo, come si è già detto, che il marito, perchè tale, potesse lasciare in legato tutta la dote, senza prima depurarla dalle passività, altrettanto invece non sarebbe lecito asserire nel caso di un estraneo qualunque.

Insomma è la dote che crea, in base al noto adagio « dos sine matrimonio esse non potest », un diritto *sui generis* che noi chiameremmo addirittura diritto

mulier consecutura fuerit ». La differenza che passa in questo caso tra il marito ed un testatore estraneo, è importantissima. M. LYKLAMA [20]) veramente crede che la differenza consista soltanto nella formula adoperata. Se il marito nel *praelegatum dotis* si serve della stessa formula, dovrebbe anche in cotesto caso aver luogo ciò che precisamente si avvera allorchè trattasi di un *extraneus*.

Della stessa opinione era precisamente anche l'ACCURSIO. Ma ciò non corrisponde alle parole della nostra legge, poichè GIAVOLENO infatti dice espressamente: *non idem jus servari debere in testamento extranei, quod servatur in testamento viri*, ed aggiunge: *illic vero ubi vir uxori relegat etc.* senza fare alcuna distinzione in ordine alla forma. Il fondamento della differenza sta quindi incontrastabilmente nella diversità della persona e non nella diver-

---

tate possano spiegarsi senza ricorrere alla supposizione di un *glossema*. Il CUIACIO è indeciso. Si vegga il suo commento intorno alla L. 5 D. *de dote praeleg.* nonchè sulla L. 41, § 1 cit. e nelle sue *Observation.* Lib. XXIII, cap. 13 intorno alla L. 41. — Ant. FABER, *Conjecturar. juris civ.* Lib. I, cap. 3, ha errato riferendo cotesto passo alle spese utili. Siccome però le spese utili non vengono dedotte neppure nel *relegatum dotis*, così viene meno ogni distinzione che qui è fatta tra il legato di un terzo e il *praelegatum dotis*. La parola *deductio* viene adoperata anche per le *impensae necessariae*. L. 8 § ult. D. *sol. matrimon.* L. 15. D. h. t. L. ult. D. eod. L. 1, § 5 D. *de dotis collat.* La giusta interpretazione di cotesto passo così poco compreso è stata data da FRANC. RAMOS DEL MANZANO in *Commentar. ad leges Juliam et Papiam* Lib. II, Cap. 20 § 24 (in Thes. Meermann, Tom. V, pag. 193) da Henric a SUERIN, *Repetitar. Lection. juris civ.* Lib. Cap. XXV (in Thes. Ottonian. Tom. IV, pag. 41 seg.) nonchè da *E. Ch.* WESTPHAL nel suo *System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissarten* § 313.

[20]) *Membranar.* Lib. II, Eclog. 5.

---

dotale nello stretto senso della parola, e che fa sì che questa dote sia ben altra cosa per la donna ne' suoi rapporti con il marito e altra ne' suoi rapporti con i terzi.

È questa una nuova conferma di quanto più volte avemmo occasione di dichiarare, che cioè uno dei lati più belli che il diritto romano ci offra attraverso la sua storia è appunto l'essere quel diritto riuscito felicemente a conciliare, a legare con una meravigliosa armonia l'elemento familiare con l'elemento patrimoniale, creando degli istituti che per molte ragioni potrebbero definirsi istituti misti.

sità delle parole adoperate. Una netta distinzione tra il marito e un *extraneus* è qui evidente. Infatti se il marito lascia in prelegato la dote alla sua moglie si ammette che egli lo faccia appunto perchè sa che la moglie dopo la sua morte intenterà l'*actio de dote* per la restituzione della dote. S'interpreta quindi in tal caso il prelegato come fatto a favore dell'erede stesso, in modo cioè che il testatore nel dubbio si presume non abbia voluto lasciare alla moglie in legato più di quanto ella stessa avrebbe potuto conseguire coll'*actio de dote*. Che se all'incontro un *extraneus* istituisce erede il marito e lascia nel tempo stesso un legato alla moglie in questa forma: « Quid ad Seium heredem dotis nomine pervenit » ; allora quell'interpretazione a favore dell'erede non ha luogo, ma le parole debbono prendersi in modo così generico come sono state concepite, in quanto che la dote è qui nominata soltanto *taxtationis causa*. Perciò senza deduzione alcuna di spese la dote deve in tal caso in tutta la sua interezza servir di misura al legato da darsi alla moglie.

## § 1281 *a*.

### *Quali mezzi giuridici abbia il marito per essere indennizzato delle spese necessarie straordinarie.*

Fintantochè il marito ha in mano la dote, può, se quella consiste tutta in danaro o per lo meno in parte, ottenere il risarcimento delle spese da lui sostenute mediante compensazione, o colla ritenzione, qualora oggetto della dote siano delle cose corporali le quali debbano essere restituite alla moglie dopo lo scioglimento del matrimonio. Oltre a questi egli ha pure a sua disposizione un altro mezzo giuridico. Se cioè il marito, senza aver riguardo alle spese fatte, ha già restituito l'intiera dote, può eziandio valersi di una *condictio*. A questo allude la L. 5 § 2 D. h. t. tratta dal libro XXXVI *ad Sabinum* di ULPIANO. « Si dos data soluta sit non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet? Et MARCELLUS admittit, *condictioni* esse *locum*. Sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem MARCELLI sententia admittenda

est ». Questo passo ci mostra ad un tempo come lo stabilire se al marito che ha restituito la dote senza ritenere le spese necessarie competa o meno ancora un'azione, sia stata una quistione assai controversa per i giureconsulti romani. I più negarono quest'azione forse per il motivo che il marito, il quale vien considerato qual proprietario della dote durante il matrimonio, facendo per la dote stessa delle spese, più che gli affari della moglie sembra aver trattato gli affari propri, ed in questo caso nemmeno l'*actio negotiorum gestorum* era ammissibile [21]) [g]). Per altro la più

[21]) V. BACHOVIUS, Adversus *Ant.* FABRUM, Decad. LXXXXIII, Err. 5, num. 3 e POTHIER, *Pandect. Justin.* Tom. II *h. t.* N. VII, nota I.

[g]) Merita senza dubbio un esame speciale la *vexata quaestio* intorno alla precisa posizione del marito di fronte alla moglie per ciò che concerne i diritti che a lui competono sulla dote.

Può e deve considerarsi il marito, secondo il diritto romano, come un vero proprietario della *res dotalis*?

Cotesta questione rientra logicamente nel tema delle *impensae in res dotales factae*, appunto perchè, secondo l'opinione del GLÜCK ad es., il marito eseguendo tali spese necessarie, agisce forse più nell'interesse proprio che nell'interesse della moglie, in quanto egli possa esser considerato quale proprietario della dote: di qui come logica conseguenza il non spettare al marito stesso una *condictio* per essere risarcito delle spese.

Parimente secondo il CZYLARZ (op, cit.) non devesi mai in alcun modo parlare di azione a favore del marito per la identica ragione, che cioè non può sorgere un diritto di credito per chi fece delle spese in proprio vantaggio; mancherebbe, si dice, il soggetto passivo dell'obbligazione, dappoichè la dote, per quanto la si voglia concepire come una *universitas*, non viene in senso rigoroso a costituire un patrimonio a sè (*ein selbständiges Vermögen*), ma sotto un certo aspetto rientra invece a far parte del patrimonio stesso del marito.

Così ragiona, a un dipresso, il CZYLARZ.

Ci sembra però che la sua teoria non trovi un serio fondamento sulla natura intima, sul concetto vero dell'istituto dotale presso i Romani.

Chi potrebbe difatti ammettere, che debba esercitare soltanto una limitata influenza (in maniera che i caratteri peculiari che presentano i rapporti personali fra i coniugi rimangano in sostanza i medesimi) il fatto importantissimo che il marito, sia pure che lo si voglia parificare ad un *dominus*, ha tuttavia una proprietà revocabile in base all'eventuale obbligo della restituzione della dote?

Purtroppo il patrimonio dotale acquista giuridicamente per questo solo fatto una fisionomia nuova; purtroppo i diritti del marito vengono ad essere effettivamente modificati.

Poco importa che, come afferma lo stesso A., per il diritto classico almeno, tale obbligo di restituire la dote alla moglie stia a rappresentare una mera

equa sentenza di MARCELLO prevalse. In primo luogo perchè è anche vero tuttavia che il marito è tenuto dopo lo scioglimento

---

eventualità; e poco importa, aggiungeremo noi, come ricordo storico, che nel diritto antichissimo di Roma la costituzione della dote significasse l'acquisto per parte del marito di un dominio *assoluto* e per regola *irrevocabile*.

Tanta è l'importanza della restituzione, che può ben dirsi secondo noi che prima del suo riconoscimento non possa neppure parlarsi di istituto dotale. nel preciso senso della parola.

Inoltre ammesso che il marito debba essere considerato come un vero proprietario della dote, è chiaro che neppure uno *jus retentionis* potrebbe riconoscersi, per le stesse ragioni; nè punto vale l'obbiettare che non si avrebbe in tal caso quella incompatibilità che si ha invece allorchè parlasi di *condictio*, inquantochè si tratterebbe non del riconoscimento di un'azione a favore del marito, ma piuttosto di una semplice misura di equità.

Il marito che fece delle spese sulle cose proprie, non potrebbe in nessun modo o sotto qualsiasi titolo pretendere un compenso.

Ciò è evidente.

Ritornando ora alla nostra questione, diremo che i testi si prestano senza dubbio a sostegno delle più svariate teorie:

Per non abbondare in citazioni, ci limitiamo a ricordare i passi più importanti:

L. 7 § 3 Dig. XXIII, 3: « si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri ».

L. 9 § 1 Dig. eodem: « Dominium ad maritum ipso jure transfertur: ».

L. 11 Cod. V. 12: De his, quæ in dotem data ac direpta commemoras, mariti tui esse actionem nulla dubitatio est ».

Aggiungasi poi che il marito non solo ha il diritto di valersi della *rei vindicatio*, ma può eziandio usucapire, come è ben noto, quelle cose altrui che avesse in buona fede ricevuto a titolo di dote:

« Titulus est usucapionis et quidem justissimus, qui appellatur pro dote, ut, qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio sollemni, quo solent, qui pro emptore usucapiunt: » (ULPIANUS, *lib. XXXI ad Sabinum*).

L. 75 Dig. eodem: « Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est ». Cost. 30 Cod. *de jure dotium* (V, 12): « Res ab initio uxoris [fuerunt] et naturaliter in eius permanserunt dominio »; e appresso: « legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri ».

L. 15 § 3 Dig. II, 8: « Si fundus in dotem datus est, tam uxor quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelligantur ».

L. 3 § 5 Dig. IV. 4 « ..... dos ipsius filiæ proprium patrimonium est ».

L. 3 § 1 Dig. VI, 2;

L. 1 pr. Dig. XLI, 9;

L. 47 § 6 Dig. XV, 1.

In questi tre ultimi frammenti è sempre più o meno implicitamente confermato il principio che la costituzione di dote è da paraficarsi ad una vendita. « Quæ diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione etc. Così PAOLO, *libro quarto ad Plautium*.

del matrimonio a restituire la dote, ed in secondo luogo perchè non avrebbe egli facoltà di astenersi dal fare siffatte spese [22]).

---

[22]) V. VALETT, op. cit. § 57, pag. 46 e seg.

---

« In alienatione accipitur utique venditor, qui actione de peculio intra annum tenetur: sed et si donavit servum vel permutavit, vel in dotem dedit, in eadem causa est ». ULPIANO, *libro XXIX ad Edictum*.

Un'altra legge che ha qui una particolare importanza e che è, può dirsi, fondamentale in materia di dote, è appunto la prima del tit. *de jure dotium*, ove PAOLO comincia il famoso principio *dotis causa perpetua est*, etc. Non potremmo a questo punto astenerci dal riferire le giuste osservazioni del D'ANCONA (*Appendice al lib. XXIII*, tit. III).

Il giureconsulto PAOLO, secondo lui, esprime in quel frammento due concetti essenziali in materia di dote:

*a) Essa viene sì data a causa dei pesi del matrimonio, ma non per il tempo in cui durano i pesi stessi; onde la cessazione di questi non importa come conseguenza necessaria del concetto della dote che essa debba cessare di far parte del patrimonio del marito.*

*b) Con le parole « perpetua causa dotis » (V. il* NOODT, *Comment. ad h. l.)* PAOLO *voleva dire che gli oggetti dotali passavano non soltanto nel possesso del marito, come nel deposito, nella locazione e nel pegno, ma diventavano addirittura proprietà di lui..... Ma per taccre di altre ragioni, questa spiegazione non è soddisfacente, perchè le parole « dos ita contrahitur ut semper apud maritum sit » non possono significare che il marito diventa proprietario delle cose dotali, in quanto si può benissimo acquistare la proprietà sopra una cosa senza che per questo occorra necessariamente di avere il diritto di ritenerla per sempre, sia che sussista un' obbligazione personale di restituirla, sia che si tratti di un dominium revocabile ex nunc.*

Del resto in ordine ai diritti che il marito ha sul patrimonio dotale, le più importanti opinioni possono bene ridursi alle seguenti:

Secondo una prima opinione dovrebbe distinguersi il dominio, per dir così, *formale* dal dominio *reale* e *sostanziale*: il primo apparterrebbe al marito, il secondo spetterebbe alla moglie. Questa teoria porterebbe logicamente alla conseguenza che il marito debba esser considerato come un possessore qualunque, per ciò che attiene soprattutto all'obbligo della restituzione.

Non si può negare che anche sui testi tale opinione potrebbe, benchè apparentemente, trovare un valido fondamento.

Ne offrono una prova se non altro le prime parole del celebre passo di TRIFONINO, *libro sexto Disputationum* (L. 75 Dig. XXIII, 3).

Sulla citata L. 15 § 3 Dig. II, 8 si fonda una seconda opinione, in base alla quale si verrebbe ad istituire tra marito e moglie una specie di *compossessio*. Ma evidentemente moltissime obbiezioni potrebbero farsi a cotesta teoria, in ispecie per ciò che riguarda il privilegio dalla legge accordato alla donna rispetto agli altri creditori.

Difatti è regola fondamentale che nessuno possa avere uno *jus in re* sulla cosa propria.

Secondo altri poi il marito sarebbe un semplice usufruttuario, oppure anche un proprietario che ha un *dominium ad administrationem tantum*.

Sarebbe per conseguenza inesatto il dire che esso ha trattato un affare proprio e che non ha avuto in animo di obbligare giuridi-

---

Però non saprebbe allora spiegarsi come un semplice amministratore (e ciò è facile comprendere) possa qualche volta compiere anche degli atti che rientrano nelle attribuzioni di un *dominus* vero e proprio.

Vi ha pure qualcheduno che, soffermandosi alla parte superficiale della questione, si limita a dire: *Il marito è proprietario, ma ha una proprietà revocabile.*

Finalmente si potrebbero anche ricordare varie altre opinioni enunciate in proposito:

*a*) Il marito può dirsi veramente proprietario della dote soltanto allorchè trattisi di una *dos aestimata venditionis causa.*

*b*) Entrambi i coniugi hanno il diritto di proprietà, ma mentre il marito è proprietario solo dei frutti, la moglie è proprietaria della sostanza.

*c*) Il marito ha la proprietà *civile*, la moglie la proprietà *naturale.*

*d*) Fra i coniugi esiste una specie di condominio, ma questo condominio viene per il fatto del matrimonio a ricevere un carattere del tutto speciale, poichè la donna deve essere appunto costretta a subire una limitazione nell'esercizio del suo diritto relativamente all'usufrutto e all'amministrazione. Ma anche questa opinione non trova il suo appoggio sulle fonti.

A noi sembra piuttosto che in base appunto ai testi possa agevolmente risolversi la controversia: *secondo lo spirito del diritto romano il marito ha sulle res dotales un diritto di proprietà, ma un diritto di proprietà sui generis, se così può dirsi.*

E che ciò sia veramente lo provano se non altro due importantissimi frammenti: L. 7 e L. 5 Dig. *de fundo dotali* XXIII, 5.

Il primo di questi passi difatti ci dice che se il marito ad esempio compera un fondo gravato da una servitù prediale a favore del *fundus dotalis*, per confusione la servitù si estingue (il che dimostra essere il marito un vero proprietario). « Si maritus fundum Titij servientem dotali praedio adquisierit, servitus confunditur et hoc casu maritus litis aestimationem praestabit ».

Dall'altra legge invece risulta che secondo il parere dello stesso GIULIANO il marito non potrebbe mai essere autorizzato a rinunciare a danno della moglie ad una servitù costituita sul fondo dotale (JULIANUS, libro sexto decimo digestorum scripsit neque servitutes fundo debitas posse maritum remittere neque ei alias imponere). Dunque il marito non è un proprietario come gli altri.

Ora noi crediamo che per l'indole stessa della dote occorra distinguere i rapporti giuridici che questa costituzione di dote crea di fronte ai terzi dagli altri rapporti giuridici cui dà luogo fra le persone dei coniugi. Tale concetto ci viene espresso chiaramente dalla cit. L. 7, ove appunto è detto restituendosi dal marito la dote, dopo essere stato rivenduto il fondo *sine restauratione servitutis*, dovrebbesi da lui pagare la *litis aestimatio*, il che dà a credere che si tratti soltanto di un'obbligazione personale di fronte alla moglie. E così è anche dimostrato ad un tempo come diritto di servitù non risorga obbietper il semplice fatto dello scioglimento del matrimonio, poichè altrimenti il passo di GIULIANO rimarrebbe inesplicabile. Ed in vero ivi ci si dice che è concessa un' *actio utilis* alla moglie *ad restaurandam servitutem*, solo quando il marito non sia in grado di pagare la *litis aestimatio*. Dunque in via diretta

camente la moglie [23]). Quale azione però dovrebbe aver luogo in questo caso? Senza dubbio la *condictio indebiti*. Siccome infatti

[23]) V. WISSENBACH, *Exercitation. ad Pand.* Disp. XLIX, vol. 2; VOORDA, *Thesium controvers.* Decad. XIII, §§ 7 et 8.

spetta sempre alla moglie l'azione personale; unicamente nel caso in cui il marito sia insolvente (*si maritus solvendo non erit*), la moglie potrà *utiliter* intentare un'azione per far rivivere lo *jus servitutis*.

Nel tempo stesso però il fatto che il marito debba rispondere di fronte alla moglie della alienazione del fondo *sine restauratione servitutis*, dimostra come il diritto dovesse intendersi estinto e che per poterlo far risorgere fosse indispensabile un nuovo patto. Conseguentemente di fronte ai terzi il diritto di servitù doveva considerarsi come estinto.

Con questo parrebbe che implicitamente venissimo anche noi a riconoscere che sotto il punto di vista pratico ben poca importanza dovesse alla fine avere pei Romani lo stabilire se il vero *jus dominij* spettasse al marito o piuttosto alla moglie, e che perciò debba essere più che sufficiente il dire che la moglie ha una dote che è *sua*.

Ma ciò purtroppo invece non basta, poichè ci preme di stabilire quali siano le conseguenze giuridiche derivanti dall'avere la moglie una dote e che cosa ciò precisamente stia a significare.

Riprendendo allora il nostro concetto fondamentale, che consiste appunto nel riconoscere nel marito *un diritto di proprietà idealmente irrevocabile, ma nel tempo stesso, come già dicemmo, un diritto di proprietà sui generis*, in quanto trova dei limiti nell'obbligo di tutelare i beni della donna e nella società coniugale in genere, in un diritto cioè di proprietà modificato dal fatto del matrimonio, possiamo bene, dopo avere enunciato le varie opinioni, riassumere sommariamente la nostra.

Due testi soprattutto devono richiamare in modo speciale la nostra attenzione: la già citata legge 75 Dig. *de jure dot.* XXIII, 3 (TRIFONINUS, *libro VI disputationum*) e la L. 71 § 3 Dig. *de condic. et demonstr.* XXXV, 1 (PAPINIANUS, *libro septimo decimo quaestionum*).

A prima vista potrebbe sembrare, come è stato da noi detto, che tutta l'importanza del fr. 75 si riduca alla distinzione fra la proprietà in senso assoluto (*mulieris tamen est*) e il dominio bonitario (*quamvis in bonis mariti sit*).

Ma è ben altro invece il senso intimo del passo di TRIFONINO.

Qui si tratta infatti di stabilire per qual ragione la moglie potesse in ogni caso agire in caso di evizione, dal momento che la proprietà delle cose dotali spetta al marito e non a lei.

È sembrato a taluno (e del resto è questa una ingegnosa spiegazione) che possa vedersi un nesso logico fra lo *jus dominij* del marito e la dote della moglie considerata come un mero rapporto di fatto, in maniera cioè che debbano quasi concepirsi contemporaneamente due soggetti nell'istituto dotale.

A noi sembra preferibile però un'altra spiegazione: se la moglie ha diritto di agire non è tanto perchè la dote, anche durante il matrimonio già le appartiene, quanto piuttosto perchè si ha qui in vista il futuro, ossia il caso in cui la donna abbia diritto di ripetere la sua dote in seguito allo scioglimento del matrimonio. Quindi a lei viene accordata cotesta facoltà non

le *impensae necessariae* diminuiscono la *dos ipso jure*, così è che in questo caso il marito avrebbe pagato più di quello di cui era

---

perchè essa è già in quel momento il soggetto di un diritto, ma perchè può eventualmente tornare ad esserlo.

Una conferma ce ne dà l'altro frammento citato (L. 71 § 3 Dig. XXXV 1), ove da PAPINIANO è detto:

«Titio generum eo heres meus dotis Seiae filiae meae nomine centum dato. Legati quidem *emolumentum* ad Seiam, quae *dotem habere incipit*, pertinebit, sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legavit, consultum videtur, prope est, ut ipse legatarius intellegatur et legatum petere debeat. Si post divortium genero pecuniam heres solverit, aeque liberabitur, quoniam in dotem solutio convertitur. Constante autem matrimonio etiam prohibente muliere Titio recte solvetur: *hoc enim et mulieris interest, ut incipiat esse dotata*».

La parola *emolumentum* più che alludere al contrasto fra il *diritto* ed il *fatto* ci sembra che evidentemente concerna l'interesse della donna, ma soltanto per ciò che si riferisce all'avvenire, ossia all'epoca in cui il marito dovrà restituire quella dote che gli fu consegnata.

È precisamente in questo senso che secondo PAPINIANO il marito deve essere considerato come il vero legatario e pertanto esso solo avrà il diritto di chiedere la prestazione del legato.

Nondimeno, siccome anche *constante matrimonio*, dalla prestazione di questo legato risente pure alla sua volta un vantaggio la moglie *quae dotem habere incipit*, così, soggiunge il giureconsulto, *etiam prohibente mulere, Titio recte solvetur*.

Dunque, concludendo, diremo, che il passo papinianeo sta precisamente secondo noi a significare che in tanto può ammettersi che la moglie partecipi già durante il matrimonio al godimento di fatto della dote, in quanto intendiamo riferirci, come si è detto, all'avvenire.

Molto meno poi ci sentiremmo disposti a concedere che con questo punto possa mai avere relazione alcuna lo scopo stesso per cui la donna porta al marito una dote. Difatti se è vero che la dote viene assegnata *ad onera matrimonij sustinenda*, non è men certo nel tempo stesso come l'idea della dote sia del tutto indipendente dal fatto che ciò che fu dato al marito apporta a lui una rendita effettiva, e molto più poi dall'ammontare di cotesta rendita. Tale invece sarebbe a un dipresso il concetto da cui parte tra gli altri il KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* «Nach dieser *dotis causa* ist der Ehemann Eigenthümer der Dotalsachen um der Ehe willen, er ist es, damit der Ertrag derselben ihm die *onera matrimonii* tragen helfe. Subjekt dieses Zweckverhältnisses ist aber in hervorragender Weise die Frau etc.» (Vol. 11, Parte I, pag. 197).

Ma evidentemente il punto vero della questione fu colto dallo SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*; egli senza fare qui distinzione tra fatto e diritto, osserva giustamente che *la legge, pur riconoscendo il dominium del marito sulle sostanze dotali, avvisava a parecchi provvedimenti nell'interesse della moglie.*

*Di guisa che, sebbene non possa dirsi che la dote sia propriamente fondata su questo interesse, nondimeno è certo che esso ebbe l'effetto di dare al diritto dotale una direzione favorevole alla donna.*

debitore [24]). Poichè peraltro la *condictio indebiti* presuppone, che il marito abbia restituito tutta la dote per un *error facti*, resta sempre il dubbio se non debbasi tuttavia far luogo ancora ad un'azione, qualora non a causa di siffatto errore avvenne la restituzione della dote stessa. Senza esitare si può tale questione risolvere in senso affermativo [25]). Infatti quando in forza di un mio credito mi spetta un'azione, le leggi rimettono al mio arbitrio il decidere se nel caso in cui io avessi diritto alla compensazione voglia o meno valermene [26]). Ma non può giammai ammettersi nel dubbio che uno intenda rinunziare a cotesto credito [27]). Nè a questo principio si oppone in modo veruno la sentenza da POMPONIO enunciata nella L. 50 D. *de condictione indebiti :*

« Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest. » Si riferisce questo passo solo al caso in cui non si ha più alcuna azione per far valere il proprio diritto, come lo si può dedurre egualmente dalla seguente L. 51 D. *eodem*, dove lo stesso POMPONIO dice: « Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus » [28]). Ma nel nostro caso è accordata espressamente l'azione al marito [29]) a causa delle spese. Una rinuncia a quest'azione è tanto meno ammissibile in quanto secondo l'espres-

---

[24]) POTHIER c. l. not. *m.* e WESTENBERG, *Princip. jur. sec. ord. Digestor. h. t.* § 8.

[25]) V. MAJANSIUS, cit. Diss. § 10 p. 433 e VALETT, op. cit. pag. 47.

[26]) L. 1, § 3 D. *de contraria tut. act.* V. la parte 15.ª di questo *Commentario* § 935, pag. 111.

[27]) L. 25 pr. D. *de probat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suos pecunias jactet et indebitas effundat.*

[28]) V. *Greg.* MAJANSII *ad triginta IC torum omnia fragmenta*, pag. 316 e segg.

[29]) L. $7_1$ § 16 in fin. D. *Soluto matrim.* L. 5 § 2, L. 7 § 1 D. *h. t.*

---

Non è qui dunque il caso di discutere se i diritti del marito come proprietario della dote possano e debbano essere limitati o modificati da altri diritti consimili spettanti alla donna : si tratta piuttosto dell'interesse in genere che ha la moglie a veder conservata la propria dote, il che è sufficiente per dare un'adeguata spiegazione di tutte le cautele dalle leggi imposte al marito durante l'amministrazione del patrimonio dotale.

sione di PAOLO contenuta nella L. 5 § 1 D. *de pactis dot.* non è valido neppure il patto *ne ob impensas necessarias ageretur* e precisamente per il motivo aggiuntovi: *quia tales impensae dotem ipso jure minuunt.* L'azione pertanto può essere a seconda delle circostanze l'*actio mandati*, o la *negotiorum gestorum* [30]) o anche una *condictio sine causa* [31]).

## §. 1282.

### B. *Spese utili — Loro concetto. Mezzi giuridici accordati in vista delle medesime.*

Le spese fatte dal marito per la dote possono essere eziandio semplicemente utili. Come tali s'intendono quelle spese, mediante le quali il reddito dei beni dotali viene accresciuto, senza che però siano esse indispensabili per la conservazione della sostanza. ULPIANO alla L. 5 § 3 D. h. t. dice: « *Utiles* autem *impensae* sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit [32]), hoc est, dotem » [33]) *h*). Ancor più precisa è l'idea ch'esso medesimo ne dà nei suoi frammenti Tit. VI, *de dotibus* § 16 ove dice:

---

[30]) L. 12 D. *h. t.* WESTENBERG, *Princip. juris* cit. *h. t.* § 8.

[31]) V. VALETT, op. cit.

[32]) HALOANDER qui legge: *quaeque rem mulieris meliorem reddunt.* Così anche il BECK.

[33]) Nelle parole: *hoc est, dotem*, vogliono alcuni vedere un glossema da attribuirsi non già ad ULPIANO, ma a qualche interprete. Veggasi *Van de* WATER, *Observat. juris rom.* Lib. III, Cap. 15, p. 366 e WALCH *ad* ECKHARDI, *hermenent. juris* § 48, p. 41. Ma in prova di ciò nessun argomento plausibile viene addotto, come lo hanno mostrato JO. CANNEGIETER *ad Ulpiani fragmenta*, tit. VI, § 16, p. 38 e *Jo. Lud.* CONRADI, *Observation. juris. civ.* Vol. I (Marburgi 1782-8) pag. 19, nota *a*. Nelle edizioni dell'HALOANDER e del BECHK quelle parole non si trovano.

---

*h*) In ordine ai caratteri fondamentali delle *impensae utiles* ci sembra quasi superfluo insistere ulteriormente, dal momento che il nostro A. riassume qui in modo esattissimo tutti i testi più importanti che a questa categoria di spese possono riferirsi.

Inoltre fu già da noi dichiarato (V. contr. *a*) come in tutte le controversie che potessero per avventura sorgere, allorchè si tratti di decidere se una data spesa appartenga al genere delle *utiles* o piuttosto a quello delle *necessariae*, unica guida debba essere il criterio della relatività. Ci basterà pertanto accennare appena di volo a qualcheduno fra i punti più interessanti.

« *Utiles* sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est. Veluti si vineta et oliveta fecerit».

---

Una delle caratteristiche delle spese meramente *utili* di fronte alle spese *necessarie* è appunto quella di cui parla ULPIANO nella celebre L. 5 § 2 Dig. *h. t.* (V. N. 26). Anche se il marito, nel caso delle spese *necessarie*, abbia restituito per errore l'intiera dote rinunciando al diritto di deduzione accordatogli dalla legge, non decade per questo dalle sue ragioni, ma potrà bene valersi di una *condictio* per ripetere quello che indebitamente ha pagato. Ora ciò non ha luogo per le *impensae utiles*. Quale la ragione del diverso trattamento?

Da quanto ci viene riferito da ULPIANO, nel passo sopra citato, sembra possa dedursi che la stessa giurisprudenza non era neppure su questo punto completamente uniforme:..... *Marcellus admittit condicioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter æquitatem Marcelli sententia admittenda est.*

« Longe alia est, dice il CUJACIO, retentio quae fit ob impensas utiles..... Hanc si habentes per errorem solverimus, certi condictionem non habemus ». Senza dubbio tra le molte e più o meno fondate spiegazioni che si sono date in proposito, quella che a prima vista sembrerebbe, rispetto a tutte le altre, più degna di essere accolta è la seguente: per le *impensae utiles* non poteva certo dirsi come per le *impensae necessariae* « ipso jure dotem minuunt ».

Dunque se il marito non poteva neppure spontaneamente rinunciare ad essere indennizzato delle spese che egli aveva fatto per la conservazione del patrimonio dotale, ciò significherebbe secondo alcuni che vi era di mezzo anche una misura di ordine pubblico e che non si trattava di una mera eccezione, a valersi della quale ciascuno potrebbe a suo beneplacito rinunziare. Ma nondimeno, ammesso anche questo, non si riesce davvero con ciò solo a comprendere come quella equità che invocava MARCELLO a beneficio del marito per le spese necessarie, non dovesse talora invocarsi anche per le spese utili, tanto più poi perchè (e parecchie volte abbiamo già avuto occasione di ripeterlo) dovevano inevitabilmente nella pratica presentarsi dei casi ambigui, in cui cioè non si poteva a priori decidere se si trattasse di spese *utili* o piuttosto di spese *necessarie*.

E difatti molti ritengono, ad onta dell'autorità di qualche giureconsulto, che ai canoni fondamentali del diritto cotesta norma mal corrisponda.

Se il marito, benchè sapesse di potere per legge nel restituire la dote ritenere per sè quel tanto che corrisponde alla somma delle spese, nol fece, egli viene con questo a dimostrare che ha in animo di compiere un atto di liberalità verso sua moglie. Sono ULPIANO e MARCELLO che fanno qui appello all'equità, supponendo che il marito anzichè avere questa intenzione nutrisse soltanto la speranza che la moglie, vinta dalla generosità di lui, fosse alla sua volta altrettanto generosa col restituirgli l'equivalente. Così ad es. il DERNBURG.

Lo SCHEURL poi ritiene che si possa spiegare l'opinione che professava la maggioranza (*plerique*), nel senso cioè che dovesse essere negata la *condictio* al marito, poichè, secondo lui, è lecito equiparare per le conseguenze giuridiche il *Dotalprocess* alla mera restituzione della dote. Ma a buon diritto lo STERNBERG obbietta contro questa opinione che nessun argomento vi è per giustificare quest'effetto della estinzione dell'azione che si vorrebbe attribuire alla *dotis restitutio*.

Il CZYLARZ finalmente è di avviso che non si possa giuridicamente sostenere questa *condictio* accordata al marito per la semplicissima ragione che

PAOLO poi alla L. 6 Dig. h. t., il qual frammento è tratto dallo stesso libro VII *ad Sabinum*, spiega maggiormente questo concetto con

---

essa non si concilia con una norma d'indole generale enunciata da POMPONIO nel libro 6 *Ad Quintum Mucium* (L. 51 Dig. XII, 6). « Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus ».

Quindi, come vedesi, chi per un motivo e chi per un altro, tutti in conclusione sarebbero concordi nell'affermare che l'azione concessa al marito per ripetere ciò che egli ha pagato a titolo di spese necessarie come se si trattasse di un *indebitum*, di fronte al rigoroso diritto non si sostiene.

Ed allora, ripetiamo, come è possibile spiegare, sotto questo punto di vista, la spiccata e radicale differenza fra le *impensae utiles* e le *impensae necessariae* e, in base appunto a questa, giustificare la sentenza di MARCELLO e di PAOLO?

Ciò che si ripete comunemente, ossia che trattasi di una disposizione di legge, convertendo al solito la frase « *ipso jure* » nell'altra « *ipsa lege* », purtroppo non regge, come già avemmo occasione di dichiarare.

Si dica piuttosto che è al solito il significato che vuolsi attribuire alle parole « *ipso jure dotem minui* » (V. contr. c cit.), o per dir meglio è l'insieme dei caratteri affatto speciali che ci presenta l'istituto dotale che ci deve spiegare altresì questa apparente anomalia.

Il danaro impiegato dal marito per le spese necessarie vien compensato con altrettanto *pro indiviso* nel patrimonio dotale; ma tale compensazione avviene, come si disse, subito, immediatamente: sin da quel momento la dote per la parte corrispondente alla spesa non esiste più, è come se non fosse stata mai costituita, benchè apparentemente essa resti ancora intatta, appunto perchè la diminuzione avvenuta la colpisce solo come *universitas*.

Si verifica a un dipresso quello che ricorda NERAZIO (L. 15 Dig. *h. t.*) a proposito dei frutti.

Ciò che è stato speso dal marito per la produzione dei frutti si compensa coi frutti medesimi, ma sta a rappresentare qualche cosa che diminuisce il prodotto anche prima che esso sia percepito; è, come dice il giureconsulto, un non frutto più che una diminuzione di frutti: *sed ipsae res ita praestare intelleguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris*. Questa deduzione adunque avviene, *ipso jure, immediatamente*, appunto perchè non può considerarsi come *reditus*, come *fructus* ciò che sta a rappresentare una passività (*fructus intelliguntur deductis impensis*).

Ora non potrà sostenersi davvero che lo stesso fenomeno si ripeta per le *impensae utiles*, per le quali non sarebbesi potuto dire dal marito come per le *impensae necessariae* che la sostanza stessa della dote era in tutto od in parte scomparsa e che perciò restituendo esso erroneamente la dote pagava del proprio l'equivalente di una cosa che non esisteva più in natura, pagava precisamente ciò che non era tenuto a pagare (Cfr. L. 7 § 1 Dig. *h. t.* e L. un. § 5 Cod. V, 13).

In questo modo soltanto si intenderà come giustamente dovesse apparire infondata alla mente acuta di ULPIANO l'opinione della maggioranza dei giureconsulti (*etsi plerique negent*), i quali non ammettono per il marito la *condictio indebiti*, e si intenderà ancora come unica via di scampo fosse per lui il protestare in nome dell'equità contro questa ingiusta teoria predominante.

gli esempi seguenti: « Veluti si novelletum [34]) in fundo factum sit, aut si in domo pistrinum [35]), aut tabernam [36]) adiecerit, si

---

[34]) *Novelletum* significa vigna piantata con giovani ceppi. V. *Nic.* CATHARINUS, *Observat. et Conjecturar.* Lib. II, Cap. 30 (in Thes. Meerman, Tom. VII, pag. 781) e BRISSONIUS *de Verbor. juris significat. h. v.*

[35]) V. not. 45, pag. 393 e seg. e PACIUS Ἐγκυτιοφανῶν. Centur. V, Qu. 65, pag. 396.

[36]) *Taberna* significa qui ogni edificio impiegato ad uso di alloggio, quantunque non sia costruito con tavole. L. 183 D. *de Verb. signif.* « TABERNAE » *appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo, quod tabulis cluditur.* Tuttavia la dizione non è certissima, inquantochè alcuni invece di *non* leggono *nempe*, mentre altri leggono *nominatum*, ed altri *nomine*. JAUCHIUS in *Meditat. crit. de Negationib. Pandect. Florent.* Cap. V, § 54, pag. 109, scorge nelle parole *ex eo* un glossema e legge « *non quod tabulis clauditur* ». Inoltre anzichè *cluditur* alcune edizioni leggono *clauditur*, altre *concluditur* ed altre ancora *conjungitur*. Si vegga intorno a questa differenza di dizioni *Aut. Guil.* CRAMER, *de Verbor. Significat. Tit. Pand. et Cod. cum variæ lectionis apparatu*, Kiliæ 1811-8, pag. 88. Alla lezione Fiorentina si attiene a buon diritto il POTHIER, *Pandect. Justin.* Tom. III, lib. L, Tit. 16, N. 210, not. *K*, pag. 692, appoggiandosi ad un passo di FESTO.

---

Un altro punto che forse merita di essere ricordato, sempre a proposito delle spese utili, è quello che si riferisce alla compensazione.

Per chi sostiene che nell' *ipso jure dotem minui* si applica il principio della *compensatio*, nè più nè meno, deve necessariamente sorgere un grave dubbio: Si applicherà nella stessa misura e con gli stessi criteri tanto nel caso delle spese *utili* come in quello delle spese *necessarie?*

Il CZYLARZ (op. cit., pag. 279) solleva subito una difficoltà: La natura della *compensazione*, egli osserva, è tale da non escludere punto la possibilità di applicarla anche alle *impensae utiles* e ad altre contropretese di vario genere, mentre in materia di dote se ne parla solo quando si allude alle *impensae necessariae* (V. L. 1 § 5 Dig. XXXVII, 7).

È inutile che ora torniamo di nuovo ad insistere su quello che notammo più e più volte nella contronota *c*; si disse allora per quali motivi soprattutto la teoria della compensazione sostenuta fin da tempi antichi dal DONELLO non serva a darci una sufficiente spiegazione dell'*ipso jure dotem minui.*

Ebbene, facile sarà ora comprendere come per le identiche ragioni non possa qui la *compensatio* annoverarsi accanto agli altri caratteri differenziali tra le spese *utili* e le spese *necessarie.*

Un ultimo carattere distintivo è il seguente: La L. 4 Dig. *h. t.*, che abbiamo già altra volta citato (V. contr. *a*), ci dice che quando si tratti di spese necessarie non si dee punto guardare al resultato effettivo di esse, ma unicamente al fatto che quelle *impensae* furono in qualunque modo eseguite:. ... *factarum ratio habetur, etsi res male gesta est.*

servos artes docuerit » [37]). Lo stesso PAOLO in un altro luogo, *libro VI ad Plautium* [38]), cita eziandio un'altra definizione data

[37]) Le arti possono anche essere *artificia necessaria*. L. 25 D. *de pign. act.* Ma il marito poteva pretendere il risarcimento solo nel caso in cui la spesa da lui fatta non fosse stata già compensata dai frutti. Così può conciliarsi il nostro passo con la L. 28, § 1 D. *de donat. inter vir. et uxor.* V. PACIUS, Εναντιοφανῶν. Cent. V. Qu. 66. Lo Scoliaste greco nei *Basilici* Tom. IV, pag. 420 Sch. *c*, osserva che in genere lo schiavo, a cui il marito ha fatto apprendere un'arte, non deve avere ancora 25 anni (τούς διδαχθέντας εἰκέτας ὕττονας εἶναι τῶν κέ. ἔνιαυτῶν). Infatti dopo il 25° anno non può più farsi luogo ad alcuna deduzione per causa di spese, come dice MODESTINO alla L. 32 D. *De rei vindicat.* La ragione è questa, che quando lo schiavo ha raggiunto l'età di 25 anni, si ammette, che dopo un così lungo spazio di tempo (poichè si soleva fare apprendere ai servi il mestiere sin dai cinque anni) lo schiavo debba aver già scontato col suo lavoro i debiti contratti per le spese sostenute per lui. V. Joh. van NISPEN, *Diss. ad fragmenta, quæ in Digestis ex Hermenii Modestini IX libris Differentiarum supersunt.* Cap. IX (*in Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. jurid. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I, Tom. I, pag. 88-90) e *J. Guil.* HOFFMANN, *Observation. variæ s. Meletemat. ad Pandect.* Diss. VII, § 2.

[38]) L. 79 § 1 D. *de Verbor. signif.*

---

Non è così nel caso delle *impensae utiles tantum* per le quali il *reditus* costituisce l'estremo indispensabile, sino al punto da farle addirittura parificare alle *impensae necessarie*, quando, sia pur che si tratti di *impensae quaerendorum fructuum causa factae*, le conseguenze non si limitano al prodotto di un'annata soltanto, ma concernono il vantaggio che la *res dotalis* in grazia di queste spese può procurare in modo permanente.

Ciò basti a dimostrare in modo evidente come pur troppo sia stato dai più frainteso questo importantissimo testo di PAOLO. La frase « *judex tanti eum* [maritum] *damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri* » ha fatto credere che quel giureconsulto intendesse appunto dire che la spesa necessaria non è tanto caratterizzata dalla *necessitas impendendi*, come direbbe ULPIANO, quanto piuttosto dal grado di responsabilità in cui incorrerebbe il marito non effettuandola (V. contr. *c*). Ma che così non sia di fatto lo prova luminosamente il seguito del passo medesimo.

*Sed hoc differt*, soggiunge PAOLO, passando appunto ad esaminare la differenza che corre fra il caso in cui si tratti di spese fatte e quello invece in cui si tratti di spese non eseguite: — per queste ultime soltanto vale il principio che egli premette, che cioè il marito di tanto debba rispondere *quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri*, il che non esclude punto che la regola debba sempre ricercarsi nella forma per dir così positiva della quistione, nell'obbligo cioè che incombe al marito di accingersi a queste spese necessarie e quindi nelle conseguenze giuridiche che all'adempimento dell'obbligo si riconnettono. — E sotto un tal punto di vista niun dubbio che sia la necessità della spesa in sè stessa quella che serve a contraddistinguere una categoria dall'altra.

Dunque l'elemento giuridico rappresenta la regola, l'elemento economico, che pur vi si mesce, l'eccezione (Cfr. contr. *a*).

da FULCINIO. Essa è del tenore che segue: « *Utiles impensas* esse FULCINIUS ait quae meliorem dotem faciant, *non* deteriorem esse non sinant [39]): ex quibus reditus mulieris adquiratur: sicuti arbusti pastinatione [40]) ultra quam necesse fuerat. Item doctrinam

[39]) Alcune antiche edizioni, come ad es. l'alcandrina non che quella di *Claud.* CHEVALLONIUS, Paris 1527-8, leggono sopprimendo la prima particella negativa « *deteriorem esse non sinant* ». Ma al testo Fiorentino si attengono ANT. AUGUSTINUS, *Emendationum et opinion.* Lib. I, Cap. 2 (*in Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. IV pag. 1438) e JAUCHIUS, *Meditat. critic. de Negationib. Pandet. Florentin.* Cap. V, § 53, pag. 108. Questa lezione ha in proprio favore anche l'autorità dei Basilici. In questi leggonsi le parole (Tom. I, lib. II, Tit. 2. Const. 79, pag. 51): οὐ μὴν οὐ συγχωρούσας εἶναι αὐτὴν χείρω. Non deve qui esser trascurata la congiunzione μὴν di cui il FABROT a bella posta ha omesso la traduzione; μὴν significa neint'altro che *autem*, *aber*. Il significato di tali parole, come giustamente ha osservato anche AUGUSTIN, è presso a poco il seguente: Spese utili, dice FULCINIO, sono quelle in forza delle quali la dote viene effettivamente a subire un miglioramento, ma non quelle destinate soltanto ad impedire che la dote si deteriori. Imperocchè appunto in ciò differiscono le *impensæ utiles* dalle *necessariæ*, il cui carattere essenziale consiste nell'avere queste ultime per iscopo di evitare la totale perdita o ruina della dote. Ogni difficoltà è quindi tolta di mezzo se dopo la prima negazione venga inserita o sottintesa la parola *autem* come ha osservato giustamente anche il VALETT nell'op. cit. Delle spese sostenute per la dote », § 5, con relazione ai Basilici, dei quali però esso ha dimenticato di riprodurre il passo. Anche JO. JENSIUS in *Strictur. ad Rom. iuris Pandectas et Cod.* (Lugd. Batav. 1764-4) pag. 518 ha esattamente spiegato il nostro passo. Io tuttavia osservo ancora che gli stessi « THEOPHILI fragmenta graeca tituli de verborum signific. ». (Tom. II della Paraphr. grec. secondo l'edizione di *Guil. Ott.* REITZ, pag. 987) sono perfettamente d'accordo con i Basilici. Non può quindi restare alcun dubbio intorno all'esattezza della lezione, nè dee sorprenderci il fatto di non vedere riprodotto l'ultimo οὐ nella *Synopsis Basilicor.* del LEUNCLAVIUS. A dire il vero il RUSSARD ha pur marcato la prima negazione col suo contrassegno ‖ ‖ e Alber. GENTILIS in comm. in Tit. Dig. *de Verb. Signif.* ad L. 79 nostr. pag. 180 vede in ciò un indizio che la prima negazione non trovisi nelle *Pandette Fiorentine* ed accusa il TAURELLIUS di non aver dato opera *bona fide* alla sua edizione. Ma il RUSSARD dice espressamente: *Male in aliis deest haec negatio*, ed altresì il GENTILIS ritiene la doppia negazione essere la migliore lezione; egli ha pure esattamente spiegato il significato del frammento. La doppia negazione è sostenuta anche da JO. GOEDDAEUS in *Comm. repetitæ prælect. in Tit. D. de Verb. Signif. ad L.* 79, n. 5, pag. 695.

[40]) La *Pastinatio arbusti*, vangatura di un terreno seminato di viti o di altre piante disposte in fila, viene qui, in quanto essa non era necessaria,

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 ».

Per ciò che riguarda poi i mezzi giuridici di cui il marito può valersi per essere indennizzato di queste spese, diremo che essi sono diversi da quelli che al medesimo competono in riguardo alle spese necessarie, in quanto che non si tratta qui di spese che diminuiscono la dote *ipso jure*, ma bensì di spese capaci propriamente di dar luogo ad un' azione.

Tale è il concetto espresso da ULPIANO libro XXXVI *ad Sabinum*, dal qual passo è stata poi tolta la L. 7 § 1 D. h. t. « Quarum utiles non quidem minuunt *ipso jure* dotem, vermutamen habent *exactionem* ».

Quindi le spese meramente utili non danno al marito lo *jus retentionis*, ma soltanto gli concedono l'*actio mandati* o *negotiorum gestorum* a seconda dei casi; tutto cioè si riduce a vedere se le spese di cui è parola furono fatte per volontà della moglie e previo mandato di lei, oppure no. La differenza consiste in ciò, che nel secondo caso le spese devono essere realmente utili alla moglie e non eccedere la giusta misura in modo da costringerla a vendere le cose di sua proprietà per far fronte alle spese medesime. I passi che vi si riferiscono sono: L. 8 D. h. t. PAULUS libro VII *ad Sabinum*: « Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam aiunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest. Quod summam

---

ma mirava semplicemente al miglioramento del fondo, annoverata fra le spese utili. Nei *Fragm. græc. de Verb. Sign.* di Teofilo presso REITZ, tom. II, pag. 978 si dice: ὡς ἐπὶ τῆς τοῦ ἄλσους φιλοκαλίας i. e. *in nemoris politione*. È per ciò che la *pastinatio* può essere annoverata ora tra le spese necessarie ed ora tra le spese utili. V. la nota 33, pag. 387. Si aggiungano agli scrittori qui citati anche FESTO voc. *Repastinari* secondo SCALIGER e specialmente per ciò che concerne il significato della parola *arbustum*, il CUJACIO *ad Tit. Pand. de Verb. Sign.* h. L. e JO. GOEDDAEUS Comm. cit. ad h. L. 79, § 1, n. 2, pag. 694 e seg.

habet aequitatis rationem. L. 79 § 1 D. *de Verbor. signif.* PAULUS libro VI *ad Plautium* [41]) Item doctrinam puerorum, *quorum* [42]) nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet: ne cogatur fundo, aut mancipiis carere ».

L. un. § 5 C. *de rei uxor. act.* « Sed nec ob impensas in res dotis factae retentio nobis satis videtur esse idonea. *Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitatem*, utiles autem non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat *mandati actionem* a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, *quod utiliter impensum est*, adversari: vel si non intercedat mulieris voluntas utiliter tamen res gesta est, *negotiorum gestorum* adversus eam sufficere *actionem* ». Parecchi giureconsulti [43]) hanno voluto spiegare quest'ultima legge nel senso che GIUSTINIANO abbia inteso con essa abolire qualunque specie di *retentio* contro l'*actio de dote* a causa delle spese, di guisa che cotesta azione secondo lui neppure per le spese necessarie potrebbe più ammettersi. Si crede che le ultime parole del § 5 *et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem* non possano lasciare in proposito dubbio veruno. Altri

---

[41]) PAOLO si occupava principalmente in questo *libro VI ad Plautium* « de dotis repetitione et impensis in illam factis », come apparisce anche dal confronto dei frammenti desunti dallo stesso libro; L. 38 D. *de usuris*, L. 39 D. *de ritu nupt.* L. 56 D. *de jure dot.*, L. 56 D. *Soluto matr.* L. 19, L. 21, L. 23 D. *de re judic.* V. Jo. GOEDDAEI, *Commentar. in Tit. Pand. de Verb. Signif. ad h. L.* pag. 688.

[42]) Invece di *quorum* molte antiche edizioni, come ad es. quella di CHEVALLON, BAUDOZA e MERLIN, leggono più correttamente *quarum*. — Infatti ciò che viene appresso mostra ad evidenza che il relativo deve concordare non con la parola « *puerorum* », ma sibbene con le parole « *utiles impensas* », di cui appunto qui si discorre.

[43]) DONELLUS, *Commentar. de jure civili*, Lib. IX, Cap. 8, § 8 (Volume VIII, edit. Koenig. Bucherian. Norimb. 1825, 8, pag. 240). V. VOET, *Comm. ad Instit.* ad § 37 I. *de actionib. Aut.* SCHULTING *ad Ulpian.* Tit. VI *de jure dot.* (*in Jurispr. vet. Antejust.*, pag. 583 seg. not. 28). *Hub.* GIPHANIUS, *Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un.* §. *Taccat de R. U. A.* pag. 418 e VALETT, op. cit. § 34.

poi [44]) pretendono sostenere, che GIUSTINIANO abbia inteso soltanto abolire quella *retentio*, la quale sta *pignoris loco*, finchè il marito non sia stato soddisfatto; non però quella *retentio*, che si verifica sempre mediante compensazione e che produce l'effetto di un pagamento, e cercano per tal modo conciliare la L. un. col § 37 I. *de actionib.*, la quale accorda espressamente al marito la *retentio ob impensas in res dotales factas*.

Ma la maggioranza dei giureconsulti [45]) è di avviso che GIUSTINIANO nulla abbia innovato relativamente alle spese necessarie, ma siasi limitato solo ad abrogare il diritto antico, secondo il quale nella *rei uxoriae actio* il marito aveva diritto ad una *retentio* anche quando si fosse trattato di spese utili purchè fatte con il consenso della moglie, di modo che nessuna ritenzione sarebbesi ora potuta più opporre alla nuova *actio ex stipulatu* in forza di tali spese. Anche a noi sembra siffatta opinione preferibile, a meno che non si voglia porre GIUSTINIANO in contraddizione con sè medesimo. Le parole: « Cum enim necessariae *quidem* expensae dotis minuant quantitatem » sono tali da doversene dedurre manifestamente non aver voluto GIUSTINIANO apportare alcuna innovazione riguardo alle spese necessarie. In ordine a coteste spese, egli

---

[44]) *Jul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν Centur. V. Qu. 60 p. 393. *Helf. Ulr.* HUNNIUS, *Variar. Resolution. juris*, Lib. IV, P. IX, Qu. 3, pag. 1145 e *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν seu Verisimilium, Lib. II, Cap. 16 (*in Thes. jur. Rom. Otton.* Tom. I, pag. 766 e seg.).

[45]) *Gail.* MARANUS, *Paratitl. in LXII prior. Lib. Paud. h. t.*; Ant. FABER, *de errorib. Pragmaticor. et Interprett. juris*, Decad. LXXXII, Err. 4; *Matth.* WESEN, *Comment.* ad § 37 *I. de action*; *Aur.* VINNIUS, *Comm. ad eund.* § 1, n. 3; *Pet. de* TOULLIEU, *de jure nuptarum*, Disp. II, Cap. 8 (in FELLEMBERG *Jurisprud. antiqua* Tom. II, pag. 261), *Em.* MERILLIUS, *Comm.* ad § 37 I. *de action.*; *Greg.* MAJANSIUS, *Disputat. de impensis in res dotales factis*, § 13 (in Disputation. juris civ. Tom. I pag. 435 sg.; *Jo. Jac.* WISSENBACH, *Exercitation. ad Paud.* P. I, Disp. XLIX Th. 3 pag. 509, *Jo. Ortw.* WESTENBERG, *Princip. jur. secund. ord. Dig. h. t.*, § 12; POTHIER, *Pandect. Iustin.* tom. II, *h. t.* n. X, pag. 76; *Ge. Lud.* BOEMER, *Diss. de jure retentionis* § 9 (in *elect. juris civ.* Tom. II pag. 631). *Car. Frid.* WALCH ad *Hoppi Commentar. in Institut. ad* § 37 *de actionib.* not. *a.*, p. 938. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, 1 B. § 465. SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, § 689. VON WENING - INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinem Civilrechts*, 3 B. § 39 u. a. m.

dice, dee intendersi da sè che esse diminuiscono la dote *ipso jure*. Ma che poi questo *ipso jure dotem minuere* debba avvenire altresì per mezzo della *retentio* e che debba significare che al marito compete uno *jus retentionis* sulla dote a causa delle spese necessarie finchè non ne sia stato rimborsato, è anzitutto detto da GIUSTINIANO nelle stesse Istituzioni § 37 *de actionib.*

« Propter *retentionem* quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas marito *retentio* [46]) concessa est, *quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur* »; inoltre esso si richiama nel tempo stesso anche alle Pandette (sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet), nelle quali tanto da PAOLO L. 56 § 3 D. *de jure dotium* quanto da ULPIANO L. 5 pr. D. *de impensis in res dotales factis* anche più estesamente viene enunciato il principio « *Dotem ipso jure minuere* ». Su questo punto pertanto GIUSTINIANO non ha fatto che maggiormente precisare e praticamente riconoscere il diritto delle Pandette. Siccome adunque le Istituzioni sono più recenti della L. *un. Cod. de rei uxor. act.*, la quale fu emanata prima, e precisamente nell'anno 530, così non poteva mai questa legge estinguere quel diritto da GIUSTINIANO già manifestamente sanzionato nelle sue Istituzioni. Si vorrebbe, a dire

---

[46]) Varie edizioni antiche veramente leggono « marito *quasi* retentio concessa est »; così ad es. quella di A. Koberger, Nürnberg 1486, dell'Haloander, di B. de Tortis, Venezia 1495 f., di G. Petit, Parigi 1631, 4, di U. a Porta, Lione 1572 f. ed altre.

In altre edizioni però trovasi inserita la parola *quasi*, come presso il BAUDOZA, il RUSSARD, lo CHARONDAS, il PACIUS, nonchè nelle edizioni del GOTOFREDO e persino in quella di S. van LEEUWEN. Ma con ragione il CUJACIO e i nuovi editori delle Istituzioni Biener, Beck e Bucker hanno tolto di mezzo la parola *quasi*. Essa infatti non trovasi nè in TEOFILO nè nei manoscritti, come fu già osservato dal RUSSARD. Neppure nel manoscritto delle Istituzioni trovasi la parola *quasi*. Io pertanto mi accordo completamente con JANUS a COSTA, allorchè egli nel suo *Commentar. in Institut.* ad § 37 *de act.* dice: la parola *quasi* è stata aggiunta al testo da un saccente saputello (sciolus). Nondimeno il CANNEGIETER, *ad Ulpiani fragmenta*, pag. 37, not. *b*, è di avviso che potrebbesi forse leggere *quoque* anzichè *quasi*. Ma a quale scopo ciò se la parola *quasi* generalmente è da sopprimersi?

il vero, intendere la parola « *retentio* » nel passo citato delle Istituzioni nel senso di una semplice compensazione, non contraria anche all'indole della nuova *actio ex stipulatu*. Ciò che a questa infatti non può opporsi è soltanto la vera e propria *retentio* in forza della quale la restituzione della dote alla moglie che consiste in cose corporali viene ritardata sino a che il marito non sia stato pagato delle spese da lui fatte.

Facile però è intendere quanto poco risponda allo spirito della norma adottata da GIUSTINIANO siffatta interpretazione. Così PAOLO come ULPIANO parlano espressamente di cotesta *retentio* nei passi del Digesto sopra citati. E sono appunto gli unici e senza dubbio i principali due passi, in cui viene minutamente spiegato il principio « *necessarias impensas ipso jure dotem minuere* ». Ora come potrebbero essersi accolti questi passi fondamentali nelle Pandette senza alcuna variazione, se GIUSTINIANO con la L. un. § 5 *Cod. de rei uxoriae actione* avesse abolito qualunque *retentio* della dote anche per le spese necessarie nell'*actio ex stipulatu*, essendo già da un pezzo in vigore tale costituzione quando TRIBONIANO con i suoi collaboratori compilava le Pandette? Poichè pertanto quei passi delle Pandette non solo parlano della compensazione, ma espressamente parlano eziandio di una speciale *retentio* della dote, così è evidente che non può intendersi diversamente neppure il passo delle Istituzioni che ci richiama in modo espresso alle Pandette stesse, alle disposizioni anche più precise ed ai particolari commenti che in esse si contengono. TEOFILO ci dà pure nella sua Parafrasi greca [41]) tali esempi, in cui le spese necessarie vengono fatte sulle *species*, sugli *agros vel domos dotis nomine michi traditas* (*περὶ τοὺς ἀγροὺς ἢ τὰς οἰκίας, τὰς λόγῳ προικὸς ἐπιδοθείσας μοι*) e quindi su cose da restituirsi alla donna in natura. Nella fine di questo paragrafo esso dice: *ἤμελλε γὰρ ἐσθ' ὅτε καταπίπτειν ἡ οἰκία. εἰ μὴ περὶ ἀνανέωσιν αὐτῆς ἑκατόν ἀνηλώθησαν νομίσματα. Διὰ τοῦτο ταύτῃ χρήσομαι τῇ ρέτεντίωνι, τουτέστι τῇ παρακατασχέσει, ἥτις λέγεται ob necessarias impensas.* Ciò equivale,

---

[41]) Tom. II, pag. 835 secondo l'edizione REITZ.

secondo la traduzione che ne ha fatto il REITZ, a quanto segue: *forte enim futurum erat, ut domus corrueret, nisi in renovationem eius centum solidi impensi fuissent: idcirco hac* RETENTIONE *utar, quae dicitur* OB NECESSARIAS IMPNESAS.

Aggiungi ancora, che GIUSTINIANO nel § 7 parla precisamente della nuova *actio ex stipulatu de dote repetenda.* Che questa pertanto debbasi sottintendere nel *de dote judicium* di cui parimenti si parla nelle prime parole del presente paragrafo si desume apertamente da ciò che dice TEOFILO: *κινοῦσα κατ' ἐμοῦ τὴν ex stipulatu ἐπὶ ἀπαιτήσει τῆς προικός*, i. e. « illa adversus me *ex stipulatu* agens ad repetitionem dotis. » Di questa nuova azione aveva GIUSTINIANO parlato anche prima al § 29.

Se da ultimo si prenda altresì ad esaminare un po' più accuratamente il nesso logico delle parole contenute nella L. un. § 5 C. *de R. U. A.* è difficile che all'attento lettore sfugga il fatto, che GIUSTINIANO solo in vista delle spese utili deve avere avuto in animo di recare qualche modificazione al diritto antico per ciò che concerne la *rei uxoriæ actio.* Si ponga bene mente alle parole « utiles autem non aliter *in rei uxoriae actione* detinebantur, nisi ex voluntate mulieris. » Qui GIUSTINIANO riferisce il diritto vetusto, il quale accordava al marito nella *rei uxoriae actio* un diritto di ritenzione anche a causa delle spese soltanto utili, quando queste si fossero fatte con il consenso della moglie [48]).

Mentr'esso adunque intende a modificare il diritto antico, non ha in animo affatto di riferirsi alle *impensae necessariae*, la qual cosa ci rafforza maggiormente il significato già da noi sopra attribuito alle parole « *Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuant quantitatem* », e ci porge oltre a ciò la prova irrefragabile, che in ordine a questo genere di spese nulla siasi pensato ad innovare.

È solo in riguardo alle spese utili che l'Imperatore dice: « non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, *mandati actionem* a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, *quod utiliter* impensum est, adservari ».

---

[48]) V. BALDUINI, *Justinianus* Lib. II, § *Sed persequamur.*

In luogo pertanto della *retentio* può solo ammettersi l'*actio mandati* a motivo delle spese utili, quando queste siano fatte con l'approvazione della moglie. Il motivo per cui GIUSTINIANO dice « mandati actionem *a nostra auctoritate* indulgeri » vien dichiarato dallo scoliaste greco TALELEO [49]) nel modo seguente: *Επειδὰν γὰρ δεσπότης ἐστὶν ὁ ἀνὴρ τῶν προικιμαίων πραγμάτων, καὶ περὶ τὰ ἴδια δαπανᾷ· πῶς δύναται εἶναι μανδάτι ἐξ ὧν τίς ποιεῖ περὶ τὰ ἴδια πράγματα; διὰ τοῦτο οὖν ὡς ἐξ αὐθεντείας ἰδίας; τοῦτο εἶπεν ἡ διάταξις*: i. e. *Quoniam enim maritus rerum dotalium dominus est, et in rem suam impendit: quomodo potest esse mandati actio ex his, quae impendit in res suas? Itaque tanquam ex sua auctoritate hoc dicit constitutio.*

Il CUIACIO [50]) crede ancora, che GIUSTINIANO abbia voluto qui *sua auctoritate* abolire quella sottigliezza. Ma più corretta ci sembra essere l'opinione del FABER [51]).

Per le spese utili non competeva al marito, secondo il diritto antico, veruna azione, ma sibbene una semplice ritenzione [52]). Siccome pertanto GIUSTINIANO concede al marito, in luogo del diritto di ritenzione, il quale contro la nuova *actio ex stipulatu* non poteva più aver luogo come prima contro la *rei uxoriae actio*, l'*actio mandati*, qualora le spese utili siansi da lui fatte per incarico ricevutone dalla moglie, così egli poteva con ragione affermare « mandati actionem *a sua auctoritate* marito contra uxorem indulgeri ».

Che se non vi fosse stato cotesto mandato per parte della moglie, dovrebbe per tali spese accordarglisi l'*actio negotiorum gestorum*.

---

[49]) *Basilica*, Tom. IV, pag. 662, Schol. *d*.

[50]) *Recitation. solemn. in Cod. ad L.* III. § *Sileat de rei uxor. act. Vers. Ultima retentio.*

[51]) *De errorib. Pragmaticor. et Interpret. juris* Decad. LXXXII, Err. 4.

[52]) POTHIER, *Pand. Justin.* Tom II, *h. t.* n. X, not. *s*, pag. 76 sostiene quindi non senza ragione che TRIBONIANO nella L. 7, § 1 D. *h. t.* alla parola « retentionem » abbia sostituito la parola « exactionem ».

Da tutto l'insieme si deduce che GIUSTINIANO ebbe in animo di togliere per la dote tutte quelle *retentiones* che potevano opporsi alla *rei uxoriae actio*. Ciò non poteva però avvenire per le spese necessarie, poichè queste diminuiscono *ipso jure* la dote, indipendentemente dal genere dell'azione con cui la dote stessa vien richiesta, sia questa cioè un' *actio bonae fidei* o *stricti juris*, come ad es: l'*actio ex testamento*, nel caso che il marito abbia prelegato la dote alla moglie [53]). Ciò si spiega anche facilmente. Difatti lo *jus retentionis* viene esercitato per mezzo dell'*exceptio doli mali* [54]), e siffatta eccezione per equità è ammessa contro qualsiasi azione, persino quando al convenuto competa anche un'azione propria [55]). Senza dubbio la regola « impensae necessariae dotem ipso jure minuunt » ha una così larga applicazione, che viene ammessa eziandio nel caso, in cui la dote addivenga caducaria a motivo di un matrimonio proibito [56]).

Ci piace ancora tuttavia far notare in ordine al rifacimento delle spese utili, che se queste non furono fatte per mandato della moglie, l'*actio negotiorum gestorum* non può aver luogo, se non nel caso in cui in conseguenza delle spese stesse la dote siasi

---

[53]) L. 1 pr. e § 4, L. 2 pr. L. 5 D. *de dote praeleg.* § 13 I. *de legatis*. Che anche l' *actio personalis ex testamento* spettante in questo caso alla moglie sia alla pari dell' *actio ex stipulatu de dote* del più antico diritto un' *actio stricti juris*, è fuori di ogni dubbio. L. 5, § 4, L. 6 D. *de in litem juranda*. V. VINNIUS, *Commentar. ad* § 28 I. *de actionib.* n. 5.

[54]) L. 27, § 5 D. *de rei vindicat.*; L. 48. D. *eod*; L. 1 D. *de noxal act.*; L. 14, § 1 D. *Communi divid.* L. 4, § 9, L. 5, § 1 D. *de doli mali et met. except.* La L. 21 D. *soluto matrim.* dice: *Cum doli exceptio insit de dote actioni, ut ceteris bonae fidei judiciis potest dici*, ut et CELSO *videtur, inesse hunc sumtum actioni de dote.*

[55]) L. 21 D. ad *S C tum Trebell.*, L. 7 D. *de doli mali except.* ed in ispecie la L. 8 *D. eodem*, la quale, come pure la L. 79 D. *de Verb. Signif.*, è stata presa dal libro VI di PAOLO *ad Plautium*. Ivi dice PAOLO riferendosi senza dubbio alle spese necessarie, come ha notato il GOEDDAEUS *in Comm. ad* L. 79, pag. 691, *dolo facit, qui petit, quod redditurus est.* Si confronti anco la L. 173, § 3, D. *de div. Reg. juris.*

[56]) L. 61 D. *de ritu nuptiar.* V. RAMOS del MANZANO, *Comm. ad leges Juliam et Papiam* Lib. II, Cap. 20, n. 15 e seg. (*in Thes. Meerman.* Tom. V, pag. 192 e seg).

effettivamente aumentata. GIUSTINIANO lo presuppone manifestamente, « *ut utiliter* res gesta sit » [57]).

Il medesimo afferma anche ULPIANO [58]). Appunto per questo differiscono le spese utili dalle necessarie. Queste ultime infatti diminuiscono la dote *ipso iure etsi res male gesta est,* quantunque cioè senza colpa del marito non abbiano ottenuto lo scopo prefisso o anche se siano rimaste addirittura senza effetto [59]).

Relativamente alle spese utili importa ancora riflettere, che qualora non vengano fatte per incarico avutone dalla moglie, non debbono essere così esorbitanti da costringere la moglie stessa a perdere la sua dote non potendo restituire la somma dal marito impiegata [60]). Altrimenti si applicherebbero quei principii stessi che valgono in caso di *rei vindicatio* [61]). Del resto fino a tanto che la moglie è in grado di rifornire al marito le spese da lui sostenute col patrimonio che ancora le rimane, nulla importa riguardo alle spese utili l'essere queste di qualche importanza oppure no [62]). Qualunque rifacimento di spese però viene meno, quante volte il marito abbia prelegato la dote alla sua moglie [63]).

---

[57]) L. un. § 5 C. *de R. U. A.*

[58]) L. 5, § 3, D. *h. t.* Si vegga eziandio il GENTILE, *Comm. in Tit. de Verb. Signif. ad L.* 79 cit. pag. 182.

[59]) V. sopra § 1281, pag. 385 e MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.* Vol. II, § 276, Not. 3, pag. 140.

[60]) L. 8 D. *h. t.*; L. 79, § 1 D. *de Verb. Signif.* MAJANSIUS cit. Diss. § 13, pag. 436.

[61]) L. 38 D. *de rei vindic.* V. *Ant.* SCHULTING, *Notæ ad Dig. seu Pand.* Tom. IV. ad L. 8 *h. t.* pag. 357 nonchè parte 8 di questo *Commentario* § 592, pag. 303 e segg. Consultisi anche DONELLUS, *Commentarior. de jure civ.* Lib. XIV, Cap. 8, § 6, Vol. VIII, pag. 239.

[62]) Soltanto quando trattisi di spese necessarie si ha riguardo a ciò. Nell'*actio negotiorum gestorum* non si tien conto per nulla dell'ammontare della somma (L. 12 D. *h. t.*). V. CUIACII, *Recitation. solemn. in Cod. ad L. un.* § *Sileat*, de rei uxor. act. Vers. *Ultima retentio.*

[63]) L. 5 D. *de dote præleg.* MARCIANUS Libro III. *Regularum.* « Dote relegata, non est heres audiendus, si velit, solutionem differre, ob impensas alias, quam quæ ipso jure dotem minuunt. Aliud est enim, « minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud pignoris nomine retineri dotem ob ea, quæ mulierem invicem præstare æquum est ».

Quantunque nella L. un. § 5 Cod. *de R. U. A.* venga negata la *retentio* della dote per le spese utili, tuttavia dalla maggioranza dei giureconsulti [64]) si sostiene, che quando del danaro fa parte del patrimonio dotale, di fronte ad esso ha luogo la compensazione, sia perchè anche con ciò il debito viene diminuito *ipso jure*, sia perchè GIUSTINIANO nella L. *ult. Cod. de compensation.* espressamente statuisce, che queste compensazioni potrebbero essere opposte a tutte quante le azioni, siano esse reali o personali, essendo eccettuata soltanto l'*actio depositi.*

§ 1283.

C. Impensae voluptuariae — *Concetto* — *Effetti che ne derivano.*

Le spese finalmente possono essere ancora *voluptuariae;* tali sono quelle che anche se non fatte non portano seco la distruzione nè tampoco la deteriorazione della dote e per cui neppure la rendita viene così ad esserne accresciuta, ma che vengono fatte semplicemente per abbellire la cosa e per procurare un piacere e una soddisfazione. ULPIANO (*Fragm. Tit.* VI *de dotibus* § 17 ([65]) così le definisce:

« *Voluptuosae* sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret; neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis [66]) et picturis similibusque rebus. »

---

[64]) HUNNIUS, *Variar. Resolution. jur.* Lib. IV, P. IX, Qu. 3, p. 1145. DONELLO, *Commentar. de jure civ.* Lib. XIV, Cap. VIII, § 8; GIPHANIUS, *Explonat. difficilior. LL. Codicis ad* L. un. § *Taceat* de R. U. A. pag. 418 *Ant.* SCHULTING *ad Ulpianum Tit. VI de dotibus* Not. 28, *in Jurisp. vet. Antej.* pag. 584, VOET, *Comment. ad Pand.* Tom. II. *h. t.* § 3; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* P. II *h. t.* § 10; STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.* § 5; HOFACKER, *Princip. juris civ. Rom. Germ.* Tom. I, § 452; MALBLANC, *Princip. jur. Rom. sec. ord. Pandect.* P. II, Sect. II, § 648 ecc. Di diverso avviso sono tuttavia il COCCEIUS, *jur. civ. controv. h. t.* Qu. III., THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts.* I. B. § 465; von WENING INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, 3. B § 49.

[65]) V. HUGO, *cjur. Civ. Antejustin.* Tom. I, pag. 27.

[66]) *Viridiaria* o *viridaria* o anche *viridia* sono luoghi piantati con alberi verdi, giardini ameni ed in ispecie viali sparsi di piante alte e frondose, ma infruttifere. L. 13, § 4 D. *de Usufr.*; L. 8, § 1 D. *de instructo vel instrum. leg.*; L. 15, § 1 D. *de servitutibus.* V. GOEDDAEUS *ad* L. 79 § 2 D. *de Verb. signif.* n. 4. pag. 699.

L. 7 pr. D. h. t. *Ulpianus* libro XXXVI *ad Sabinum*. « *Voluptuariae* autem *impensae* sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quae species exornant ».

L. 14, § 2 h. t. *Ulpianus* libro V. *Regularum*. « *Voluptuosae* sunt, balinea extruere ».

Su ciò è d'accordo anche PAOLO il quale nella più volte citata L. 79, § 2, D. *de Verbor. signif.* dice:

« *Voluptuariae* sunt, quae speciem duntaxat exornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquae salientes [67]), incrustationes [68]), loricationes [69]), picturae ».

Se tuttavia tali *impensae voluptuariae* vengono fatte sulle cose dotali che la moglie vuol vendere dopo avvenuto lo scioglimento del matrimonio ed il compratore è disposto a pagarle ad un prezzo maggiore appunto in vista di questi abbellimenti; in tal caso assumono il carattere delle spese utili, come precisamente ci dice PAOLO, L. 10 D. h. t. (*Paulus* libro XXXVI *ad edictum*) « Quodsi hae res, in quibus impensae factae sunt, *promercales* fuerint [70]); tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt ».

Per le spese di ornamento e di mero piacere non sorge a favore del marito alcuna obbligazione. Esso non è rimborsato di cotali spese neppure quando le abbia sostenute per incarico della moglie. ULPIANO lo dice espressamente, riferendosi ad ARISTONE, in un passo tolto dallo stesso lib. XXXVI *ad Sabinum*.

---

[67]) Fontane, che in modo artificiale venivano collocate nelle case per refrigerio e piacere nel mezzo di una vasta stanza o di un salone, dove l'acqua che zampillava veniva a cadere entro un bacino o una vasca di marmo ovvero di bronzo. L. 11 D. *de supellect. leg.* V. CUJACIUS ad h. L. e GOEDDAEUS *c. l.*

[68]) Superfici di lastre di marmo che si hanno allorchè le pareti di una sala vengono ricoperte con lamine di marmo. ISIDORUS, Lib. XIX, Cap. 13. dice: « CRUSTÆ sunt tabulae marmoris: unde et marmorati parietes et crustati dicuntur. INCRUSTATIONES igitur investiunt parietes crustis marmoreis, autore HADRIANO IUNIO ».

[69]) Fregi di intonaco e di scultura per ornamento delle pareti. V. VITRUVIUS *de Architectura*, Lib. VII, Cap. I; CUJACIO, *Comm. ad Tit. Paud. de Verbor. signif. h.* L. 79 e GOEDDAEUS *c. l.* pag. 700.

[70]) V. CUJACIO, *Commentar. in Libr. XXXVI Pauli ad Edictum ad h. L. 10* (*in Operib. postum.* a FABROTO *edit.* Tom. II, pag. 598 e seg.

L. 11 D. h. t. « In voluptuariis autem Aristo scribit, *nec si voluntate mulieris factae sunt exactionem parere* » [11]). Il marito ha solo lo *jus tollendi*, qualora questa separazione possa farsi senza danno e purchè le cose separate abbiano un interesse per chi le separa; altrimenti egli è obbligato a rilasciarle a vantaggio della moglie senza pretenderne alcun compenso. Ce lo dichiara GIUSTINIANO nella L. un. § 5 C. *de R. U. A.*

« Quodsi *voluptuariae* sint, licet ex voluntate eius expensae: deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur ».

Vi sono nondimeno due casi, ne' quali anche per le *impensae voluptuariae* non vien negata al marito l'azione, e cioè: 1.° quando la moglie non voglia accordare al marito la separazione che potrebbe farsi senza danno; 2.° quando queste spese furono fatte per cose dotali che la moglie ha in animo di vendere e che appunto in causa delle spese fattevi possono vendersi ad un prezzo più elevato. Si riferiscono a questo punto i passi seguenti:

L. 9 D. h. t. Ulpianus lib. XXXVI *ad Sabinum*. « Pro *voluptuariis impensis*, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, *exactionem patitur*. Nam si vult habere mulier, reddere ea, quae impensa sunt, debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem. Caeterum, si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius, quod abstulit » [12]).

---

[11]) Invece di *parere* JO. GUIL. HOFFMANN *in Observation. var. seu Meletemat.* ad Pand. Diss. XXII, § 10 propone la lezione exationem *patere*. Però a me non pare assolutamente necessaria in questo punto una variante nella lezione. La parola *parere* ha qui un significato assai calzante, ove a si prenda nel senso di produrre, creare, dare alla luce. Basta che si sottintenda dopo la parola *scribit* la parola *eas* separata da una virgola.

[12]) BAUDOZA CESTIUS legge questo passo nel modo seguente: *si profuturum* est *ei*, quod *abstulerit*. Altri per vero preferiscono attenersi al testo fiorentino, ma intendono il *futurum* per *profuturum*; ammettono cioè in altri termini che ciò che vien tolto dal marito deve anche a lui arrecare un vantaggio, poichè altrimenti questo *jus tollendi* non può essergli concesso. Così spiega queste parole la glossa e così pure il POTHIER *in Pand. Justin.*, Tom. II *h. t.* N. XII, not. *d*, pag. 77. Sull'esattezza del testo

L. 10 D. h. t. « Quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint: tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt ». Infatti mentre in quest' ultimo caso la legge parifica le *impensae voluptuariae* alle spese utili, nel primo caso invece è la moglie stessa la quale opponendosi a che gli ornamenti sian tolti, viene a dichiarare che essa considera come utili siffatte spese [13]). E' giusto pertanto che in questo caso venga accordata contro la moglie una di quelle azioni che competono al marito per esser rimborsato delle spese utili.

Ora siccome GIUSTINIANO con la sua Costituzione, la quale in genere rimonta ad un'epoca più antica di quella della compilazione delle Pandette, non ha abolito queste leggi, così A. FABER [14])

---

ci rassicurano abbastanza i Basilici. In questi al Tom. IV, Lib. XXVIII, tit. 10 Const. 9, pag. 418 leggesi: εἴ γε δύναται περιαιρεθῆναι, καὶ μέλλει ἔχειν αὐτό, ἐπεὶ οὐ περιαιρεῖ αὐτό. i. e. *siquidem et tolli possit et eius futurum sit: ceterum non tollet.* IENSIUS in *Strictur. ad Rom. juris Pand. et Cod.* pag. 178 spiega questo passo nel senso che ciò che il marito ha tolto (non forse per il motivo appunto che viene così ad esser separato dalla cosa principale) potrebbe esser vendicato da un terzo, e per conseguenza la separazione non gioverebbe per nulla al marito dal momento che questi non può conservare ciò che ha separato. Egli immagina il caso in cui siasi ad es. impiegata della materia altrui per l'ornamento di una casa, la qual materia pertanto può esser rivendicata dal proprietario. Esso crede tuttavia che l' avverbio negativo (οὐ) dovrebbesi nei Basilici cancellare senz'altro e ricostruire il passo con una più corretta disposizione nel modo che segue: *Potest mulier vel impensas voluptatis causa in rem dotalem factas restituere vel permittere viro tollere id, quod vir struxerit, si quidem et possit tolli, et sublatum futurum sit viri,* ita scilicet, ut non possit vindicari. Non in modo confuso interpreta questo punto anche lo Scoliaste greco Sch. g. pag. 421, il quale dice: τοτέ δὲ ὅ προσέθηκεν δύναται ἀφαιρεῖν ὁ ἀνὴρ ὅτε μέλλει σώζεσθαι παρ' αὐτῷ ἀφαιρουμένῳ εἴ γὰρ μόνον ἀφανίσαι βούλεται τὸ προστεθέν, ἐπειδὰν αὐτὸς οὐδὲν ωφελεῖται, ἀλλὰ καταβλάπτει τὴν γυναῖκα, οὐ συγχωροῦμεν αὐτῷ. *Tunc autem maritus, quod adjecit, potest auferre, cum apud ipsum tollentem salvum futurum est, nam si, ut depereat, tollere vult, quia nec ullum commodum sentit, et exinde mulier damnum patitur, hoc ei non permittimus.* Dall' insieme frattanto risulta che lo *jus tollendi* compete al marito solo quando l'esercizio di cotesto diritto non arrechi un danno alla moglie e nel tempo stesso sia a lui vantaggioso.

[13]) V. GOEDDAEUS ad L. 79, § 2 D. *de V. S.* n. 2, pag. 698.

[14]) *De errorib. Pragmaticor. et Interpret. juris.* Decad. LXXXII. Err. 4.

molto a torto ne incolpa TRIBONIANO, da lui accusato di poco acume.

Non conviene far quistione su leggi riconosciute una volta come valide, ma bisogna secondo quelle discutere.

## § 1283 *a*.

### *Osservazione finale e generale.*

Tutti quanti i principii sinora svolti presuppongono come condizione essenziale l'esistenza di una dote vera. Ma poichè senza matrimonio legalmente valido non può concepirsi una dote [75]), è evidente che coteste norme non potranno mai mettersi in pratica, sia che trattisi di un matrimonio effettivamente celebrato ma non valido secondo le leggi [76]), sia invece che nessun matrimonio siasi mai conchiuso, ma che tuttavia prima ancora della celebrazione del medesimo siano state consegnate al fidanzato quelle cose che dovranno in seguito costituire la dote, supposto però che il matrimonio non abbia avuto luogo altrimenti. In questi casi difatti non potrebbe mai concedersi l'*actio ex stipulatu de dote,* ma soltanto una semplice *condictio*, o *sine causa* [77]) ovvero *ob causam datorum, causa non secuta* [78]); e così pure le teorie sopra enunciate sul rifacimento delle *impensae in res dotales factae* non trovano qui la loro applicazione, ma subentrano invece le regole generali che valgono per ogni *bonae* o *malae fidei possessor* in materia di spese [79]). A ciò si riferisce quanto dice PAOLO, libro XXXVI *ad edictum*, dal qual passo è stata tolta la L. 23 D. *soluto matrim.*:

« Et si quid in dotem impensum est, nec a muliere reddetur, *per doli mali exceptionem* servabitur ».

---

[75]) L. 76 in fin. D. *de jure dot.*; L. 20 C. *de donat. ante nupt.*

[76]) L. 3 D. *de jure dot.* V. HASSE, *Güterrecht der Ehegatten*, 1 B., § 70. pag. 242 e segg.

[77]) L. 5 D. *de condict. sine causa.*

[78]) L. 7 pr. *de condict. causa data*; L. 7 § 3, L. 59 § 2 D. *de jure dot.*

[79]) V. *Franc.* DUARENUS in h. Tit. ad L. 23 *Sol. matrim. Oper.*, pag. 280 e VALETT, op. cit., § 31, pag. 51 e seg.

Questa sentenza di PAOLO si riferisce al caso contemplato da ULPIANO nella precedente L. 22 § ult., al caso cioè in cui la moglie per errore abbia sposato uno schiavo in luogo di una persona libera. Ivi ULPIANO dice: « concedi opertet quasi privilegium in bonis viri mulieri ». La moglie agisce contro il padrone di suo marito coll'*actio de peculio;* il padrone però alla sua volta ha diritto a dedurre la somma di cui il servo gli è debitore e ciò che il servo stesso ha speso per la dote, e perciò può valersi dell'*exceptio doli mali* [80-81-82-83]) nel caso che la moglie gli contenda il rifacimento delle spese.

---

[80-81-82-83]) V. *Jac.* CUJACIUS, *Commentar. in Lib. XXXVI Pauli ad Edictum* ad L. 23 D. *Soluto matrim.* (*Oper. postumor. a* FABROTO *editor.*, tom. II, pag. 592 e seg.).

# TITOLO II. *)

# De actione rerum amotarum **)

## § 1284.

*Concetto di questa azione. Editto del Pretore. Varie opinioni dei più antichi giureconsulti romani. Interpretazione della L. 1* h. t.

Coll'antica *rei uxoriae actio* si potevano far valere delle *retentiones ex dote* tanto per causa di spese, quanto per causa di sottrazioni fra coniugi (*propter res amotas*). Ma, dopo la nota costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO, queste ultime ritenzioni non poterono farsi più valere neppure coll'*actio ex-stipulatu*, perchè a disposizione del marito vi era già l'*actio rerum amotarum* [81]). Da ciò la connessione del presente titolo col precedente.

Sotto il nome di *judicium* o *actio rerum amotarum* viene ora intesa quell'azione personale, che, a norma dell'Editto del Pretore,

---

[81]) L. un. § 5 Cod. *de rei ux. act.*: « Taceat in ea [ex stipulatu actio] retentionum verbositas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex constitutionibus introducto? . . . *Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, quum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium* . . . Sed nec ob impensas in res datis factas retentio nobis satis videtur esse idonea . . . ».

---

*) Tradotto e annotato dal giudice G. BAVIERA.

**) BIBLIOGRAFIA. — Scarsissima è la letteratura esistente su questo istituto. Si consultino tuttavia: KARLOWA, *Roemische Rechtsgeschichte*, vol. II, parte III, pp. 1179-1183. — LENEL, *Essai de reconstitution de l'édit perpetuel* (trad. franc. di PELTIER sopra un testo riveduto dall'autore), vol. II, § 115, pp. 25-27. — ESMEIN, *Melanges d'histoire de droit et de critique*, 1886. *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*, pp. 27-30.

Accenni più o meno ampi poi si trovano in WINDSCHEID, *Pandecten*, vol. II, § 454, n. 24. — BARON, *Die Condictionen*, p. 256 e segg.

trova propriamente applicazione nel caso in cui un coniuge, durante il matrimonio ma nella previsione di un divorzio da lui già progettato, abbia sottratto qualche cosa all' altro coniuge e può essere intentata contro il sottrattore subito dopo avvenuto il divorzio, allo scopo di ottenere da lui il completo risarcimento [85]).

Quest'azione è stata introdotta dal Pretore nel suo Editto [a]). Gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO nella L. 2 Cod. *h. t.* dicono:

---

[85]) Si confronti qui preferibilmente *Iac.* CUIACII, *Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 21, libri V. Rerum amotarum*; *Reinh.* BACHOVII, *Echtii Tract. de Actionibus*, disp. V. § 7-12; *Ger.* NOODT, *Commentar. ad Dig. h. t.* (*Operum*, tom. II, pag. 530 segg.) e *Franc.* RAMOS DEL MANZANO, *Praelectio ad L. 25 D. de act. rer. amotar.* (in *Ger.* MEERMANI, *Nov. Thes. iur. civ. et canon*, tom. VII, pag. 206-211).

---

*a*) Sull'antichità dell'*actio rerum amotarum* si è discusso dagli storici. Il BARON, *Die condictionen*, p. 256 e il DERNBURG, *Die Compensation*, 4.ª ediz., p. 149, n. 2 non credono che essa si possa retrotrarre oltre l'inizio dell'impero. Però gli argomenti, che adducono, si spuntano contro i testi, la cui genuinità, conviene notare, non è dubbia. ULPIANO, fr. 13 *h. t.* (lib. XXXIII *ad Edictum*, dice: « Ideo LABEO scribit mulieri non esse permittendum referre iusiurandum: et ita edictum ordinatum videtur ». Il quale frammento è bene confrontare col precedente di PAOLO (lib. VII *Brevium*): « non magis, quam si quis ei qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipse fur sit ». Lo stesso ULPIANO nel fr. 19 *h. t.* cita pure l'autorità di LABEONE, il quale « scripsit, uxorem rerum amotarum teneri, etiamsi ad eam res non pervenerit ». Non solo: ma dal fr. 3 §§ 3 e 4 di PAOLO (lib. VII *ad Sabinum*) si deduce che l'azione era conosciuta anche da OFILIO e MELA: « Item verum est, quod Ofilius ait, etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, quolibet ratione consumserit, *rerum amotarum iudicio contineri* », § 3. « Si filia familias res amoverit, Mela, Fulcinius aiunt, de peculio dandam actionem, quia displicuit eum furti obligari, vel in ipsam *ob res amotas dari actionem* », § 4. Dal contesto di tutti questi frammenti si evince, come al tempo dei citati giureconsulti, LABEONE, OFILIO, MELA, l'*actio rerum amotarum* fosse già saldamente costituita e quindi dovesse rimontare, nella sua origine, a tempo anche anteriore. Questa è pure l'opinione di DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid* [dove, alla nota 7, sono citati gli autori che non la dividono] e di KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, parte III, pag. 1179. Degna di considerazione è poi la congettura di quest'ultimo scrittore, per la quale l'origine della nostra *actio* dovrebbe più precisamente porsi nell'epoca in cui si formò, in via consuetudinaria, il principio che le donazioni tra coniugi non fossero valide come negozi giuridici: cioè a dire verso la fine della Repubblica.

« Divortii causa [b]) rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum *Edicto perpetuo* permittitur [86]) actio. Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio ».

I diversi tentativi del RANCHIN, del NOODT, del WESTENBERG diretti a ricostituire lo stesso Editto si trovano, insieme ai corrispondenti frammenti delle *Pandette* e del *Codice,* nella rarissima opera di *Abr.* WIELING, edita a Franeker nel 1733, 4, sotto il titolo: *Fragmenta Edicti perpetui in usum lectionum publicarum,* pag. 153 e segg. Secondo la restituzione fattane dal gran NOODT [87]), i cui sforzi nello studio dell'Editto hanno, a giudizio d'un HAUBOLD [88]), sorpassato di gran lunga le fatiche di tutti gli altri romanisti, l'Editto così suonava:

*Rerum amotarum si agetur, quod uxor res mariti, aut maritus res uxoris, divortii causa, amovisse dicetur, et divortium secutum erit, iudicium dabo* [d]).

---

[86]) In luogo di *permittitur*, come leggono tutte le edizioni, che io ho confrontato, si deve leggere, dice CUIACIO, *l. c.*, *promittitur*. « Promittit enim Praetor actiones in suo Edicto easque dat postulantibus ». Ma la parola *permittitur* ricorre anche nella L. un. Cod. *de alienat. ind. mut. caus. facta* [c]).

[87]) Vedi, dello stesso: *Commentar. ad Dig. h. t.*, princ. (*Operarum*, tom. II, pag. 530).

[88]) Vedi, dello stesso: *Aufsatz über die Versuche, das Prätorische Edict herzustellen* [Trattato sui saggi di ricostruzione dell'Editto pretorio] (in HUGO's, *Civilist. Magazin*, vol. II, pag. 309).

---

*b*) La lezione preferibile è *divortii gratia*. Cfr. LENEL, *Palingenesia*.

*c*) Ed è la lezione odiernamente ammessa.

*d*) L'affermazione del GLÜCK circa il valore da attribuire alla ricostruzione dell'Editto perpetuo tentata dal NOODT, oggi, dopo il classico lavoro di *Otto* LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 1883 (tradotto ora in francese dal PELTIER « sopra un testo riveduto dall'autore » che sotto certi riguardi e per alcuni punti particolari costituisce una vera rifazione dell'opera), non può più menomamente esser tenuta ferma.

Dell'*actio rerum amotarum* il LENEL si occupa nel § 115 (vol. II, pp. 25-29) *de rebus amotis*. L'illustre Autore non ci dà la ricostruzione della formula pre-

Gli antichi giureconsulti romani non erano d'accordo sul modo di considerare una tale sottrazione fra coniugi. Noi abbiamo qui un esempio notevole del dissenso dominante, pur fra i seguaci della stessa scuola, intorno ad un determinato punto di diritto. Per fermo, tutti erano unanimi in ciò, che qui non trovava applicazione l'*actio furti* conceduta pel furto e perciò dovette essere stata introdotta per questo caso un'azione speciale. Ma perchè l'*actio furti* non era qui ammessa? Ecco il punto, sul quale anche i giureconsulti di una medesima scuola non erano di una stessa opinione. PAOLO, dal cui *liber VII ad Sabinum* è tratta la L. 1 D. *h. t.*, ci ammaestra sull'argomento dettagliatamente. Egli dice:

« Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit: quia non placuit, cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut NERVA [89]), CASSIO, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret:

---

[89]) Parecchie antiche edizioni leggono NERVA *et* CASSIO: ad es. HALOANDER, BAUDOZA, MIRÄUS, MERLIN e altri. Ma PAOLO ha soventi tralasciato la copula tra il nome dei giureconsulti. Si consulti ad es. la L. 3 § 4 *h. t. Io. Guil.* HOFMANN in *Observationib. var. s. Matemat. ad Pand.*, diss. XXII, § 10, opina che si possa, supponendo una geminazione, leggere NERVA *ac* CASSIO.

---

cisa di essa — che in ogni modo sarebbe stata arbitraria — ma ce ne fornisce i necessari elementi materiali e sostanziali (pag. 27). Per il LENEL è certo: che della formula facevano parte integrante le parole DIVORTII CAUSA AMOVISSE » come quelle che indicavano le condizioni a cui l'*actio* era subordinata (cfr. ULP., 34, fr. 17 § 1 *h. t.*; PAUL., 37, fr. 21 pr. § 1 *h. t.*; fr. 23 *h. t.*; const. 2, 3 *h. t.*; fr. 23 § 7 *de iurciur.*, XII, 2): e che la condanna era diretta al *quanti ea res est* (cfr. PAUL., 37, fr. 21 §§ 3-6 *h. t.* e fr. 29 *h. t.*). Essa dovea anche accennare al fatto materiale del divorzio seguìto, che è contemplato espressamente nel fr. 1 *h. t.* (PAULUS, libro VII *ad Sabinum*: « Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam *quae uxor fuit*... ») e nel fr. 25 *h. t.* (MARCIANUS, libro III *Regularum*: « Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si... et secutum divortium fuerit »). Al LENEL sembra poi, e giustamente, che anche la condizione negativa, alla quale era subordinata la *condemnatio* (« easque res redditas non esse ») dovette essere stata espressa nella formola, come può argomentarsi dal fr. 8 § 1 *h. t.* « SABINUS ait, si mulier res, quas amoverit, *non reddat*, aestimari debere, quanti in litem vir iurasset ».

aliis, ut SABINO et PROCULO, furto [90]) quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure: in qua sententia et IULIANUS rectissime est » [91]).

Alcuni dunque dei più antichi giureconsulti sostenevano, che una sottrazione fra coniugi non fosse affatto da considerare come un furto. Quali sostenitori di questa opinione sono indicati NERVA e CASSIO. NERVA fu segnace di LABEONE e questi fu maestro di PROCULO, dal quale la scuola di LABEONE si chiamò « dei Proculiani » [92]). CASSIO al contrario seguì MASSURIO SABINO, lo scolaro di CAPITONE, dal quale la scuola si chiamò « dei Sabiniani »,

[90]) I più leggono qui, *furtum*. Ad es. HALOANDER, BAUDOZA, MERLIN, MIRÄUS ed altri.

[91]) V. *Petr. de* VELASCO, *Concertationes inter Proculum et Cassium ad L. 1 D. Rerum amotar.*

[92]) Non Proculeiani *e*). V. DIRKSEN, *Ueber die Schulen der römischen Juristen* [Sulle scuole dei giureconsulti romani], § 3, nota 45 (nei suoi *Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts* [Contributi alla scienza del diritto romano], pag. 20).

*e*) Su tale questione, recentemente, lo SCIALOIA, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti* (*Bullettino dell'istituto di dir. rom.*, anno XIV, 1901, pag. 18, n. 2), scriveva una nota arguta. E cominciava con l'osservare che la forma « Proculeiani » si trova « nei manoscritti più attendibili » mentre « Proculiani » è data da manoscritti di minor valore. Partendo da questa osservazione e dopo aver notato che quest'ultima forma era prevalsa nel secolo XIX, specie in Germania, per l'autorità del KÄMMERER, *Beiträge z. Gesch. u. Theor. d. röm. Rechts* e del DIRKSEN, così ne dimostrava la poca fondatezza: « L'argomento che si adduce in suo favore è la derivazione da Proculus, la quale certo nessuno vorrà negare. Ma perchè tale argomento avesse valore sarebbe necessario provare che da « Proculus » non può derivare « Proculeiani », ma soltanto « Proculiani ». Or questa prova non si può dare. Da « Proculus » deriva « Proculeius » e attraverso questo, benchè non originariamente da questo, si forma « Proculianus ». Oltre a ciò lo SCIALOJA nota come la denominazione della scuola è « alquanto tarda ». È vero che « Proculianus » si legge, oltre che nei testi meno buoni delle *Pandette* e in alcuni manoscritti delle *Istituzioni* di GIUSTINIANO, anche nella *Parafrasi greca* di TEOFILO, 2, 1, 25 (ed. FERRINI, pag. 107) nella forma latina, con desinenza greca « Proculianoi ». « Ma questa testimonianza, molto più tarda che quella contraria dei manoscritti di ULPIANO e dei frammenti vaticani e del Codice Fiorentino delle *Pandette*, ha minor valore se si riflette, che nella prominzia greca di quel tempo « Proculianoi » e « Proculeianoi » erano perfettamente equivalenti ». Cosicchè per il chiarissimo romanista, accettando la forma « Proculeiani » « si può esser sicuri di scrivere secondo l'uso di un tempo se non molto antico, certo anteriore a GIUSTINIANO.

Questa opinione che tende a scalzare la forma Proculiani — già afferma-

per quanto si fosse anche nominata da CAIO CASSIO [93]) *f*). Pertanto, due giureconsulti di due diverse *sectae*, proculiano l'uno,

[93]) L. 2 § 47 D. *de origine iuris*.

tasi, dopo difficoltà, in Germania nel secolo XIX e resa comune oggi dall'autorità del MOMMSEN che l'adoperò — per ripristinare l'altra « Proculeiani », ha trovato un deciso avversario nel BAVIERA, il quale nella monografia *Sulle due scuole dei giureconsulti romani* aveva seguìto le orme del MOMMSEN. Riassumiamo nella parte sostanziale gli argomenti svolti dal BAVIERA nel recentissimo scritto che sulla storia delle varie denominazioni collettive date alle due scuole dei giureconsulti romani egli ha pubblicato negli *Studi, ecc. in onore di Vitt.* SCIALOIA, vol. II, pag. 761, n. 2.

In ordine al primo argomento — manoscritti più attendibili che hanno la forma Proculeiani — egli obbietta il canone fondamentale della critica odierna che cioè, i codici siano da porre da parte quando dànno una lezione, che, per le regole *certe* della filologia, sia *non vera*. E nel caso in esame la filologia insegna che da « Proculus » non può venire che « Proculiani »; « Proculeiani » deve venire da altra forma che « Proculus ». Infatti lo stesso SCIALOIA lo ammette facendolo discendere da « Proculeius », che a sua volta deriverebbe da « Proculus ». Ora ciò non è: « Proculeius » *non è forma nominale derivata da Proculus, ma* FORMA A SÈ. A prescindere da ciò, rileva il BAVIERA, come, anche ammesso per ipotesi che da « Proculus » derivi « Proculeius », sarebbe stato necessario dimostrare perchè da questo e non da quello avesse assunto il nome la scuola, pur essendo stato, fuor di dubbio « Proculus » il nome del giureconsulto, da cui veniva il titolo. E ciò, egli incalza, sarebbe stato tanto più necessario, in quanto che *contemporaneamente* a Proculo esisteva a Roma un ben noto ed illustre « Proculeius » amico d'imperatori e ricordato da ORAZIO, nelle *Odi* (II, 2, 5; I, 32, 22), da PLINIO (*N. h.*, 36, 183), da TACITO (4, 40). E la deduzione logica egli conforta di un esempio che sembra, in verità, *decisivo*, avendo rinvenuto nella *Prosopographia imp. Rom.* del 1.°, 2.° e 3.° secolo, che il *Quattuorvir viarum curandarum* « Equatius Proculianus » si chiamava precisamente così perchè figlio « A. Equ. *Proculi* et *Laberiae* Gallae »: *C. I. L.*, VI, 1406. Cosicchè il BAVIERA conchiude che i moderni, anche quando fossero « sicuri — accettando la forma Proculeiani — di scrivere secondo l'uso di un tempo, se non molto antico, certo anteriore a GIUSTINIANO », dovrebbero in ogni modo preferire come più esatta la forma « Proculiani », sicuri, d'altra parte, come sono, per le leggi filologiche, che da « Proculus » non può derivare « Proculeiani », e, per le attestazioni storiche, che « Proculeius » anzi che forma intermedia di « Proculus » è forma autonoma. I manoscritti più attendibili che hanno la forma contestata sono d'origine bizantina e ULPIANO che ha le due forme è di Tiro e del III secolo. Al più si può ammettere che presso i romani di epoche diverse si avevano le due forme, che in quella più tarda prevalse, per *influenza bizantina*, Proculeiani, ma deve tenersi fermo che la più genuina e corretta, filologicamente e storicamente e quindi oggidì la preferibile, è la forma « Proculiani ».

*f*) Sui nomi collettivi diversi dati alle due scuole e sull'epoca in cui essi cominciarono ad usarsi si veda il citato recentissimo scritto del prof. *G.* BAVIERA, negli *Studi, ecc. in onore di V.* SCIALOIA, vol. II, pp. 761-769. Sulle

sabiniano l'altro, andavano qui d'accordo. Essi dicevano che la *societas vitae,* che è il contenuto del matrimonio, fa sì che la donna (sebbene unicamente in rapporto ai beni del matrimonio) possa in certo modo considerarsi come *domina* [94]). E tale rapporto appunto impedisce che tra coniugi possa commettersi un *furtum.*

Si è molto propensi a riferire questa teoria solo ad una specie del matrimonio romano, cioè a quello costituito mediante la *conventio in manum* [95]). Imperocchè la donna in questo matrimonio entra nella situazione di una *filia* rispetto al *paterfamilias.* Si osserva anzi, che nel passo citato vien richiamata da PROCULO, espressamente, la figura della *filia.* Perciò l'argomento di SABINO e PROCULO: « *furtum* quidem eam facere, *sicut filia patri facit* » accenna apertamente al diritto del matrimonio per *coëmtionem.*

Ma la ragione è così poco sussistente come sarebbe il limitare il concetto, che MODESTINO dà delle *nuptiae,* quando ad esse attribuisce una *divini et humani iuris communicatio* [96]), soltanto a questa ristretta forma di matrimonio [97]). Il matrimonio con *conventio in manum* era già raro ai tempi di TACITO ed a quelli dell'imperatore GORDIANO certamente anche più raro, se non del tutto scomparso [98]). Tuttavia l' imperatore GORDIANO cercando la ragione per cui gli eredi del marito defunto non possono proporre contro la moglie l'*accusatio expilatae hereditatis,* la trova in ciò, che la moglie è considerata nella casa del marito come una *socia rei*

---

[94]) Anche l'apostolo PAOLO, I, *Thimoth.* V, v. 14, usa parlando della donna l'espressione οἰκοδεσποτεῖν.

[95]) V. *Io. Suarez de* MENDOZA, *Commentar. ad Leg. Aquiliam,* lib. II. cap. III, sect. III, nr. 16 (in *Thes.* MEERMAN., tom. II, pag. 125); *Franc.* RAMOS DEL MANZANO, *Praelect. cit.* ad L. 25 D. *h. t.* § 2 (in *Thes. eod.*, tom. VII, pag. 207) e parecchi altri.

[96]) L. 1 D. *De ritu nupt.*

[97]) V. la parte 23.ª di questo *Commentario,* § 1205.

[98]) V. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian.* [Trattato della Storia del diritto romano fino a GIUSTINIANO], pag. 668, rig. 18-22 e pag. 818, rig. 21-24 (8.ª ediz.).

---

*Due scuole* l'ultimo lavoro è sempre quello, pure citato, dello stesso autore (Firenze 1898). Vedi su di esso la recensione critica del KIPP nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,* vol. 34, 1900, p. 390 e segg.

*humanae atque divinae* [99]). Questa *societas vitae* fu anzi, per una finzione giuridica, considerata sussistente perfino dopo la morte del marito e finchè la sua eredità non fosse stata adita; perchè l'eredità rappresentava la persona del defunto ed era ritenuta come una sua perdurante proprietà [100]). Perciò la donna come non poteva essere accusata per ragione di *expilata hereditas* così non poteva esser convenuta coll'*actio furti* per causa di sottrazioni [1]).

Si aggiunga che TRIFONINO, il quale visse anche prima dei tempi di ALESSANDRO SEVERO, ricorda un caso inverso, di sottrazione commessa dal marito, ed anch'egli ripone espressamente nella *precedentis societatis vitae causa* [2]) la ragione della *rerum amotarum actio* conceduta contro il marito, invece dell'*actio furti*. Ora in questo caso non si può ammettere l'esistenza di una *conventio in manum*, perchè l'effetto di questa era che la moglie, al pari di una *filia familia*, nulla potesse avere di proprio, e quindi nulla le si potesse sottrarre; invece tutto ciò che essa acquistava, durante questo suo stato, si acquistava, per mezzo di essa, dal proprio marito, così come, per mezzo del proprio figlio o figlia, dal *paterfamilias* [3]).

Ha dunque ragione HASSE [4]) di giudicare del tutto arbitrario l'assunto di coloro i quali pretendono riferire la già ricordata opi-

---

[99]) L. 4 C. *de crimine expilatae hereditatis* (IX, 32). V. *Ge.* D'ARNAUD, *Variar. Coniecturar. iuris civ.*, lib. II, cap. 19, pag. 342 seg.

[100]) L. 61 D. *de acquir. rer. dom.*; L. 13 § 2 D. *ad Leg. Aquil.*; L. 9 Cod. *Depositi*.

[1]) L. 5 D. *Expilatae hereditatis*. HERMOGENIANUS, libr. II *Iuris epitomar.*: « UXOR, *expilatae hereditatis crimine* idcirco non accusatur, quia nec *furti* cum ea agitur ». V. *Jos.* FINESTRES et *de* MONSALVO, *Commentar.* in HERMOGENIANI *Iuris Epitomar.*, libros VI, ad h. L. § 4, pagina 652.

[2]) L. 52 D. *de re iudicata*. TRIPHONINUS, lib. XII *Disputationum:* « Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio *praecedentis societatem vitae* causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex male contractu et delicto oritur ».

[3]) V. HASSE, *Güterrecht der Ehegatten* [Diritto patrimoniale dei coniugi], vol. I, § 27, pag. 85 e la parte 24.ª di questo *Commentario*, § 1220.

[4]) *Güterrecht der Ehegatten* [Diritto patrimoniale dei coniugi], § 4, pag. 9.

nione di NERVA e di CASSIO unicamente al matrimonio in cui intervenga una *conventio in manum* g). Dunque entrambi questi giureconsulti negavano, senza limitazioni, che la sottrazione fra coniugi si potesse chiamare un vero e proprio *furtum*.

Altri all'opposto sosteneva che la donna, se sottrae qualcosa in costanza di matrimonio, commette senza dubbio un *furtum*. Solo che contro di essa non si fa luogo all'*actio furti*. Quali propugnatori di questa opinione sono indicati SABINO e PROCULO, coloro appunto da cui presero il nome le due *sectae* degli antichi

---

g) La questione se l'*actio rerum amotarum* avesse luogo solo nella forma del matrimonio *cum manu*, o, siccome opina il GLÜCK sulle orme dell'HASSE, anche in quella del matrimonio libero, non può risolversi se non a patto di distinguere storicamente periodo da periodo. Certo, nel diritto giustinianeo, e anteriormente ad esso, quando il matrimonio *cum manu* era divenuto raro, l'affermazione del testo può ammettersi nella sua integrità. Ci sembra però che essa non possa egualmente valere rispetto all'epoca in cui era invece il matrimonio *cum manu*, quello che costituiva la regola generale.

A chi ben osservi, gli scarsi, ma preziosi elementi portici dal citato fr. 1 D. *h.* di PAOLO nonchè dall'altro 11 D. *h. t.* di ULPIANO danno i termini estremi della evoluzione storica percorsa dall'*actio rer. am.* Originariamente essa fu conceduta solo al marito contro la donna (*introductum est* adversus *eam* quae uxor fuit). Ed era logico che così fosse, sia perchè la donna *in manu* non possedeva nulla, cosicchè poteva bensì rubare, ma non poteva essere derubata, sia perchè essa sola era soggetta al repudio. Infatti, tutte le considerazioni svolte nel frammento di PAOLO sulle ragioni, per le quali fu introdotto quel *particulare iudicium* e le corrispondenti divergenze dei giureconsulti trovano il loro fondamento *giuridico* solo nel matrimonio *cum manu*. È in questa unione che la donna sta di fronte al marito *filiae loco* e in rapporto ai figli *loco sororis;* e qui che è *heres sua* del marito — concorrendo coi figli sul di lui patrimonio per una quota virile — e che, come tali, è partecipe, *quodammodo domina*, dei beni e dei *sacra* di lui. Solo dunque in rapporto al matrimonio *cum manu* può dirsi che sia giuridicamente esatta tanto l'analogia di SABINO e PROCULO, che argomentano dal furto della *filia familias*, quanto il motivo di NERVA e CASSIO che la dicono *domina*. Si confronti su tali idee e per più ampi dettagli ESMEIN, op. cit., p. 27 e segg. — In processo di tempo sollevatosi in dignità il matrimonio libero, dato all'*uxor* il titolo di *materfamilias*, parificati i coniugi nella facoltà del repudio, l'*actio rerum amotarum* fu conceduta anche alla donna contro il marito (« sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, et res amoverunt, rerum amotarum teneri »). Ed allora poterono sempre invocarsi le opinioni e argomentazioni di SABINO e PROCULO da una parte, di NERVA e CASSIO dall'altra, ma con questa, conviene notare, essenziale differenza, che esse mentre avevano un reale valore *giuridico* rispetto al matrimonio *cum manu*, dovettero, per adattarsi al matrimonio libero, assumere un significato puramente *morale*.

giureconsulti romani. La ragione da essi addotta era, che anche la *filiafamilias* commette un *furtum* se ruba al proprio padre.

Quando PAOLO qui dice: « *sed furti non esse actionem* CONSTITUTO IURE », alcuni vogliono intendere, che quel *ius constitutum* fosse la legge di ROMOLO, secondo la quale la moglie, che è pervenuta *in manum mariti,* deve partecipare ai beni e ai *sacra privata* di lui per modo da divenire nella casa, padrona, così come il marito padrone. Tale è la legge che ci ha conservato DIONISIO [5]). E questa è particolarmente l'opinione di RAMOS DEL MANZANO [6]). Anzi siccome nel nostro frammento la moglie è paragonata alla *filiafamilias,* così egli vede in ciò una prova sufficiente a dimostrare che tutti i giureconsulti, di cui si sono qui riferite le varie opinioni, presupponessero un matrimonio accompagnato da *conventio in manum.* Ma POTHIER [7]) spiega piuttosto il *ius constitutum* come *ius positivum, ius singulare. Lud.* CHARONDAS [8]) nota con *Andrea* ALCIATO [9]), che qui *ius constitutum* designa un tal diritto *quod non secundum regulas iuris communis inducitur, sed singulari aliqua ratione, quam usus prudentium approbaverit simul et statuerit.* Con questa interpretazione concorda anche quella dello scoliaste greco, che nei *Basilici* [10]) così la dichiara:

Τὸ τῆς ῥέρουμ ἀμοτάρουμ δικαστήριον παρὰ κανόνα καὶ παρὰ τὴν ἀκρίβειαν ἐπενοήθη κατὰ τῆς γενομένης ποτὲ γαμετῆς. ἐπειδὰν ἤρεσε μὴ δυνάσθαι κινεῖσθαι κατ' αὐτῆς ἡ φουρτι. i. e. *Rerum amotarum iudicium contra regulas et contra rationem iuris introductum est adversus eam, quae uxor fuit; quia placuit, furti adversus eam agi non posse* [h]).

---

[5]) *Antiquitat. Rom.*, lib. II, pag. 95, ediz. Sylburg.
[6]) *Praelect. cit.*, ad L. 25 D. *h. t.*, § 2, pag. 206.
[7]) *Pandect. Iustin.*, tom. II, *h. t.*, nr. II, nota *c*, pag. 77.
[8]) *In digestis a se editis*, Antwerpiae, 1575, f. ad L. 1 *h. t.*, p. 303.
[9]) *Parergor.*, lib. VII, cap. 26.
[10]) *Basilic.*, tom. IV, lib. XXVIII, tit. II, schol. *a*, pag. 430.

---

[h]) L'espressione *ius constitutum* non ha il significato attribuitole dal GLÜCK, e dagli altri autori, riferiti nel testo. Ed il passo dei *Basilici*, se è vero che accenna al concetto del *ius singulare,* non perciò è certo che voglia con esso

A questo modo di vedere aderiva di poi anche GIULIANO, la cui opinione fu approvata alla sua volta da PAOLO e così divenne comune a tutti i rimanenti giureconsulti. Essa si fonda principalmente su questo argomento, che una figlia e in genere i figli, che ancora sono *in potestate parentum,* potevano rubare al padre e tuttavia non erano passibili dell'*actio furti.* Il che si trova riconosciuto anche nelle *Istituzioni* [11]) come principio generale ed incontestato.

Però il motivo per il quale non è conceduta l'*actio furti* è diverso presso ciascuno dei due giureconsulti.

GAIO dice nella L. 2 D. *h. t.* che per le sottrazioni fra coniugi il diritto nega l'azione, conceduta nel caso di furto, *in honorem matrimonii.*

« Nam *in honorem matrimonii* turpis actio adversus uxorem negatur ».

Fu dunque per un riguardo al matrimonio, che venne introdotta un'azione attenuata: e fu chiamata *rerum amotarum actio* così come *rerum amotio* [i]), e non *furtum,* il fatto stesso della sot-

[11]) § 12 I. *de obligationibus quae ex delicto nascunt.*: « Hi, qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem iis surripiant, furtum quidem iis faciunt, et res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: *sed furti actio non nascitur,* quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci ».

spiegare il senso del *ius constitutum.* Anzi ci sembra che la citazione dei *Basilici* sia fatta qui fuor di luogo.

Qualunque *ius, quod est,* sia che sanciscа una norma generale, sia particolare o speciale, è *constitutum.* Nelle fonti specialmente, è chiamata così ogni norma creata dal costume « *ius moribus constitutum* » (IULIANUS, fr. 32 § 1 Dig. I, 3: « Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum ») e dall'*auctoritas prudentium* (PAULUS, fr. 16 Dig. 1, 3; fr. 91 § 3, XLV, 3, ecc.). Nel caso in esame il *placuit* del frammento leva ogni dubbio, che si tratti di *ius constitutum* dai giureconsulti, essendo questa (*placuit, placere*) l'espressione tecnica delle fonti per indicare il prevalere e l'affermarsi di una norma giuridica per opera della giurisprudenza.

*i*) L'ESMEIN, op. cit., p. 29, immaginosamente, si rappresenta così il fatto che dovette dar origine all'azione. Il marito ripudia la donna. Questa, essendo *in manu,* nulla possiede di suo. Ma il marito permette che, partendo, essa prenda seco le cose sue personali: « Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi » (GIOVENALE, VI, 145). Ma la donna si giova del momento per aumentare il

trazione. GIUSTINIANO [12]) dice: « maritus quidem *propter matrimonii pudorem*, non furti, sed *rerum amotarum actionem habeat* ».

Ma circa ai figli, che ancora si trovano sotto la patria potestà, PAOLO in un passo che è tolto, come la nostra L. 1 *h. t.*, dal suo *liber VII ad Sabinum*, adduce, come ragione all'intutto naturale del fatto per cui fra essi non è ammessa l'*actio furti*, la unità della persona, la quale fa sì che un'azione tra padre e figlio mancherebbe di qualsiasi base [13]). Egli, cioè, dice nella L. 16 D. *de furtis*:

« Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est: quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus ».

Ed ULPIANO nella seguente L. 17 D. *eodem* dice:

« Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a Veteribus prodita est ».

Questa discrepanza di opinioni che, come risulta dal frammento di PAOLO, esisteva tra i seguaci di una stessa scuola intorno alla questione in esame, alla ragione cioè per cui nelle sottrazioni fra coniugi si negava l'azione giudiziale, già conceduta nel caso di furto, è segno sicuro che qui non veniva in giuoco una controversia di scuola, ma si trattava semplicemente dell'opinione personale (*Privatmeinung*) dei singoli giureconsulti [14]).

---

[12]) L. ult. § 4 in fin. Cod. *de furtis* (VI, 2).

[13]) L. 4 D. *de iudiciis*. GAIUS, libro I *ad Edictum Provinciale*: « *Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus*, nisi ex castrensi peculio ».

[14]) V. *Heinr. Ed.* DIRKSEN, *Abh. über die Schulen der römischen Juristen* [Diss. sulle scuole dei giureconsulti romani], § 3 (nei suoi *Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts*, Leipzig 1825, pag. 36-38.

---

suo *mundus muliebris* e porta via altre cose non sue — *amoret res* —. E all'ESMEIN sembra che il nome stesso dell'azione ricordi « in modo pittoresco » questa primitiva scena domestica che origina l'azione. È una congettura seducente: ma non più di questo.

Nondimeno molti [15]), ai quali non è chiara questa distinzione, che pur è manifestamente fondata sulla natura delle cose [16]), tra le opinioni personali dei principali giureconsulti di una scuola e le controversie proprie della scuola stessa, hanno creduto di trovare anche qui un esempio di controversie di scuola. CUIACIO [17]) ha preteso sostenere perfino, che sia avvenuto uno scambio nella designazione delle scuole, onde non ha difficoltà di trasporre ed emendare i nomi dei capiscuola qui nominati. Per lui cioè invece di: « ut NERVA et CASSIO » si deve piuttosto leggere: « ut NERVA et PROCULO » e poco dopo, invece di: « ut SABINO et PROCULO » più esattamente « ut SABINO et CASSIO [18]) ». *Marq.* FREHER [19]) ha seguìto CUIACIO.

Ma l'opinione, che qui si tratti di una controversia fra le due scuole, è stata già da gran tempo ribattuta da altri [20]) e se si volessero emendare tutti i luoghi delle *Pandette,* in cui sopra non pochi [21]) singoli punti i seguaci della stessa scuola erano di parere diverso tra loro e concordavano con quelli della scuola opposta, non si finirebbe più d'emendare! Ben a ragione, dunque, altri romanisti [22]) hanno censurato questo manifesto errore [h]) [*Vedi controuota a pag. seg.*].

---

[15]) *Em.* MERILLIUS, *Observation.*, lib. I, cap. 4; *Gotfr.* MASCOVIUS, *de Sectis Sabinianor. et Procelianor. in iure civ.*, cap. IX, § 13, pag. 194 e seg. e *Car. Frid.* WALCH ad ECKHARDI, *Hermeneut. iuris,* lib. I, cap. IV, § 158, nr. VIII.

[16]) V. DIRKSEN, *l. c., Einleitung* [Introduzione], § 3, pag. 25.

[17]) *Not. ad Institution.*, lib. II, § 25 *de Rerum divis.* e *Observation.*, lib. XXVI, cap. II.

[18]) Un eguale procedimento si trova adottato nelle *Observat.*, lib. XXV, cap. 23, dove egli nella L. 1 § 14 D. *ad L. Falcid.* invece di: « in qua specie et Iulianus Proculo adsensit » pretende leggere: « Cassio adsensit », e ciò perchè GIULIANO era un Cassiano. V. DIRKSEN, cit. *Beyträge* [Contributi] nelle appendici, p. 325, not. 61.

[19]) Παροίργων *seu. Verisimilium,* lib. I, cap. 5 in fin. (in *Thes. iuris Rom. Otton.*, tom. I, pag. 868).

[20]) V. *Io. Lud.* CONRADI, *Observation. iuris civ.*, vol. I (Marb. 1782, 8), cap. XVI, pag. 120 seg.

[21]) Si confronti DIRKSEN, *cit. Abh. Einleit.*, § 3, nota 85 nei *Beiträge,* pag. 37 segg. e *Io.* MERCERII, *Conciliator.*, Duisb. 1712, 8, p. 115 seg.

[22]) *Lud.* CHARONDAS, *ad L. 1 D. h. t.*; *Dion.* GOTHOFREDUS, *ad eandem*

## § 1284 *a*.

### *Condizioni dell'*actio rerum amotarum. Actio rerum amotarum utilis.

Egli è però necessario di analizzare anche più intimamente la natura dell'*actio rerum amotarum*.

La prima essenziale condizione di essa è, che la sottrazione sia avvenuta *divortii causa*. Gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO dicono espressamente nella sopra citata L. 2 C. *h. t.*:

« *Divortii causa* rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, *rerum amotarum* Edicto perpetuo permittitur *actio* ».

A questa condizione si riferisce anche il giuramento, che l'attore può deferire: *nihil divortii causa amotum esse*, e di cui parla ULPIANO nella L. 11 § 1 D. *h. t.* [23]).

La sottrazione si dice avvenuta *divortii causa*, non soltanto quando il coniuge sottragga delle cose, nell'intenzione di divorziare, ma anche quando le sottragga durante il matrimonio, senza quella intenzione, ma dopo, verificandosi il divorzio, le abbia tenute occulte. Così insegna ULPIANO nel *liber XXX ad Edictum*, da cui è presa la L. 17 *h. t.*, il cui § 1 è del seguente tenore:

---

*L. 1. h. t.*, nota *f*; *Io.* BERTRANDUS, *βίοι νομικῶν* sive *de Iurisperitis*, lib. I, cap. VII, § 15 (in *Vitis tripartitis 1Ctor. veterum* a *Io. Christoph.* FRANK. edit., Halae 1718), pag. 74 e *Bern. Henr.* REINHOLD ad MERCERII, *Conciliatorem*, pag. 115, nota 175. Si consulti pure sulla L. 1 *h. t.*; *Io. Lud.* CONRADI, *Ius P. R. civile* e *Digestis Imp. Iustiniani* (Lipsiae 1759, 8) *h. t.*, § 1, pag. 333 seg.

[23]) V. anche L. 28 § 7 D. *de iureiur.*

---

*k*) Non si è punto in presenza di una controversia di scuola mancandone tutti i caratteri. Cfr. *G.* BAVIERA, *Le due scuole*, *ecc.*, pag. 38-45. Le emendazioni proposte sono infondate. Solo è lecito dubitare, che la discrepanza delle opinioni di SABINO, PROCULO, NERVA e CASSIO sia stata effettivamente e perfettamente quella riferita dal testo originale. I compilatori, estraendo il frammento di PAOLO dal suo libro VII *ad Sabinum*, lo avranno molto probabilmente rimaneggiato, mutando e abbreviando le citazioni e le discussioni dei giureconsulti — secondo i molti esempi già accertati dalla critica odierna. — Non è, perciò, eccessivo affermare, che oggi, forse, ci sfuggono i veri termini della discussione antica.

« Res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, *cum divortii consilium inisset*, sed etiam eas, quas *nupta* amoverit, *si, cum discederet, eas celaret* ».

A questa stessa condizione hanno tratto i casi, in cui un coniuge abbia cacciato l'altro di casa ed in tale occasione lo abbia derubato, ovvero, al tempo del divorzio, abbia introdotto in casa dei ladri perchè derubassero l'altro coniuge, niente qui importando che egli poi abbia o meno ricevuto le cose rubate. Entrambi i casi sono contemplati da ULPIANO, come provano i seguenti frammenti, tratti dai suoi libri *ad Edictum:*

L. 11 D. *h. t.* « MARCELLUS, *liber octavo Digestorum* scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, et res amoverunt [24]), *rerum amotarum* teneri ».

L. 19 D. *eod.:* « Sed et si *divortii tempore* fures in domum mariti induxerit, et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit, *rerum amotarum iudicio* tenebitur. Verum est itaque, quod Labeo scripsit, uxorem *rerum amotarum* teneri, etiam si ad eam res non pervenerit ».

È perciò in questo senso che ULPIANO [25]) dice: « rerum amotarum actionem non solere, nisi *ex divortio* oriri »; ed in un altro passo [26]): « competere *divortii causa* » [27]).

Se la sottrazione fosse commessa nell' attesa di una morte imminente (*mortis causa*) e la morte aspettata seguisse, l'erede del coniuge derubato non potrebbe proporre questa azione. Egli invece dovrebbe instituire la *hereditatis petitio,* o l'*actio ad exhibendum,* o la *condictio ex iniusta causa,* come insegna PAOLO nel *liber II ad Sabinum,* da cui proviene la L. 6 § 5 D. *h. t.:*

---

[24]) Invece di *amoverunt* alcuni, come BAUDOZA, MERLIN e BECK, leggono: *amoverit*; HALOANDER e MIRÄUS: *amovit.*

[25]) L. ult. § 2 D. *de divortiis.*

[26]) L. 17 pr. D. *h. t.*

[27]) V. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Igitur ut locum habeat*, p. 531.

« Sed si *morte mariti* solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione, vel ad exhibendum actione eas consequi poterit: ARISTO et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eum essent ».

È quello appunto che dice GIULIANO nella L. 22 § 2 D. *h. t.* tolta dal suo *liber XIX Digestorum:*

« Si mulier *mortis causa* res amoverit, deinde mortuus est maritus: hereditatis petitione, vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id, quod amotum est ».

Se la morte attesa non segua e il coniuge derubato invece risani, a questi è concednta, qualora però il matrimonio sia poi stato sciolto per divorzio, l'*actio rerum amotarum utilis*. Così dice PAOLO nel *liber XXXVII ad Edictum*, da cui proviene la L. 21 pr. D. *h. t.:*

« Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus, divortisset, si convaluerit vir, *utilis rerum amotarum actio ei danda est* ».

La ragione per la quale, in questo caso, il coniuge derubato non può valersi dell'azione *diretta* consiste in ciò, che qui la sottrazione è stata motivata dalla previsione non del divorzio, ma della morte. Ma l'azione gli spetta *utiliter*, perchè nel momento del divorzio, indi seguìto, l'altro coniuge ha tenuto celate le cose che aveva sottratto nella speranza della morte vicina. Se dunque in origine la sottrazione non fu per fermo commessa *divortii causa*, rientrò però nell'ipotesi, di cui parla PAOLO, in quella cioè in cui la donna divorzia dal marito e a lui non restituisce le cose precedentemente sottrattegli [28]).

Ma perchè, nel caso che la sottrazione sia commessa *mortis causa* e la morte del coniuge derubato segua effettivamente, non trova luogo nè l'*actio rerum amotarum directa*, nè l'*utilis?*

---

[28]) V. *Iac.* CUIACII, *Commentar. in libr. XI Quaestion. Papiniani*, ad L. 5 D. *h. t.* (*Oper. postumor.* a FABROTO editor., tom. I, parte I, pagina 302) e *Ger.* NOODT. *Comment. ad Dig.*, *l. c.*, pag. 531.

Se ne adduce il seguente motivo. Quando la sottrazione avvenga nella previsione del divorzio il coniuge, che se ne renda colpevole, rivela l'intenzione di nuocere. Egli ruba all'altro per danneggiarlo. Già la stessa intenzione di divorziare è considerata dalle leggi come *inimica* [29]). Lo è dunque tanto più manifestamente l'intenzione che il coniuge ha, oltre a ciò, di derubarlo.

Al contrario, la donna, la quale durante la malattia del marito abbia messo da parte delle cose perchè non credeva alla di lui guarigione, nulla fa per nuocere al morituro. Perchè essa niente gli avrebbe sottratto, se non avesse avuto quella credenza. In questo caso dunque, a differenza del precedente, non può dirsi che essa avesse avuto l'intenzione di rubare al marito, dal momento che questi effettivamente se ne morì ed essa, quando sottraeva, già lo considerò come morto.

Nè si può dire che essa abbia commesso furto a danno della di lui eredità, perchè allora il marito viveva tuttavia e perciò l'eredità non esisteva, senza dire che sopra una eredità, non ancora adita, non è neppur possibile commettere un *furtum* [30]). Infatti le leggi [31]) non dànno l'*actio furti* neppure nel caso che la sottrazione sia stata commessa dopo la morte del coniuge sull'eredità di lui non ancora adita, ma solo danno all'erede la *reivindicatio* o la *hereditatis petitio*.

Ma la ragione vera della distinzione, che le leggi fanno circa l'*actio rerum amotarum*, sembra che sia più storica che morale, come già ha ricordato, contro l'opposta opinione, *Franz* RAMOS DEL MANZANO [32]). Come la *rei uxoriae actio* fu originariamente introdotta

---

[29]) L. 78 § 2 D. *de iure dot.*; L. 39 D. *de poenis*.

[30]) V. CUIACII, *Comm. cit.* ad L. 5 D. *h. t.*, tom. I; *Oper. postum.*, pag. 303 e NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 531.

[31]) L. 6 § ult. D. *h. t.*; PAULUS, libro VII *ad Sabinum*: « Quod si mortuo viro amoverit, non fecit furtum: quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum: ideoque aut vindicare poterunt, aut in hereditatis petitionem venient ».

[32]) *Praelect. ad L. 25 D. h. t.*, § 5 (in *Thes.* MEERMAN., tom. VII, pag. 208).

esclusivamente pel caso di divorzio, — perchè pel caso di morte, finchè i divorzi furono casi straordinari e i matrimoni vennero conclusi mediante *conventio in manum*, non dovette sentirsi il bisogno di alcuna azione [33]) —: così sembra anche che sia stato il nuovo fenomeno dei divorzi a far sentire la necessità dell'*actio rerum amotarum* [34]), in quanto che, se una sottrazione avveniva fra coniugi nella previsione di una prossima morte, già il più antico diritto proteggeva gli eredi del coniuge defunto coll' *hereditatis petitio* e nessuna azione appariva necessaria [35]).

Così dovette in seguito formarsi il principio dedotto nelle *Pandette* [36]) dal *liber III Regularum* di MARCIANO, che l'*actio rerum amotarum* trovi applicazione solo nel caso che la sottrazione fra coniugi sia avvenuta *divortii causa;* anzi l'intenzione di divorziare apparve una condizione così essenziale a questa azione, che anche nel caso in cui la sottrazione era commessa *mortis causa* e l'*actio rerum amotarum* veniva conceduta *utiliter* al coniuge risanato, era necessario, perchè potesse farsi luogo alla stessa *actio rerum amotarum utilis* [37]), che fosse anche seguìto il divorzio.

Dalle cose dette poi risulta anche quale sia la seconda condizione essenziale della nostra azione, questa, cioè: che la sottrazione debba essere avvenuta durante il matrimonio. Se essa dunque fosse stata commessa o avanti il matrimonio, ovvero dopo l'evento del divorzio, non si farebbe luogo all'*actio rerum amotarum*, ma potrebbe essere proposta nel primo caso la *condictio furtiva,* nel secondo anche l'*actio furti* [38]). Questa distinzione di casi dipende

---

[33]) V. *Pet. de* TOULLIEU, *Disp. II de iure nuptiarum*, cap. I (in FELLENBERGER, *Iurisprud. antiqua*, tom. II, pag. 248).

[34]) BOETHIUS, in *Topica Ciceronis.*

[35]) L. 6 § 5; L. 22 § 1 D. *h. t.*

[36]) L. 25 D. *h. t.*

[37]) L. 21 pr. D. *h. t.* PAULUS, libr. XXXVII *ad Edictum*: « Si mulier cum de viri vita desperasset, surreptis quibusdam rebus divortisset, si convaluerit vir, *utilis* rerum amotarum actio ei danda est ».

[38]) V. CUIACIUS, *Recitation. solemn. in Cod. ad h. t.*, § *Unde quaeritur;* DONELLUS, *Commentarior. de iure civ.*, lib. XV, cap. 30, § penultimo e CONRADI, *Dig. h. t.*, § 2.

da ciò, che, a differenza dell'*actio furti,* la *condictio furtiva* può intentarsi durante il matrimonio.

L. 3 pr. D. *h. t.* PAULUS, *lib. VII ad Sabinum:* « Et ideo si *post divortium* easdem res contrectat, etiam furti tenebitur » [39]).

§ 2 *h. L.:* « Sed et cum uxore *furti agere* possibile est, si — furtum fecit — nobis, antequam nuberet: tamen *propter reverentiam personarum — furtivam tantum condictionem* competere, non etiam *furti actionem,* dicimus » [40]).

La terza condizione essenziale dell'azione è, che il divorzio segua effettivamente [41]).

Se il matrimonio non è stato sciolto, il coniuge derubato non può in alcuna guisa esercitare l'*actio rerum amotarum,* ma deve valersi dell'*actio in factum* [42]), o della *condictio ex iniusta causa.* Tutto ciò è confermato da un luogo del *liber III Regularum* di MARCIANO, che costituisce la L. 25 D. *h. t.*

« Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, *et secutum divortium fuerit:* sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cesset

---

[39]) I *Basilici,* tom. IV, lib. XXVIII, tit. II, const. 3, pag. 423 hanno: *τῇ περὶ κλοπῆς εἰς τὸ διπλοῦν ενεχέσται furti in duplum tenetur.*

[40]) *Aut.* FABER, *de errorib. Pragmaticor. et Interpretum iuris,* decad. LXXIX, err. I, ha, all'opposto, molto obbiettato e dubitato, che PAOLO abbia potuto scrivere qualche cosa di simile. Egli attribuisce questa legge a TRIBONIANO. Già, l'espressione *possibile est* tradisce per sè sola la mano di TRIBONIANO. Ma BACHOV., in *Tract. de actionibus,* disp. V, th. 7, nota *c,* pag. 173 lo ha confutato punto per punto, chiudendo la sua critica con le seguenti parole: *verendum est, ne illi ipsi rudes et imperiti sint, qui nihil nisi imperitiam et stultitiam Triboniani crepare solent.*

[41]) V. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.,* § *Promittitur,* p. 532 e VOORDA, *Thes. controversar.,* decad. XIV, § 3.

[42]) « Id est, actione verbis temperata in factum »; L. 11 § 1 in fine D. *de dolo malo,* di cui probabilmente la formola era: *Si paret, ex rebus meis hanc vel illam rem apud te esse.* V. CUIACIUS, *Comm. ad L. 5 D. h. t.*; *Opp. postum.,* tom. I, pag. 303 in fine e NOODT, *l. c.* DONELLUS, *l. c.,* la chiama una *condictio sine causa.*

*rerum amotarum actio,* tamen ipsas res maritus *condicere* potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, *qui non ex iusta causa possident* ».

*Antonio* FABRO [43]) concepisce la *Condictio,* di cui qui ci parla MARCIANO, come una *condictio generalis non ex iusta causa* — così egli la chiama — la quale presuppone, che le cose sottratte dalla moglie al marito, nè a questo appartengano in proprietà, nè siano dotali, perchè nel caso che gli appartenessero in proprietà o fossero dotali si farebbe luogo, laddove le cose esistessero, alla *reivindicatio,* nel caso opposto ad una *condictio certi.* Imperocchè contro il ladro spetta al proprietario la *reivindicatio.* Ma se le cose non esistono più, allora l'attore non ne è più proprietario e si fa luogo ad una *condictio.* E questa è la *condictio certi ex iniusta causa,* di cui fa cenno PAOLO nella L. 6 § 5 D. *h. t.* e ULPIANO nella L. 17 § 2 D. *eod.* e che è diretta a conseguire il valore della cosa.

Il caso, di cui si occupa MARCIANO, deve dunque esser tale che non renda ammissibile nè una *vindicatio* nè una *condictio dominii rerum amotarum,* poichè altrimenti non sarebbe stato necessario di ricorrere ad una *condictio generalis.*

Ma se le cose sottratte non sono di proprietà del marito nè dotali, la *condictio generalis* trova applicazione in ogni caso, sia che le cose esistano sia che abbiano cessato di esistere. Nel primo caso essa è diretta alla reintegra del possesso [44]), nel secondo al risarcimento del valore, in quanto che l'equità non permette che alcuno si arricchisca a danno altrui [45]). Perciò anche MARCIANO dice:

---

[43]) *De erroribus Pragmaticor.*, decad. LXXIX, err. 8.

[44]) L. 15 § 1 D. *de condict. indeb.*: « Sed et si numi alieni dati sint, condictio competet, ut vel *possessio eorum reddatur,* quemadmodum, si falso existimans possessionem me tibi debere alienius rei, tradidissem, condicerem ».

[45]) L. 14 D. *de condict. indeb.* POMPONIUS, lib. XXI *ad Sabinum*: « — nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem ».

« nam *iure gentium* condici pnto posse res ab his, *qui non ex iusta causa possident* ».

E che in tal senso debbano intendersi le parole di MARCIANO risulta anche meglio da ciò, che se egli avesse voluto parlare del caso in cui la donna avesse sottratto cose proprie del marito o dotali, avrebbe dovuto appunto ricordarsi della *reivindicatio* come si ricordò della *condictio.*

Che poi la *reivindicatio* possa anche concorrere colla *condictio,* è detto espressamente da ULPIANO nella legge immediatamente precedente e proveniente dal suo *liber V Regularum.*

Egli dice:

« Ob res amotas, vel proprias viri vel etiam dotales, tam *vindicatio,* quam *condictio* viro adversus mulierem competit: *et in potestate est, qua velit actione uti* ».

Ed è manifestamente un errore pretendere, come alcuni giureconsulti [46]) fanno, che qui, sotto il nome di *condictio,* debba intendersi l'*actio rerum amotarum.*

Come ha molto correttamente osservato POTHIER [47]), tranne la *condictio ex iniusta causa,* non vi ha altra *condictio* che, contro la regola *neminem rem suam condicere posse* sia, sull'esempio della *condictio furtiva,* concessa anche al proprietario. Infatti la connessione, che la L. 23 *h. t.* ha colla seguente, dimostra all'evidenza, che qui ULPIANO contempla il caso in cui non sia ammissibile l'*actio rerum amotarum* e, per le cose sottratte, siasi agito contro la donna durante il matrimonio.

In origine ben potè essere controverso, se la *condictio ex iniusta causa* competesse al proprietario; ma SABINO e CELSO approvarono l'opinione degli antichi, i quali, come ci insegna ULPIANO [48]), sostenevano, *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.*

---

[46]) Ad es. FABER, *loc. cit.*, e VOORDA, *Thes. controvers.*, decad. XIV, th. 7.

[47]) *Pandect. Instit.*, tom. II, *h. t.*, nr. XXIV, nota *e*, p. 80.

[48]) L. 6 D. *de condict. ob turpem vel iniustam causam.* Si veda anche *Iac.* CUIACII, *Commentar. in liber XI Quaest. Papin. ad L. 5 D. h. t.* (*Oper. postum.*, tom. I, pag. 304).

Laonde anche MARCIANO nella L. 25 *h. t.*, quando parlava dell'azione esperibile nel caso di sottrazioni commesse fra coniugi durante il matrimonio, intendeva parlare soltanto della *condictio ex iniusta causa*, per la quale nulla rileva se l'attore sia proprietario o no, sebbene non sia dubbio, che il proprietario, nell'ipotesi contemplata da ULPIANO nella precedente L. 24, possa anche valersi della *reivindicatio*.

La ragione poi, per la quale l'*actio rerum amotarum* non è ammessa durante il matrimonio ci è data dall'avanti citata L. 2 Cod. *h. t.*

« Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio ».

Ma, dunque, l'*actio rerum amotarum* era un'*actio famosa* ovvero *poenalis?* La cosa è incerta. *Cessat ignominia in condictionibus*, dice ULPIANO nel *liber II ad Edictum* [49]), *quamvis ex famosis causis pendeant*. Se quindi non infama la *condictio furtiva*, tanto meno l'*actio rerum amotarum*. E che questa azione non sia nemmeno penale, lo dice espressamente PAOLO nel *liber XXXVII ad Edictum* [50]): « Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet ».

Come dunque dobbiamo intendere la menzionata L. 2 C. *h. t.?* Verosimilmente nel senso che, sebbene l'*actio rerum amotarum* non sia, in sè, nè *poenalis*, nè *famosa*, tuttavia, poichè origina da un vero e proprio *furtum* [51]), offusca in certa maniera il buon nome della persona [52]) contro la quale si sperimenta.

Pertanto nell'azione, che un coniuge propouga durante il ma-

---

[49]) L. 36 D. *de obligat. et action.*

[50]) L. 21 § 5 D. *h. t.*

[51]) L. 21 § ult. D. *h. t.*: « Pendet enim ex furto ».

[52]) Cons. CUIACIUS, ad L. 5 D. *h. t.*; *Oper. postum.*, tom. I, pag. 304. Quello che *Ant.* FABER, *de Errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXX, err. 9 ha obbiettato in contrario è stato esaurientemente confutato da BACHOV., in *Tract. de Actionibus*, diss. V, th. 11. Si veda anche NOODT, in *Iulio Paulo*, cap. 7, § *Quartum* (*Oper.*, tom. I, p. 577) e *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Porro* (tom. II, pag. 532).

trimonio contro l'altro, non deve esser fatto cenno del *furtum* [53]), ma l'attore può fondare la sua azione esclusivamente sul fatto che il convenuto possiede ingiustamente la cosa reclamata, la quale non a lui appartiene ma all'attore e cerca così di arricchirsi ingiustamente a suo danno. Questo è il fondamento da assegnare alle azioni che possono esperirsi fra i coniugi, durante il matrimonio, quali la *condictio ex iniusta causa,* la *reivindicatio,* o l'*actio in factum*.

Ed appunto per ciò che niuna azione penale è ammessa fra coniugi, anche l'*actio servi corrupti,* se esercitata contro la moglie, è solo data *in simplum* [54]); e siccome pur quest'azione è, in sè, annoverata fra le *actiones turpes* [55]), così si deve in essa risparmiare ogni espressione infamante, ed il fatto esporre coi maggiori riguardi possibili. *Actio verbis erit temperanda in factum,* dice CUIACIO [56]), *detracta omni atrocitate et infamia verborum.* Ciò vale anche per l'*actio legis Aquiliae* laddove venga conceduta [57]) contro la moglie, in costanza di matrimonio. Molto esattamente osserva su questo punto lo scoliaste greco [58]): *καὶ ποινάλιος ὢν ὁ ἀκουίλιος — ἔχων ποινῆς καὶ ῥεῖ περσεκουτίωνα, κινεῖται κατὰ τῆς γαμετῆς καὶ τοῦ γάμου συνεστῶτος, — καὶ δυνατὸν λέγειν μὴ ποιναλίως αὐτὸν κινεῖσθαι, μήτε ἐξ ἀρνήσεως διπλασιάζεσθαι, ἀλλὰ διὰ τὴν θάλψιν τῶν γάμων εἰς τὸ ἁπλοῦν κατὰ τὸ εἰρημένον περὶ τῆς σέρβι κορρούπτι.* i. e. *Legis quoque Aquiliae actio, quae poenalis est, quia poenam et rem persequitur, intenditur adversus uxorem etiam constante matrimonio, et dici potest, eam non moveri* POENALITER, *neque duplari ex inficiatione, sed favore nuptiarum* IN SIMPLUM *dari, sicut dictum est de actione servi corrupti.*

Vi ha però un caso, in cui l'*actio rerum amotarum* è data al coniuge derubato anche durante il matrimonio, ed è quando la cosa

---

53) Arg. L. 5 § 1, L. 6, L. 7 pr. D. *de obsequiis parentib. et patronis praestand.*

54) L. ult. D. *de servo corrupto.*

55) L. 56 D. *pro socio.*

56) *Loc. cit.*, pag. 306.

57) L. 27 § 30 D. *ad Leg. Aquil.*

58) *Basilic.*, tom. IV, pag. 439, schol. 5.

sottratta sia di un estraneo, come ad es. se fosse stata prestata ad uno dei coniugi. In questa ipotesi è vero che il proprietario può intentare l'*actio furti*, ma ciò è lecito solo quando il coniuge derubato, al quale egli dovrebbe rivolgersi, sia insolvibile. Ma quando abbia indennizzato il proprietario, il coniuge derubato può promuovere l'*actio rerum amotarum* contro l'altro coniuge, anche durante il matrimonio.

Questa disposizione viene da una costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO, che è una delle sue *Quinquaginta decisiones*, e che, secondo il tenore della L. ult. § fin. Cod. *de furtis*, così suona:

« Cum autem in confinio earum dubitationum tertia exorta est quaestio: quare non et eam decidimus? Quum enim apertissimi iuris sit, non posse maritum constante matrimonio furti actionem contra suam uxorem habere, quia lex ita atrocem actionem dare in personam ita sibi coniunctam erubuit: eiusmodi incidit Veterum sensibus quaestio. Quidam etenim, re sibi commodata, huiusmodi rei furtum a sua muliere passus est: et dubitabatur, utrumne domino rei furti actio contra mulierem prestaretur, an propter necessitatem causae, et maritus eius, utpote actioni commodati suppositus, possit habere furti actionem. Et auctores quidem iuris et in hac specie contra se iurgium exercuerant, ex praesenti autem lege, et anterioribus nostris decisionibus, quae in ista posita sunt constitutione, potest et haec species, apertius dirimi. Si enim domino dedimus electionem, ad quem volnerit pervenire: sive ad eum, qui rem commodatam accepit, sive contra eum, qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimoni pudorem, non furti, sed *rerum amotarum actionem* habeat, si ipsum dominus elegerit. *Dominus autem omnem licentiam possideat, sive adversus maritum commodati, sive adversus mulierem furti actionem extendere: ita tamen, ut si ipse, qui rem commodatam accepit, solvendo sit, nullo modo adversus mulierem furti actio extendatur: ne ex huiusmodi occasione inter maritum et uxorem, qui non bene secum vivunt, aliqua machinatio oriatur, et forsitan marito volente uxor eius extrahatur, et furti patiatur poenalem condemnationem* ».

I giuristi [59]) sono d'accordo nel ritenere che in questo particolarissimo caso GIUSTINIANO ha concessa l'*actio rerum amotarum* al marito contro la moglie, eccezionalmente, durante il matrimonio. Non altrimenti intendono la decisione di GIUSTINIANO gli autori greci, come risulta dallo scolio dei *Basilici* [60]) che così dice: *ἐμφαίνει γὰρ ἡ διάταξις, ὅτι καὶ τοῦ γάμου συνεστῶτος κινεῖται.* i. e. « *Ostendit enim Constitutis, etiam constante matrimonio institui* sc. *rerum amotarum actionem* ». Solo con ACCURSIO si chiarì che questa *actio rerum amotarum* era un'*actio utilis* o *in factum* [61-100]) *l*).

## § 1284 *b*.

### *Esistenza di un matrimonio valido.*
### *Esame della congettura di* FABRO *sulla L. 17* h. t.

Da tutto quello che sin qui è stato detto circa le condizioni dell'*actio rerum amotarum,* vien fuori spontaneamente l' ultimo elemento essenziale di quest'azione, cioè l'esistenza di un matri-

---

[59]) V. *Ant.* FABER, *de Errorib. Pragmaticor.*, dec. LXXXI, err. 8; *Hub.* GIPHANIUS, *Explanat. difficilior. L. L. Cod.*, ad L. ult. Cod. *de furt.*, lib. VI, pag. 11; *Em.* MERILLIUS, *Exposition. in quinquag. Decisiones Iustin.*, nr. XIII, ad L. ult. § ult. Cod. *de furt.* (*Oper.*, parte II, Napoli 1720, 4, p. 30); *Fr.* RAGUELLUS, *Comm. ad Constitut. et Decision. Iustiniani.* ad § ult. L. ult. Cod. *de furt.*, pag. 400, e il *Lehrbuch des gemeinen Civilr.* di WENING-INGENHEIM [Trattato di diritto civile comune], vol. III, § 62, pag. 48.

[60]) Tom. IV, pag. 440, schol. *d.*

[61-100]) CUJACIUS, *Recitat. solemn. in Cod.*, ad tit. 21, lib. V, *Rerum amotarum*, § *Unde quaeritur*; BACHOV., *Tr. de Actionib.*, diss. V, th. 11, pag. 185; *Io. Iac.* WISSENBACH, *Comm. in libros VII prior. Cod.* ad L. ult. *de furtis*, § 4, p. 512; *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Promittitur* in fine, pag. 532, e POTHIER, *Pandect. Iustinian.*, tom. II, *h. t.*, nr. IX, nota *n*, p. 78.

---

*l*) Su questa *decisio* giustinianea e sul posto che essa occupa nelle *quinquaginta decisiones* si cfr. DI MARZIO, *Le quinq.*

monio valido [1]). Cosicchè se i coniugi, fra i quali una sottrazione è avvenuta, non siano legati da un effettivo e legale matrimonio, esula la possibilità dell'*actio rerum amotarum,* perchè in questa ipotesi non è giuridicamente concepibile un *divortium;* e si fa luogo invece, senza esitazione, all' *actio furti,* siccome insegna ULPIANO nel *liber XXX* [m]) *ad Edictum.*

L. 17. D. *h. t.*: « Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, *ut* FURTI teneatur: consequenter dicemus, *ubicumque cessat matrimonium,* utputa in ea, quae tutori suo nupsit [2]), vel contra mandata convenit [3]), vel siculbi alibi cesset matrimonium, *cessare rerum amotarum actionem:* QUIA COMPETIT DIVORTII CAUSA ».

La ragione, che qui ULPIANO adduce a giustificazione della sua sentenza, sembra ad *Antonio* FABRO [4]) del tutto incongrua. Perchè, quanto è vero che l'*actio rerum amotarum* presuppone una sottrazione *divortii causa,* tanto è falso il dire di essa: *eam competere divortii causa.* Egli vorrebbe perciò separare, come non appartenenti a questo periodo, le parole *divortii causa* e ricollegarle al seguente § 1, nel quale ULPIANO ha voluto spiegare, quali cose si chiamino *res divortii causa amotae.* Per effetto di questo collegamento il § 1 si dovrebbe dunque leggere così: *Di-*

---

[1]) V. *Ant.* FABER, *de errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXIX, err. 3; *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Igitur actio*, p. 530; *B.* VOORDA, *Thes. controv.*, dec. IV, th. I e POTHIER, *Paud. Instinian.*, tom. II, *h. t.*, n. IV, pag. 77.

[2]) L. 59 D. *de ritu nupt.*

[3]) L. 57 pr., L. 63 D. *eodem.* CUJACIUS ad ULPIANUM, tit. IX, nota 1, opina che ULPIANO abbia detto: *in manum convenit*, ma TRIBONIANO abbia omesso le prime parole. Però *Ant.* SCHULTING ha già in *Iurisprud. anteiust. ad h. loc.*, nota 2, pagina 591, al contrario, molto giustamente osservato che i divieti di matrimonio non sono stati limitati a determinate forme di matrimonio. Cfr. anche *Io.* SUAREZ DE MENDOZA, *Commentar. ad Leg. Aquiliam.*, lib. II, cap. III, sect. 3.ª, nr. 13 e 14 (in *Thes.* MEERMAN., tom. II, pag. 125).

[4]) *Loc. cit.*

---

*m*) Invece è a dirsi XXXIV. Cfr. LENEL, *Palingenesia*, ULP., nr. 977, n. 2.

*vortii causa res amotas dicimus,* etc. Ma le parole: *quia competit* non avrebbero più assolutamente alcun senso, ricongiunte, come dovrebbero essere, a quelle immediatamente precedenti: « *cessare rerum amotarum actionem,* quia competit ». È immaginabile un più grande non senso? Salta subito agli occhi, che ci troviamo in presenza d'una falsa lezione. Questo errore è per altro, secondo FABRO, facile a correggere, colla restituzione della parola, tralasciata, *furti;* a meno che non si preferisca di eliminare del tutto le parole: *quia competit,* come *verba irreptitia et ab imperito interprete addita.*

Ora questa congettura è stata da molti censurata e quasi da tutti [5]) respinta [n]). Niun dubbio, dicesi, che volendo rispettare la lezione comune, colla quale concorda anche la *fiorentina,* le parole: *quia competit divortii causa* non contengono alcuna incongruenza, in quanto che, effettivamente, esse non vogliono significare altro, che questo: che l'*actio rerum amotarum* presuppone essenzialmente un *divortium.* Imperocchè essa non soltanto esige che la sottrazione avvenga *divortii causa,* ma anche che il *divortium* sia effettivamente seguìto. Non è in questo senso che lo stesso ULPIANO in un altro frammento [6]) dice: *Rerum amotarum actionem non solere nisi ex divortio oriri?*

Si può ammettere, s'incalza, che sia anche incongruo il separare le parole: *divortii causa* dal principio del § 1: *res amotas dicimus,* perchè qui ULPIANO, come dimostra tutto il contesto, non intendeva semplicemente chiarire che cosa fossero le *res amotae,* ma quando

---

[5]) Cfr. BACHOV., *Adversus Ant.* FABBUM, dec. LXXIX, err. 3; *Franc.* RAMOS DEL MANZANO, *Praelect. ad L. 25 D. h. t.*, § 6 (in *Thes.* MEERMANN, tom. VII, pag. 208) e *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas edit. et animadvers. auctae a Nic.* SMALLENBURG, tom. IV, *ad h. L. 17*, pag. 364.

[6]) L. ult. § 2 D. *de divort.*

---

*n*) Il testo deve emendarsi pressochè nel senso voluto dall'acutissimo FABRO. Le critiche mossegli sono infondate. Cfr. LENEL, *Palingenesia*, ULP., nr. 977-978, n. 3. E deve leggersi quindi: « cessare rerum amotarum actionem, quia competit furti ». Le parole *divortii causa* appartengono al § 1 che segue.

potesse dirsi: *res divortii causa amotas esse.* Ma ciò non porta ancora alla conseguenza, che quelle parole siano da separare dalle ultime del principio della legge e che sia pertanto necessaria una emendazione delle parole: *quia competit.* E se le parole: *divortii causa* si leggessero geminate in modo da appartenere ad entrambi i periodi?

Sarebbe dunque bene che il bisturi critico fosse qui posto del tutto da canto, se no, si conclude, il MANZANO [7]) non avrebbe certamente torto di dire: *vellem uteretur causatius critica spongia magnus hic in iure civili novator.*

Ciò non ostante non si sarebbe dovuto così avventatamente condannare la congettura di FABRO, come quella che trova negli scolii dei *Basilici* un potente appoggio, sfuggito a tutti gli altri interpreti. Negli scoli dei *Basilici* [8]) del cui alto valore io in più occasioni ho già parlato, si trova una letterale traduzione della nostra L. 17, che così suona:

Ἐὰν παλλακὴ ὑποκλέψῃ πράγματα ᾧ τινι παλλακεύεται, τῇ φούρτι κατέχεται. καθολικῶς γάρ, ὅπου γάμος μὴ συνίσταται κατὰ νόμον, ἐκεῖ ἡ φούρτι κατὰ τῆς γυναικὸς ἁρμόζει. ὅθεν ἐὰν τῷ ἰδίῳ ἐπιτρόπο γαμηθῇ ἡ γυνή, ἢ τῷ ἄρχοντι τῆς ἐπαρχίας ἡ οὖσα ἐξ αὐτῆς τῆς ἐπαρχίας παρὰ τὸν νόμον γαμηθείη, ἤ οπωσδήποτε μὴ συνέστηκε κατὰ νόμον ὁ γάμος, ἁρκεῖ κατὰ της γυναικὸς ἡ ῥέρουμ ἀμοτάρυμ, ἐπειδὰν ἡ φούρτι ἁρμόζει. i. e. « *Si concubina furtum ei, cuius concubina est, fecerit, furti tenetur. Generaliter enim, ubicumque legitimum non contrahitur matrimonium, illic competit furti actio adversus mulierem. Unde si tutori suo mulier nupserit, vel praesidi provinciae, quae ex eadem provincia erat, contra leges nupserit, vel quomodocumque non iure constiterit matrimonium, cessat adversus mulierem actio rerum amotarum,* QUIA FURTI COMPETIT ».

Le parole: *divortii causa* sono, anche nei *Basilici* [9]), congiunte col § 1 della L. 17. Questo § 1 è del seguente tenore:

---

[7]) *Loc. cit.*

[8]) Tom. IV, *Basilic.*, pag. 435, sch. *z*.

[9]) Tom. IV, lib. XXVIII, tit. 11. const. 17, § 1, pag. 426.

Διαξυγίου αἰτίᾳ λέγομεν υφαιρεθῆναι, οὐ μόνον ὅπερ ἡ γυνὴ κλέψει λογισμὸν εσχηκυία διαξυγίου, ἀλλὰ καὶ ὅπερ εκλεψε γεγαμημένη, ἐαν ἔκρυψεν αὐτὸ ἐν τῷ υπαναχωρεῖν. i. e. DIVORTII CAUSA *dicimus res amotas, non solum quas mulier subripuit, cum de divortio cogitaret: sed etiam quas nupta subripuit, si, cum discederet, eas celaverit.*

§ 1284 *c.*

*A chi compete l'azione? Interpretazione della L. 16 e L. 6 D. h. t.*

L'azione compete non solo al coniuge derubato — sia il marito o la moglie — ma anche agli eredi di lui.

L. 11 pr. D. *h. t.* ULPIANUS, libro XXXIII *ad Edictum:* « MARCELLUS *libro octavo Digestorum* scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit [10]), et res amoverunt, *rerum amotarum* teneri ».

L. 7. D. *eodem*: « ULPIANUS, libro XXXVI *ad Sabinum:* « MULIER habebit rerum amotarum actionem adversus virum: et compensare potest mulier cum actione, qua MARITUS agere vult ob res amotas ».

L. 6 § 3 D. *eodem.* PAULUS, libro VII *ad Sabinum:* « Si post divortium maritus decesserit, HERES eius rerum amotarum iudicio uti potest ».

L. 21 § 5 D. *eodem.* PAULUS, libro XXXVII *ad Edictum:* « Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. — *Praeterea et* HEREDIBUS *competit* ».

L'*actio rerum amotarum* viene anche concessa ad altri, che, avvenuto il divorzio, sottentri nei diritti del coniuge derubato,

---

[10]) Colla frase *domo expellere* viene designato il divorzio. V. *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Promittitur*, pag. 532. Presso i greci veniva usato per gli uomini il verbo ἀποπέμπειν, per le donne il verbo αποχωρεῖν. V. *Sam.* PETITUS, *ad Leges Atticas*, lib. VI, tit. 3 (In *Iurispr. Rom. et Attica*, tom. III, pag. 558).

come ad esempio, al fisco che confischi per causa di delitto il patrimonio del marito, quando la moglie abbia divorziato anteriormente alla condanna. In questi casi però l'azione tende al *simplum*, mentre trattandosi di altre persone, che abbiano commesso delle usurpazioni a danno di questo stesso patrimonio, la condanna può estendersi al *quadruplum*.

L. 16 D. *h. t.* HERMOGENIANUS, lib. II *Iuris Epitomarum*: « Ad fiscum mariti bonis devolutis, uxor *rerum amotarum nomine* in simplum convenitur: quamvis alii in quadruplum [11]) condemnentur ».

---

[11]) Il RUSSARD interpreta questo *quadruplum*, riferendolo al caso di *furtum manifestum*, ed aggiunge le parole: *vel in duplum*, corrispondenti al caso di *furtum nec manifestum*. A lui aderisce anche NOODT in *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Porro ait.*, pag. 532. Ma *Ios.* FINESTRES et *De* MONSALVO in *Hermogeniani iuris Epitomar.*, lib. VI, *Comment.*, tom. I, ad L. 16 *h. t.*, § 4, pag. 532, reputa superflua quest'aggiunta, perchè ERMOGENIANO non afferma in maniera assoluta che gli altri sono condannati al quadruplo, ma dice semplicemente: *quamvis alii in quadruplum condemnentur*. Egli avrebbe inteso, con ciò, significare che la donna non può esser convenuta con l'*actio rerum amotarum* oltre il *simplum*, anche se dovesse agire contro di lei il fisco. E a questo proposito distingue la condizione della moglie da quella degli altri usurpatori i quali potevano essere condannati fino al quadruplo. Egli dunque ha qui richiamato la massima pena che si possa applicare, e che è quella appunto del *furtum manifestum*, ma ciò non significa che il fisco possa anche in caso di *furtum nec manifestum* agire pel quadruplo, anche quando, come nella specie, non furono sottratti valori fiscali, ma esclusivamente le cose di una persona privata, nei cui diritti era sottentrato il fisco. Gli scoliasti greci dei *Basilici*, tom. IV, p. 434 seg., non sembrano, su questo punto, d'accordo. CIRILLUS, sch. *a*, e gli Innominati, sch. *y*, interpretano la L. 16 come se il fisco *ob suprebta bona publicata* possa sempre pretendere il quadruplo, mentre la donna è convenuta coll'*actio rerum amotarum* solo pel *simplum*. E ne adducono la ragione: Οἱ γὰρ τὸν φίσκον περιγράφοντες, εἰς τὸ τετραπλοῦν καταδικάζονται, i. e. « Qui enim fisco fraudem fecerunt, condemnantur in quadruplum » e si richiamano alla L. 46 § ult. XLIX, 14 D. *de iure fisci*. Ma subito dopo viene osservato τοῦ Ἐναντιοφανοῦς: Ἐνταῦθα μὲν ἀπροσδιόριστως εἰς τὸ τετραπλοῦν ὥρισεν ἐνάγεσθαι. ἐν δὲ τῷ α'. τιτ. τῆς δ. Ἰνστιτουτιόνος μετὰ προσδιορισμοῦ τὸν φανερὸν κλέπτην, εἰς τὸ τετραπλοῦν, τὸν τε ἀφανῆ εἰς τὸ διπλοῦν κατεδίκασεν, ὅπερ δεῖ καὶ ἐνταῦθα οὕτως νοεῖν. i. e. « Hic quidem indistincte definit in quadruplum condemnari. In primo autem titulo IV Institutionum cum distinctione, manifestum quidem furem in quadruplum, nec manifestum autem in duplum condemnari, quod heic etiam intelligendum est ». Il che conferma l'interpretazione dei più recenti giureconsulti.

Se il marito si trova ancora sotto la podestà del padre, e la moglie ha rubato al suocero, o gli ha sottratto *divortii causa* cose che appartengono al peculio del marito, o anche alla dote che è stata consegnata al marito, allora al suocero compete contro la nuora l'*actio rerum amotarum,* perchè egli non può valersi contro la nuora dell'*actio furti,* come non lo può il marito contro la moglie, come dimostra il seguente passo:

L. 6 D. *h. t.* PAULUS, libro VII *ad Sabinum:* « Contra NURUM quoque SOCERO hoc iudicium dandum, ATILICINUS et FULCINIUS aiunt. § 1. Quotiens FILIOFAMILIAS dos data est, SOCERUM ob res *divortii causa* amotas, *furti agere* non posse ».

*Ger.* NOODT [12]) osserva molto giustamente su questo passo, che bisogna interpretare la L. 6 pr. in connessione col § 1. Imperocchè le parole: *Quotiens filiofamilias dos data est* ipotizzano il caso in cui l'*actio rerum amotarum* è conceduta al suocero, e le ultime ne dànno la ragione. Anzi affinchè meglio risulti questa stretta connessione *Antonio* FABRO [13]) ritiene che debba leggersi: *quoties* ENIM ovvero NAM *quoties filiofamilias dos data est.*

I *Basilici* [14]) però non hanno per nulla mutato in questo punto il testo delle *Pandette,* anzi concordano con esse perfettamente.

Lo stesso FABRO osserva anche, che i giureconsulti romani sogliono il più spesso esprimere il motivo delle loro opinioni, *non expressa rationis figura* [15]).

*Antonio* SCHULTING [16]) ritiene che la difficoltà può facilmente superarsi con un segno d'interpunzione. All'uopo egli pone un punto dopo la parola *dandum* e legge: « ATILICINUS *et* FULCINIUS *aiunt, quotiens filiofamilias,* etc. ».

La ragione della distinzione del resto non consiste, come os-

---

[12]) *Comment. ad Dig. h. t.*, § *Igitur actio* in fine, pag. 530.

[13]) *De errorib. Pragmaticor.*, dec. LXXVIII, err. 10.

[14]) Tom. IV, lib. XXVIII, t. 11. const. 6, pag. 424.

[15]) Per es. L. 18 D. *ad SCtum. Trebell.*

[16]) *Notae ad Dig. seu Pand. edit. et animadversion. auct. a* SMALLENBURG, tom. IV ad L. 6 *h. t.*, pag. 362.

serva NOODT, richiamandosi al § 12 I. *de obligat. quae ex delicto nascunt.* nel fatto che padre e figlio, per effetto del legame della patria potestà, sono considerati dal diritto civile come una sola persona, per modo che tra di essi non può trovar luogo alcuna *actio furti,* ma la vera ragione per cui il suocero non può qui servirsi contra la nuora dell'*actio furti,* « ob res divortii causa amotas » è che egli qui agisce non in suo nome, ma in quello del figlio [17]).

Il figlio non potrebbe, se fosse *sui iuris,* proporre contro la propria moglie l'*actio furti.* Il suocero dunque deve servirsi di quell'*actio rerum amotarum,* che compete al marito contro la moglie. Poi che la *dos* è stata consegnata al marito, che trovasi ancora in patria potestà, il padre ha il *periculum dotis;* contro di lui quindi si può agire *de dote restituenda,* anche quando, siccome insegna ULPIANO [18]), la consegna della *dos* al figlio fosse avvenuta *non iussu patris.* Non dunque il figlio, ma solo il padre acquista l'azione che al figlio competerebbe, se fosse *sui iuris* [19]). Ma egli la esercita in nome del figlio [20]).

Se il marito, nel tempo in cui la donna lo sposò, era già sciolto dalla patria potestà, non è dubbio che, se la nuora rubò al suocero, questi può agire contro di essa in proprio nome coll'*actio furti,* come insegna ULPIANO nel libro XXXIV *ad Edictum,* d'onde fu tratta la L. 15 § 1 D. *h. t.*, che è del seguente tenore:

« Uxor, et nurus, et pronurus, viro, et socero, et prosocero furtum facere possunt: furti autem non tenentur: *nisi forte emancipatus sit filius:* tunc enim nurus patri eius et furtum facit, *et* FURTI *tenetur* ».

---

[17]) Questa ragione adduce anche lo scoliaste greco dei *Basilici*, tom. IV, pag. 432, schol. *h*, dove egli dice: νόει δὲ ὅθτι οὐ κινεῖ σοῦο νόμινε, ἐπειδὰν τὰς τῶν ὑπεζουσίον ἀγωγὰς οἱ πατέρες κινοῦτι. i. e. « Sic autem accipe, ut suo nomine non agat, quia parentes actiones liberis, quos in potestate habent, competentes movent ».

[18]) L. 22 § 12 D. *Soluto matrim.*

[19]) L. 27 pr. D. *de minorib. XXV ann.*

[20]) L. 8 § 3 C. *de bonis, quae liberis.*

Del resto l'azione non spetta ad altro *extraneus*. Se dunque la moglie sottrae una cosa del marito a colui, che la teneva in prestito, costui se è stato convenuto coll'*actio commodati* dal marito, può bene istituire contro la donna l'*actio furti*, sebbene non lo possa il marito. Questo dice la L. 28 D. *h. t.* tolta da PAULUS, libro VI *Quaestionum*:

« Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverat, subripuerit, isque conventus sit; habebit *furti actionem* [21]), quamvis vir habere non possit ».

Nè GIUSTINIANO ha colla L. ult. § ult. Cod. *de furtis* mutato per nulla questa disposizione, come reputa *Franc.* BALDUINO [22]): perchè le due leggi concernono casi del tutto differenti, la cui decisione si fonda sopra motivi pure del tutto diversi [23]).

§ 1284 *d.*

*Contro chi si esercita* l'actio rerum amotarum? *In quanto contro gli eredi? In quanto anche contro gli estranei? Interpretazione della L. 3 § 4 D.* h. t.

L'*actio rerum amotarum* si esercita non solo contro il coniuge — marito o moglie — che abbia sottratto, ma anche contro gli eredi [24]). Tanto è certa però questa proposizione, quanto è controverso il determinare sino a che punto l'azione si eserciti contro gli eredi.

Alcuni [25]) dicono che l'*actio rerum amotarum* è della stessa

---

[21]) Nei *Basilici*, tom. IV, lib. XXVIII, tit. II, const. 28, pag. 429 si dice: τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν εἰς τὸ διπλοῦν.

[22]) IUSTINIANUS, § *Ut Iustiniani constitutionem*, pag. *m*, 144 (in *Iurisprud. Rom. et Attic.*, tom. I, pag. 1096).

[23]) V. *Iac.* CUIACII, *Commentar. in libr. VI, Quaestion. Pauli*, ad L. 28 *h. t.* (*Oper. postumor.* a FABROTO editor., tom. II, pag. 1091 in fine) e *Franc.* RAGUELLI, *Commentar. ad Constitutiones et Decisiones Iustiniani*, lib. VI, ad § ult., L. ult. Cod. *de furtis*, pag. 400 in fine.

[24]) V. *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Eodem ratione*, p. 533.

[25]) *Ant.* FABER, *Conjecturar. iuris civ.*, lib. IV, cap. 1; *Gasp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton.* FABRUM, lib. I, tract. X, qu. 2 e 3, pag. 69-75;

indole della *condictio furtiva* e perciò si esercita, come questa, contro gli eredi *in solidum,* si siano essi o no locupletati per effetto del delitto.

Altri [26]), al contrario, ammette l'azione contro gli eredi solo nei limiti dell'arricchimento, in quanto cioè essi si siano arricchiti con ciò che fu sottratto.

Gli uni e gli altri si richiamano alla legge. I sostenitori della prima opinione alla L. 6 § 4 D. *h. t.,* nella quale PAOLO (libro VII *ad Sabinum*) dice:

« Item *heres mulieris* ex hac causa tenebitur, sicut *condictionis nomine ex causa furtiva* ».

---

*Io.* VOET, *Comment. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*, § 3 in fine; *Io. Ortwin* WESTENBERG, *Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t.*, § 22 (in EIUS *Operib. iurid.* a IUNGIO, edit., tom. II, pag. 399); *Ferd. Crist.* MÜLLER, *Diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis, adversus heredes delinquentis in solidum competentibus*, praes. *Ge. Henr.* AYRERO def., Goettingae 1752, 4, § 22-25; *Lud.* CONRADI. *Ius civili* e *Digestis Imp. Iustiniani h. t.* § 17; *Gall. Aloys.* KLEINSCHROD, *Doctrina de reparatione damni delicto dati*, Specim. I (Wirceb. 1798, 4), § 12, pag. 30; *Albr.* SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, § 702 a *C. von* WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* [Trattato di diritto civile comune], vol. III, § 62 e altri in.

[26]) *Iac.* CUIACIUS, *Recitation. solemn. in Cod. ad tit. XXI, libro V Rerum amotarum*, circa fin. *U. Comment. in libr. XI Quaestion. Papiniani* ad L. 5 D. *h. t.*, (*Oper. postum.* a FABROTO editor., tom. I, pag. 305) e *Observation.*, lib. VII, cap. 37; *Hub.* GIPHANIUS, *Explanat. difficilior et celebrior. Legg. Cod.*, lib. V ad L. ult. *rerum amotar.*, nr. 4, pag. 457; *Ant.* FABER, *de erroribus Pragmaticor.*, decad. LXXX, err. 1 (dove egli sconfessa la sua opinione e difende quella opposta); *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* § *An et heres eius?* (*Opp.*, tom. II, p. 333); *Pet.* DUIRSEMA, *Coniectural. iuris civ.* (Groeningae 1714, 8), lib. I, cap. 8, pag. 131 segg.; *Reinh.* BACHOVIUS, ECHT. *Tract. de Actionib.*, disp. V, th. 8, pag. 173 segg.; *Io. Iac.* WISSENBACH, *Exercitation. ad Pand.*, parte I, disp. XLIX, th. 5, pag. 510; *Ulr.* HUBER, *Praelect. iur. civ. sec. Institution. Iustin.*, lib. IV, tit. 1 § 17 et *sec. Pand. h. t.*, § 4; *Sam. de* COCCEJI, *Iuris civ. controv.*, parte II *h. t.*, quest. unic., p. 206; *Christfr.* WAECHTLER, *Opusc. iurid. philolog.*, pag. 584 e segg.; POTHIER, *Pand. Iustin.*, tom. II, *h. t.*, nr. XIV, pag. 79; *Car. Christ.* HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. I, § 500; *Christ. Aug.* GÜNTHER, *Princip. iuris Rom. privati noviss.*, tom. II, § 443; THIBAUT, *System des Pand. Rechts*, vol. I, § 466 e parecchi altri.

Quale ragione, essi dicono, avrebbe avuto PAOLO di paragonare l'*actio rerum amotarum* alla *condictio furtiva*, se non fosse in relazione a ciò di cui parla ULPIANO nella L. 9 D. *de condict. furtiva*:

« In condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed *in solidum* tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur »?

E PAOLO, secondo essi, conferma ancor più questo concetto in un altro passo del libro XXXVII *ad Edictum*, che costituisce la L. 21 D. § 5 *h. t.*:

« Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. et ideo non anno finitur *sicut et condictio furtiva* ».

Siccome vi hanno azioni da delitto che, pur non essendo esclusivamente persecutorie ed estinguendosi dopo l'anno, si esercitano tuttavia contro gli eredi nei limiti dell'arricchimento, così, argomentano, il paragone di PAOLO sarebbe senza scopo.

Dalla parte opposta si fa richiamo alla L. ult. Cod. *h. t.* nella quale gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO così rescrivono:

« De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione *contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit:* quod si res extent, dominii vindicatione uti non prohiberis » [27]).

Coloro i quali difendono la prima opinione si sforzano di rimuovere il dubbio, nascente dalla L. ult. Cod. *h. t.*, loro obbiettata, nel seguente modo.

Essi dicono, che la legge è un rescritto degl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO: ma i rescritti sono decisioni sopra singoli casi giuridici sottoposti all'imperatore, di cui spesso ci sfuggono le particolari circostanze, e debbono dunque, nel dubbio,

---

[27]) Le edizioni elzeviriane, Amsterdam 1663 e 1681, leggono, erroneamente: *dominii vindicatione* UTI PROHIBERIS.

essere sempre interpretati conformemente alle regole generali del diritto. Ora, alla stregua di queste, la L. ult. C. *Rer. amot.* può essere interpretata in due maniere.

Primo: nel senso che, quando gli eredi siano più, ciascuno di essi possa esser convenuto non per l'intero, ma per una parte proporzionata alla quota, che gli è pervenuta, dell'eredità, come avviene nella *condictio furtiva* [28]).

Secondo: — dato che la L. ult. alluda all'arricchimento che gli eredi abbiano ritratto dal delitto del loro *de cuius* — nel senso che ciascuno sia tenuto solo per ciò che gli sia pervenuto delle *res amotae;* sicchè seguendo quest'ultima interpretazione, un erede il quale, per riguardo alla quota spettantegli dell'eredità, sia un *heres ex parte*, può essere convenuto per l'intero, se sia solo a detenere le cose sottratte.

All'incontro la L. ult. non può in alcuna guisa venire interpretata nel senso che, se arricchimento non ci sia stato, gli eredi non debbano essere affatto tenuti e per conseguenza non possano assolutamente essere convenuti se niente loro sia pervenuto dal delitto. Infatti su questo punto la L. ult. nulla determina, ma essa decide semplicemente come quest'azione sia da proporre contro gli eredi. Essa dunque presuppone che gli eredi esistenti siano parecchi. Questi possono essersi locupletati o no. Nel primo caso, ciascuno è tenuto per la parte delle cose rubate pervenutegli. Nel secondo proporzionatamente alla propria quota ereditaria.

Pel caso poi che nessuna delle due interpretazioni proposte garbasse essi ne mettono in campo una terza [29]). La legge cioè parla di *successores uxoris.* Ma non vi è alcuna necessità di restringere l'espressione agli eredi della donna. Possono esservi anche altri suoi successori: ad esempio, il padre cui sia stata restituita la *dos profectitia,* od un terzo, cui la *dos* sia stata restituita conformemente alla convenzione. E con questa terza

---

[28]) L. 9 *de condict. furt.*

[29]) V. MÜLLER, *Diss. cit. praes.* AYRERO *def.*, § 25, pag. 38.

interpretazione essi credono di essere di bel nuovo riusciti ad armonizzare perfettamente la L. ult. colla L. 3 § ult. D. *h. t.* e colla L. 9 D. *de condict. furt.*

Invece coloro, i quali propugnano l'altra opinione, rispondono variamente alla prima legge che fu loro obbiettata.

CUIACIO crede che anche la *condictio furtiva* si eserciti contro gli eredi, non per l'intero, ma solo per ciò che quelli abbian ricevuto dal *furtum*, e la L. 9 D. *de cond. furt.* sia da intendere esclusivamente limitata al caso che « *lis cum fure* contestata fuerit ». Ma questa congettura è manifestamente infondata e contraddice alla L. 7 § 1 D. *de condict. furtiva.* Nè vi si fa parola del se la *condictio furtiva* sia stata già intentata o sia ancora da intentare. Ben a ragione questa opinione è stata da tutti rigettata [30]).

Altri dice essere per fermo innegabile, che l'*actio rerum amotarum* e la *condictio furtiva* hanno molti tratti simili, e da ciò il confronto fra le due azioni. Ma esse appunto si distinguono in ciò, che la *condictio furtiva* si esercita contro gli eredi pel *solidum*, l'*actio rerum amotarum* in tanto, in quanto gli eredi si siano locupletati. La ragione di questa differenza è che fu ritenuto conveniente *propter honorem matrimonii, licet iam soluti*, il procedere contro gli eredi del coniuge con maggiore mitezza che contro gli eredi del ladro. La regola, che le *actiones ex delicto rei persecutoriae* intentate contro gli eredi del delinquente tendono all'intero, neanche è generalmente vera. Si pensi all'*actio in factum de alienatione iudicii mutandi causa facta* [31]), Oltre a ciò, PAOLO nella L. 6 § 4 *h. t.* ha accennato alla *condictio furtiva* solo alla sfuggita, quando stabiliva il principio, che anche

---

[30]) V. *Ant.* FABER, *de errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXX, err. 5, 8, 9 e 10; BACHOV., *Tr. de Actionib.*, diss. IV, th. 21 e GIPHANIUS, *Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. Rer. amotar.*, pag. 455 segg.

[31]) L. 4 § 6, L. 5, L. 6 e L. 7 D. *de alienat. ind. mut. causa facta*, e cioè: L. 4 § 6: « Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet; quare et heredi dabitur, in heredem autem ». — L. 5 PAULUS, libro XI *ad Edictum*: « .... vel similem ». — L. 6 ULPIANUS, libro XIII *ad Edictum*: « vel post annum non dabitur ». — L. 7 GAIUS, *libro IV ad Edictum provinciale*: « quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari ».

l'erede della donna può esser convenuto coll'*actio rerum amotarum*, e senza avere avuto l'intenzione di svilupparla più circostanziatamente. Solo la L. ult. C. *h. t.* è dunque la decisiva. La ragione vera, che PAOLO menziona nella L. 21. § 5. D. *h. t.* è cioè questa: « quod actio rerum amotarum *ex delicto* nascatur, pendet enim », come egli dice al § 6, « *ex furto* ». Così gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO avevano rescritto in maniera al tutto conforme al principio, che essi stessi nella L. un. C. *Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur*, avevano enunciato come un principio *absolutissimi iuris*, cioè: *successores ex delicto defuncti non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, conveniri, ne alieno scelere ditentur*. In questa legge le parole: *vel aliquid deliquit*, come tutto lo spirito di essa, confutano anche a sufficienza l'errore di coloro i quali limitano questa legge esclusivamente alla azione penale [32]). La ragione che FABRO [33]) adduce a spiegare il perchè l'*actio rerum amotarum* contro gli eredi non tende all'intero, l'essere cioè un'*actio arbitraria*, è stata, concludono, giustamente, riprovata [34]).

Questo è lo stato attuale della questione proposta. In uno dei primi volumi di questo *Commentario* [35]) io veramente mi sono pronunziato per la prima opinione: ma ora, dopo più matura riflessione io sento vivamente, che nessuna delle interpretazioni con cui essa ha sinora cercato di eludere la obbiettatale L. ult. C. *h. t.* è accettabile.

Invero, la prima interpretazione, per la quale gli eredi del coniuge defunto dovrebbero rispondere delle cose sottratte non per l'intero, ma secondo la proporzione della loro quota ereditaria, urta contro tutto il tecnicismo del linguaggio giuridico. Infatti, se circa gli eredi le leggi contrappongono l'*in solidum*, al *quantum ad eos pervenit*, non è assolutamente a pensare ad un rap-

---

[32]) V. BACHOVII, *Tract. de actionib.*, disp. V, th. 4.

[33]) *De errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXX, err. 1 e decad. XCII, err. 8.

[34]) BACHOV., *Tract. cit.*, diss. V, th. 8.

[35]) V. la parte XIII, § 839.

porto colle loro quote ereditarie. All'opposto, l'*in solidum* riferito all'obbligazione degli eredi, come tali, importa appunto che *unusquisque pro ea parte tenetur qua heres est*, come insegna ULPIANO nella L. 15. § 2. D. *de div. Regulis iuris*. Dal *solidum* egli distingue espressamente il *tantum in id quod pervenit*, e questo riferisce esclusivamente all'obbligazione degli eredi *ex delicto defuncti*.

Questa distinzione ricorre continuamente [36]). Nella stessa L. 9 D. *de condict. furt.* l'obbligazione *pro parte quae pervenit ad heredes* viene accuratamente distinta da quella *pro ea parte qua quisque heres est*. La frase *in quantum ad eos*, sc. *successores, pervenit* non può dunque nel contesto delle L. ult. C. *rer. amotar.* avere alcun altro senso che questo: in quanto gli eredi del coniuge defunto si siano arricchiti con ciò che fu da lui sottratto. Anche GAIO [37]). spiega così l'*in quantum ad heredem pervenit*: « id est — egli dice — *quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit* ».

E che anche nella nostra legge le parole: *in quantum ad eos pervenit* non abbiano significazione diversa conferma sempre più lo scoliaste greco [38]) quando dice:

Ἔγνως καὶ ἄλλας πολλὰς ἀγωγάς, ἐξ ὧν οἱ κληρονόμοι εἰς ὅσον ἐκέρδανον μόνον ἐνάγονται. i. e.: « didicisti etiam plerasque alias actiones, quibus heredes conveniuntur in id tantum, quod lucri fecerunt ».

Cosicchè tutto pienamente concorda anche colla L. un. Cod. *Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniuntur*.

---

[36]) V. L. 5 D. *de calumniator.*; L. 17, 18, 19 et 20 D. *quod metus causa*; L. 26 D. *de dolo malo*; L. 1 § ult., L. 2, L. 3 pr. e § ult., L. 9 D. *de vi et vi armata*; L. 7 § 1 D. *Depositi*; L. 38 D. *de div. Reg. iuris*. POMPONIUS (libro XXIX *ad Sabinum*): « Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset ».

[37]) L. 26 D. *de dolo malo*. GAIUS, libro IV *ad Edictum provinciale*: « In heredem eatenus daturum se eam actionem Proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit ». V. BRISSONIUS, *de Verbor. iuris significat.*, verb. *Perveniri*, pag. 1052.

[38]) *Basilici*, tom. IV, pag. 441, schol. *e*.

L'altra interpretazione concernente la L. ult. C. *h. t.*, secondo la quale, nel caso che gli eredi del coniuge defunto siano parecchi, ed essi si siano arricchiti colle sottrazioni del loro *de cuius*, non possa esser convenuto uno solo per il tutto, ma ciascuno debba esserlo per la parte che abbia ricevuto delle cose sottratte, affinchè un erede non sia tenuto in misura maggiore dell'arricchimento, ha effettivamente in suo favore alcune leggi, nelle quali è detto che più eredi, che si sieno arricchiti mediante l'opera illecita del *de cuius*, non possono essere convenuti che in quanto ciascuno di essi abbia ricevuto e possieda qualcosa. Imperocchè così dice ad es. ULPIANO nella L. 1 § ult. D. *de vi et vi armata:* l'*actio in factum* conceduta contro gli eredi « ex causa Interdicti de vi » tende al « quod ad eos pervenit »: ma questo, dice PAOLO nella L. 9 D. *eodem*, è da intendere nel senso « ut si plures heredes sint, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenit teneatur. Qua de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit ».

Ma se l'opinione degli imperatori nella L. ultima C. *h. t.* fosse stata questa, essi si sarebbero espressi più chiaramente. Essi avrebbero dovuto dire: « contra successores eius non in solidum sed quantum *ad unumquemque* pervenit ». Ma salta subito agli occhi che, intesa la frase come è concepita, gl' imperatori parlano degli eredi in generale. Di singoli eredi e di loro obbligazioni non si fa affatto parola. Neppure pertanto la legge può essere interpretata nel senso di un frazionamento dell'azione contro i singoli eredi, ma essa va intesa in quello di una obbligazione degli eredi in generale, perocchè essa determina fino a che punto costoro rispondono delle sottrazioni del *de cuius* e concorda perfettamente col principio della L. un. C. *Ex delictis defunctorum*, della quale nel rescritto della L. ult. Cod. *h. t.* è stata fatta una semplice applicazione. Infatti in essa l'*in solidum* viene contrapposto all'*in quantum ad eos pervenit*, così come abbiam visto nella L. un. La decisione della L. ult. è dunque all'intutto conforme alla regola della L. un. C. secondo la quale le *actiones ex delictis defunctorum*, in tanto si esercitano contro gli eredi in quanto essi ne abbiano tratto arricchimento [39]) [*V. nota a pag. seg.*].

Anche meno fondata è la terza interpretazione. Dacchè l'espressione *successores* designa qui, come nella L. m., tanto gli eredi che i successori. Invero sarebbe supremamente enigmatico che gli imperatori avessero voluto alludere ad una specie di successori, non comprendente in sè anche gli eredi, senza poi meglio specificarli, massimamente che le leggi in altri casi, trattando delle azioni da delitto, non fanno alcuna distinzione tra gli *heredes* e gli altri *successores* [40]).

Ma se noi ci atteniamo alla L. ult. C. *h. t.* come alla legge decisiva, in qual modo deve essere rimossa la difficoltà proveniente dalla L. 6 § 4 D. *h. t.*, nella quale PAOLO dice: « *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva?* ».

Certo, qui PAOLO paragona la nostra azione colla *condictio furtiva,* della quale ULPIANO dice alla L. 9 D. *de condict. furt.*: « heredes in ea non pro parte, *quae pervenit,* sed *in solidum* teneri ». Che PAOLO tratti dell' *actio rerum amotarum* nessun dubbio, perchè egli nel precedente § 3 la chiama *rerum amotarum judicium.* Già *Pietro* DUIRSEMA [41]) ebbe la felice intuizione che qui PAOLO ricercasse quali fossero le azioni, mediante le quali l'erede della donna potesse essere convenuto *propter res ab ea amotas,* e ne indicasse due: l'*actio rerum amotarum* e la *condictio furtiva,* ma non si fosse occupato di determinare la misura in cui l'erede fosse tenuto, se cioè *in solidum* ovvero *quatenus pervenit.* Il DUIRSEMA quindi si permette una piccola trasposizione di parole. Secondo lui, il frammento di PAOLO dovrebbe leggersi così: « *Item*

---

[39]) V. *Pet.* DUIRSEMA, *Coniecturalium iuris civ.*, lib. I, cap. 7 (Groeningae 1714, 8).

[40]) L. 16 § 2 D. *Quod met. causa*; L. 7 § 2 in f. D. *de condict. furtiva*; L. 2 § 27 D. *Vi bonor. raptor.*: « Haec actio heredi ceterisque successoribus dabitur; adversus heredes autem vel ceteros successores non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. An tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. Et ego puto, ideo Praetorem non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere condictionem ».

[41]) *Coniectural. iuris civ.*, lib. I, cap. 8, pag. 141 segg.

*heres mulieris ex hac causa tenebitur condictionis nomine, sicut ex causa furtiva* ».

*Christfr.* WÄCHTLER [42]) respinge, a dir vero, questa emendazione: ma essa ha per sè l'autorità dei *Basilici* e degli scoliasti greci, dei quali nessuno sin oggi si è giovato per questa controversia. Nei *Basilici* [43]) si dice:

Καὶ ο κληρονόμος τῆς γυναικὸς αὐτῇ τῇ αγογῇ εναγεται, ὡς καὶ τῇ ἀγογῇ τῇ κπαιτωύση τὸ διπλοῦν υπὲρ τοῦ κλαπέντος πραγματος τω ἀπαιτοῦντι κλαπὲν.

E CIRILLO negli scolii [44]) dice: κληρονόμοις καὶ κατὰ κληρονόμον ἁρμόττει αὕτη ἡ ἀγωγὴ καὶ ὁ φουρτιβυς κονδικτίκιος.

Così sarebbero ad una volta eliminate tutte le difficoltà. Del resto il diritto canonico ci libera da ogni controversia. Per esso gli eredi rispondono del delitto del loro dante causa con tutta la consistenza della massa ereditaria e senza distinguere se dal delitto si siano arricchiti o no [45]) *o*).

---

[42]) *Opusc. iurid. philolog.*, pag. 584 segg.

[43]) Tom. IV, lib. XXVII, tit. II, const. VI, § 2, pag. 424.

[44]) Tom. IV, pag. 432, sch. *i*.

[45]) Can. 3, caus. XVI, qu. 6, cap. 14 X. *de sepultur.*; cap. 5 X. *de Raptorib.*; cap. 9. X. *de usuris*; cap. 28. X. *de Sentent. excommunicat.* Vedi *Fernand.* VASQUIUS, *Illustr. controversiar.*, lib. III, cap. 96, nr. 27, pagina 826; *Ant.* GOMEZ, *Variar. Resolution.*, lib. III, cap. I, nr. 85; *Reinh.* BACHOVIUS, *Tr. de Actionib.*, disp. V, th. 4, § *Haec licet*, p. 170, e *Gell. Alogs.* KLEINSCHROD, *Doctr. de reparatione damni delicto dati.* Specim. I, § 14.

---

*o*) Tutta la questione poggia sul presupposto, che PAOLO nel fr. 6 § 4 D. *h. t.* (lib. VII *ad Sabinum*) e nel fr. 21 § 5 D. *h. t.* (lib. XXXVII *ad Edictum*) assimilando l'*actio rerum amotarum* alla *condictio furtiva* abbia anche inteso riferirsi agli effetti, che esse producono verso l'erede della moglie. — Di guisa che, avendo ULPIANO insegnato nel fr. 9 D. *de cond. furt.*, che nella *condictio furtiva* gli eredi sono tenuti *in solidum*, si argomenta che lo stesso debba avvenire anche nell'*actio rerum amotarum*. E lo stesso presupposto domina i vari tentativi diretti a conciliare questa conseguenza colla Cost. ult. *h. t.* la quale invece prescrive che nell'*actio rerum amotarum* gli eredi rispondano non *in solidum sed in quantum ad eos pervenit.* Ora quel presupposto è inesatto. Le due azioni non possono assolutamente assimilarsi a tutti gli effetti. L'*actio rerum*

Se il coniuge, il quale ha commesso la sottrazione, trovasi ancora sotto la patria potestà, il derubato, finchè vive il sottrattore, può a sua scelta istituire: o l'*actio rerum amotarum* contro di lui, o l'*actio de peculio* contro il di lui padre. Questa è però soltanto un'*actio utilis*, perchè l'*actio directa* viene conceduta contro il padre esclusivamente per fatti leciti [46]). Essa dunque si esercita contro il padre, solo in quanto si sia locupletato colla sottrazione [47]), mentre l'*actio rerum amotarum* contro il coniuge si dà per l'intero [48]).

Se però il padre agisca col consenso della figlia per la restituzione dei beni dotali, l'azione contro il marito può esercitarsi solo a condizione che il padre abbia prestato cauzione e assuma *in solidum* la difesa della figlia, per le cose che questa abbia sottratte al marito. Morta la figlia, l'*actio rerum amotarum* contro il padre solo in tanto potrà esercitarsi, in quanto egli si sia arricchito. A questi casi si riferisce il passo di PAOLO, libro VII *ad Sabinum* che costituisce la L. 3 § 4 D. *h. t.* ed è del seguente tenore:

---

[46]) L. 5 D. *h. t.* PAPINIANUS, libro XI *Quaestion.*: « Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, UTILI IUDICIO petendum est ». V. *Iac.* CUIACIUS, *ad h. L.* (*Oper. postumor.*, tom. I, pag. 308); *Ant.* FABER, *De errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXVIII, err. 7, nega veramente che ci sia un'*actio de peculio utilis* e interpreta questa L. 5 come allusiva ad un *iudicium rerum amotarum utile*. Ma tutta la controversia è *de lana caprina*. Perchè già BACHOVIUS in *Tr. de Actionib.*, diss. V, th. 9, pag. 177 ha molto giustamente osservato, come tanto vale il dire che contro il padre vi è un *utile iudicium rerum amotarum*, quanto il dire che vi è l'*actio de peculio utilis*, perchè l'*actio de peculio* non è una *separata et per se existens actio*, ma designa una *qualitas* et *adiectio actionis rerum amotarum*. Si confronti anche POTHIER, *Pandect. Instit.*, t. II, *h. t.*, nr. XV, nota *f*.

[47]) L. 3 § 12 in fine D. *de peculii*: « .... Nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine in id, quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio ».

[48]) L. 39 D. *de obligat. et actionib.*

---

*amotarum* è *praetoria*, *in factum concepta*: ed i fr. 17 §§ 2 e 25 D. *h. t.* di ULPIANO (lib. XXX *ad Edictum*) e MARCIANO (lib. III *Regularum*) espressamente e formalmente contrappongono il *iudicium rerum amotarum* alla *condictio*. Che delle somiglianze estrinseche e di forma esistano tra esse (sono entrambe *rei-persecutoriae*, non *poenales*) non si può negare: ma ciò non porta affatto a riconoscere che, dunque, necessariamente i loro effetti debbano coincidere.

« Si filia familias res amoverit, MELA, FULCINIUS aiunt, *de peculio* dandam actionem: quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem [49]). Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum judicio in solidum et cum satisdatione defendat: sed mortua filia, in patrem *rerum amotarum actionem* dari non oportere Proculus ait: nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit ».

La questione che qui PAOLO risolve, se cioè l'*actio de peculio* trovi applicazione contro il padre, quando la donna, che abbia sottratto delle cose al marito, si trovi ancora sotto la patria potestà, sembra che sia stata sotto i più antichi giureconsulti assai dibattuta, come anche credono CUIACIO [50]) ed *Antonio* FABRO [51]). Il richiamarsi, che PAOLO fa, all'autorità di un MELA e di un FULCINIO rende ciò verisimile.

Sicuramente esisteva un grave motivo di dubbio contro la sua opinione, questo cioè: che l'*actio rerum amotarum* origina da un delitto: *pendet enim ex furto*, dice PAOLO nella L. 21 § 5 D. *h. t.* Al contrario, l'*actio de peculio* contro il padre origina da contratti e da fatti leciti [52]). « Ex poenalibus causis — dice ULPIANO nel libro II *Disputationum* [53]) — non solet in patrem *de peculio* actio dari ». Parve però, che la ragione preponderante stesse per l'opinione affermativa: « *quia displicuit eam furti obligari* ». Se pure dunque l'*actio rerum amotarum* nasce da un delitto, essa non è però un'azione penale. « Hac igitur ratione — dice *Ger.* NOODT [54]) — rem perinde acceperunt, ac si actio rerum amotarum magis sit ex negotio gesto, quam ex delicto, eoque in peculium condictionem admittat, quatenus ad patrem pervenit ». A quest' opi-

---

[49]) L'HALOANDER, allontanandosi da tutte le altre rimanenti lezioni, qui legge: « aiunt, et de peculio in patrem, quia displicuit eam furti obligari, et in ipsam, ob res amotas, dari actionem ».

[50]) *Comment. ad Papinian. L. 5 D. h. t.* (*Oper. postum.*, tom. I, pagina 307 seg.).

[51]) *De errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXIX, err. 10.

[52]) L. 1 § 7 D. *de his, qui effuder. vel deiecer.*

[53]) L. 58 D. *de div. Reg. iuris.*

[54]) *Commentar. ad Dig. h. t.*, § *Eadem ratione* (*Oper.*, tom. II, p. 533).

nione accede anche GIULIANO, come dice PAOLO nel libro III *ad Neratium* [55]):

« JULIANUS ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem *in peculium* respondit ».

*Pietro* FABRO [56]) però ritiene sbagliata la lezione della nostra L. 3. Egli crede cioè, che la ragione addotta da PAOLO: « *quia displicuit eam furti obligari* » non convenga all' *actio de peculio*, la quale può essere esercitata contro il padre, perchè il padre già per regola generale può essere convenuto *ex furtiva causa* dal figlio, coll'*actio de peculio*, quando il *peculio* sia stato impinguato col furto [57]). La ragione addotta si riferirebbe piuttosto all'*actio rerum amotarum* colla quale può essere convenuta la stessa figlia, e riposerebbe su quel particolare diritto, pel quale essa non può essere perseguita *actione furti*, se siasi resa colpevole di un furto. È dunque necessario procedere ad una trasposizione di parole, per la quale il frammento venga letto nel modo seguente:

« Si filia familias res amoverit, MELA et FULCINIUS aiunt de peculio dandam actionem, VEL in ipsam ob res amotas dari actionem, *quia displicuit eam furti obligari* ».

Ovvero: « de peculio dandam actionem, VEL, quia displicuit eam furti obligari, in ipsam ob res amotas dari actionem ».

*Antonio* SCHULTING [58]) approva quest'ultima emendazione. Ma CUIACIO [59]) ed *Antonio* FABRO [60]) la respingono.

CUIACIO opina che la ragione vale per entrambe le azioni ed appunto perciò è posta nel mezzo. Questa ragione è la stessa, sia che venga istituita contro la figlia l'*actio rerum amotarum*, sia che contro il padre l'*actio de peculio*. Perchè, se la figlia potesse esser convenuta *furti*, non si farebbe luogo contro il

---

55) L. 19 D. *de condict. furt.*

56) *Semestrium*, lib. I. cap. 24, pag. 161 seg. (Genevae 1660).

57) L. 3 § 12 D. *de peculio*; *Pet.* FABER, *Semestrium*, lib. I, cap. 12.

58) *Notae ad Dig. seu Pandect. a* SMALLENBURG *edit.*, tom. IV ad h. L. 3 § 4, pag. 361.

59) *Comment. in lib. XI Quaestion. Papiniani ad L. 5 D. h. t.* (*Opp. postumor.*, tom. I, pag. 307).

60) *De errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXVIII, err. 5.

padre all'*actio de peculio, ex poenali causa* [61]). Se si approvasse quell' emenda, aggiunge ancora *Antonio* FABRO, l'opinione di MELA e FULCINIO non sarebbe sorretta da alcuna giustificazione, mentre una giustificazione era più necessaria qui, che nel campo dell'*actio rerum amotarum* contro la figlia. Invero che l'*actio rerum amotarum* contro la donna, la quale abbia, *divortii causa,* sottratto delle cose al marito sia menzionata come un diritto particolare (*ius singulare*) accordato per la ragione che *non placuit cum ea furti agere posse,* lo aveva già detto PAOLO nella L. 1 D. *h. t.* che al pari della L. 3 è tratta dal suo libro VII *ad Sabinum.* A che sarebbe servito il ripeterlo ancora una volta? Ma che MELA e FULCINIO sostenessero, come anche per ciò si facesse luogo all'*actio de peculio* contro il padre, quando la donna fosse tuttavia sotto la patria potestà, questo punto, che era dubbio, andava distintamente giustificato.

Tuttavia, BACHOVIO [62]) e BECK [63]) hanno in seguito rinnovato il tentativo di difendere l'emendazione di *Pietro* FABRO.

BECK pretende che anche i *Basilici* la confermino. Nei *Basilici* cioè si legge [64]):

Ἐὰν ὑπεξουσία ἐστὶν ἡ ὑφελομένη, ὁ πατὴρ ἐνάγεται τῇ περὶ πεκουλίου ἀγωγῇ, καὶ αὐτὴ τῇ περὶ ἀφαιρέσεως πραγμάτων ἀγωγῇ. i. e.: « Si filia familias sit, quae res amovit, pater actione de peculio convenitur, et ipsa rerum amotarum actione ».

Ma questo passo non può utilizzarsi, perchè vi si trova a mancare precisamente quella ragione, del cui posto, nel periodo, si disputa. Invece gli scolii greci rafforzano la lezione del *Corpus iuris.* Essi [65]) così traducono letteralmente il passo:

Ἐὰν υπεζουσία γυνὴ πραγματα τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς απολινήσῃ, τινὲς ἔλεγον τὴν δὲ πεκουλίῳ δίδοσθαι κατὰ τοῦ πατρὸς αὐτῆς.

---

[61]) L. 58 D. *de divers. reg. iuris.* ULPIANUS (libro II *Disputationum*): « Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari ».

[62]) Tr. *de Actionib.*, disp. V, th. 9, pag. 175.

[63]) *Disp. de Fabio Mela ICto eiusque fragmentis, praes. Christ. Gottl.* HAUBOLDO *def.*, Lipsiae 1806, § 20.

[64]) Tom. IV, pag. 423.

[65]) Tom. IV, pag. 431, sch. *c.*

ἐπειδὰν ἀπήρεσεν κινεῖσθαι κατ' αὐτῆς τὴν φούρτι, ἢ τὴν ῥέρουμ ἀμοτάρουμ. i. e.: « Si uxor, quae filia familias est, mariti sui res amoverit, quidem dicebant, de peculio dandam actionem adversus patrem eius, quia displicuit adversus eam furti agi, vel in ipsam rerum amotarum dari actionem ».

Tutto ciò si applica anche al caso inverso dell'uomo, che sia ancora nella potestà del padre ed abbia sottratto le cose della moglie. In questo caso si può agire contro il marito coll'*actio rerum amotarum* per l'intero, ma contro il di lui padre coll'*actio de peculio utilis* e solo in quanto il peculio si sia arricchito per effetto del furto, siccome dice PAOLO nel libro VII *ad Sabinum,* al quale appartiene la L. 6 § 2 D. *h. t.*:

« Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium, si filius familia maritus sit, utrum de peculio, an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus, quae de *filia familias* diximus ».

Se però il padre, dolosamente, si sia privato del possesso delle cose rubate, che avrebbero altrimenti impinguato il peculio, questo fatto è equiparato all'arricchimento, come insegna POMPONIO nel libro XVI *ad Sabinum* Legge 4 D. *h. t.*:

« Dolove malo fecerit, quominus ad eum pervenerit ».

## § 1284 *e.*

### *A che tende l'*actio rerum amotarum?

Vero è che l'*actio rerum amotarum* origina da un delitto: *pendet enim ex furto,* dice PAOLO [66]); tuttavia essa non è un'*actio poenalis,* nè un'*actio famosa* [67]), e, come la *condictio furtiva,* tende esclusivamente alla *persecutio* delle cose sottratte, cioè: alla restituzione di quelle ancora esistenti in natura ed al risarcimento del valore di quelle non più esistenti — sia poi che esse fossero perite presso il sottrattore o fossero state da lui distrutte, od alienate, o donate.

---

[66]) L. 21 § 6 D. *h. t.*
[67]) L. 2 Cod. *h. t.*

Occorrendo la stima vien tenuto presente il valore, che le cose avevano all'epoca della sottrazione, come risulta dalle leggi seguenti:

L. 21 § 5 D. *h. t.* PALUS, libro XXXVII *ad Edictum*: « Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet: et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva ».

L. 17 § 2 D. *h. t.* ULPIANUS, libro XXX *ad Edictum*: « Non solum ea res, quae extant in rerum amotarum iudicium venire, IULIANUS ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt[68]): simili modo etiam *certi condici* eas posse[69]) ait ».

L. 3 § 3 D. *h. t.* PAULUS, libro VII *ad Sabinum*: « Item verum est, quod OFILIUS ait, etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit, *rerum amotarum iudicio* contineri ».

L. 29 D. *h. t.* TRIPHONINUS, libro XI *Disputationum*: « Rerum amotarum aestimatio ad tempus, quo *amotae sunt* referri debet: nam veritate furtum fit, etsi lenius coërcetur mulier. Quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur ».

Però, l'accennato principio, che cioè per la valutazione delle cose sottratte è da aversi riguardo al tempo della sottrazione, è da intendere limitatamente all'ipotesi, in cui il valore delle cose venisse posteriormente a diminuire alquanto[70]). Perchè se invece si elevasse, allora il risarcimento dovrebbe farsi nella misura di questo maggior valore, così come avviene nella *condictio furtiva*[71]), e ciò: *quia videtur, qui primo invito domino rem contrectavit,*

---

[68]) Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 426 si dice: καὶ τοῖς φθαρεῖσι e negli scolii pag. 435, sch. *a*, ἀλλὰ καὶ τὰ φθαρέντα. i. e. *sed etiam eae quae interierunt.*

[69]) L. 9 pr. D. *de reb. cred.*

[70]) V. *Barth.* CHESIUS, *Different. iuris*, cap. 50, n. 2 (in *Iurisprud. Rom. et Attic.*, tom. II, pag. 780) e *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Dig. seu Paud.*, tom. IV ad L. 29 *h. t.*

[71]) L. 8 § 1 D. *de condict. furt.* V. *Io. Van de* WATER, *Observation. iuris Rom.*, lib. III, cap. 4.

*semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere,* come dice TRIFONINO in un altro luogo [72]).

Che poi lo stesso avvenga nell'*actio rerum amotarum,* dice espressamente TRIFONINO nella menzionata L. 29 *h. t.*:

« Sed si pluris factae non restituuntur, quae amotae sunt, *crescit aestimatio,* ut in condictione furtivae rei » [73]).

Se l'autore della sottrazione, che ha ancora in suo possesso la cosa e trovasi quindi in condizione di farne la restituzione, vi si ricusa dolosamente, l'attore può determinarne il valore mediante giuramento, perchè sarebbe iniquo obbligarlo, per così dire, a vendere le sue cose alla controparte, contro la sua volontà, al prezzo comune.

Ove però il sottrattore abbia pagato il valore della cosa, quale fu stimata con giuramento dall'attore, allora il fatto viene considerato come una vendita [74]). Ma quegli non può pretendere una promessa per garanzia di evizione, perchè ha cercato di impadronirsi della cosa in maniera antigiuridica. A questo punto si riferiscono le seguenti leggi:

L. 8 § 1 D. *h. t.* POMPONIUS, libro XVI *ad Sabinum*: « SABINUS ait, si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari deberi, *quanti in litem vir iurasset* ».

L. 9 D. *eodem.* PAULUS, libro XXXVII *ad Edictum*: « Non enim aequum est, invitum *suo pretio* [75]) res suas vendere ».

---

[72]) L. 20 D. *de condict. furt.* V. *Ant. Dad.* ALTESERRA, *Recitation. in Claud. Triphonini libros Disputation. ad h. L.* (*Oper. accurante Michaele* MAROTTA, Neapoli 1776 e segg., 4. editor, tom. VIII).

[73]) V. *Ant.* FABER, *de Errorib. Pragmaticor.*, decad. XVII, err. 3 e decad. LXXX, err. 2; IDEM, *Coniecturar. iuris civ.*, lib. XVI, cap. 11 e *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Dig. seu Pand.*, tom. IV, ad L. 29 *h. t.*, pag. 368.

[74]) L. 1 et 3 D. *pro emtore.*

[75]) *Suo pretio* vale qui *iusto pretio,* come è anche detto nella L. 70 D. *de rei vind.* ed è pure chiarito nella L. 8 D. *de in litem iurando*: « Non est aequum — dice MARCELLO nel libro VII *Digestor.* — pretio, id est, *quanti res est,* litem aestimari: cum et contumacia punienda sit,

L. 10 D. *eodem*. POMPONIUS, libro XVI *ad Sabinum*: «Ideoque nec debere eum *pro evictione promittere:* quod ex contumacia mulieris id ita acciderit ».

Poichè il sottrattore, dal momento che abbia pagato il valore della cosa, è considerato come un compratore, per ciò egli può, nel caso che il coniuge derubato o i di lui eredi volessero, dopo, rivendicare la cosa, difendersi con l'*exceptio rei venditae.*

E può anche avvalersi di un'*actio in rem:* per esempio, dell'*actio Publiciana,* come appare dalle seguenti leggi:

L. 22 D. *h. t.* IULIANUS, libro XIX *Digestorum*: « Si propter res amotas egero cum muliere, et lis aestimata sit: an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo adquisiit possessionem. Respondi, qui litis aestimationem suffert, *emptoris loco habendus est*: ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum, vel heredem mariti exceptionem habet: et si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est »[76]).

Nella stima delle cose sottratte va computato anche il lucro

---

et *arbitrio potius domini* rei pretium statuendum sit; *potestate petitori in litem iurandi concessa* ». Nè diversamente gli scoliasti greci hanno inteso il *suo pretio*. Perchè nei *Basilici*, tom. IV, lib. XXVIII, tit. 11, const. 9, pag. 425 si dice: Οὐγὰρ εστι δίκαιον αὐτὸν ἄκοντα πωλῆσαι τὸ ἴδιον ὅσου ἐστιν ἄξιον. i. e. *quanti res pretii est;* e lo scoliaste greco dice, sch. *o*, pag. 433: οὐδὲ γὰρ δίκαίον ἐστι τῆς δικαίας τιμῆς μόνης ἄκοντα τὸν ἄνδρα πιπράξειν τὰ ἴδια πράγματα. i. e. « *non enim aequum est,* IUSTUM TANTUM PRETIO *invitum maritum vendere suas res* ». Si confronti ancora la L. 25 § 1 D. *Soluti matrimon.* La osservazione fatta da *Dion.* GOTHOFREDUS, ad L. 9, not. *a:* « Pro *suo pretio* forte legendum est: *non suo* », dimostra manifestamente, che egli non capì la legge. V. *Jac.* CUIACII, *Comm. in libr. XXXVII Pauli ad Edictum*, ad L. 9 D. *h. t.* (in *Opp. postum.*, tom. II, pag. 603); *Desid.* HERALDUS, *Observ. et Emendation. libr.*, cap. 26 (in *Thes. I. Rom. Otton.*, tom. II, pag. 1343); *Io. Guil.* MARCKART, *Interpretation. receptor. iuris civ. Lection.*, lib. II, cap. 19, § 2, pag. 292 e segg. e *Theod. Io. Alex.* PAGENSTECHER, *Specim. de violentis emendationib. in Iure civ. non admittendis*, cap. 3, p. 111 e segg.

[76]) V. *Iac.* CUIACII, *Commentar. in libr. XIX Digestorum Salvii Iuliani*, ad L. 22 *h. t.* (in *Opp. postum. a* FABROTO *edit.*, tom. III, pagina 136 e segg.) e *B.* WOORDA, *Thes. controversar.*, decad. XIX, th. 10.

di cui, per effetto della sottrazione, è stato privato il coniuge derubato.

L. 21 § 4 D. *h. t.* PAULUS, libro XXXVII *ad Edictum*: « Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est ».

S'intende poi, che, nascendo l'*actio rerum amotarum* da un delitto, non è qui a parlare di quel *beneficium competentiae*, che altrimenti spetterebbe al coniuge, come anche PAOLO espressamente nota nella L. 21 § 6 D. *h. t.*:

« Nec viro, nec mulieri prodest in hoc iudicio, *si facere non possunt*: pendet enim id ex furto »[77]).

§ 1284 *f.*

*Mezzi di prova di quest'azione.*

L'attore, se manchi di altri mezzi di prova, o anche, se per altre ragioni lo preferisca, può deferire il giuramento, ma unicamente contro il coniuge che lo ha derubato.

Se si agisce contro un estraneo, per esempio contro il padre o gli eredi del sottrattore, non si può far luogo alla delazione di giuramento, essendosi ritenuto iniquo l'obbligare taluno a giurare sul fatto altrui.

Per questa stessa ragione non si può qui permettere, che il giuramento deferito venga riferito.

L'attore che ha deferito il giuramento deve però, prima, a sua volta prestare il giuramento *de calumnia*.

Ma l'accusato non può ricusare il giuramento, se non vuole che lo si dichiari confesso.

Così insegna ULPIANO nel libro XXXIII *ad Edictum*, dal quale è tratta la L. 11 § 1 *h. t.*:

---

[77]) Si consulti anche la L. 52 D. *de re iudicata*, nella quale TRIFONINO dice: « Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, IN SOLIDUM *condemnari debet: quoniam ex male contractu et delicto oritur* ».

« Qui rerum amotarum instituit actionem, *si velit magis iusiurandum deferre,* cogitur adversarius iurare, *nihil divortii causa amotum esse*: dum prius *de calumnia* iuret, qui iusiurandum defert ».

« § 2. Iurare autem tam vir quam uxor cogetur: pater autem amoventis iurare non cogitur: *cum iniquum sit, de alieno facto alium iurare*: si ergo cogitur iurare, *qui amovisse dicitur*: et idcirco nec heres eius, qui, quaeve amovisse dicetur, iurare cogetur ».

« § 3. Si quis delatum sibi iusiurandum *referre velit,* non videtur Praetor permisisse ».

PAOLO nel libro VII *Brevium* aggiunge ancora nella seguente L. 12:

« Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat [78]), an ipse fur sit ».

---

[78]) *Deferat* vale qui: *referat*. Così spiegano questa parola con la Glossa *Iac.* CUIACIUS, *Commentar. in libr. XXXVII Pauli ad Edictum*, ad L. 9 D. *h. t.* (*Opp. postum. a* FABROTO *editor.*, tom. II, pag. 603); *Ger.* NOODT, *Comment. ad Dig. h. t. in fin.* (tom. II, *Opp.*, pag. 534) e *Ant.* SCHULTING, *Not. ad Dig. seu Paud.*, tom. IV *h. t.* ad L. 12. Alcune antiche lezioni, come ad esempio quella di HALOANDER e di MIRÄUS, leggono anche: *referat*. I *Basilici*, tom. IV, pagina 426, hanno però: ἐπιφέρει, *defert*. Non vi ha del resto alcun dubbio, che a chi sostiene di essere stato derubato da taluno può esser deferito il giuramento da colui, che egli incolpa del furto, come appare dalla L. 28 § 9 D. *de iureiur.* E se ha giurato, egli con ciò si assicura non solo l'*actio furti*, ma anche l'*actio in factum ex iure iurando* e dipenderà dalla sua scelta il promuovere l'una anzichè l'altra. Ma non sempre ugualmente a lui competerà la *condictio furtiva*. Di questa egli potrà soltanto avvalersi, quando si trovi ad esser proprietario delle cose sottrattegli. L. 1 D. *de condict. furtiva*. Così si spiega la menzionata L. 28, nella quale PAOLO dice: « Item POMPONIUS ait, enim, qui fortum sibi factum alicuius rei iuravit, non statim etiam *condictionis causam* nancisci ». Ma l'attore non è obbligato a prestare contro sua volontà il giuramento deferitogli. E la ragione è, che egli non sa con certezza se sia stato veramente quegli che egli accusa come ladro, colui che ha effettivamente consumato il furto.

Che non sia ammissibile il riferimento del giuramento, conferma anche ULPIANO nel libro XXXIII *ad Edictum*, richiamandosi a LABEONE.

L. 13 *h. t.*: « Ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum referre iusiurandum: *et ita Edictum ordinatum videtur* ».

*Ger.* NOODT [79]) opina, che di questo mezzo di prova abbia trattato il secondo capitolo dell'editto, col quale il Pretore ha introdotto la *rerum amotarum actio*. A ciò sembra che alludano le parole della L. 11 § 3 D. *h. t.*: « et ita *Edictum* ordinatum videtur ». E questa appunto pare che sia stata anche l'opinione di *Abr.* WIELING [80]). *Wilh.* RANCHIN [81]) e *Ioh.* ORTWIN. WESTENBERG [82]) hanno perciò aggiunto, ancora, all'editto le parole: *et iusiurandum deferre permittam*. Ma, certamente, il Pretore si sarebbe espresso ben altrimenti. Forse, secondo la L. 11, così:

« *Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, adversarium, sive vir sive uxor sit, iurare cogam* [83]), *nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert, neque, si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, permittam* ».

Pertanto mi sembra più verosimile, che il Pretore abbia trattato del giuramento nell'*actio rerum amotarum*, nel corpo del-

---

Perciò anche ne segue, che non si possa riferire il giuramento deferito all'accusato circa il furto imputato. V. CUIACIUS, *Comment. in libr. XVIII Pauli ad Edictum*, ad L. 28 § 9 *de iureinr.* (*Opp. postum.*, tom. II, pag. 235) e POTHIER, *Pand. Iustin.*, tom. II, *h. t.*, nr. XVIII, not. *h*, pag. 79.

[79]) *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Vidimus*, pag. 530.

[80]) *Fragmenta Edicti perpetui* (Franequerae 1733, 4), *h. t.*, § 1, pag. 153.

[81]) *Edictum perpetuum restitut.*, *h. t.* (in *Thes.* MEERMAN., tom. III, pag. 250).

[82]) *Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t.*, §§ 4 e 28.

[83]) Arg. L. 34 § 6 D. *de iureiur.*

l'editto sul giuramento e come eccezione alla regola posta da PAOLO nel libro XXXVII *ad Edictum*:

« Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre ».

PAOLO, che nel libro XVIII *ad Edictum* tratta principalmente del giuramento [84]), menziona espressamente l'*actio rerum amotarum*, quando nella L. 28 § 7 D. *de iureiur.* dice:

« Quae iuravit, *divortii causa rem se non amovisse,* non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur: et, si contendat suam esse, alio iureiurando opus est: contra, si iuraverit suam esse, debet *in actione rerum amotarum defendi* ».

Però il giuramento può sempre esser deferito sopra singole circostanze. Pertanto l'attore può per alcune servirsi del giuramento, per altre, di diversi mezzi di prova, come altresì dice PAOLO nella L. 14 D. *de act. R. A.*, che, come il frammento precedente, è tratta dal suo stesso libro XVIII *ad Edictum*:

« De rebus amotis permittendum marito, vel uxori, *de quibusdam rebus* iusiurandum deferre, de *quibusdam* probare ».

Il Pretore aveva, cioè, nel suo editto detto del giuramento: « *eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit* ». Ora le parole « eius rei » si spiegano, secondo dice ULPIANO nella L. 7 D. *de iureiur.*, così: « sive de tota re, sive de parte sit iuratum » [85]).

## § 1284 *g*.

### *Quando si può proporre l'azione. Sua estinzione. È esercitabile anche oggi?*

L'azione può proporsi subito dopo avvenuto il divorzio ed esercitarsi, particolarmente contro la donna, anche prima che possa

---

[84]) V. CUIACIUS, in *libr. XVIII Pauli ad Edictum* (*Opp. postum.*, tom. II, pag. 224 e segg.).

[85]) V. CUIACIUS, *c. l. ad L. 14 h. t.*, pag. 248.

esser richiesta la restituzione della dote. È ciò che dice PAOLO nel libro XXXVII *ad Edictum* (L. 21 § 3 D. *h. t.*):

« Rerum amotarum actio *damnum repraesentat,* etiamsi postea dotis exactio competat ».

Il senso ne è questo: l'*actio rerum amotarum,* come *actio ex delicto,* fa sì che si possa agire pel risarcimento del danno immediatamente dopo lo scioglimento del matrimonio, anche se non possa ancora esercitarsi l'azione in restituzione della dote, che per avventura consista in cose mobili [86]). Infatti *repraesentare* significa pagare qualcosa immediatamente. Nei *Basilici* [87]) la frase *damnum repraesentat* è così riprodotta: παραχρῆμα τὴν ζημίαν απαιτεῖ. i. e. *statim damnum exigit:* e lo scoliaste così parafrasa [88]): Il ρέρευμ. αμοτάρευμ. παραχρῆμα τὴν ζημίαν απαιτεῖ ἀπολαΐζειν τὸν ἀδικηθέντα, εἰ καὶ μετὰ ταῦτα μέλλει αρμόζειν ἡ τῆς προικὸς ἀπαίτησις. i. e.: « *Rerum amotarum actio exigit, ut damnum* STATIM *recipiat, qui passus est, etiamsi postea dotis exactio competitura sit* ». Il παραχρῆμα, o *statim* è, più avanti, ulteriormente chiarito così: μετὰ τὸ λυθῆναι τὸν γάμον. i. e. *soluto matrimonio,* con l'aggiunta: ἐν συνεστῶτι γὰρ οὐ κινεῖται. i. e. *eo enim constante non movetur.*

*Ant.* FABRO [89]) veramente intende la sentenza di PAOLO solo in relazione al caso, che siano state sottratte dalla donna cose dotali. Qui l'*actio rerum amotarum* deve esercitarsi *ante tempus repetendae dotis.* Egli crede che ciò dimostrano le parole: « etiam si postea dotis exactio competat ».

Ma questa interpretazione è giustamente respinta da BACOVIO [90]) e *Ant.* SCHULTING [91]).

---

86) V. CUIACIUS, *ad h. L.* (tom. II *Oper. postum.*, p. 605); *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Porro ait Praetor*, pag. 532 e POTHIER, *Pand. Justinian.*, tom. II, *h. t.*, nr. XXII, nota *c*, pag. 80.

87) Tom. IV, pag. 428.

88) *Basilica*, tom. IV, pag. 437, sch. *h* et *i*.

89) *De errorib. Pragmaticor.*, dec. LXXX, err. 2.

90) *Adversus* FABRUM, *loc. cit.*

91) *Notae ad Dig. seu Pandect.*, tom. IV ad L. 21 *h. t.*

L'azione cessa:

1.° se i coniugi si siano reciprocamente sottratta qualche cosa. Allora la compensazione estingue il diritto di agire.

L. 7 D. *h. t.* ULPIANUS, libro XXXVI *ad Sabinum:* « Compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas ».

2.° Se, dopo seguìto il divorzio, sia reintegrato il matrimonio.

L. 30 D. *eodem.* PAPINIANUS, libro XI *Quaestionum*: « Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, *redintregato rursus matrimonio,* solvitur iudicium ».

CUIACIO [92]) spiega la frase: *solvitur iudicium,* così: « iudex esse desinit » [93]). E l'azione in questo caso dorme, ma non si estingue [94]); cosicchè si ridesta, e può essere proseguita se, ristabilito il matrimonio, segua un nuovo divorzio [95]). A questo punto si riferisce la

L. 23 D. *h. t.* AFRICANUS, libro VIII *Quaestionum:* « Redintegrato matrimonio, *si iterum divortium factum* erit: ob res amotas prioris divortii causa — *manere actionem* [96]) existimavit » [97]).

Nè l'*actio rerum amotarum* contro la donna viene ostacolata dall'accusa di adulterio, dalla quale si mantiene del tutto indipendente.

---

[92]) *Comm. in libr. XI Quaestion. Papiniani ad h. L.* (*Oper. postum.*, tom. I, pag. 309).

[93]) L. 58 D. *de iudiciis.*

[94]) L. 98 § 8 D. *de Solut.*; L. 83 § 5; L. 137 § 4 D. *de Verb. Oblig.* I *Basilica*, tom. IV, pag. 429 circ. fin., hanno però σβέννυται τοῦ γάμου ἀνανεουμένου. i. e. *extinguitur redintegrat matrimonio.* Si confronti anche la L. 19 D. *Soluto matrimon.*

[95]) V. *Io. Lud.* CONRADI, *Ius P. R. e Digestis h. t.*, § 24.

[96]) *Basilica*, tom. IV pag. 428 in fin. σώζεται ἡ ἀγωγὴ προφάσει τῶν ἀποκλαπέντων διὰ τὸ πρῶτον διαξύγιον. i. e. « integra manet actio ob res subreptas prioris divortii causa ».

[97]) L'*existimavit* non si riferisce ad AFRICANO, ma a GIULIANO, la cui opinione AFRICANO riporta. V. POTHIER, *Pand. Instit.*, tom. II, *h. t.*, nr. XXIII, nota *d.* Alcune edizioni leggono però *existimavi*, ad es. BAUDOZA. La Glossa lo riferisce ad AFRICANO.

Invero, dal fatto che la donna sia condannata per una sottrazione provata, non segue che ella sia anche colpevole d'adulterio. E nel caso opposto, dalla circostanza che per la sottrazione sia assolta tanto meno si può argomentare che ella non sia adultera.

Anche PAPINIANO dice ciò nel libro IV *Responsorum* (L. 27 D. *h. t.*). Ivi è detto perspicuamente:

« Rerum amotarum actio OB ADULTERII CRIMEN, quo mulier postulata est, non differtur ».

*Iac.* GOTHOFREDO [98]) è, a dir vero, dell' opinione che la L. 27 *h. t.* sia stata abrogata dalla costituzione degl' imperatori TEODOSIO, ARCADIO ed ONORIO, che nel Codice Teodosiano costituisce la L. 7 *ad Legem Juliam de adulteriis,* ma nel codice Giustiniano la L. 33 *eodem.* In essa è detto:

« Adulterii accusatione proposita, praescriptiones civiles, quibus aut dos repeti fingitur, aut ex ratione aliqua debitum flagitatur, quae occurrere, atque perstrepere examini consueverunt, iussimus sequestrari, nec earum obice aliquid negotii tarditatis adferri, sed accusatione fundata, hoc est, cum constiterit, quo iure, id est, maritine, an extranei, quove tempore accusatio fuerit intromissa: discutiatur crimen, facti qualitas publicetur, cum et iurgia, quae magnitudine superantur, et civilis actio criminali iure postponatur. Idem tamen, cum competere coeperit, habitura momenti, dummodo non obsit huic examini ».

Ma qui si parla di tali azioni, la cui decisione dipende dalla proposta accusa di crimine, come ad esempio l'*actio de dote.* Il che è già bene chiarito dall'espressione: *praescriptiones civiles* [99]). Invece l'*actio rerum amotarum* è del tutto indipendente dall'accusa di adulterio, come lo stesso GOTHOFREDO non può negare. Nessuna di queste azioni è dunque di ostacolo all'altra [100]).

---

[98]) *Cod. Theodos.*, tom. III, ad L. 7 *ad Leg. Iul. de adulter.*, p. 73. e del RITTER. A GOTHOFREDO aderisce anche *Ant.* SCHULTING in *Notis ad Digesta seu Pand.*, tom. IV ad L. 27 *h. t.*, pag. 367.

[99]) V. *Iac.* RAEVARDUS, *de Praeiudiciis*, lib. I, cap. 7, 8 e 9.

[100]) V. *Iac.* CUIACIUS in lib. IV *Responsor. Papiniani ad L. 27 h. t.*

Alcuni giuristi [1]) dubitano della odierna applicabilità dell'*actio rerum amotarum*. Essi dicono, che quest'azione presuppone come sua essenziale condizione, che la sottrazione avvenga *divortii causa*, e che il divorzio segua effettivamente. Ora il diritto canonico abolì i divorzi e non permise che la semplice separazione *quoad mensa et thoro*, la quale non scioglie affatto il legame matrimoniale. Oggi dunque non resta, che prender norma dalla L. 25 D. *h. t.*, e, sotto le mutate circostanze, ripristinare una *retentio ob res amotas*, sebbene anch'essa già abolita da GIUSTINIANO.

Ma questi argomenti tutt'al più valgono pei cattolici: per cui l'ammissibilità di quest'azione sussisterebbe sempre pei protestanti. Oltre a ciò si sostiene, non senza ragione, che, anche presso i cattolici, quando i coniugi si siano separati *quoad mensa et thoro* per tutta la vita, non sia inammissibile, per lo meno, l'*actio rerum amotarum utilis* [2]). In questo caso il diritto canonico accolse dal diritto romano anche le *poenae divortii* [3]). E se fra i coniugi esiste il regime della comunione dei beni e lo stato di comunione cessa per la separazione, non v'è alcuna ragione per la quale il danno arrecato mediante la sottrazione dall'un coniuge al patrimonio comune, non possa essere computato all' autore, o dopo la divisione, risarcito mediante quest'azione.

## § 1284 *h.*

### *L'*actio rerum amotarum *è una* condictio: *opinione contraria di* Ant. FABRO.

Che l'*actio rerum amotarum* sia una *condictio*, è detto positivamente non solo da GAIO nel libro IV *ad Edictum provinciale*,

---

(*Opp. postum.*, tom. I, pag. 180); *Io.* SUAREZ DE MENDOZA, *Commentarior. ad Leg. Aquiliam*, lib. III, cap. I, nr. 11 e 12 (Tom II, *Thes.* MEERMAN., pag. 141) e POTHIER, *Pand. Justin.*, tom. II, *h. t.*, nr. XXV, nota *g*, pag. 80.

[1]) *Ant.* FABER, *de errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXXII, err. 3; *Reinh.* BACHOVIUS, *Tr. de Actionibus*, diss. V, th. 12.

[2]) V BACHOVIUS, *loc. cit.*

[3]) Cap. 4 X. *de donat. inter vir. et uxor.*

dal quale è tolta la L. 26 D. *h. t.*, ma anche dimostrato dalla somiglianza di questa azione colla *condictio furtiva*. Poichè essa, come questa, compete anche al proprietario [4]), ed è un'*actio personalis*, reipersecutoria e perpetua [5]): ancora, ha comune con tutte le *condictiones* questo carattere, che non produce infamia [6]) e può, come la *condictio furtiva*, esser diretta al risarcimento del cresciuto valore delle cose sottratte [7]).

Ciò nondimeno *Antonio* FABRO [8]) combatte il principio, contrastando alle espresse parole di GAIO, che riposano sopra una lezione unanime, la cui esattezza è anche confermata dai *Basilici* [9]), e invece della forma universalmente ricevuta: *rerum amotarum actio condictio est*, pretende leggere, senza il suffragio di alcuna autorità, *condictio non est*. Ma gli argomenti, che egli adduce, sono indegni di un *Antonio* FABRO e sarebbero stati anche immeritevoli di confutazione, se già *Rein.* BACHOVIO [10]) non li avesse così profondamente esaminati e ribattuti.

L'*actio rerum amotarum* compete al coniuge derubato, non soltanto quando è proprietario delle cose sottrattegli, ma anche quando ha interesse a che la sottrazione della cosa altrui non fosse avvenuta [11]): e ciò, perchè il coniuge danneggiato non può servirsi dell'*actio furti* contro il sottrattore, così come contro ogni altro ladro [12]). L'azione concedutа al coniuge offeso doveva dunque qui tener luogo di entrambe le azioni: dell'*actio furti* e della *condictio furtiva*. Ma appunto perciò, essa non cessa di essere una *condictio*.

Legittimamente è stata dunque respinta quella emendazione

---

[4]) L. 24 D. *h. t.*

[5]) L. 21 § 5 *h. t.*

[6]) L. 36 D. *de Obligat. et Action.*; L. 2 C. *h. t.*

[7]) L. 29 D. *h. t.*

[8]) *De errorib. Pragmaticor.*, decad. LXXIX, err. 7, 8 e 9.

[9]) Tom. IV, pag. 429, const. 26. Ἀπαιτητικὴ ἐστὶν ἡ περὶ ἀφαιρέσεως πραγμάτων ἀγωγή.

[10]) Tr. *de Actionib.*, disp. V, Th. 10.

[11]) L. 17 § 3 D. *h. t.*

[12]) L. 1, L. 28 D. *h. t.*

di FABRO, che piuttosto avrebbe potuto chiamarsi una corruzione [13]). Per abbondare, le si può anche contrapporre un frammento di PAOLO del libro III *ad Neratium*, cioè la L. 19 D. *de condictione furtiva*, dove si dice:

« JULIANUS ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem CONDICTIONEM in peculium respondit » [p]).

§ 1284 *i*.

*Caso in cui, durante il matrimonio, si fa luogo alla* condicto furtiva. *L. 3 § 2 D.* h. t.

In fine, resta ancora ad accennare ad un caso speciale, nel quale durante il matrimonio si può, per eccezione, esercitare la *condictio furtiva*. Lo ricorda PAOLO nel libro VII *ad Sabinum*, dal quale è tolta la L. 3 § 2 D. *h. t.* Il frammento così suona:

« Sed et cum uxore furti agere possibile est: si ei, cui heredes simus, furtum fecit, — tamen, propter reverentiam personarum, — *furtivam* tantum *condictionem* competere, non etiam furti actionem, dicimus ».

---

[13]) *Jo. Jac.* WISSENBACH, *Exercitation. ad Pandect.*, parte I, disp. XLIX, th. 6 (WISSENBACH esprime qui un duro giudizio sul gran FABRO, che chiama: « homo corrumpendae iurisprudentiae natus ». POTHIER, *Pand. Iust.*, tom. II *h. t.*, nr. XVII, not. *g*, pag. 79: *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Dig. seu Pandect.*, tom. IV ad L. 26 D. *h. t.*, pag. 367 e *Bar.* WOORDA, *Thes. Controv.*, decad. XIV, § 7.

---

*p*) La critica acerba, che il GLÜCK muove all'opinione dell'acutissimo FABRO, ci sembra infondata. Basti riferire in proposito il pensiero di *Otto* LENEL, *L'édit perpetuel*, vol. II, pag. 26, dove si trova esaminato e discusso il citato frammento di GAIO.

Il LENEL comincia col dubitare, che l'affermazione *rerum amotarum actio condictio est* sia proprio di GAIO. Ma se pure tal fosse, non la si dovrebbe tuttavia intendere alla lettera. I fr. 17 §§ 2 e 25 D. *h. t.* pongono il *judicium rerum amotarum* e la *condictio* in un' antitesi troppo scolpita, perchè siano ammissibili dubbi in proposito. Nel suo contesto originario il passo dunque doveva semplicemente significare, che l'*actio rerum amotarum* era un equivalente giuridico della *condictio*. L'*inscriptio* GAI, IV, che ci rinvia al titolo *de restitutionibus* permette, scrive il LENEL, se non di ripristinare con completa certezza

La donna aveva rubato a persona, di cui, successivamente, il marito di lei divenne erede. In questo caso il marito, anche durante il matrimonio, può agire contro la moglie *ex causa furtiva*. Perchè questi, qui, non agisce nella qualità di marito, ma in quella di un erede, al quale si è trasmesso il diritto del *de cuius*. Però si ha riguardo ai rapporti personali, almeno agli effetti di concedere al marito non l'*actio furti*, ma solo la *condictio furtiva* [14]. Nè il marito potrebbe qui esercitare l'*actio rerum amotarum* od altra azione che altrimenti avesse a sua disposizione, perchè non è il derubato. Manca così una condizione che è essenziale all'*actio rerum amotarum* [15].

---

[14]) *Io. Lud.* CONRADI, *Ius P. R. civile* e *Digestis Iustiniani*, *h. t.*, § 3.
[15]) *Reinh.* BACHOVIUS, *Tract. de Actionib.*, disp. V, th. 7, nota *c*, pag. 173.

---

il testo che si esamina, almeno di formulare un'ipotesi molto verosimile, che vi si riferisca. Secondo il fr. 7 § 1 *de cap. min.* (IV, 5) le azioni *ex delicto* non si estinguevano per *capitis deminutio* del debitore e l'editto *de capite minutis* non si applicava ad esse per nulla: per conseguenza l'*actio furti* sussisteva dopo la *capitis deminutio* come *actio noxalis*, mentre la *condictio furtiva* non poteva intentarsi che *rescissa capitis deminutione*. Ora era naturalissimo, che i giureconsulti romani si chiedessero qui, quale trattamento si doveva assegnare, da questo punto di vista, all'*actio rerum amotarum*. [Cfr. fr. 3 § 12 *de peculio* (XV, 1)]. Certo, quest'azione essendo *in factum concepta* non poteva essere una redazione *ficticia*. Dovevasi dunque lasciarla sussistere come azione nossale o annoverarla tra le azioni, per cui il pretore avea creato l'obbligazione di difendersi, di cui parla GAIO, III, 84? La questione si posava nella nostra ipotesi, come in quella di un'azione civile qualunque. Ed è a questa questione che rispondeva GAIO nel passo, certo non fedelmente riportato, del fr. 26 *h. t.* L'*actio rerum amotarum*, diceva egli, « deve per principio essere trattata come la *condictio:* perchè, se si guarda alla sostanza delle cose e non alla forma, essa non differisce in nulla dalla *condictio;* essa è una *condictio:* come quest'ultima rigetta nell'ombra il delitto commesso ed è reipersecutoria, non penale ». Così il contesto del fr. 26, secondo LENEL, si spiega in un modo molto plausibile: e basta che tale spiegazione sia *possibile*, per mostrare come sia pericoloso servirsi di testi isolati e tolti dal loro posto primitivo per tirarne delle conclusioni contraddicenti od altre testimonianze irrecusabili. Cfr. LENEL, op. cit., pag. 27.

# TITOLO III *).

## De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis

---

### § 1285.

*Che significa*: agnoscere liberos? *Che:* alere liberos? *Che sono gli* alimenta? *Quando cessa l'obbligo di prestarli?*

Se la moglie, o il padre nella potestà del quale questa ancora si trovi, fossero stati causa del divorzio, ed esistessero figli nati dal precedente matrimonio, allora, ai tempi di ULPIANO [16]), si faceva luogo, nella restituzione della *dos,* ad una *retentio ob liberos.*

Dovette infatti apparire conforme ad equità, che il mantenimento dei figli, al quale è anche principalmente destinata la *dos*, non fosse posto unicamente a carico del marito. GIUSTINIANO [17]) ha, è vero, abolito questa *retentio ob liberos*, «cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur»; ma nel più antico diritto l'affinità della materia fece sì, che di questo istituto si trattasse a proposito del dovere, che i genitori hanno di mantenere i figli, di quello che i figli hanno di mantenere i propri genitori bisognosi e di quel reciproco obbligo di alimenti che, per la somiglianza del rapporto intercedente tra i patroni e i liberti, costoro hanno tra di loro [18]).

---

[16]) *Fragm.*, tit. VI, § 10.

[17]) L. un. § 5 Cod. *de rei uxoriae act.*

[18]) V. *Iac.* CUJACII, *Paratitla in libros L Digest. h. t.*

---

*) Tradotto ed annotato dal giudice *G.* BAVIERA.

Ma poichè l'obbligo di mantenere i figli presuppone il loro riconoscimento, così era contemporaneamente necessario di stabilire delle misure precauzionali, per l'istituzione dell'*actio praeiudicialis de partu agnoscendo*, tanto per i figli nati durante il matrimonio, quanto particolarmente per quelli sopravvenuti dopo il divorzio, e ciò allo scopo di porre fuori dubbio la loro legittimità, od almeno stabilire una presunzione equivalente alla prova. Perciò due senatoconsulti che si riferiscono a questo punto, il *Planciano* e l'altro reso sotto ADRIANO, costituiscono il contenuto principale del presente titolo [19]).

È però anzitutto necessario di chiarire le espressioni: *agnoscere* e *alere liberos*, come anche il significato della parola: *alimenta*.

*Agnoscere liberos* significa: riconoscersi padre di un figlio, riconoscere un figlio per suo. *Alere* significa: alimentare. Ma la parola *Alimenta* [20]) è usata in senso ora più largo, ora più ristretto [21]), secondo che gli alimenti sieno dovuti all'avente diritto per convenzione, o per testamento, o per disposizione di legge. Nel primo caso è il consenso dei paciscenti, nel secondo la volontà del *de cuius*, che di regola ne determina l'estensione: ed è perciò,

---

[19]) I lavori più importanti su questo titolo sono: *Io. Pet.* SURDI, *Tr. de Alimentis*, Francof. 1595, f.; *Math.* COLERUS, *de alimentis*, Lipsiae 1596, rec. Coloniae 1710; *Scip.* GENTILIS, *de Alimentis lib. sing.*, Francofurti 1606, 8; *Hug.* DONELLUS, *Commentarior. de iure civ.*, lib. XII, cap. 4, §§ 9-15, vol. VII, pagg. 43-50 (edit. Norimb. 1824, 8); *Ern. Mart.* CHLADENII, *ex doctrina de alimentis capita quaedam controversa*, Viteb. 1759, 4; *Frid. Es.* a PUFENDORF, *de obligatione alendi*, in *Observation. iur. univers.*, tom. IV, oss. 166; *Io. Dav.* LEMBKE, *Diss. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum*, Goett. 1755, 4 e *Christ. Gottl.* EISENSTÜCK, *Diss. quae iura in alendis et educandis liberis secundum statum naturalem et civilem obtineant, praes. Christ. Dan.* ERHARDO *def.*, Lipsiae 1794.

[20]) Questa parola viene anche alle volte usata *in singulari*. Così si trova nella L. 5 § 18 D. *h. t. alimentum decretum*. Ed *alimonium* e *alimonia* nella L. 4 D. *eod.* L. 73 § 1 D. *de iure dot.* V. DUCKER, *Opusc. de latinitate ICtor. veter.*, pag. 339; *Ant.* SCHULTING ad PAULI *Sententiar. Receptar.*, lib. II, tit. 24, nota 22 (in *Iurispr. vet. Anteiustin.*, pag. 315) e BRISSONIUS, *de verbor. iur. significat.*, voc. *Alimonium*.

[21]) V. *Io. God.* BAUER, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato*, Lipsiae 1727, § 1.

avanti tutto, a quel consenso o a questa volontà che bisogna riguardare.

Ma, nel linguaggio della legge, il termine *alimenta* comprende tutto ciò che è necessario alla conservazione del corpo e della salute, non dunque semplicemente il nutrimento, ma anche le vestimenta e l'abitazione, nonchè le necessarie medicine. Ecco le leggi relative:

L. 6 D. *de alimentis vel cibar. legat.* IAVOLENUS, lib. II *ex Cassio:* « Legatis alimentis *cibaria,* et *vestitus,* et *habitatio* debebitur, quia sine his ali corpus non potest ».

L. ult. D. *eodem.* PAULUS, libro IV *ad Neratium:* « Rogatus es ut quendam *educes:* ad victum necessaria ei praestare cogendus es. PAULUS: cur plenius est *alimentorum* legatum, ubi dictum est, et *vestiarium* et *habitationem* contineri? Imo ambo exaequanda sunt ».

Sinonima di *alimenta* è la voce *victus,* che ULPIANO così spiega:

L. 43 D. *de verbor. signif.* ULPIANUS, libro LVIII *ad edictum:* « Verbo VICTUS continentur, quae esui, potuique, cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque *victus* habere vicem, Labeo ait ».

Il passo seguente poi insegna, che anche le medicine sono annoverate fra gli alimenti.

L. 44 D. *eodem.* GAIUS, libro XXII *ad Edictum provinciale:* « Et cetera, quibus tuendo curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur ».

E qui si può anche citare un altro luogo di GAIO del libro VII *ad Edictum provinciale,* cioè la L. 45 *D. de Usufructu:* « Sicut impendia cibariorum in servum, cuius ususfructus ad aliquem pertinet, ita et *valetudinis impendia* ad eum respicere natura manifestum est ».

Siccome la parola *victus* deriva da *vivo,* così il significato estensivo, che la legge gli attribuisce, ne viene molto bene chiarito.

Ma su questo punto i giureconsulti romani non sono stati tutti d'accordo, come appare dal seguente passo di GAIO.

L. 234 § 2 D. *de verbor. signif.*: « Verbum *vivere* quidam putant ad cibum pertinere. Sed OFILIUS ad Atticum ait, his verbis et vestimenta et stramenta contineri: sine his enim vivere neminem posse ».

Questo passo è tratto dal libro III *ad legem duodecim tabularum*, dove GAIO interpreta quella legge delle dodici tavole, per la quale i debitori insolventi che erano stati aggiudicati al creditore, ed erano perciò obbligati a scontare in ceppi, come schiavi, il loro debito, dovevano, nel caso che non potessero sostentarsi del proprio, ricevere dal loro creditore il mantenimento per vivere [22]). Nell'interpretare questa legge, alcuni giureconsulti erano d'opinione che questo mantenimento si limitasse al cibo e al nutrimento del corpo, ma ebbe la preferenza l'interpretazione più estesa [a]).

---

[22]) V. *Iac.* CUJACII, *ad Tit. de verbor. signif. Commentar. ad LL. 43 et 44 h. t.*, particolarmente *Io.* GOEDDAEI, *Commentar. repetitae praelect. in Tit. eund. ad LL. easdem*, pag. 511 e segg. ed *Heinr. Ed.* DIRCKSEN' S *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, cap. VIII, tab. III, 3 e 4 Fragment, pagine 243 e 251 e segg.

---

[a]) Il contenuto degli alimenti andò gradatamente estendendosi, certo, per opera della giurisprudenza che ne venne a poco a poco elaborando la figura giuridica. Già, fin dai tempi di AULO OFILIO, l'auditore di SERVIO SULPICIO RUFO, vale a dire verso la metà dell'ultimo secolo avanti Cristo, si discuteva di ciò che dovesse comprendersi nel *victus*, siccome deducesi dal cit. fr. 234 § 2 di GAIO lib. III *ad legem XII Tab.* CASSIO poi, nei suoi *Libri iuris civilis*, aveva trattato la questione, che GIAVOLENO, circa cinquant'anni più tardi, alla fine del I secolo di Cristo, ripigliava (fr. 6, XXXIV, 1), enunciando non più in forma dubitativa, ma come cosa ormai ammessa, che nel legato di alimenti si contengano *cibaria et vestitus et habitatio*. Ai tempi di NERAZIO, qualche anno dopo GIAVOLENO, il *victus* si riteneva inferiore di contenuto agli *alimenta*, e questo più comprensivo. Lo dimostra PAOLO — nel cit. fr. 23, XXXIV, 1 — che, con la sua autorità, correggendo l'opinione di NERAZIO che pare non l'ammettesse, dichiara di *exaequare victus et alimenta*. Come può rilevarsi dalle sue parole, il *vestiarium* e l'*habitatio* non rientravano in origine nel legato di alimenti. Il farvi poi comprendere persino le medicine si era ottenuto con GAIO (fr. 44, 4, 16).

Non è dubbio, che gli alimenti comprendano anche le spese della più indispensabile istruzione ed educazione [23]). Ma è controverso, se vi rientrino anche le spese degli studi. Se gli alimenti sono disposti per testamento, allora le spese *quae ad disciplinam pertinent* sono tassativamente escluse [24]). Tuttavia ad un minore, il quale abbia ricevuto la *bonorum possessio ex Edicto Carboniano* debbono essere anticipate, oltre al mantenimento, anche le spese degli studi [25]). Già, le spese per l'istruzione di una figlia minorenne in un'arte liberale con un proprio maestro privato sono poste cogli alimenti, nella stessa categoria [26]), tanto che è fatto obbligo, in generale, ai tutori di tenere e compensare maestri ai loro amministrati, in relazione all'entità del loro patrimonio e alla condizione della nascita [27]). Così, vi sono delle leggi che comprendono, ed altre che escludono, le spese degli studi [b]).

---

[23]) *Io.* VOET, *Comment. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*, § 4 e SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, § 642.

[24]) L. 6 D. *de alimentis vel cibar. legat.*

[25]) L. 6 § 5 D. *de Carbon. Edicto.*

[26]) L. 4 D. *Ubi pupillus educari vel morari debeat.* V. *Iac.* CUIACII, *Commentar. in liber XXI Digestor. Iuliani* (*Opp.* a FABROTO *edit.*, tom. III, pag. 143 e segg.

[27]) L. 12 § 3 D. *de administr. et peric. tutor.*

---

[b]) L'affermazione del GLÜCK, che negli *alimenta* vanno comprese le spese d'istruzione per gli studii e che queste sono escluse se gli alimenti sono disposti per testamento, non si può accettare. GIAVOLENO nel citato fr. 6, XXXIV, 1, è molto netto: « *cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur* ». Nè le altre leggi, cui accenna il GLÜCK, sono probanti. Infatti nel cit. fr. 6 § 5, XXXVII, 10, PAOLO accorda distintamente al pupillo, cui toccò la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, gli *alimenta* e le altre spese di studii e di cose necessarie, senza però comprendere queste negli alimenti: « *non solum alimenta pupillo praestari debent sed* ET *in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum* ». — Nell'altro fr. cit. poi, il 4, XXVII, 11 GIULIANO fa il caso di un tale, che aveva istituito erede il figlio e lasciata una somma di 200 a titolo di dote a sua figlia, *quum in familia nupsisset*, e null'altro. Il tutore di entrambi, SEMPRONIUS, fu dai parenti della pupilla *perductus ad magistratum et iussus est alimenta pupillae et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare.* Si domandava, se nel *judicium tutelae* il pupillo, fatto maggiore, potesse ripetere *quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit.* E GIULIANO risponde di no: ma non

Nessuna meraviglia pertanto che i giureconsulti siano stati qui di diverse opinioni.

Chi [28]) nega che quelle spese siano da considerare come alimenti, dice che l'obbligo dell'educazione, che certamente incombe ai genitori, non implica necessariamente quello degli studi, cioè di una cultura superiore. Molto dipende dallo stato e dalla condizione dell'alimentando. Le leggi fondarono questa obbligazione sulla pietà e l'equità [29]), tanto che il padre può assoggettare a collazione le spese degli studi, il che non può avvenire di quelle ch'egli ha impiegato nel puro e semplice mantenimento [30]).

Nondimeno non mancano giureconsulti [31]), i quali annoverano le spese per gli studi fra gli alimenti, almeno fra gli *alimenta civilia*, dei quali in seguito sarà parola.

La prima opinione merita però incontestabilmente la preferenza. Imperocchè, quanto è vero che il padre è obbligato a fare dei proprî figli utili cittadini dello Stato, tanto è certo che il diritto civile non conosce un mezzo giuridico, pel quale i figli possano costringere il padre a tenerli a sue spese negli studi. Dal che segue, che le spese per gli studi vengono nelle leggi [32]) chiaramente distinte dagli alimenti.

---

[28]) *Io.* VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*, § 4; *Hug.* DONELLUS, *Commentarior. de iure civ.*, lib. XII, cap. 4, § 9 (vol. VII, pag. 44, edit. *Norici*), particolarmente *Carl.* PFIZER, *Ueber die Collation der Descendenten* [Sulla collazione dei discendenti], § 122.

[29]) L. 50 D. *familiae ercisc.*; L. 15 Cod. *de negot. gest.*

[30]) V. PFIZER, *loc. cit.*

[31]) V. BRISSONIUS, *de verbor. quae ad ius civ. pertinent signif.*, voc. *Alimenta*; WESTENBERG, *de causis Obligation.*, diss. VIII, cap. 3, § 17; CARRACH, *Diss. de iussu patris in conferendis studiorum sumtibus rato vel irrito*, § 7; SCHOEPFF, *Diss. de sumtibus studiorum*, cap. XVII, § 19; HOFACKER, *Princ. iuris civ.*, tom. I, § 558.

[32]) L. 4 D. *Ubi pupill. educari deb.*; L. 6 § 5 D. *de carbon. Edicto*. V. *Wennemar* REDEKER, *Diss. de collatione sumtuum studior.*, cap. II, § 7.

---

afferma punto — ciò che sarebbe stato in ogni caso necessario per la tesi affermata nel testo — che le *mercedes* rientrino nel concetto di alimenti, chè anzi egli accuratamente le distingue colla particella *et*. — Infine l'ultimo fr. cit., il 12 § 3, XXVI, 2, dove si dice che il tutore deve scegliere e compensare i maestri del pupillo, secondo l'entità del patrimonio di quest'ultimo, non ha nulla a vedere con la questione di cui si tratta.

Talvolta il termine *alimenta* è assunto in una significazione così ristretta da designare solo il vitto, ed ascrivere tutto il resto, a cui il padre è obbligato e che rientrerebbe altrimenti sotto quella denominazione, alla categoria degli *onera liberorum*. A questa distinzione ci richiama un frammento di ULPIANO, libro II *de officio Consulis*, e cioè la L. 5 § 12 D. *h. t.*: «Non tantum *alimenta*, verum etiam *cetera quoque onera liberorum* patrem ab iudice cogi praebere, Rescriptis continetur».

I *Basilici* [33]) fanno consistere questi *cetera onera liberorum* nelle vestimenta e nell'abitazione, e lo scoliaste greco [34]) annota, che questa e quelle sono comprese sotto la denominazione di alimenti, come vi è in genere compreso tutto ciò che è necessario alla conservazione della vita ed alla difesa e cura del corpo.

Fra gli alimenti, molti [35]) anche annoverano le spese processuali, quando il processo intentato sia in sè legittimo e l'alimentando non abbia assolutamente il mezzo di farvi fronte [36]). E la prassi ritiene, che ciò sia per lo meno equo, dal momento che queste spese hanno appunto lo scopo di procurare all'alimentando i mezzi di vivere [37]) [c]).

---

[33]) Tom. IV, lib. XXXI, tit. 6, const. 5, pag. 732. ἐσθῆτα καὶ οἴκησιν, *vestem et habitationem*.

[34]) *Basilici*, tom. IV, pag. 754, sch. 5. Ταῖς διατροφαῖς καὶ ἡ ἐσθὴς καὶ ἡ οἴκησις, καὶ τὰ πρὸς τὸ ζῆν αναγκαῖα, καὶ πρὸς φυλακὴν καὶ φροντίδα τοῦ σώματος επιτήδεια περιέχεται. i. e. *Alimentis etiam vestis et domicilium, et ad vivendum necessaria, quaeque tuendo, curandoque corpori sunt, continentur*.

[35]) *Aug.* a LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. II, specim. LXXXIV, medit. 5 et vol. V, specim. CCCXIII, medit. 5 et 6; SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht* [Dir. priv. rom.], § 642, principalmente *Aut.* MERENDA, *Controversiar. iuris*, lib. V, cap. V, cap. 28-30.

[36]) L. 27 § 3 D. *de inoffic. testam.*; L. 7 Cod. *de ordine cognition.* (VII, 19); cap. 11 X. *De Accusationib.* (V, 1).

[37]) V. LEYSER, vol. cit. II, spec. LXXXIV, medit. 5, pag. 209.

---

c) Le leggi citate non confermano la proposizione espressa nel testo, che, cioè, le spese processuali possano annoverarsi fra gli alimenti. Nel fr. 27 § 3, V, 2 ULPIANO fa il caso di chi aveva promosso l'azione d'inofficioso testamento contro lo zio od altro istituito erede per avere la sua porzione di ere-

La misura degli alimenti non dipende del resto dalla mutua volontà delle parti, perchè è il giudice che la determina, alla stregua del bisogno dell'avente diritto e delle sostanze dell'obbligato [38]). Il giudice può anche, in caso di rifiuto, ricorrere ai mezzi coattivi che sono comunemente a sua disposizione, come ad es. l'apprensione di un pegno [39]). Per la determinazione di questa misura o si ha contemporaneamente riguardo alla condizione sociale delle persone, o esclusivamente alle necessità della vita. Su questo criterio si fonda la distinzione tra *alimenta civilia,* commisurati alla condizione sociale, e *alimenta naturalia,* limitati alle sole necessità della vita [40]) [d].

L'obbligo degli alimenti cessa: 1.° Se colui, al quale è dovuto il mantenimento, può alimentarsi da sè stesso. È presupposto però, che egli possa alimentarsi conformemente al suo stato e che una infermità corporea non gl'impedisca l'uso delle necessarie attitudini. Anche qui si fa luogo ad un provvedimento giudiziale. Ed a questo accenna ULPIANO, quando nel libro II *de ufficio Consulis* [41]) dice:

---

[38]) L. 5 §§ 7, 10, 19 et 25 D. *h. t.* Nov. LXXXIX, cap. 12 § 6 in fine. V. DONELLUS, *Commentarior. de iure civ.*, lib. XII, cap. 4, § 9, vol. VII, pag. 44, edit. Norimb. e MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectar.*, vol. II, § 242, pag. 74 edit. pr.

[39]) L. 5 § 10 D. *h. t.*; L. 1 C. *de executione rei indic.*

[40]) L. 1 § 19 D. *de ventre in possession. mittendo* (XXXVII, 9).

[41]) L. 5 § 7 D. *de agnosc. et alend. lib.* — V. *Aut.* PEREZ, *Praelect. in Cod.*, lib. V, tit. 25, nr. 5; *Io.* VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II *h. t.*, § 14. Particolarmente *Io. God.* BAUER, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent atendos obligato*, Lips. 1727, § 10.

---

dità paterna. L'aveva ottenuta con sentenza, ma l'erede istituito aveva appellato. Allora, *placuit* che, intanto, al pupillo bisognoso fossero dati gli alimenti *pro modo facultatum, quae per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.* Che c'entrano qui le spese della lite? — Nella C. 7 Cod. VII, 19 poi l'imperatore COSTANTINO parla bensì di spese della lite da un lato, e di *alimonia hominis* dall'altro, ma non compenetra affatto quelle in questi.

*d*) La distinzione tra *alimenta civilia* e *alimenta naturalia* è estranea al diritto romano.

« Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. Denique idem PIUS ita rescripsit: *Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatum eius: si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valitudine es, ut operis sufficere non possis* ».

La circostanza che l'alimentando possieda dei beni non fa cessare, quando le rendite dei medesimi non sieno sufficienti, l'obbligazione degli alimenti [42]).

2.° Se l'alimentando si sia reso colpevole verso l'obbligato di un tale delitto, pel quale gli stessi figli potrebbero essere diseredati [43]). ULPIANO, nella citata L. 5 § 11 D. *h. t.* dice:

« Idem index aestimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater, quod meritos filios suos nolit alere. Trebatio denique Mariuo rescriptum est, merito patrem eum nolle alere, *quod eum detulerat* ».

Questa legge però si suole riferirla soltanto agli alimenti civili: inquantochè l'obbligazione degli alimenti naturali non cessa nemmeno per causa d'ingratitudine [44]).

3.° L'obbligazione finisce pure per morte, tanto dell'avente diritto che dell'obbligato. L'obbligazione non si trasmette agli eredi di quest'ultimo [45]), a meno che non ve li assoggetti una con-

---

[42]) L. ult. § 5 Cod. *de bonis, quae liberis*. V. BAUER, *Diss. cit.*, §§ 11-18. Si confronti anche VOET, *h. t.*, § 15.

[43]) Nov. XXII, cap. 26 et 27, e nov. CXV, cap. 3 et 4. - V. ACCURSIUS, ad L. 5 § 11 *h. t.* VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 18; DONELLUS, *Commentarior. de iure civ.*, lib. XII, cap. 4, § 9 in fin. e MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, vol. II, § 242, nr. 2.

[44]) *Sam.* STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 7; *Aug.* a LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. I, specim. XVIII, medit. 5; HOFACKER, *Princip. iuris civ. Rom. Germ.*, tom. I, § 559; THIBAUT, *System des Pandect. Rechts* [Sistema del diritto delle Pandette], I. B., § 350; SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht* [Dir. priv. rom.], § 642.

[45]) L. 8 D. *h. t.* V. *Ant.* MERENDA, *Controversiar. iuris*, lib. XIII, cap. 3 (tom. III, pag. 8 edit. noviss. et splendidiss. Bruxellis 1746, f.); VOET, *h. t.*, § 18; HOFACKER, *cit. loc.*; MÜHLENBRUCH, *cit. loc.*, nr. 3 e SCHWEPPE, *loc. cit.*

venzione o disposizione di ultima volontà [46]). Solo, gli eredi del figlio debbono proseguire ad alimentare i genitori del padre, in caso di straordinaria povertà. ULPIANO dice nella L. 5 § 17 D. *h. t.*:

« Item rescriptum est, heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere: *nisi in summam egestatem pater deductus est* ».

4.° Finalmente l'obbligo degli alimenti cessa per sè stesso, quando colui, che vi è tenuto, trovasi in tali condizioni che col suo piccolo patrimonio possa appena alimentare sè stesso. Qui si dà la preferenza al dovere della propria conservazione [47]).

L'obbligazione degli alimenti non si estende però sino al pagamento dei debiti dell'alimentato, come appunto dice ULPIANO nella L. 5 § 16 D. *de agnosc. et alend. liber.*: « Parens quamvis alia filio ratione naturali debeat. tamen *aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium*, rescriptum est ».

## § 1286.

### *A chi incombe l'obbligazione di alimentare i figli?*

Le leggi hanno posto l'obbligo degli alimenti a carico degli ascendenti verso i discendenti e a carico di questi verso di quelli. Esse considerano quest'obbligo come un dovere, che già la natura impone reciprocamente agli uni e agli altri e il diritto civile conferma. È per ciò, che in questo campo non esercita alcuna influenza il rapporto di patria potestà, come insegna ULPIANO nel libro II *de officio Consulis* e propriamente nella L. 5 pr. § 1 D. *h. t.*:

---

[46]) L. 16 pr. D. *de aliment. vel cibar. legat.* (XXXIV, 1); L. 9 D. *de probat.*; HOFACKER, *cit. loc.*

[47]) Arg. L. 2 Cod. *de alendis liberis ac parentib.* Ordinariamente si cita in prova la L. 8 D. *h. t.*; L. 17 D. *de re indic.* e § 40 I. *de Action.* Ma si veda BAUER, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato*, § 21.

« Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet ».

« Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, *etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus; et vice mutua alere parentes debere* ».

E questo concetto istesso conferma GIUSTINIANO nella L. 8 § 5 Cod. *de bonis quae liberis:*

« Ipsum autem filium vel filiam, filios, vel filias, et deinceps alere patri necesse est, non propter hereditates, sed *propter ipsam naturam, et leges quae et a parentibus alendos esse liberos imperaverunt*, et ab ipsis liberis *parentes,* si inopia *ex utraque parte* vertitur ».

Infatti: I. l'obbligazione di alimentare i figli è posta:

*A*) Primieramente a carico del padre, in quanto i figli non abbiano beni proprii colle rendite dei quali possano, conformemente al loro stato, sostentarsi ed educarsi, e non siano atti a procacciarsi coll'esercizio della loro arte o scienza un mantenimento congruo alla loro condizione [48]). Imperocchè la regola è, che ciascuno deve provvedere a sè stesso, e che il dovere di alimentare gli altri, anche per gli stessi genitori, è soltanto sussidiario [49]).

Se però il padre abbia somministrato gli alimenti ad un figlio benestante, e non abbia con parole o atti manifestata l'intenzione

---

[48]) L. 5 § 7 D. *h. t.* V. VOET, *Comment. ad Pand. h. t.*, §§ 14 et 15, a WERNHER, *Select. Observation. for.*, tom. I, parte V, oss. 13 e particolarmente *Io. God.* BAUER, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato*, § 10 e segg. V. anche HUFELANDS *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* [Trattato di dir. civ. comune], 2. B., § 854.

[49]) L. 5 §§ 13 et 19 D. *h. t.* WERNHER, *Select. Observation. for.*, tom. III, parte II, oss. 282.

di aver dato a titolo di prestito provvisorio, si presume, per ragioni di pietà, che abbia fatto una donazione [50]).

1.° ai figli legittimi, sia nati dal matrimonio che adottivi, il padre è dunque obbligato a somministrare non soltanto ciò, che è strettamente necessario al sostentamento della vita (*alimenta naturalia*), ma anche un mantenimento conforme al loro stato sociale, siccome comportano le sue condizioni economiche [51]). Se avvenga che essi si siano resi indegni di questo diritto per effetto di grave ingratitudine, in questo caso loro competono soltanto gli alimenti strettamente necessari [52]). L'obbligazione degli alimenti del resto nasce col bisogno e quindi dal momento della nascita fino al giorno in cui i figli possano da sè stessi provvedere al proprio mantenimento.

Vero è che gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO hanno rescritto nella L. 9 Cod. *de patria potestate:*

« Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciata poena, item praeindicium Edicto perpetuo propositum, et remedium alimentorum apud Praesidem *maiori trimo petenti,* nomine eius monstratum, iure manifesto declarant ».

Ma non è perciò da sostenere, che il padre sia dispensato dallo alimentare il figlio nei primi tre anni. Imperocchè, il contenuto della citata legge si riferisce al costume, che avevano le madri romane, di allattare per tre anni i loro figli [53]). Finchè il bambino si nutre col latte materno, il padre evidentemente risparmia le

---

[50]) L. 50 D. *Famil. ercisc.*; L. 34, L. 44 D. *de negot. gest.*; L. 5 C. *ad SCtum Macedonianum;* L. 11 Cod. *de negot. gest.* V. BAUER, *Diss. cit*, §§ 18 et 19; THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, I. B., § 350.

[51]) L. 5 §§ 7, 10 et 12 D. *h. t.* V. EHRENBERG, *Diss. de aequali parentum auxilio*, Lips. 1728.

[52]) V. THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, I. B., § 347 e HUFELANDS *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, 2. B., § 859, nota.

[53]) V. *Io. Ortw.* WESTENBERG, *Divus Marcus*, diss. XXVII, § 13 (*Operum* a IUNGIO editor., tom. III, pag. 274) e WERNHER, *Select. Observat. for.*, tom. II, parte IV, oss. 396.

spese del cibo, ma le altre spese necessarie a vestirlo, allevarlo, assisterlo e curarlo dalle malattie, fanno carico al padre sin dal momento della nascita, perchè le leggi non fanno al riguardo alcuna distinzione di tempo [54]).

Le leggi vogliono perfino, che, in considerazione del figlio non ancora nato, debba essere somministrato alla madre sull'eredità del padre un congruo mantenimento, affinchè il feto non abbia a soffrire alcuna pena nell'alvo materno. ULPIANO dice nel libro XLI *ad Edictum* [55]):

« Mulier autem in possessionem missa, ea sola, *sine quibus foetus sustineri, et ad partum usque produci non possit,* sumere ex bonis debet, et in hanc rem curator constituendus est, *qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius, atque mulieris* ».

Anche GAIO conferma nel libro XIV *ad Edictum provinciale* [56]) che a questo provvedimento si fa luogo in considerazione del nascituro:

« Curator VENTRIS alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit: *quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestare, qui in utero est* ».

Or se anche al figlio non nato debbono dal curatore somministrarsi gli alimenti dall'eredità paterna, con tanta maggior ragione questa obbligazione deve gravare il padre dal momento della nascita. ULPIANO, anzi, dice espressamente nel primo frammento, che gli alimenti non si limitano al mangiare e al bere [57]).

---

[54]) L. 4, L. 5 pr. et §§ 1, 7, 10 et 12 D. *h. t.*; L. 3 et 4 C. *de alendis liberis ac parentib.* V. *Car. Frid.* WALCH, *Introduct. in controvers. iuris civ.*, sect. I, cap. II, membr. II, § 5, pag. 98 (edit. IV curante *Car. Ern.* SCHMIDT); THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts*, I. B., § 349 ed HUFELAND, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* [Trattato di diritto civile comune], II. B., § 856.

[55]) L. 1 § 19 D. *de ventre in possessionem mittenda.*

[56]) L. 5 D. *eodem.*

[57]) V. BAUER, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent alendos obligato*, § 6.

Ma, tornando alla L. 9 Cod. *de patria potestate*, è ancora da notare che, in luogo di DENUNCIATA *poena*, CUIACIO [58]) qui correttamente legge: DENUNCIATI *poena*.

Perchè, senza dubbio, qui si allude alla pena, che il senatoconsulto Planciano commina al marito, che alla denunzia fattagli dalla moglie della propria gravidanza abbia tacinto, senza protestare, nè inviare il custode, a cui accenna ULPIANO nella L. 1 § 4 *h. t.* e di cui, in seguito, sarà pur fatta parola. La frase *Maritus ab uxore* DENUNCIATUS viene qui dunque usata nello stesso senso, nel quale, alla L. 49 pr. D. *de iudiciis*, PAOLO parla di un *venditor ab emtore denunciatus:* e *denunciati poena* è dunque: la *poena mariti cui facta est denunciatio.*

Il *praeiudicium Edicto perpetuo propositum,* di cui parimenti si fa menzione nella citata L. 9, è l'*actio praeiudicialis de partu agnoscendo* che, come dice GIUSTINIANO nel § 13 I. *de actionib.*, fu introdotta dal Pretore nel suo Editto.

Finalmente, il *remedium alimentorum apud Praesidem maiori trimo petenti nomine eius monstratum* è il mezzo giuridico, di cui tratta l'intera L. 5 D. *h. t.*, per il quale gli alimenti vengono decretati al figlio dal Console o dal Preside *extra ordinem*, e possono anche essere chiesti da un altro, nel nome del figlio. CUIACIO pertanto vuol qui, più correttamente, invece di *petenti* leggere *petendi* [59]). Per altro in seguito questa legge sarà ulteriormente chiarita. Qui se ne parla unicamente in rapporto alla erronea interpretazione delle parole *maiori trimo* [60]); e sul proposito osservo ancora, che

---

[58]) *Observation.*, lib. XIX, cap. 40.

[59]) Nelle edizioni glossate di UGO DA PORTA (Lugduni 1592, f.) viene parimenti osservato, che in *quodam exemplari*, *quod diligentius recognitum videtur*, si legge: MAIORI TRIMO PETENDI.

[60]) CHARONDAS nella sua edizione del *Codice*, Antwerpen 1575, f., osserva che in alcuni manoscritti invece di *trimo petenti* vien letto *termino petendi*. Ma della lezione *trimo* non è lecito dubitare. La parola *trimus* per designare un fanciullo di tre anni ricorre anche nella *Lex Papia Poppaea*, come appare dagli *Ulpiani Fragm.*, tit. XVI, § 1. Si veda: *Io. Gottl.* HEINECCII, *Commentar. ad Leg. Iuliam et Papiam Poppaeam*, lib. II, cap. 15, § 6, pag. 284.

questo errore, per cui il padre si ritiene obbligato ad alimentare il proprio figlio, solo dopo il terzo anno d'età, si è trasmesso anche al diritto canonico, come appare dal cap. 2 X. *de conversione infidelium*, nel quale il papa GREGORIO IX scrive: « et pueri *post triennium* apud patrem non suspectum ali debeant et morari ». La Glossa spiega ciò, rimontando alla L. 9 C. *de patr. pot.* e si richiama ai seguenti versi, che di quel tempo doveano essere universalmente noti:

*Mater alit puerum trimum, trimoque minorem:*
*Maiorem vero pascere patris erit.*

Ninna meraviglia dunque che tanto i più antichi che i più recenti giureconsulti [61]) abbiano fatto omaggio a questo pregiudizio [62]).

L'obbligazione alimentare del padre dura fino a che i figli siano atti a provvedere da sè al loro sostentamento e conformemente al proprio stato, e non subisce modificazioni, nè per la circostanza del loro affrancamento dalla patria potestà, nè per quella del loro matrimonio. ULPIANO lo dice con grande precisione nella L. 5 § 1 D. *h. t.*:

« Et magis puto, *etiamsi non sunt liberi in potestate*, alendos a parentibus ».

Se il figlio abbia preso moglie col consenso — supponiamo — del padre, sia poi che sia rimasto o no sotto la patria potestà, allora il padre è tenuto a dare alla propria nuora, nel modo stesso che al figlio, gli alimenti conformi alla sua condizione, quando il figlio stesso non ne abbia i mezzi [63]).

---

[61]) *Alphons.* a CARANZA, *de partu naturali et legitimo*, cap. III, § 3, nr. 25; COLERUS, *de Alimentis*, lib. I, cap. 6, nr. 4; COVARRUVIAS, *de Matrimonio*, parte II, cap. 8, § 6, nr. 19; *Diod.* TULDENUS, *Comment. ad Codicem*, lib. V, tit. 25, nr. 6; *Hartm.* PISTORIS, *Observation. singular. libr.*, oss. XCVII, nr. 6; VOET, *Comment. ad Pand. h. t.*, § 6; *Corn. van* ECK, *Princip. iur. civ. sec. ord. Digestor.*, parte II, *h. t.*, § *Alendi*, pag. 105; MALBLANC, *Princip. iuris Rom.*, parte I, § 122. e

[62]) Si confronti anche, e specialmente: *Carl. Frid.* KNORRE, *Diss. de alimentis a matre liberis praestandis*, Halae 1756, 4, cap. I, § 15.

[63]) L. 20 § 2 D. *Familiae ercisc.* V. BAUER, *cit. Diss.*, § 8.

2.° Ai figli illegittimi il padre non era per le leggi delle *Pandette* obbligato a dar gli alimenti, neppure a quelli procreati con una concubina. Ciò non solo risulta dalla L. 1 § 6 D. *h. t.* nella quale ULPIANO dice:

« Idem (sc. Divus PIUS) rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, *si constiterit apud iudicium* [64]) [e]) *iuste eam procreatam* » [65]);

ma è anche confermato da MODESTINO, nella L. 7 D. *h. t.* tratta dal suo libro V *Responsorum*, nella quale egli scrive:

« Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit: alimenta quidem liberis praestare interim compellendum: sin autem constiterit, eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondit » [66]) [f]).

Ed invero, il concubinato era sin dalla *Lex Papia Poppaea* una unione permessa, ma non una *coniunctio legitima*. Diceva con scherzo mordace l'imperatore ELIO VERO, come ci riferisce SPAR-

---

[64]) Le edizioni non fiorentine, come quelle di HALOANDER, BAUDOZA, MERLIN, MIRAEUS ed anche la recentissima di BECK, leggono tutte: *apud iudicem* [e]).

[65]) VOET in *Comm. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*, § 5 vorrebbe veramente intendere il *iuste* nel senso di un legame lecito, quale fu, presso i Romani, anche il concubinato, *in quantum per leges nomen assumsit*, come dice MARCIANO nella L. 3 in fin. D. *de Concubinis*. Ma la parola *iustus* o *iuste procreatus* viene soltanto usata per designare il figlio generato in legittimo matrimonio. L. 11 et 12 D. *de statu hom.*; L. 12 D. *de adopt.*; L. 3 § 5 D. *de bonor. poss. contra tab.* Del resto, VOET in seguito conviene, che se per *filia iuste procreata* vuol intendersi la *filia legitima*, l'antico diritto al riguardo fu per lo meno modificato dal nuovo: ed in questo egli ha ragione.

[66]) Parecchie edizioni leggono *generari respondi:* così, HALOANDER, BAUDOZA e BECK. Altre: *generari respondit:* così, ad es. MIRAEUS e MERLIN [f]).

---

[e]) Il LENEL, *Paling. Ulp.*, 2063, opina che nel testo genuino di ULPIANO si trovi *tribunal*, invece di *iudicium*.

[f]) La lezione migliore è: *respondi*. LENEL, *Paling. Mod.*, 303.

TIANO [67]): « *Uxorem* dignitatis esse nomen, concubinam voluptatis ». Perciò si diceva dei *liberi naturali*, che essi fossero « *sine patre filii* » [68]), così come degli altri figli illegittimi, detti « spurii o vulgo quaesiti », si soleva pur dire che essi non avevano padre: *quasi* ἀπάτορες [69]). Perchè il principio era: « pater est quem iustae nuptiae demonstrant » [70]).

Di un dovere di alimentazione da parte del padre verso i figli della concubina si poteva tanto poco parlare quanto verso gli altri figli illegittimi. Solo sui figli nati da legittimo matrimonio, l'antico diritto romano accordava al padre la patria potestà [71]), solo verso di essi era il padre tenuto all'obbligo alimentare [72]). Gli altri figli, generati fuori del matrimonio, erano considerati — nota PLUTARCO [73]) — come se non avessero padre, e così pure i figli della concubina, dei quali ISIDORO [74]) molto felicemente diceva: *solam naturam eos genuisse, non honestatem coniugii*. Il padre naturale era dunque tanto poco obbligato ad alimentarli, che in riguardo ad essi le leggi [75]) gli negavano il *ius nomenque patris*. Per essi vige esclusivamente la *Lex naturae*, la quale, come insegna ULPIANO nella L. 24 *de statu hominem*, comanda « ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, *matrem* sequatur ». Così s'intende perfettamente quello che scriveva GIU-

---

[67]) *In vita Aelii Veri*, cap. 5.

[68]) Si consulti qui principalmente: HEINECCII, *Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam*, lib. II, cap. 4, § 4, pag. 169 e segg., e *Ge. Zach.* WINCKLERI, *Diss. de genuino concubinatus ex mente Legum Romanar. conceptu*, Lipsiae 1744, § 15, dove si dimostra in base a parecchie antiche iscrizioni riportate da GRUTERUS e REINESIUS, che i *filii naturales* venivano indicati colle lettere S. P., le quali significavano non già *Spuriis*, ma *sine patre*, come ha osservato anche PLUTARCO, in *Probl. Quaestion. Roman.*, pag. 288.

[69]) § 12 I. *de Nupt.*; § 4 I. *de Success. cognator.*; L. 23 D. *de statu hom.*

[70]) L. 5 D. *de in ius vocando*. V. la 2.ª parte di questo *Commentario*, § 116 *a*, nota 54.

[71]) L. 3 D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*

[72]) L. 5 § 6 D. *h. t.*

[73]) *Quaestion. Rom.*, pag. 316, edit. Francof.

[74]) *Origin.*, lib. IX, cap. 3.

[75]) L. 7 *de naturalib. liberis et matrib. eorum*, in fin.

STINIANO nella *Praefat. Nov. LXXXIX:* « Naturalium liberorum nomen leges Romanae olim nullo studio, nullaque humanitate prosecutae sunt, sed barbarum et a Republica plane alienum credebatur ».

Solo da COSTANTINO il Grande in poi si trovano nel Codice Teodosiano delle disposizioni che li concernono e che in parte sono andate perdute, in parte sono state ricostruite da *Amedeo* PEYRON [76]). Queste costituzioni avevano però per iscopo più l'abolizione del concubinato, che il favore dei figli della concubina. Infatti, se è vero che COSTANTINO, permettendo il matrimonio colla concubina, diede modo al padre di acquistare la patria potestà sui figli procreati durante il concubinato e così indirettamente favorì i figli della concubina sopra gli altri illegittimi [77]), è anche certo che egli, per odio verso il concubinato, ordinò non solo che tutte le donazioni, che il padre o la madre avessero fatto ai loro figli naturali, dovessero ricadere ai figli legittimi, ma anche che le eredità di coloro che, non avendo nè figli legittimi nè *fratres consanguineos sororesve*, nè ascendenti, avessero lasciato dei *liberi naturales* dovessero devolversi al fisco, con esclusione di tutti gli altri parenti, fin dei *fratres uterini* [78]).

Tanta durezza, a dire il vero, fu mitigata dall'imperatore VALENTINIANO I col permettere, che egli fece, al padre che lasciasse superstiti discendenti legittimi o genitori, ed avesse avuto figli da una concubina, di lasciare per testamento o assegnare

---

[76]) V. *Codicis Theodosiani fragmenta inedita, ex codice palimpsesto bibliothecae R. Taurinensis Athenaei in lucem protulit, atque illustravit Amedeus* PEYRON, Augustae Taurinorum 1824, 4. Principalmente *Codicis Theodosiani libri V priores, recognovit, additamentis insignibus a Waltero Friderico* CLOSSIO *et Amedeo* PEYRON *repertis aliisque auxit, notis subitaneis tum criticis, tum exegeticis, nec non quadruplici appendice instruxit Car. Frid. Christ.* WENCK, Lipsiae 1825, 8, lib. IV, tit. 6, pag. 211 e segg.

[77]) Era senza dubbio la L. 1 Cod. Th. *de naturalibus filiis*, sin oggi non ancora ricostruita, alla quale accenna l'imp. ZENONE nella L. 5 Cod. Iust. *eodem.*

[78]) L. 2 Cod. Th. *de natur. lib.* e WENCK, ad L. 4, not. *z* et *a*, pag. 212.

con donazione a questi ultimi o anche alla loro madre un'oncia, ossia $^1/_{12}$ dell'eredità, e fino a tre oncie, ossia $^1/_4$ dei suoi beni, nel caso che non lasciasse alcuno dei cennati parenti [79]). Il che fu nuovamente confermato da TEODOSIO [80]). Si noti però, che sino a questo momento nessuna delle citate costituzioni parla di una obbligazione di alimenti da parte del padre.

Solo l'imperatore GIUSTINIANO prese più seria cura dell'interesse dei figli naturali coll'ampliare non solo il modo di loro legittimazione, ma anche i loro diritti ereditari, nella successione testamentaria [81]). Egli inoltre, per il primo, concesse ai figli naturali insieme alla loro madre un diritto ereditario anche sulle successioni *ab intestato* del padre, nel caso che questi non avesse lasciato discendenti legittimi, nè coniugi legittimi. In questo caso essi dovevano ereditare, in comune colla loro madre, la sesta parte dei di lui beni [82]).

Ma questo diritto GIUSTINIANO sottoponeva ad una espressa condizione: quella che fosse certo, avere il *de cuius* effettivamente vissuto in concubinato colla madre dei figli e questi avere non soltanto tenuti con lui nella casa, ma anche veramente generati con lei e come propri figli allevati e alimentati. A ciò si riferisce la Novella XVIII, cap. 5 che, secondo HOMBERGK, così suona:

« Consideremus autem id quoque, quod circa solos *liberos naturales* humanum sit. — Parentibus enim liberorum naturalium in

---

[79]) L. 4 Cod. Th. *eodem* secondo WENCK, pag. 217 e segg. secondo GOTHOFREDUS in *Commentar. ad Cod. Th.* L. 1 *eodem*, tom. 1, pag. 392 e segg., edit. RITTER.

[80]) L. 6 Cod. Th. *eodem*. V. WENCK, pag. 220 e segg. E così si spiega anche quello che GIUSTINIANO dice nella *Praefat. Nov. LXXXIX*: « A temporibus vero CONSTANTINI piae memoriae *in libris Constitutionum* id scriptum est: paulatim deinde Imperatores ad moderationem et humaniorem sententiam descendentes, leges tulerunt, quibus alii quidem permiserunt, ut a patribus quid illis daretur vel relinqueretur, alii vero modum invenerunt, quo priore naturalium conditione liberati, et legitimi et paternae substantiae heredes fierent ».

[81]) L. 8 et seqq. Cod. Inst. *de natural. liberis.*

[82]) V. la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* [Dissertazione sulla dottrina della successione intestata], § 127.

eorum etiam favorem testari permisimus, legitima quidem sobole existente, de una solum uncia, quam illi cum matre habeant, quod etiam antea obtinebat; legitimis vero liberis non existentibus, etiam *de dimidia totius substantiae parte;* quod leges a nobis latae dicunt, patribus non solum in testamento, sed etiam reliquis donationibus, quas inter vivos faciunt, id agere permittentes. Haec autem constitutio *de successione ab intestato* loquetur, et novi quid exponet. Si enim quis moriatur non relicta legitima sobole, liberis scilicet, aut nepotibus, aut sequentibus successoribus, aut legitima coniuge, et de substantia sua nihil disponens moriatur, — ille vero domi mulierem, dum viveret, ut concubinam, et liberos ex ea habuerit, (illis enim solis haec sancimus, *quando et concubinae, quae in domo fuit, affectio, et naturalium ex ea liberorum generatio et educatio plane indubitata est*) [83]), concedimus iis ut parentibus ab intestato morientibus, duas uncias paternae substantiae, quotcumque etiam fuerint liberi, cum matre dividendas habeant, adeo etiam ut mater pro rata unius filii accipiat ».

In una successiva Costituzione, cioè nella Novella LXXXIX, cap. 12 § 4, GIUSTINIANO ha non solo ripetuto le stesse disposizioni, ma anche contemporaneamente ordinato, che i figli naturali, nel caso che, per la esistenza di figli legittimi, nulla ricevano *ab intestato*, debbano almeno conseguire da questi ultimi un congruo mantenimento in relazione all' entità delle sostanze paterne e secondo la equa determinazione che poi ne fosse fatta da un ar-

---

[83]) Dalla lezione riportata completamente si scosta la *versio vulgata*, nella quale si legge: « (talibus enim solis haec sancimus, ubi omnino indubitatae sunt sive concubinae in domo habitae, sive naturalium ibidem proles) *et nutrimentum damus eis*, et intestato parentibus morientibus duas habere uncias paternae substantiae, cum matre partiendias ». Secondo questa versione adunque, GIUSTINIANO avrebbe attribuito ai figli della concubina un diritto agli alimenti, anche quando succedono *ab intestato* al padre naturale. Ma ciò non va d'accordo col testo greco, nel quale la parentesi così suona: τοῖς γὰρ τοιούτοις μόνοις ταῦτα νομοθετοῦμεν ἔνθα παντελῶς ἀνανφισβήτητος ἐστιν ἥ τε τῆς παλλακῆς κατὰ τὸν οἰκοεσχέσις, ἡ τε τῶν νόθων ἐχεῖσε γονή τε καὶ τροφή. Le parole καὶ τροφὴ non si collegano dunque colle seguenti δίδομεν αὐτοις. V. la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge*, § 130, not. 20, p. 483.

bitro. Questi alimenti debbono esser loro corrisposti dagli eredi del *de cuius,* anche nel caso che questi, pur non lasciando figli legittimi, lasci però una moglie legittima. Il frammento pertinente a questo punto costituisce il § 6 della citata Novella LXXXIX, cap. 12, e così suona:

« Si quis autem (oportet enim omnem diligentiae simul pietatisque viam inire) cum legitimos liberos habeat, etiam *naturales* relinquat, eos *ab intestato* nihil plane habere volumus: sed sancimus, *ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum a bono viro aestimando, alantur:* id quod a nostris legibus *boni viri arbitratu* dicitur. Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, *ut et illi a successoribus eius alantur* ».

Così, per diritto romano, è fuori di dubbio, che i figli della concubina possano esigere un equo mantenimento dal loro padre, e anche dagli eredi di lui, nel caso che non gli succedano *ab intestato.*

Invece un tal diritto non compete affatto ai nipoti naturali, come risulta dalle ultime parole del § 6, là dove GIUSTINIANO dice:

« Nam quod ad *nepotes naturales* attinet, illa obtineant, quae iam a nobis diserte de iis disposita sunt » [84]).

Rispetto agli altri figli illegittimi, l'antico diritto rimase immutato. Vennero considerati come figli *qui patrem demonstrare non possunt,* come dice MODESTINO [85]), *vel qui possunt quidem sed eum habent, quem habere non licet; qui et* SPURII *appellantur* ».

Costoro possono pretendere gli alimenti solo dalla madre, come dice ULPIANO nella L. 5 § 4 D. *h. t.*: « Ergo et matrem cogemus praesertim *vulgo quesitos liberos* alere » [86]).

---

[84]) L. 12 C. *de naturalib. liberis.*

[85]) L. 23 D. *de Statu hom.*

[86]) V. LEMKE, *Diss. cit. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentor.*, § 36 e segg.; BAUER, *Diss. cit.*, § 4 e *H. C.* STEVER, *Diss. An e iure Iustinianeo patri incumbat onus alendi spurios?* Rostochii 1816, 8.

Merita particolarmente di venir ricordata la costituzione che l'imperatore GIUSTINIANO ha emanato sui figli incestuosi ed adulterini.

È la Novella LXXXIX, cap. 15 che, secondo HOMBERGK, è del seguente tenore:

« Ultima vero legis pars nos expectat, ut et ipsa convenientem ordinem accipiat, atque enumeremus, qui ne ipso quidem nomine naturalium digni sint. Ac primum quidem omnis, qui ex nefariis, vel incestis, vel damnatis complexibus (neque enim nuptias vocabimus) nascitur, *is nec naturalis vocabitur, nec a parentibus aletur*: nec cum hac lege quid commune habebit ».

Questa legge viene, in verità, interpretata in diverso modo [87]. Il NOODT [88]) opina perfino che l'imperatore in questo caso abbia di nuovo autorizzato i genitori ad abbandonare i figli e lasciarli morire, « hoc praetextu, quasi e republica esset, hoc modo expungi memoriam foedissimi sceleris, et aliis quotidiano occursu talium liberorum ad peccandum facile daturi exemplum ».

Ma io non credo, che sia stata intenzione di GIUSTINIANO di privare di alimenti questi figli. Come avrebbe potuto sfuggirgli il responso di PAOLO, inserito nelle *Pandette*: L. 4 D. *h. t.* « *Necare* videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is qui abiicit, et *qui alimonia denegat* »? Io intendo la legge piuttosto nel senso, che i figli incestuosi ed adulterini non godono i diritti dei figli della concubina e, di conseguenza, non hanno alcun diritto alimentare verso il padre [89]) *9*).

---

[87]) V. la mia *Intestaterbfolge*, § 137.

[88]) *Commentar. ad Dig. h. t.*, § *Haec*, tom. II *Oper.*, pag. 534.

[89]) V. la mia *Intestaterbfolge*, § 137, p. 507 e segg.

---

*9*) L'interpretazione data nel testo è esatta: nessun diritto agli alimenti avevano i figli incestuosi ed adulterini. Ma la citazione del frammento di PAOLO non è calzante: perchè quel frammento si riferisce ad una *denegatio alimoniorum*, fatta da un padre ai propri figli legittimi: solo quindi in rapporto a questi sta la equiparazione della *denegatio* alla *necatio*. Per gl'illegittimi non si poteva parlare di *denegatio*, perchè ai tempi di PAOLO i figli naturali non avevano alcun *diritto* agli alimenti.

Comunque, l'equità del diritto canonico [90]) riconobbe nello stesso padre l'obbligo di somministrare a questi figli gli alimenti strettamente necessari alla vita, intanto che impose a entrambi i genitori il dovere di aver cura dei figli nati dall' adulterio od altrimenti *ex damnato complexu*. La prassi poi, per analogia del diritto canonico, pose senza contrasti a carico del padre e, a preferenza, della madre il dovere, in genere, di somministrare ai figli illegittimi di qualunque specie almeno gli alimenti naturali [91]).

---

[90]) Cap. 5 X. *de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium*, che, secondo l'edizione di BÖHMERO, è del papa Clemente III: ma secondo GONZALES TELEZ, di Celestino III: « Nosti enim, quod LEO Papa statuit, ut nullus ducat in matrimonium uxorem, quam adulterio polluit. Sollicitudinis tamen tuae intererit, ut *uterque liberis suis procreatis provideat, et secundum quod eis suppetunt facultates sustentationi eorum necessaria subministret* ». Veramente alcuni negano che il diritto romano sia stato in questo punto modificato dal diritto canonico. V. SPANGENBERG, *Ueber die Verpflichtung der Aeltern, ihre im Ehebruch erzeugten Kinder zu alimentiren* [Sull'obbligazione dei genitori di alimentare i loro figli adulterini] (nell'*Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von* GENSLER, MITTERMAIER *und* SCHWEIZER, I. B., nr. V, pagg. 83-95 e KAUCHER, *Noch ein Beytrag zur Rechtfertigung des doctrinelles Lehrsatzes: auch nach dem canonischen Recht ist den aus Ehebruch erzeugten Kindern eine Klage auf von dem ehebrecherischen Vater zu reichende Alimente nicht gegeben* [Ancora un contributo alla giustificazione della dottrina: che anche secondo il diritto canonico non è data ai figli adulterini alcuna azione per conseguire gli alimenti dal padre adulterino] (nello stesso *Archiv*, 3.° volume, nr. XXVI, pagg. 441-448. Ma si vegga la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge*, 2.ª edizione, § 137, pag. 509-519. Con me concorda MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectar.*, vol. II, § 242, nota 6, pag. 75; THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts*, 3.° vol., § 348 e WEBER, *Erläuterungen der Pandecten* [Interpretaz. delle Pand.], 2.ª parte, § 1287, p. 176.

[91]) V. CARPZOV., *Iurispr. for.*, parte IV, const. XXVII, def. 5; *I. H.* BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 14; IDEM, *iur. Digestor.*, *h. t.*, § 7; CARRACH, *Adnotat. ad* BÖHMERI *doctrin. de Actionib.*, sect. II, cap. I, § 29, pag. 84 e segg.; HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. I, § 557, not. *b*; THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts*, IV, § 348 e *Ge. Iac.* LINDNER, *Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos*, Altorf. 1796, §§ 3 et 4.

§ 1287.

*Certezza della paternità.* 1.° *pei figli legittimi.* Actio praeindicialis de partu agnoscendo. *Senatoconsulti che vi si riferiscono.* Plancianum e sub Hadriano factum.

Ma perchè al padre incomba l'obbligazione di alimentare i proprî figli, occorre che la paternità sia provata. Or qui esiste, in riguardo ai figli, una differenza tra i legittimi e gl'illegittimi.

1.° Per quanto concerne i figli legittimi, se la contestazione si svolge *in possessorio*, non si richiede una prova piena, ma è reputato sufficiente il provare, che il figlio è stato trattato fino all'ultimo momento come legittimo, da colui, al quale o all'eredità del quale si chiedono gli alimenti conformi allo stato [92]).

Nel *petitorio* invece si richiede il *riconoscimento del figlio.* E qui due ipotesi si possono fare. Io riconosco un figlio come mio o perchè l'ho effettivamente generato e me ne confesso padre: o perchè, a causa di qualche particolare circostanza, la legge me ne fa obbligo, sebbene me ne sia oscura l'origine e non ancora me ne sia stata dimostrata la paternità.

Nella prima ipotesi il riconoscimento si fonda sulla paternità e lo stato di filiazione ne risulta così consolidato, che colui, il quale si è già una volta riconosciuto padre del figlio, non può più scuoterla con un'azione pregiudiziale [93]). Ma nella seconda, il fatto del riconosci-

---

[92]) L. 3 § 4 D. *de Carbon. Edicto;* cap. 10 X. *de probat.* V. STRUBEN'S *rechtliche Bedenken* [Osservazioni generiche], 3 Th., Bed. CXXXI e WEBER'S *Erläuterungen der Pandecten*, 2 Th., § 1287.

[93]) CXVII, cap. 2: « Praeterea etiam illud sancire nobis visum est, si quis filium vel filiam ex libera uxore, cum qua matrimonium consistere potest, suscepit, et in instrumento, sive publico, sive propria manu conscripto, et subscriptionem trium testium fide dignorum habente, vel in testamento, vel ad acta, illum vel illam, filium suum vel filiam esse dicat, nec addat naturalem: ut liberi illi legitimi sint, neque ab ipsis ulla alia probatio exigatur, sed omnibus iuribus fruantur, quae legitimis liberis leges nostrae praebent: quippe cum illorum pater eos, ut dictum est, liberos suos vocet. Exinde enim eum etiam cum matre eorum legitimum habuisse matrimonium probatur, ut neque ab illa ad matrimonii fidem alia probatio requiratur ».

mento non contiene ancora alcuna confessione di paternità: solo esso mi pone provvisoriamente con una persona nel rapporto di padre a figlio, e mi obbliga ad alimentarla, dopo che siasi giudizialmente agito contro di me. Ma è d'altra parte doveroso il concedermi di fare la prova del contrario, di provare cioè che io non sono affatto il padre di quel figlio, che io dovetti riconoscere per volontà di legge [94]).

Il rifiuto del marito, di riconoscere un figlio natogli dalla legittima moglie, autorizza costei ad agire contro il marito con l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*, che GIUSTINIANO, nelle sue *Istituzioni* [95]), pone fra quelle azioni pregiudiziali che traggono la loro origine dalla giurisdizione del Pretore, ossia sono state introdotte dall'editto pretorio [96]). Dagli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO [97]) essa vien perciò chiamata *praeiudicium* EDICTO PERPETUO *propositum*.

Essa è dunque quell'azione pregiudiziale, che la madre propone contro il padre del proprio figlio allo scopo di farlo riconoscere ed alimentare [98]) [h]). E si distingue dalle altre azioni pregiudiziali in

---

[94]) L. 1 §§ 12, 13, 14 et 15 D. *h. t.*; L. 7 D. *eodem*.

[95]) § 13 I. *de Actionib.*

[96]) La parola *iurisdictio* nelle leggi viene sovente usata per *edictum*. V. VINNIUS, *Comm. ad § 5 I. de Actionib.*, n. 4.

[97]) L. 9 *Cod. de patria potest.* Si consulti anche *Carl. Frid.* WALCH, ad HOEPFII *Commentar. ad Institut.*, lib. IV, tit. VI, *de Actionib.*, § 13, nr. 5, not. *c*, pag. 897.

[98]) V. *Christian.* GMELIN, *Ueber die Präiudicialklage de partu agnoscendo* [Sull'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*], Erlangen 1781, 8.

---

[h]) Il *praeiudicium*, di cui si parla in questo testo, è un mezzo appositamente introdotto dal Pretore per rendere attuabili i *senatusconsulta* « *de partu agnoscendo* ». Così si spiega, secondo LENEL, *Edit perpetuel*, vol. II, pag. 23, che il *praeiudicio agere* sia espressamente indicato nel fr. 3 § 3 *h. t.* (Cfr. fr. 3 § 1) come un *agere ex senatusconsulto*. In questa materia non esisteva che un solo *praeiudicium*. Ciò risulta dalle concordanti testimonianze delle fonti. Cfr. const. 9, cit. § 13, Inst. cit. fr. 3 § 2, 4 *h. t.* Pure, dal fatto che i fr. 1 § 16 e 3 § 2-4 *h. t.* enumerano una serie di questioni differenti, che potevano formare oggetto del *praeiudicium* (*an ex eo praegnans fuerit — an ex filio eius susceptus sit — utrum in matrimonio an postea editus sit — an uxor fuit*) non si deve dedurre, che l'*intentio* del *praeiudicium* variasse con queste differenti ipotesi, siccome ammet-

ciò, che essa compete esclusivamente alla madre contro il padre del figlio, non mai al padre contro la madre o al figlio contro il padre [99]). Già il nome dell'azione rende ragione di questa particolarità: imperocchè il figlio può chiamarsi *partus* solo e sempre in relazione alla madre, giammai in rapporto al padre. Solo essa dunque può colla presente azione chiedere al padre il riconoscimento del *suo parto.*

Se anche al padre le leggi avessero voluto concedere questa azione, certamente non l'avrebbero battezzata col nome di *actio praeiudicialis de partu agnoscendo,* non potendo il padre pretendere dalla madre il riconoscimento del suo *partus* [100]). Quale scopo potrebbe proporsi il padre con una simile azione? Forse quello di sciogliersi dall'obbligazione degli alimenti e di riversare questa sulla madre? Allora egli dovrebbe porre a base della sua azione l'assunto, che egli non è padre del preteso figlio ed atteggiare in forma negativa l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo,* come anche a BÖEHMERO parve di potere effettivamente sostenere [1]). Ma ciò per una parte ripugnerebbe profondamente alla natura dell'azione e per l'altra mancherebbe di scopo, in quanto che, se egli fosse benestante ed in genere in tale posizione da poter sostenere le spese di mantenimento del figlio [2]), neppure la stessa confes-

---

[99]) Vedi principalmente *Arn.* VINNII, *Commentar. in Institution. Justin. ad § 13 de Actionib.*, nn. 5 e 6 e *Car. Christph.* HOFACKER, *Princip. iuris civ. Rom. Germ.*, tom. I, § 501, not. *b.*

[100]) V. GMELIN, § 7, pag. 19.

[1]) *Doctr. de actionib.*, sect. II, cap. I, § 33.

[2]) GMELIN, scritto cit., § 9.

---

tono SCHMIDT, *Kritische Bemerkungen zu T. Livii hist.* (1856), pag. 37 e RUDORFF, *Edict. perp.*, § 122, n. 2. — *Praeiudicia* speciali per ciascuna delle citate questioni non avrebbero avuto alcuna ragione d'essere, a prescindere che alcuni di essi avrebbero dato luogo a difficoltà pratiche grandissime per i principii ammessi sulla cosa giudicata. Bisogna dunque conchiudere, secondo dice LENEL, *op. e loc. cit.*, p. 30, che per tutti i casi l'*intentio* aveva il medesimo oggetto e verosimilmente il seguente: *An A.s A.s in ea causa sit ut a N.o N.o agnosci debeat* e non già l'altra proposta da RUDORFF, *op. cit.*, § 121: *an filius sit;* e ciò per la semplice ragione, che il giudice non aveva in realtà a risolvere la delicata questione della paternità, ma solo a decidere se l'attore doveva essere o meno riconosciuto. Si cfr. il fr. 1 § 16 *h. t.* LENEL, *l. c.*, p. 30.

sione della madre varrebbe a dispensarlo dall'adempimento del suo dovere paterno.

Se al contrario il padre, chiedendo alla madre il riconoscimento del figlio, si propone gli altri vantaggi a cui lo stato di filiazione dà diritto in rapporto alla madre e che indirettamente rifluiscono su di lui, allora egli, poichè non è in nome proprio direttamente interessato nella causa di filiazione, farebbe valere non tanto i diritti propri, quanto piuttosto quelli del figlio. Egli dunque istituirebbe l'azione in nome di questo e non in nome proprio, epperò l'azione non potrebbe, per il venir meno di un suo proprio ed immediato interesse, esser più l'*actio de partu agnoscendo*. Infatti che bisogno c'è di un particolare riconoscimento della madre, dal momento che il padre riconosce per suo figlio legittimo, quello nato da lei? Sia pure che la madre possa assumere di aver procreato il figlio non col marito, ma adulterinamente con altro uomo, in ogni modo una tal confessione della madre non potrebbe assolutamente arrecare pregiudizio al diritto di patria potestà, che il padre venne ad acquistare per effetto del matrimonio [3]). È così provato che l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* conviene unicamente alla madre contro il padre del *partus*. Il padre non può affatto servirsene contro la madre del figlio. Le leggi di questo titolo parlano sempre e soltanto dell'azione pregiudiziale contro il padre [4]).

Ma è una questione che divide i pareri dei giureconsulti, quella di sapere se neppure il figlio possa far valere il suo stato di filiazione contro il padre, quando questi non voglia riconoscerlo. Parecchi [5]) giureconsulti rispondono, senza esitazione, affermativamente. Ma vi contraddice il nome stesso dell'azione. Se il figlio, mediante un'azione pregiudiziale, sostiene contro il padre, che non

---

[3]) V. la 2.ª parte di questo *Commentario*, § 139.

[4]) L. 1, L. 3 D. *h. t.*

[5]) *Conr.* Rittershusius, *Commentar. in Institut. Iustin.*, lib. IV, tit. 6, ad § *Praeiudiciales*, pag. 619; *Ev.* Otto, *Commentar. et not. crit. ad Iustin. Institut. ad § 13 I. de Action.*, nr. 5; *Chr. Frid.* Mühlenbruch, *Doctrina Pandectar.*, vol. II, § 257, pag. 108, ediz. prim. e. a.

vuol riconoscerlo, il suo stato di filiazione, si avrà bensì una azione di filiazione, affermativa, ma in nessun modo un'*actio praeiudicialis de partu agnoscendo* [6]).

Si consulti l'illustrazione che della nostra azione fa TEOFILO [7]). Egli dice:

Τοιαύτη δε ἐστι καὶ ἡ *in rem praeiudicialis de partu agnoscendo*, ἤτοι περι τοκετοῦ διαγνώσεως· οἷον, εἶχον ἐγὼ γαμετήν. ἐγκύμων γέγονεν ἐξ εμοῦ· διελύθη ρεπουδίῳ ο γάμος· ετεχθη παῖς· οὐκ η βουλόμην τοῦτον τρέφειν· δύναται κινεῖν κατ' εμοῦ ἡ γυνή, αναγκάζουσά με ὥστε θρέψαι τοῦτον τὸν παῖδα, καὲ αναγκάσει με, εἴγε αποδείζη ἔτι εξ ἐμοῦ γέγονεν ἐγκύμων. cioè: « Di questa specie è anche l'*actio in rem praeiudicialis de partu agnoscendo*. Ad esempio: io avevo moglie che rimase incinta di me: il matrimonio fu sciolto per divorzio: ne nacque un bambino, che io non volli allevare: la donna può agire contro di me per obbligarmi ad alimentare il figlio, ed io vi sarò costretto se essa prova di essere rimasta incinta di me ».

Siccome però la prova della paternità è collegata a molte difficoltà, così per facilitarla e dare fondamento a quest'azione pregiudiziale sono stati emanati due senatoconsulti: il Planciano, e quello, reso sotto l'imperatore ADRIANO, dove sono dettagliatamente determinati i casi, in cui la donna può far ricorso a quest'azione, e il padre deve riconoscere il figlio da lei nato, o può negare la propria paternità.

Nella innanzi citata L. 9 C. *de patria potestate* essi sono chia-

---

[6]) L. ult. Cod. *de alend. lib.* La L. 3 § 1 D. *de lib. causa*, che si usa qui citare invece dell'altra, non è pertinente all'argomento. V. *Iac. Thom.* GAUDLITH, *Diss. de actionibus familiae praeiudicialibus*, Lipsiae 1767; SCHMIDT's *Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* [Trattato delle azioni giudiziarie], § 378 e segg.; THIBAUT, *System des Pand. Rechts*, 1.° vol., § 366; HÖPFENER's *Commentar über die Heinecc. Institutionen* [Comm. sulle Istituz. di Heineccio], § 106; MALBLANC, *Princip. iuris rom. sec. ord. Digestorum*, parte I, § 125.

[7]) *Paraphr. graeca Institut.*, lib. IV, tit. 6, § 13.

mati *Senatusconsulta de partu agnoscendo* [8]). Vi sono considerate due ipotesi, in relazione alla circostanza, che la causa di riconoscimento del figlio fra marito e moglie sorga o dopo il divorzio, o in costanza di matrimonio. Pel primo caso il *Senatusconsultum Plancianum* ha fissato le precise condizioni, sotto le quali la moglie divorziata può pretendere dal marito il riconoscimento e l'alimentazione del suo parto. Ma pel secondo, poichè si tratterebbe di costringere una vera moglie e per un figlio innegabilmente nato durante il matrimonio, a proporre contro il proprio marito, che non volesse riconoscerlo, l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*, l'altro Senatoconsulto creò contro il marito una presunzione giuridica di paternità, per cui il fanciullo è ritenuto suo figlio legittimo finchè egli non provi il contrario. Di entrambi i Senatoconsulti tratta ULPIANO nel libro XXXIV *ad Edictum* e del primo nella L. 1 *h. t.*, dell'altro nella L. 3 § 1 *eodem*.

## § 1287 *a*.

### *Interpretazione del Senatoconsulto Planciano, particolarmente della L. 1 §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 16* h. t. [i]).

ULPIANO dice che il *Senatusconsultum Plancianum* [9]) è costituito di due parti: di cui, la prima tratta del riconoscimento dei figli, l'altra della supposizione di parto [10]). [*V. nota pag. seg.*].

---

[8]) L'*actio praeiudicialis de partu agnoscendo* non è stata dunque primamente introdotta da questi senatoconsulti come opina DONELLO in *Comm. ad § 13 I. de Action.*: ma da essi ricevette una dettagliata disciplina per l'applicazione sua a diversi casi che vi rientravano. V., *Iac.* RAEVARDUS, *Varior.*, lib. I, cap. 18; *Conr.* RITTERSHUSIUS in *Commentar. ad § 13 I. de Actionib.*, in fin., pag. 620 e GMELIN, § 1, not. *d*, pag. 8.

[9]) In molte edizioni questo senatoconsulto è chiamato *Plautianum*. Si confrontino HALOANDER, BAUDOZA, MERLIN e MIRAEUS, ad L. 1 § 10 et ad L. 3 § 1 D. *h. t.* Nè i glossatori lo chiamano diversamente. Così ALPHONS a CARRANZA in *Tr. de partu naturali et legitimo*, cap. I, sect. I,

---

[i]) L'età di questo Senatoconsulto è incerta. Il LANDUCCI, *Storia del d. r.*, vol. I, lo pone al tempo di VESPASIANO, 69-79 d. Cr.; il COSTA, *Storia*, vol. I, pag. 285, lo crede di poco anteriore ad ADRIANO, a. 117 d. Cr.

Solo la prima parte rientra nella nostra trattazione. ULPIANO ce ne ha conservato il contenuto, e così lo espone:

« Permittit igitur mulieri, parentive, in cuius potestate est, vel ei, cui mandatum ab eis est, si putet praegnantem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito, vel parenti, in cuius potestate est: aut domum [11]) denuntiare, si nullius eorum copiam habeat [12]).

« Et mulier quidem denunciat hoc tantum, se esse ex eo praegnantem: non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus, sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnans: mariti autem est, iam aut mittere custodes, aut ei denuntiare, quod non

---

ur. 35, pag. 27. Ma, incontestabilmente, più esatta è la lezione fiorentina. V. *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Dig. seu Pand.*, edit. a SMALLENBURG, tom. IV, *h. t.*, ad L. 3 § 1, pag. 371. Perchè, verosimilmente questo senatoconsulto trae il suo nome da *Plancius Varus*, di cui fa cenno TACITO, *Histor.*, II, 63, e che, secondo una moneta greca, fu *Proconsul Ciliciae* sotto VESPASIANO. E poichè soltanto i *viri consulares* erano soliti di coprire questo ufficio, così è credibilissimo che questo *Plancius*, precedentemente, forse sotto lo stesso Imperatore, sia stato *consul suffectus*. Non senza fondamento perciò la data del *Senatusconsultum Plancianum* si pone nel tempo dell'imperatore VESPASIANO. V. *Io. Gottl.* HEINECCII, *Histor. iur. civ.*, lib. I, cap. IV, § 234; *Io. Aug.* BACH, *Hist. iurispr. Rom.*, lib. III, cap. I, sect. III, § 35, e *Andr. Guil.* CRAMERI, *D. Vespasianus sive de vita et legislatione T. Flavi Vespasiani Imp. Commentar.*, Ienae 1785, pag. 143 e segg. e pag. 137. Ciò è tanto vero, che come attesta ULPIANO nella L. 3 § 1 *h. t.* ai tempi di ADRIANO il Senatoconsulto Planciano era stato già emanato. UGO, nel *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Iustinian* [Trattato di storia del dir. rom. sino a Giustiniano], p. 583, 8.ª ediz., lo pone tra i senato consulti di epoca incerta.

[10]) L. 1 pr. D. *h. t.*: « Senatusconsultum, quod factum est *de liberis agnoscendis* duas species complectitur: unam eorum, *qui agnoscunt*: aliam eaurum, *quae falsum partum subiicinnt* ».

[11]) HALOANDER legge *ad domum denuntiare;* MERLIN, BAUDOZA e MIRAEUS hanno chiuso fra parentesi la particella *ad.* Ma l'espressione *domum denunciare* ricorre sovente. V. L. 4 § 5 D. *de damno infecto.*

[12]) L. 1 § 1 D. *h. t.*

sit ex eo praegnans. Hoc autem vel ipsi marito, vel alii nomine eius facere permittitur [13]).

« Poena autem mariti ea est, ut nisi aut custodes praemiserit, aut contra denuntiaverit, non esse ex se praegnantem, cogatur maritus partum agnoscere, et si non agnoverit, extra ordinem coerceatur. Debebit igitur respondere, non esse ex se praegnantem, aut nomine eius responderi. Quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit [14]).

« Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere. Sed si maritus ultro custodes offerat, et ea non admittat; vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis [*h*]) non admiserit: liberum est marito parentive eius, partum non agnoscere [15]).

« Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnantem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnans sit [16]). Quae causa si fuerit acta apud iudicem, et pronuntiaverit, cum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit, nec ne [17]), in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum » [18]) [*l*]) [*V. nota pag. seg.*].

---

[13]) L. 1 § 3 *h. t.*

[14]) L. 1 § 4 *h. t.*

[15]) L. 1 §§ 5 et 6 *eodem.*

[16]) HALOANDER ha: « an ex eo mulier praegnans sit, *nec ne?* ». Così anche BAUDOZA, MERLIN, MIRAEUS e BECK. Questa lezione, per la quale il *nec ne* viene qui ricollegato alle parole *praegnans sit*, mentre l'altra lezione lo trasporta nel periodo seguente, è approvata da IANCHIUS, *Meditat. crit. de Negationib. Pandect. Florentin.*, cap. XVII, 11.

[17]) Le parole *nec ne* mancano nelle edizioni di HALOANDER, MERLIN, BAUDOZA, MIRAEUS e BECK. IANCHIUS in *Meditat. crit. de Negation Pandect. Florentin.*, cap. XVIII, 1, pag. 336, è pure d'opinione che esse si trovino qui fuori luogo e debbano cancellarsi, perchè è impossibile che il

---

[*h*]) *Consulis?* LENEL, *Paling.* ULP. 981, c. 649, 1.

[*l*]) Il testo adottato dal GLÜCK è il più corretto fra tutti. — Le emendazioni proposte non sono accettabili.

Il *Senatusconsultum Plancianum* adunque autorizza la moglie divorziata, che creda di essere incinta, a dare, entro i primi trenta giorni dal divorzio, notizia della sua gravidanza al marito, o, se questi si trovi tuttavia sotto la patria potestà, al di lui padre. Lo stesso diritto spetta al padre della donna, sotto la cui potestà questa ancora si trovi, ovvero a colui, cui la donna stessa o il di lei padre ne abbiano altrimenti dato mandato.

Se nessuno vi sia, cui possa indirizzarsi la denunzia, questa può essere fatta alla casa, che il marito abita nella città o nella campagna e nella quale abbia fissato il suo domicilio. La parola *domus* è così chiarita da ULPIANO nella L. 1 § 2 *h. t.*:

« *Domum* accipere debemus hospitium [19]) si in civitate maneat:

---

*Iudex* abbia potuto decidere *quod ex eo praegnans fuerit*, NEC NE. Tanto è vero, che i *Basilici* non riproducono quelle parole. In essi si legge, tom. IV, lib. XXXI, tit. VI, const. 7, § 9: εἰ δὲ διαγινώσκων ο δικαστὴς περὶ τοῦ εἰ ἐξ᾽αὐτοῦ ἐγκυμονεῖ, ἀποφῆνεται ἐξ᾽αὐτοῦ εγκυμονεῖν γίνεται γνήσεος ἤτοι ὑπεξούσιος. i. e. *Si vero index cognoscens an ex eo praegnans sit, praegnantem ex eo pronuntiaverit, suus fit filius, et patri eius potestate subiectus.* Per altro la lezione fiorentina si può pienamente giustificare se si adotta la costruzione suggerita da POTHIER nelle *Pand. Iustinian.*, tom. II, *h. t.*, nr. IX, not. *a*, pag. 82: « Quae causa si fuerit acta apud iudicem, et, cum de hoc ageretur (così leggono BAUDOZA e MERLIN) quod (*i. e. an*) ex eo (*viro*) praegnans fuerit, nec ne, pronuntiaverit, in ea causa esse (sc. *partum*), ut agnosci debeat: sive filius non fuit, sive fuit (*propter rei indicatae auctoritatem dicendum est*) esse suum ». Si veda anche VOORDA, *Thes. controvers.*, decad. XV, § 2 in fin.

[18]) L. 1 § 16 *h. t.*

[19]) Il vocabolo *hospitium* qui dunque designa una casa di abitazione, nella quale si risieda non solo per qualche tempo, ma stabilmente, e che può essere tanto in città che in campagna. Vero è che ULPIANO determina: *si in civitate maneat*, ma egli così dice solo in relazione alla circostanza, che le case di campagna erano destinate più al diletto che all'abitazione, e perciò era raro che fossero adatte ad alloggiare estranei. Quindi è che ULPIANO aggiunge: *quod si non sit, sed in villa vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent*, per significare che in campagna la casa deve essere un *hospitium*, un luogo di abitazione. La *Villa* o il *Municipium*, che qui vale lo stesso che *vicus agrestis*, doveva dunque essere scelto come *domicilium matrimonii*. I particolari significati di queste voci non sono stati rilevati da BRISSONIO, ma si può consultare su essi *Ulr.* UBERO, *Digression. Iustinian.*, lib. I, cap. 12, § 3, pag. 501 e segg.

quod si non sit, sed in villa, vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent ».

Lo scopo di questa denunzia non è quello di provocare l'invio, da parte del marito, dei *custodes ventris,* ma di informare costui della gravidanza della moglie. Spetta invece al marito, o di mandare i *custodes ventris* affinchè sia impedito alla donna o ad altri di supporre o sostituire un falso parto, ovvero protestare, contro la denunzia, che la donna non è incinta di lui. Questa protesta può esser fatta dallo stesso marito, o da un suo mandatario.

Se non ha fatto nè l'una cosa nè l'altra, il marito è obbligato, in punizione, a riconoscere il *partus,* ed ove vi si rifiuti, può esservi costretto con idoneo mezzo coercitivo. Quando però ULPIANO dice: « et si non agnoverit, *extra ordinem coercetur* », non è da credere, come molto giustamente ha rilevato *Ger.* NOODT [20]), che si tratti di una pena vera e propria, perchè questo *coercere* accenna piuttosto ad un mezzo di coercizione civile, di quelli che il Pretore era qui solito adoperare, come la *mulctae dictio* e la *pignorum capio,* nominativamente ricordate da ULPIANO in un altro frammento [21]).

Alla denunzia della moglie, dunque, il marito non deve acquietarsi, ma o personalmente o, a mezzo di un terzo, che agisca in suo nome, contrapporre la sua dichiarazione, che ella non è gravida

---

Così anche si riescono a spiegare le altre parole di ULPIANO: *ubi larem matrimonio collocarent.* Solo debbo ancora osservare, che invece di *collocarent,* molte edizioni, ad es. HALOANDER, BAUDOZA, MERLIN e MIRAEUS, leggono *collocaverunt.* BECK legge *Collocarunt.* BENKMANN, *collocarint,* e SCHULTING in *Notis ad Dig. seu Pand.,* tom. IV, *h. t.,* ad L. 1 § 2 pagina 368, *collocarant.*

[20]) IULIUS PAULUS, cap. 3 (*Oper.,* tom. I, pag. 511). Così anche si spiega la *denunciata poena,* di cui fanno menzione gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO nella L. 9 C. *de patria potest.* ed invece della quale NOODT con CUIACIO vorrebbero leggere *denunciati poena,* come anch'io ho osservato più sopra. Però CRAMER in *Vespasiano,* pag. 164, crede che anche la comune lezione *denunciata poena* si può sostenere, quando la si intenda nel senso di « *poena,* quae senatusconsulto comprehenditur ».

[21]) L. 1 § 3 D. *de inspiciendo ventre.*

di lui. Ciò facendo, egli non sarà obbligato a riconoscere il figlio per suo, se non quando il rapporto di paternità sia effettivamente dimostrato.

L'iniziativa della denunzia spetta perciò non al marito, ma alla moglie, perchè solo questa è in grado di conoscere il suo stato di gravidanza. Se però il marito prendesse l'iniziativa di mandarle dei *custodes* e la moglie si rifiutasse di riceverli, ovvero, se costei avesse tralasciato del tutto di fare la denunzia, o, pur avendola fatta, non avesse accettato i *custodes* a lei destinati, il marito e il di lui padre sarebbero poi liberi di non riconoscere il figlio.

Ma se il marito, ricevuta la denunzia, pur avendo immediatamente protestato non esser la donna gravida di lui, non avesse contemporaneamente mandato in di lei casa i *custodes*, non potrebbe poi evitare l'indagine relativa alla sua paternità. E se il giudizio accertasse che la donna è gravida di lui, e il giudice dichiarasse che il parto debba esser riconosciuto, il fanciullo dovrebbe esser considerato dal marito come un *filius suus*, sia poi che effettivamente egli ne fosse, o no, il padre. E ciò non soltanto agli effetti dell'alimentazione, ma anche di ogni altro rapporto. *Fit suus*, come dice GIULIANO [22]) nel libro XIX *Digestorum*, in omnibus causis ». Egli diviene perfino un *consanguineus* dei suoi fratelli e sorelle.

Lo stesso avviene nel caso inverso, in cui il giudice pronunzi che il marito non sia genitore del *partus*. Quand'anche il marito ne fosse effettivamente il padre, il figlio non sarebbe reputato *suus*. Lo dice ULPIANO nel libro XXXIV *ad Edictum* [23]):

« Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere: et ita MARCELLUS *libro septimo Digestorum* probat. Eoque iure utimur ».

---

[22]) L. 2 D. *h. t.* V. CUIACIUS, *ad h. L.*, tom. III, *Oper. postumor.*, a FABROTO edit., pag. 137 e 139.
[23]) L. 3 pr. D. *h. t.*

Di che si trova il fondamento nella regola di diritto: « res indicata pro veritate accipitur » [24]).

Lo stato di una persona deve essere riconosciuto e accettato da tutti; quale fu già una volta giudizialmente dichiarato, tale deve essere da ciascuno accettato e riconosciuto [25]).

## § 1287 *b*.

### *Completamento del senatoconsulto Planciano mediante l'interpretazione dei giureconsulti romani. L. 1 § 7-15* h. t.

Tutto ciò che manca nel *Senatusconsultum Plancianum,* è stato supplito dall'interpretazione dei giureconsulti romani, specialmente di GIULIANO e così la sfera di applicazione del Senatoconsulto è stata molto ampliata.

Le ulteriori determinazioni, introdotte dall'autorità dei giureconsulti romani, si possono raccogliere sotto i seguenti numeri:

I. La donna, se ha denunziato al marito la sua gravidanza, non nel termine legale di 30 giorni dal divorzio, ma solo posteriormente, può essere restituita *in integrum* dagli effetti di questo ritardo qualora dimostri il concorso di un legittimo motivo di scusa. Infatti la donna può non essere in colpa, o perchè non abbia conosciuto il suo stato di gravidanza, o perchè sia stata impedita (a denunziare) dal proprio padre. E può anche giovarle, come rileva la Glossa, la sua minorità. Anzi, quand'anche omettesse del tutto la denunzia, neppure ciò, secondo l'opinione di GIULIANO, pregiudicherebbe i diritti del di lei figlio, se potesse provarsi che questo è stato procreato col marito divorziato. Anche in questo caso il figlio può far valere i suoi diritti mediante l'*actio de filiatione affirmativa.*

L. 1 § 7, 8 et 13 D. *h. t.:*

« Si mulier esse se praegnantem *intra triginta dies* non denuntiaverit, postea denuntians, causa cognita, audiri debebit.

---

[24]) L. 25 *de Statu hom.*; L. 207 *de divers. Reg. iur.*

[25]) Vedi la terza parte di questo *Commentario,* § 272, pag. 599 e segg.

« Quinimmo et si in totum omiserit denuntiationem, IULIANUS ait, nihil hoc nocere ei, quod editur [26]).

« Idem pur contrarium quoque ait, si mulier, divortio facto, non fecerit ea, quae Senatusconsulto preacipiuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit, eum filium esse ».

II. I trenta giorni, entro i quali deve eseguirsi la denunzia, si computano dal giorno del divorzio e non sono *dies utiles*, ma *continui* [27]).

L. 1 § 3 *h. t.*

« Dies autem triginta *continuos* accipere debemus *ex die divortii*, non utiles ».

III. Dato che la donna, nei trenta giorni dal divorzio, non abbia denunziato al marito la propria gravidanza, ma abbia partorito, l'omissione della denunzia non nuoce, come opina ULPIANO, nè a lei, nè al figlio da lei nato. Perchè, come dice GIULIANO, a cui si richiama ULPIANO, in questo caso il Senatoconsulto Planciano, il quale invece assegna un periodo di trenta giorni solo per la denunzia, non trova convenienti termini di applicazione. Evidentemente il Senatoconsulto non prevede il caso, che nei trenta giorni sia anche nato il bambino.

L. 1 § 10 *h. t.:*

« Eleganter autem apud IULIANUM *libro nonodecimo Digestorum* quaeritur, si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit, et intra triginta partum ediderit: an Senatusconsulto locus sit? Et ait *Plancianum Senatusconsultum cessare: quia de eo partu non*

---

[26]) Nei *Basilici*, tom. IV, lib. XXXI, tit. 6, const. 1, § 9, pag. 751 si dice: καὶ τῷ τικτομένῳ πρόκρίμα οὐ γίνεται, οὔτε περὶ τὰ δίκαια τοῦ υἱοῦ, οὔτε περὶ τὴν ἀποστροφήν. i. e. « et partui nullum praeiudicium fit, neque in iure sui, neque in alimentis ».

[27]) Vedi la terza parte di questo *Commentario*, § 269 *a*.

*videtur sentire, qui intra dies trigesimum nascatur, quippe dies triginta ad denuntiandum praestiterit Senatus*. Sed hanc rem non facere praeiudicium *partui* arbitror ».

Vero è che qui ULPIANO dice, che il *partus* non è pregiudicato dalla omissione della denunzia, e tace del padre e della madre: ma dalle sue parole non è lecito argomentare *a contrario*, che dunque il padre e la madre ne sono pregiudicati, per modo che debbano essere obbligati, quella ad alimentare da sè il figlio, questi a riconoscerlo, necessariamente. No, nessuno dei due cade sotto le sanzioni del Senatoconsulto. Perchè, come dice GIULIANO, *Plancianum Senatusconsultum cessat* [28]).

IV. Parimenti, nessun pregiudizio può venire al marito dal fatto che, ricevuta la denunzia della moglie, le abbia mandato i custodi. Egli ha sempre, a malgrado di ciò, il diritto di contrastare la paternità del parto. Di vero, dice MARCELLO, neghi il marito, che la denunciante sia sua moglie, o che sia gravida di lui, in ogni caso egli può mandare, senza pregiudicarsi, i *custodes*, specialmente quando li accompagni con una protesta.

L. 1 § 11 *h. t.*:

« Quemadmodum per contrarium, si maritus, uxore denuntiante, custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit [29]). Licebit igitur ei partum editum ex se negare: nec ei nocebit, quod ventrem custodierit. Et ita MARCELLUS *libro septimo Digestorum* scripsit: ait enim, *sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem, sine praeiudicio recte mittet custodes: maxime si missurus id ipsum protestetur* » [30]).

---

[28]) V. CRAMER, *Vespasianus*, pag. 161.

[29]) BRENKMANN nella *Gebauer*. edizione opina che si debba leggere *faciet*. La fiorentina ha *faciat*. Ma HALOANDER e la maggior parte delle edizioni, compresa la novissima di BECK, leggono *facit*.

[30]) I *Basilici*, tom IV, pag. 750 in fin., hanno ἀκωλύτως γίνεται ἡ περὶ τοῦ τοκετοῦ ζήτησις. i. e. « citra impedimentum de partu habetur quaestio ».

V. Benchè, per la lettera del Senatoconsulto Plauciano il marito che, avuta la denunzia della moglie, non abbia mandato i *custodes*, nè abbia protestato avanti a testimoni, debba riconoscere per suo il nato dalla moglie divorziata, pure, opina GIULIANO, non per ciò è obbligato a tenerlo per *suus heres*, quando può provare che trattasi di un *partus adulterinus*. L'effetto del riconoscimento legale è solo di obbligare il padre a somministrare al figlio gli alimenti, e di dar luogo, quando sorgerà la questione di stato che non ne rimane pregiudicata, ad una forte presunzione in favore del figlio.

L. 1 § 12 D. *h. t.*:

« *Iulianus* libro XIX *Digestorum scripsit:* Quod Senatusconsulto comprehensum est: *si mulier viro denuntiaverit, se ex eo concepisse, et is, cui denuntiatum erit, custodes ad ventrem custodiendum, inspiciendumque non miserit, neque contestato* [31]) *dixerit, eam ex se praegnantem non esse, ut ei id, quod editum sit, agnoscere sit necesse,* non eo pertinet, ut, si quis agnoscere [32]) se filium diceret, *suum heredem haberet,* quamvis ex alio conceptus sit: quandoque [33]) enim [34]), inquit, coepit causa agi, grande praeindicium [35]) adfert pro filio confessio patris ».

---

[31]) *Contestato* i. e. *coram testibus*. V. RICHTER, *Tr. de significat. adverbiorum*, voc. *contestata*, pag. 156. Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 751 è usata la parola *διαμαρτύρηται* che vale: *contestari*: « idest, testibus adhibitis aliquid declarare ». V. BRISSONIUS, *de Verborum significatione*, voc. *contestari*.

[32]) HALOANDER qui legge: « non eo *pertinere*, ut, *quasi iudicio* agnoscere se filium diceret ». Così anche BECK. Ma VOORDA, *Thes. controvers.*, dec. XV, § 1 emenda, senza necessità, e legge: *ut sic quasi agnoscere*.

[33]) *Quandoque* qui vale *quandocumque*, come osserva *Ant.* SCULTING, *Not. ad Dig. seu Pand.*, tom. IV, ad L. 4, pag. 369, e come ha provato con molti esempi SMALLENBURG nella *N. I.* Alcune edizioni poi, come ad es. quella di l'HALOANDRO, leggono addirittura *quandocumque*.

[34]) L'*enim* viene spiegato da alcuni, come da VOORDA, *Thes. controv.*, decad. XV, § 1 in fin., nel senso di *vero*: da altri, come da POTHIER, *Pand. Iustinian.*, tom. II, *h. t.*, nr. VI, not. *a*, pag. 81, nel senso di *etiam*. Ma si consulti CUIACII *Commentar. in Libr. XXI Digestor. Salvii Iuliani ad h. L.* (*Oper. postum. a* FABROTO *edit.*, tom. III, pag. 139.

[35]) *Grande praeiudicium* vale qui *urgens praesumptio*. Nei *Basilici*,

VI. Se il marito, avuta la denunzia, si limita a mandare i *custodes*, senza smentire che la donna sia gravida di lui, allora egli è assolutamente obbligato a riconoscere il parto. Così insegna PAOLO [36]):

« Si mulier, divortio facto, gravidam se sciat, intra tricesimum diem viro denuntiare debet, vel patri eius, ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quibus missis partum mulieris omnimodo cognitur agnoscere ».

Ed è naturalissimo che così sia. Perchè l'invio dei *custodes* non può avere altro scopo che quello di impedire la sostituzione o supposizione del parto e porre fuori dubbio la certezza di esso. Il marito come può evitare il riconoscimento, se non ha fatto altro che mandare dei *custodes?* Sembra infatti che PAOLO solo a questo caso abbia limitato il suo responso, perchè egli non accenna ad una controdenunzia che fosse stata fatta da parte del marito. Così, il responso non può dirsi in contradizione coi frammenti di ULPIANO e di MARCELLO, i quali contemplavano il caso in cui il marito avesse contraddetto alla denunzia della moglie, negando di essere autore della di lei gravidanza: nella quale ipotesi nessun pregiudizio può venire al marito dall' invio dei custodi. Imperocchè è lecito supporre, che egli abbia mandato dei custodi, affinchè, se anche la donna potesse dimostrare la di lui paternità ed egli fosse dal giudice dichiarato padre del fanciullo, venisse impedita la supposizione del parto. Così dunque si rende manifesto come la emenda proposta da *Antonio* SCHULTING [37]), il quale nel passo di PAOLO invece di *quibus missis,* vorrebbe leggere negativamente, *quibis non missis* è tanto audace, quanto inutile [38]) *m*).

---

tom. IV, pag. 751, lin. 9, viene usata la parola πρόληψις che significa *presunzione.*

[36]) *Sententiar. Receptar.*, lib. II, tit. 24, § 5.

[37]) *Iurisprud. vet. Anteiust.*, pag. 314, not. 9.

[38]) V. VOORDA, *Thes. controversar.*, dec. XV, § 3; CRAMER, *Vespasianus*, pag. 164 e segg. e GMELIN, *Ueber die Präiudicialklage de partu agnoscendo*, § 22, pag. 52 e segg.

---

*m*) Il testo più corretto è quello che legge: « quo omisso partum mulieris etc. ». Cfr. KRÜGER in *Collect. libr. iur. aut.*, vol. II, p. 24, testo e note.

VII. Se, all'opposto, la donna, dopo il divorzio, non abbia osservato le prescrizioni del Senatoconsulto, allora il marito non è tenuto a riconoscere per suo il figlio: ma ciò non importa ch'egli sia liberato da tutte le ulteriori pretese, perchè, come sostiene GIULIANO, egli sarà sempre tenuto ad alimentare il fanciullo, quando fosse poi provato che egli ne è il padre.

L. 1 § 13 D. *h. t.:*

« Idem per contrarium quoque ait, si mulier, divortio facto, non fecerit ea, quae Senatusconsulto praecipiuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit, eum filium esse ».

VIII. Lo stesso avviene, dice GIULIANO, se la donna ha denunziato al marito la propria gravidanza e questi, da suo canto, non vi abbia contraddetto. Non per ciò il nato diviene assolutamente suo figlio, sebbene egli lo debba alimentare. Altrimenti si avrebbe questa manifesta ingiustizia: che un uomo, il quale per lungo tempo fu assente, e trovi al suo ritorno che la moglie è incinta, e perciò la ripudi, debba vedersi nascere un *suus heres*, solo perchè non ottemperò alle prescrizioni di legge.

L. 1 § 14 *h. t.:*

« Idem IULIANUS scribit, si uxore denuntiante se praeguantem, maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici: cogendum tamen alere. Ceterum [39]) esse satis iniuriosum ait, si quis longo

---

[39]) La fiorentina legge qui *ceterum si.* CHEVALLON, MERLIN, BAUDOZA e MIRAEUS hanno: *ceterum si cesset.* HALOANDER: *ceterum si esset.* Ma tutte queste lezioni sono prive di giusto senso, tanto più che nelle citate edizioni, colle successive parole: *satis iniuriosum esse ait,* comincia un nuovo periodo o proposizione. Che del resto anche i manoscritti abbiano la lezione adottata, osserva BRENKMANN nella edizione GEBAUER. Diversissimi sono i tentativi fatti per ristabilire, mediante emenda, il giusto senso del passo. Alcuni invece di *ceterum* SI *esse,* leggono *ceterum* SIC *esse*: così BINKERSHOEK, *Observation. iuris Rom.*, lib. I, cap. 23; BEST, *Ratio emendandi Legg.*, cap. I, VII, 1, pag. 35 (edit. Neuhaus) e WOORDA, *Thes. controv.*, dec. XV, § 4. Altri cambia il *si* in *is* e lo riferisce a

tempore abfuerit, et reversus uxorem praegnantem invenerit, et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae Senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci ».

IX. Da tutte le cose dette risulta, che la donna, se ha omesso di osservare le prescrizioni del Senatoconsulto, non pregiudica con ciò il figlio, che sia stato veramente generato dal di lei marito, nè agli effetti dello stato di filiazione, nè a quelli del diritto alimentare, come anche sancì un rescritto del divo Pio [40]. Parimenti, se il marito abbia da sua parte trascurato di uniformarsi alle disposizioni di legge, egli non può sottrarsi all'obbligo di alimentare il fanciullo, ma dopo può sempre impugnare la legittimità della filiazione.

L. 1 § 15 D. *h. t.*:

« Ex his apparet, sive uxor omiserit, quae eam ex Senatusconsulto observare oportuit, nihil praeiudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem, secundum Divi Pii rescriptum: sive maritus neglexerit facere, quae ex Senatusconsulto debet: natum cogitur omnimodo alere: ceterum recusare poterit filium ».

---

Giuliano. Cfr. *Io. Guil.* Hoffmann in *Observation. var. s. Meletemat. ad Pandect.*, diss. XXII, § 10; Cramer, in *Vespasiano*, pag. 166 segg., opina con Contius ad h. L., che qui ci sia un'ellissi, che si dovrebbe completare in relazione al periodo precedente: « Ceterum si *non negaverit*, esse satis iniuriosum ». Nei *Basilici*, tom. IV, lib. XXXI, tit. *C.*, p. 751, lin. 14 si dice semplicemente Γίνεται δὲ ἡ ζήτησις. τί γάρ ὅτι πολὺν ἀποδημήσας χρόνον εὗρεν ἔγκυον τὴν γαμετήν. i. e. « *Habetur autem quaestio. Nam quid* si, quum longo abfuisset tempore, praegnantem uxorem invenit? ». *Christfr.* Wächtler in *Opuscul. iurid. philologic. a* Trotz *edit.*, pag. 451 e 484 segg., sopprime il *si*, come superfluo e privo di senso. E la soppressione è pure adottata da Hugo a Porta (Lugduni 1572 f.) e *Io. Lud. Guil.* Beck (Lipsiae 1825, 8). Del resto qui Ulpiano rimane fedele al suo stile. La parola *ceterum* vale qui *alias* o *alioquin*. V. la parte 27.ª, § 1281, nota 57 [n]).

[40]) Coll'azione di filiazione il figlio può sempre difendere il suo stato. Al contrario la madre non potrebbe coll'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* sostenere il riconoscimento del proprio figlio senza aver fornito contro il marito la previa prova della di lui paternità.

---

[n]) La lezione esatta è quella del testo. Cfr. Lenel, *Paling.*, Ulp., 981.

§ 1287 *c.*

*Procedura competente alla vedova contro l'avo del proprio figlio.*
*L.* 3 § 2 *D.* h. t.

Il Senatoconsulto Planciano si applica, propriamente, nel caso che il matrimonio sia stato sciolto per divorzio. Ma nel caso che il matrimonio si sciolga per morte del marito e la vedova, dopo, constati di essere gravida, allora: *quid iuris?*

Se vive ancora l'ascendente, sotto la cui potestà trovavasi il marito defunto, per modo che il fanciullo, ove fosse nato, vivente il genitore, sarebbe ricaduto sotto la potestà patria dell'avo, è pienamente conforme allo spirito del Senatoconsulto, che la donna abbia modo di procedere contro il suocero, così come, in caso di divorzio, avrebbe potuto contro il marito. Infatti, come per il Senatoconsulto Planciano ella poteva denunziare la sua gravidanza al suocero, sotto la cui potestà trovavasi il marito divorziato, non altrimenti che al marito stesso, e ciò perchè il parto sarebbe venuto sotto la potestà dell'avo [41]), così ella, ora, morto il marito può denunziare al suocero la sua gravidanza, perchè il non ancor nato, per finzione giuridica, deve ritenersi nato per tutto ciò che può ridondare a suo vantaggio [42]), e questo estremo qui manifestamente ricorre. All'opposto, anche il suocero potrebbe da suo canto procedere a riguardo di lei nel medesimo modo che il marito, se volesse sottrarsi al riconoscimento del parto [43]).

Nelle esposte circostanze infatti le leggi hanno espressamente accordata alla madre l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* contro il suocero. A questo punto appartiene il passo di ULPIANO del libro XXXIV *ad Edictum:*

L. 3 § 2 D. *h. t.*: « Quid ergo, si quis post mortem patris

---

[41]) L. 1 § 1 D. *h. t.*

[42]) L. 7 D. *de statu hominum.*

[43]) V. GMELIN, *Ueber die Präiudicialklage « de partu agnoscendo »* [Sull'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*], § 26.

nascatur, avo superstite, in cuius potestatem recasurus est [44]), ut [45]), si ex filio eius susceptus probetur? videndum, quid dici debeat. Et certe probandum est, cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum ».

Se il defunto marito non si fosse trovato sotto la potestà del padre, allora, dopo la di lui morte, l'avo non potrebbe arrogarsi sul nipote postumo alcuno dei diritti della patria potestà. La vedova dunque non potrebbe in questo caso perseguire coll'azione pregiudiziale *de partu agnosceudo* il suocero, alla potestà del quale il *partus* viene a sfuggire, neppure se questo fosse provatamente suo effettivo nipote. La ragione è, che l'obbligazione alimentare degli ascendenti non immediati, ove non sorga dalla patria potestà, è puramente sussidiaria, per modo che essa subentra, solo quando non siano in grado di adempiere alla propria il padre e la madre. La madre dunque è sempre obbligata agli alimenti *prima dell'avo*, e, finchè ha un patrimonio sufficiente a prestarli, non può accampare alcuna pretesa contro di quello.

Anche ammesso che il padre sia morto in miseria e la madre sia del tutto impotente ad alimentare il figlio, neppure in questa ipotesi potrà farsi luogo all'azione pregiudiziale *de partu agnosceudo*. Perchè, quale interesse essa avrebbe a sollevare questa azione? Dall'obbligazione di alimentare il figlio, già la esime la sua stessa miseria. Ora l'interesse della madre a muovere l'azione pregiudiziale consiste appunto nel bisogno di liberarsi, da una obbligazione che, altrimenti, essa dovrebbe addossarsi in tutta la sua estensione.

Questa circostanza del resto non impedisce al nipote di chiedere gli alimenti all'avo. L'azione del nipote contro l'avo sarebbe un'azione di filiazione affermativa, se questi impugnasse la filiazione,

---

[44]) Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 751, const. 3, si dice: αὐτὸν ἔχειν ὑπεζούσιον. i. e. *qui eum in potestate sua sit habiturus.*

[45]) Invece di *ut* alcune edizioni, come ad es. quella di HALOANDER e di MIRÄUS, leggono *et*. BECK non ha nè *ut*, nè *et*. I *Basilici*, tom. IV, lib. XXXI, tit. 6, const. 3, pag. 751, hanno: εἰ ἐκ τοῦ υἱοῦ ἐτέχθη: *siquidem ex filio susceptus fuerit.*

o un'azione di alimenti, se l'avo, pur riconoscendolo per suo nipote, si rifiutasse ad apprestargli il mantenimento. Ma in questo caso anche la madre potrebbe assumere la causa del figlio [46]).

## § 1287 *d.*

### *Senatusconsulti Planciani caput de falso partu supposito.*

Il secondo capitolo del Senatoconsulto Planciano, che secondo ULPIANO [47]) trattava della sostituzione o supposizione di parto, ci è del tutto sconosciuto [48]).

Solo sappiamo dai frammenti dei giureconsulti romani, che la supposizione di parto era trattata come un delitto capitale, per modo che la moglie o la levatrice che se ne fossero rese colpevoli, erano punite colla morte [49]). *Publice enim interest* — dice ULPIANO [50]) — *partus non subiici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit.* Se questa pena sia stata stabilita dal Senatoconsulto Planciano non può determinarsi con certezza, per quanto appaia credibile [51]). Imperocchè l'imperatore VESPASIANO si mostrò nel suo ufficio di censore tanto severo, quanto fu mite nel resto: così gli era odiosa ogni specie di falsità [52]).

L'accusa per questo delitto spettava soltanto ai genitori, e a

---

46) V. GMELIN, *Scritto citato*, § 27 e 28.

47) L. 1 pr. D. *h. t.*

48) V. ALPHONS. *a* CARRANZA, *Tr. de partu naturali et legitimo*, cap. V, pag. 373 seg.

49) L. 1 C. *ad Leg. Cornel. de falsis.* PAULUS, *Sentent. Receptar.*, lib. II, tit. 24, § 9. V. *Ant.* SCHULTING, *Iurisprud. vet. Antejustin.*, *ad h. L.*, not. 17, pag. 315. In seguito la pena di morte fu limitata soltanto agli *humiliores* ed agli schiavi. I liberi di buona condizione sociale erano puniti colla deportazione. PAULUS, *Sent. Recept.*, lib. V, titolo 25, § 1, presso SCHULTING, *l. c.*, pag. 513 e segg.; § 7. I. *de publico iudic.* V. CARRANZA, *cit. Tract.*, cap. V, nr. 11 seg., pag. 381 e *Jac.* GOTHOFREDUS, *Comm. ad L. 2 Cod. Theodos. ad Leg. Cornel. de falsis*, tom. III, lib. IX, tit. 19, pag. 180, num. IV, edit. RITTER.

50) L. 1 § 13 D. *de inspic. ventre.*

51) V. CRAMER, *Vespasian.*, pag. 171 e seg.

52) SUETONIUS, in *Tito Flav. Vespasiano*, cap. 8, 11, 12 et 23.

coloro che ne avevano interesse, non ad altri [53]). Nè era soggetta ad alcuna prescrizione; però se al fanciullo veniva pure contestata la legittimità della nascita [54]), la prova ne era sospesa sino all'epoca della sua pubertà, *cum metus potest esse, ne minus idonee defendatur*, come dice ULPIANO [55]). Questa sospensione non ha luogo nella *causa capitalis*, mossa contro coloro, che si fossero resi colpevoli del delitto [56]).

## § 1287 *e*.

### *Senatusconsultum sub* HADRIANO *factum de agnoscendo partu.*

Siccome il Senatoconsulto Planciano si applicava soltanto ai figli nati dopo il divorzio, così sorse la questione: se la moglie potesse agire contro il proprio marito coll'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*, anche durante il matrimonio, quando il figlio fosse nato in costanza di questo e il marito non volesse riconoscerlo.

Per questa ipotesi il Senatoconsulto Planciano non conteneva alcuna disposizione. Per provvedervi fu perciò emanato sotto l'imperatore ADRIANO un altro Senatoconsulto, quello ricordato da ULPIANO nel libro XXXIV *ad Edictum*. Egli così dice nella L. 3 § 1 D. *h. t.*:

« Quia *Plancianum Senatusconsultum* ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, *aliud Senatusconsultum temporibus* DIVI

---

53) L. 30 § 1 D. *de lege Cornelia de falsis*.

54) L. 19 § 1 D. *eodem*. PAULUS, lib. V *Sententiarum*: « Accusatio supposito partus nulla temporis praescriptione depellitur: nec interest, decesserit nec ne ea, quae partum subdidisse contenditur ». Vero è che alcuni intendono questa legge riferendola alla sola *praescriptio ordinaria*, non anche alla prescrizione di 20 anni propria dei delitti, alla quale quindi non si sottrarrebbe il *crimen suppositi partus*. Così CUIACIUS, *Observation.*, lib. IV, cap. 14 e CARRANZA, *cit. Tract.*, cap. V, nr. 35. pag. 387. Ma questa opinione è stata ampiamente confutata da *Rad.* FORNERIUS, *Rerum quotidianar.*, lib. I, cap. 4 (in *Thes. iuris Rom. Otton.*, tom. II, pag. 132.. Si veda anche CRAMER, *Vespasian.*, pag. 173.

55) L. 1 § 11 D. *de Carboniano Edicto*.

56) L. 1 C. *ad Leg. Cornel. de falsis*.

HADRIANI *factum est ut etiam, si constante matrimonio partus sit editus,* DE AGNOSCENDO eo *agatur* » [57]).

Questo Senatoconsulto accordò dunque l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* anche alla moglie non divorziata, a cagione di un figlio nato in costanza di matrimonio, che il marito non volesse riconoscere per suo.

Qui la moglie, attrice, non ha il dovere di dare alcuna prova del fondamento della sua azione, perchè ha dalla sua la nota presunzione legale di paternità del marito, per la quale le leggi ritengono il marito quale padre legittimo di quei figli, che durante il matrimonio gli siano nati dalla moglie legittima. « Filium eum definimus — dice ULPIANO nel libro IX *ad Sabinum* [58]) — qui ex viro et uxore eius nascitur ». D'onde la regola: *Pater is est, quem nuptiae demonstrant* [59]). Perciò il figlio deve essere considerato figlio legittimo del marito, fino a che non sia, ed in maniera che non lasci dubbî, dimostrato l'opposto [60]).

Il fondamento di questa presunzione giuridica riposa, in parte sul favore del matrimonio, in parte sulla giornaliera intimità esistente tra il marito e la moglie [61]): « Non enim ferendum Julianus ait, eum, *qui cum uxore sua assidue moratus,* nolit filium adgnoscere, *quasi non suum* » [62]).

Il marito, che ha ininterrottamente coabitato ed usato colla propria moglie, non potrà ragionevolmente sottrarsi al dovere di

---

[57]) *Ren.* BOTTOREAU, in HADRIANO legislatore (adj. *Christ. God.* HOFFMANNI, *Histor. iuris Rom. Iustinian.*, vol. II, p. II, pag. 185) pone questo Senatoconsulto nell'anno 886 ab. u. e. nel quale furono consoli HIBERUS e IUNIUS SILANUS. Ma non è possibile determinare questa data con tanta precisione. V. BACH, *Hist. iurisprud. Rom.*, lib. III, capo II, sect. II, § 6.

[58]) L. 6 pr. D. *de his, qui sui vel alien. iur. sunt.*

[59]) L. 5 D. *de in ius vocando.*

[60]) V. *Aug. a* LEYSER, *Meditation. ad Pand.*, vol. V, specim. CCCXXII, medit. 1 et 2.

[61]) V. *Henr. Gottfr.* BAUER, *Responsor. iuris*, vol. I, resp. XLIII, pag. 180.

[62]) L. 6 D. *de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

riconoscere il figlio, allegando a motivo che la moglie siasi resa colpevole di un adulterio. *Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicat* — dice PAPINIANO [63]) — *cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.*

Quella presunzione giuridica può soltanto essere rimossa da fatti d'impossibilità fisica. Tale sarebbe, ad esempio, quello della moglie, che nel settimo mese dalla consumazione del matrimonio, o anche prima, abbia messo alla luce un parto perfettamente maturo, mentre il marito neghi di avere avuto con lei anticipati contatti. Imperocchè, per immutabile legge di natura, la nascita di un bambino perfettamente maturo può aversi soltanto dopo un periodo di trentanove a quaranta settimane, ossia di 280 giorni dal concepimento [64]).

Vero è che PAOLO nel libro XIX *Responsorum* [65]) dice:

« Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, *qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est*, iustum filium esse ».

Ma noi abbiamo già altra volta [66]) osservato, come qui per *partus perfectus* debba intendersi non un parto fisiologicamente maturo, ma solo un parto vitale (*partus vitalis*). Un parto vitale può aversi anche nel settimo mese; ma questo non sarà ancora un parto perfetto, anzi porterà in sè, in ogni organo, visibili i segni della propria immaturità [67]). Se un tal parto si è avuto durante il matrimonio, esso, secondo la presunzione legale, è da

---

[63]) L. 11 § 9 D. *ad Leg. Iul. de adulter.*

[64]) Vedi HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin* [Trattato di medicina legale], § 85 della 2.ª edizione. Così insegnava anche M. VARRONE presso GELLIUS, *N. A.*, III, 10.

[65]) L. 12 D. *de statu hominum.*

[66]) Vedi la 2.ª parte di questo *Commentario*, § 115.

[67]) Notevole è la testimonianza di CICERONE, *Epist. ad Atticum*, lib. X, Ep. 18: « Tullia mea peperit puerum ἑπταμηνιαῖον (septimestrem) — quod quidem est natum, perimbecillum est ». Parecchi esempi menziona PLINIO, *Histor. Natur.*, lib. VII, cap. 4.

considerare come figlio legittimo del marito, perchè è fisicamente possibile che il bambino sia stato generato entro questo tempo dal concubito coniugale [68]). E questo voglion significare le parole di PAOLO nel frammento riportato:

« Et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis *septimo mense* natus est, iustum filium esse ».

Per altro il passo non dice, se il settimo mese basti che sia principiato o debba essere decorso. Incontestabilmente, PAOLO usò la frase in quest'ultimo senso, come appare da un luogo delle sue *Sententiae Receptae,* libro IV, tit. 9, § 5, dove intorno a questo punto si spiega più chiaramente. Colà egli dice:

« Septimo mense natus matri prodest: *ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere ut aut septimo* PLENO, *aut decimo mense partus maturior videatur* ».

Il numero pitagorico, sulla cui proprietà PAOLO fondava la sua opinione di vitalità del feto di sette mesi, è il sette, che gli antichi veneravano come un numero racchiudente in sè qualchecosa di divino [69]). PITAGORA aveva derivato questa mistica dottrina dei numeri dagli Egiziani e dagli Ebrei, i quali già una volta erano stati nella schiavitù dei primi e fra i quali PITAGORA viveva, prima che si recasse in Grecia [70]). La grande autorità di questo filosofo, che tra l'altro asseriva di essere nato da un miglior seme che non gli altri mortali [71]), ci spiega come la sua dottrina della santità del numero sette sia passata nella legislazione greca e romana [72]).

---

[68]) Vedi la 2.ª parte di questo *Commentario*, § 116 *b*.

[69]) Le testimonianze degli antichi si trovano presso *Car. Annib.* FABROTUS, *de tempore partus humani*, exerc. I, pag. 11 e segg. (adj *Alphonso a* CARRANZA, Genevae 1629, 4 mai). A questi è da aggiungere il passo di SENECA, *De beneficiis*, lib. VII, cap. I, n. 5.

[70]) Vedi *Ge.* SCHUBART, *de fatis iurisprud. Rom.*, exercit. II, § 42 e MORHOF, *Polystor.*, tom. II, lib. II, cap. VI, § 4.

[71]) AELIANUS SOPHISTA, *Variar. Historiarum*, lib. IV, cap. 17, § 1, prova ciò colle seguenti parole: Εδίδασκε Πυθαγόρας τούς ανθρώπους, ὅτε κρειττόνων γεγένεται σπερμάτων, ἤ κατὰ τὴν φύσιν, τὴν θνητὴν.

[72]) V. FABROTUS, *loc. cit.*

Ma il numero sette, come MACROBIO [73]) c'insegna, si calcolava in modo da ritenerlo composto dell'uno e del sei, o del due e del cinque, o del tre e del quattro e ciò per dimostrarne la perfezione. Secondo questo calcolo adunque il *settimo* mese non può aversi che a termine compiuto.

Ciò risulta anche più perspicuamente dalle notizie di CENSORINO [74]). Questi prima di tutto ci racconta [75]), che gli antichi avevano sovente disputato su questo punto: « quoto post conceptionem mense infantes edi soleant. HIPPON METAPONTINUS — dice egli — a septimo ad decimum mensem nasci posse existimavit: nam septimo partum iam esse maturum, *eo quod in omnibus numerus septenarius plurimum possit:* siquidem septem formemur mensibus, additisque alteris recte consistere incipiamus, et post septem menses dentes nobis innascantur, iidemque post septimum cadant annum, quarto decimo autem pubescere solemus ». E poi prosegue: « Huic opinioni in parte aliqua repugnant alii, alii in parte consentiunt. Nam septimo mense parere mulierem posse, plurimi affirmant ». E qui CENSORINO menziona coloro che sostengono questa opinione, e coloro che la negano. Finalmente viene a PITAGORA, la cui dottrina egli ritiene come la più vera. « Pythagoras autem — egli soggiunge [76]) — quod erat credibilius, dixit, partus esse genera duo, alterum septem mensium, alterum decem: sed priorem aliis dierum numeris conformari, aliis posteriorem ». Questo numero di giorni egli poi dichiara nel seguente modo [77]):

« His expositis, — redeo ad propositum: ut doceam, quid Pythagoras de numero dierum ad partus pertinentium senserit. Primum, ut supra [78]) memoravi generaliter duos esse partus dixit: alterum minorem, quem vocant *septemmestrem* qui *decimo et ducentesimo die* post conceptionem exeat ab utero; alterum maiorem,

---

[73]) *In somnium Scipionis*, lib. I, cap. 6.
[74]) *De die natali*, cap. VII-XI.
[75]) Cap. VII.
[76]) Cap. IX.
[77]) Cap. XI.
[78]) Cap. IX.

*decemmestrem,* qui edatur die CCLXXIV, quorum prior ac minor, senario maxime continetur numero » [79]).

E tutto ciò egli poi viene provando anche più ampiamente, e nella maniera più precisa, col numero dei giorni necessario al successivo accrescimento e formazione del feto.

Questa dottrina di PITAGORA si accorda dunque del tutto coll'insegnamento dei fisiologi odierni, secondo i quali ogni feto partorito prima del decorso di sette mesi, ossia di 210 giorni, dal concepimento, anche quando venga alla luce vivo, è da considerare incapace di vivere e quindi non vitale [80]).

Nel citato luogo delle *Pandette,* vero è che PAOLO si richiama all'autorità del dotto IPPOCRATE, ma anche IPPOCRATE è in ciò perfettamente d'accordo con PITAGORA [81]).

Nell'opera de *partu septimestri* (περὶ επταμήνου) IPPOCRATE dice bensì: *Septimestres autem nascuntur diebus centum et octoginta duobus, et insuper accedente diei particula* [82]); ma quest'opera si ritiene apocrifa [83]). Infatti nell'opera sua gemina περὶ σαρκῶν (*de carnibus*) si esprime in maniera che coincide del tutto col numero pitagorico. Egli cioè dice: « Puer septimo mense natus certa ratione in lucem prodit, et vitalis est, cum is rationem et numerum (i. e. rationem numeri) exacte ad hebdomadas respondentem ha-

---

[79]) Dal che si evince, come sia del tutto inutile, anzi manifestamente contradicente alle parole di PAOLO, la emenda proposta dal sommo NOODT, che nel suo peraltro eccellente *Commentar. ad Dig.*, lib. I, tit. 6, (*Opp.*, tom. II, pag. 26) pretende trasporre nel seguente modo le parole del citato passo di PAOLO: *ut aut septimo, aut* PLENO *decimo mense partus maturior videatur. Alb. Guil. Aug.* BECKER, in *Commentat. de partu septimestri eoque spurio non legitimo ad Leg. 12 D. de statu hom.*, Lips. 1805, 8, § 2.re, ha dimostrato profondamente l'errore.

[80]) V. HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin* [Tratt. di med. leg.], § 94 (della 2.ª edizione, Berlin 1819).

[81]) V. BECKER, *Commentat. cit.*, § 7, pag. 25 e segg.

[82]) V. VAN DER LINDEN, *Oper. Hippocratis*, tom. I, pag. 167.

[83]) V. FABROTI, *Exercit. I. de tempore partus humani*, § *Atque haec sunt*, presso CARRANZA, pag. 14 e *Kurt.* SPRINGEL'S *Apologie des Hippocratis und seiner Grundsätze* [Apologia d'Ippocrate e dei suoi principî], th. I, § 62, pag. 88.

beat ». Ed ancora più chiaramente: « At septimo mense editus partus tres hebdomadarum decurias obtinet, et ad unamquamque decuriam dies concurrunt septuaginta. Tres itaque hebdomadarum decuriae in totum *dies ducentos et decem* faciunt ».

Il senso dei due passi, quando s'intendano in reciproca connessione, è questo: « Un feto di sette mesi viene al mondo dopo un giusto termine ed è vitale, perchè la sua età è esattamente governata e formata dal numero sette. Infatti un feto di sette mesi conta per l'appunto tre decine di settimane, cioè complessivamente 210 giorni ».

Ora, sia che il periodo si calcoli con IPPOCRATE a settimane di sette giorni, o a mesi, secondo il corso lunare, di 30 giorni, si riesce sempre allo stesso risultato. Perchè una *decuria hebdomadum* abbraccia un periodo di 70 giorni e così tre *decuriae hebdomadum* fanno appunto 210 giorni, come calcolava anche PITAGORA [84]).

D'altra parte tutti hanno convenuto in ciò, che un feto di sette mesi, sebbene vitale, è però ancora così debole [85]) che, come riferisce ARISTOTELE [86]), si usava avvolgerlo nella lana.

---

[84]) FABROTUS, *Exercit. cit.*, pag. 8. Ma riferibile a questo argomento è principalmente il notevole passo di CICERONE, *de natura Deorum*, lib. II, cap. 27: « *Itaque ut apud Graecos* DIANAM *eamque Luciferam, sic apud nostros* IUNONEM LUCINAM *in pariendo invocant.* — Adhibetur autem ad partus, quod ii maturescunt aut SEPTEM, nonnunquam aut, ut plerumque, *novem lunae cursibus:* qui, quia mensa spatia conficiunt, MENSES nominantur ». Si confronti pure su questo punto particolarmente MENDE, *Handbuch der gerichtlichen Medicin* [Tratt. di med. leg.], 2. th., §§ 142 e 143, pag. 354.

[85]) OMERO, *Iliade*, parte II, XIX, v. 117 e segg., p. 204 *ex recens. Frid. Aug.* WOLFII (Lipsiae 1817, 8), così dice di ERISTEUS:

— — — — ὁ δ' ἕβδομος ἐστίκει μείς.
ἐκ δ' ἄγαγε πρὸ φόωσδε; καὶ ἡλιτόμηνον ἐόντα.
— — — — hicque septimus erat mensis.
Eduxitque in lucem, licet immaturum existentem.

Si ricordi anche il sopracitato passo di CICERONE, *ad Atticum*, lib. X, Epist. 18. Si confronti pure ZECHIAS, *Quaestion. medico-legal.*, lib. I, tit. II, quaest. IV, n. 37.

[86]) *De animalium hist.*, lib. VII, presso CARRANZA, cap. X, num. 24,

Senonchè con l'esposto calcolo non concorda certamente ciò che ULPIANO dice nella L. 3 § 12 D. *de suis et legitimis heredibus:*

« De eo autem qui *centesimo octogesimo secundo die* natus est, HIPPOCRATES scripsit, et DIVUS PIUS Pontificibus rescripsit, *iusto tempori videri natum* ».

Qui dunque, con richiamo ad IPPOCRATE e ad un rescritto del DIVO PIO, un periodo di 182 giorni, che verrebbe invece a scadere in sui primi del settimo mese, viene accettato come un *iustum partus legitimi tempus* [87]). Se ora noi raffrontiamo a questa opinione, quello che insegnano i nostri fisiologi [88]), che cioè, a seguito di un'esperienza universalmente verificata, è risultato essere assolutamente richiesta alla vitalità di un parto prematuro una permanenza del feto nell'utero materno di sette mesi pieni, per modo che ogni feto emesso avanti il decorso dei sette mesi, o il principio della 31.ª settimana, o dei 210 giorni, se pure nasce vivo e

---

pag. 465: « Qui septimo mense vitalis quidem hic primus exit, sed magna ex parte infirmior, quamobrem cunabolis ex lana eum obvolvunt, et fasciis adligant ».

[87]) Nell'opera apocrifa d'IPPOCRATE, *de partu septimestri* si legge, secondo la traduzione di VAN DER LINDEN, tom. I, pag. 167: *Septimestres autem nascuntur diebus centum et octoginta duobus ac dimidio, et insuper accedente dici particula.* MENDE nel citato *Handbuch der gerichtlichen Medicin* (Leipzig 1821), parte 2.ª, §§ 142 e 143, pag. 353-356 ritiene che la determinazione di 182 giorni sia veramente d'IPPOCRATE e crede che la contradizione sarebbe rimossa, se si ammettesse che con quel periodo si sia voluto semplicemente indicare il termine minimo necessario alla vitalità. Ma il numero di 182 giorni corrisponde esattamente a 26 settimane, cosicchè dunque il tempo necessario alla vitalità verrebbe calcolato come oscillante da 26 fino a 30 settimane piene. Ora se si riconduce questo calcolo ai mesi del calendario e si pone il principio della gravidanza ai 15 o 16 del mese, ne segue, che la nascita di un feto di 26 settimane o di 182 giorni viene a coincidere il ventesimo giorno del settimo mese.

[88]) V. *Io. Dan.* METZGER'S *System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft* [Sistema di medicina legale], § 280; *Gc. Heinr.* MASIUS, *System der gerichtlichen Arzneykunde für Rechtsgelehrte*, § 261; *Adolph.* HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin* (Berlin 1819), § 94.

vive per alcune ore, o anche alcuni giorni, tuttavia è inetto a continuare a vivere e deve considerarsi come un *partus vivus, sed non vitalis,* se ciò ricordiamo, dovremmo quasi essere disposti a credere, che un tal parto, nato bensì in costanza di matrimonio, ma prima della decorrenza dei sette mesi, non possa essere un *iustus filius.*

Questa opinione effettivamente è stata pure difesa con molta dottrina nel sotto menzionato studio [89]), e questa appunto è stata già avanti sostenuta da *Bern. Heinr.* REINOLD [90]): « HIPPOCRATIS auctoritas, egli dice, utpote sibi contrarii, nullius est momenti. *Numeri Pythagorei* dignitas et veneratio frivola est, et ea tamen effecit, ut septimestrem partum plerique legitimum censerent, id quod naturae repugnare, NICOLAUS VENETUS, Medicus celeberrimus [91]), clarissime demonstravit. Non esse igitur legitimum, certum est, nisi pater, qui antea cum ea rem habuit, quae ipsi postea coniux facta est, eum agnoscat ».

Ma che andiamo noi parlando di ULPIANO e di PAOLO? Nè l'uno nè l'altro, si dice, avevano in mente l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo:* ma entrambi parlavano di un caso particolare in cui si era dovuto, per ragioni speciali, accettare un principio di equità contro il rigore del diritto.

E primieramente, vuolsi, che il responso di PAOLO si riferisca in parte alla *Lex Papia Poppaea,* la quale puniva i coniugi senza figli, riducendo di metà ciò che fosse stato loro lasciato per testamento [92]), in parte al *Senatusconsultum Tertullianum,* che fondò il diritto ereditario della madre sul *ius liberorum.* Ciò risulta chiarissimamente, se si mette a riscontro la L. 12 *de statu homin.* col passo, innanzi riportato, delle *Sententiae Receptae,* nel quale è detto espressamente che la massima di considerare come vitale, secondo la dottrina di PITAGORA, anche un feto di sette mesi, fu

---

[89]) Vedi l'innanzi (nota 82) citata *Commentatio de partu septimestri, eoque spurio, non legitimo auctore Alb. Guil. Aug.* BECKER, Lipsiae 1805, 8.

[90]) *Varior.*, cap. 38, in *Opuscul. a* IUGLERO *edit.*, pag. 215 e segg.

[91]) *De generatione hominum, libro gallice conscripto,* cap. III, art. 4.

[92]) V. la parte 2.ª del *Commentario,* § 114, pag. 74.

accolta per favorire la madre, facendo sì, cioè che questa fruisse del *ius liberorum*. Di fatti egli dice ciò nel luogo stesso in cui parla appunto del Senatoconsulto Tertulliano. Dal libro IV delle *Sententiae Receptae* è tratta anche la L. 14 D *de statu hominum*, dove PAOLO pone il principio riferentesi pure all'argomento, che i parti mostruosi non sono da considerare come figli. Dessi giovano ai genitori solo all'effetto di sottrarli alle pene dell'*orbitas*, alle quali altrimenti sarebbero soggetti per la *Lex Papia Poppaea*. Ed a ciò ha tratto la decisione di ULPIANO, proveniente dal di lui libro IV *ad L. Iuliam et Papiam* e riportata nella L. 135 D. *de Verborum Significat.*, la quale quindi non è in contradizione col responso di PAOLO. È molto verosimile che PAOLO nei suoi *libri Responsorum*, dai quali fu tolta la L. 12 *de statu homin*, risolvesse un caso riferibile a quella legge ed avesse solo sostituito il nome di PITAGORA con quello di IPPOCRATE. Il che spiegherebbe anche, perchè la L. 12 sia stata inserita dagli autori delle *Pandette* nel titolo che tratta della capacità fisica dell'uomo [o]). Sembra dunque, secondo questa opinione, che lungi dal pensare all'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* contro il marito, che non volesse riconoscere per suo il parto di sette mesi natogli dalla moglie, PAOLO piuttosto abbia nel suo responso deciso soltanto la questione, se la condizione fisica di un feto di sette mesi nuoccia o giovi alla madre all'effetto di acquisirlo il *ius liberorum* e sottrarla alle pene dell'*orbitas*.

L'espressione *iustus filius*, pertanto, non si riferirebbe alla legittimità del figlio, ma varrebbe a designare, che un feto di sette mesi, purchè non sia mostruoso, e venga perfettamente separato

---

o) Il tempo richiesto per la legittimità del parto variò, a seconda delle opinioni fisiologiche in voga. Certo è che il periodo di 180 giorni — accolto anche dal nostro Cod. civile — vigeva anche in Grecia. Ciò risulta da un passo di PLATONE, riferentesi al diritto vigente nella città sua natale, nel quale, conforme ai dettami della scienza del tempo, si calcolava la durata minima della gestazione in 6 mesi e la massima in 10, e quindi si riteneva illegittimo il figlio nato prima di 180 giorni del matrimonio e dopo i 300 giorni dallo scioglimento di questo. PLATONE, *Civitas*, lib. V, p. 461, d. 51. Cfr. BEAUCHET, *Le droit pénal de la république athenienne*, vol. I, p. 338 e segg.

dall'utero materno, dà diritto alla madre di pretendere da una parte l'*ius liberorum*, e le dà modo di evitare dall'altra la pena annessa all'*orbitas*. Ora ciò che è stato introdotto contro il rigore del diritto in favore della madre non può trarsi a danno del marito, se da un principio di diritto contrario e poziore venga stabilito, che il feto di sette mesi è da considerare come illegittimo [93]).

Anche ciò che ULPIANO dice nella L. 3 § 12 D. *de suis et legitim. heredibus*, cioè che un parto di 182 giorni è da considerare *iusto tempore natus*, non è, si soggiunge, una regola generale posta per tutti i casi, ma si riferisce soltanto ad un caso singolo, e ne dà indizio lo stesso indirizzo del rescritto dell'imperatore PIO ai pontefici, perchè gl'imperatori erano soliti di rescrivere soltanto in ordine a certi casi particolari che loro si sottoponevano.

Il caso, che si contemplava nel rescritto del Divo PIO, menzionato da ULPIANO, non ci è noto, perchè, essendo il rescritto diretto ai pontefici, è facile intendere che debba essere stato tale da rientrare, dopo la sua risoluzione, nella competenza dei pontefici e quindi nell'àmbito del *ius sacrum*.

Ma per questa medesima via esso lo si può facilmente ricostruire. Coloro, i quali volevano pervenire ad un ufficio sacerdotale, dovevano essere *patrimi* e *matrimi*, cioè generati da un matrimonio *confarreato* ed avere entrambi i genitori, il padre e la madre, ancora in vita [94]). Senza dubbio dovette esser fatta la questione, se potesse essere eletto al sacerdozio un candidato, il quale fosse bensì nato *ex iustis nuptiis*, ma da una madre liberta, nel 182.° giorno dalla manomissione. Ai Pontefici un simile nascimento ebbe ad apparire come sospetto: in tale dubbio dovettero quindi rivolgersi all'imperatore, e questi, poichè qui per nessuna guisa era a temere una contradizione colla regola generale, si fece guidare da un sentimento di favore al matrimonio e alla libertà e rispose: *filium iusto tempori videri natum*.

---

[93]) V. BECKER, *Commentat. cit.*, § X, pag. 63, 78.

[94]) *Paul.* MEROLA, *de Sacerdot. Roman.*, cap. II, *Oper. postum.*, pag. 29: ed HEINECCIUS, *Antiquitat. Rom.*, lib. I tit. X, § 5.

Or s'intende che una decisione adottata per un caso particolare e per uno speciale favore, non debba potersi estendere a segno da ledere il diritto di altri.

A questo accenna anche il senso di opinabilità che hanno le parole: *videri natum*. Non è questo infatti il linguaggio che suole usare il legislatore, quando si tratta di una legge. Questa, come dice SENECA [95]), va invece formulata con parole inflessibili. Nè è da credere, si conclude, che ULPIANO abbia voluto decampare dalla regola, che egli poco prima aveva stabilito, cioè che è il decimo mese quello che segna il giusto termine della nascita legittima [96]).

A mio modesto parere ricorrono qui due questioni:

1.ª Il principio del diritto romano: che un bambino, nato da matrimonio legittimo durante il settimo mese, è da ritenere vitale e per conseguenza, agli effetti giuridici, *pro partu* IUSTO TEMPORE *nato:* quel principio è semplicemente una eccezione valida in singoli casi, o è una regola generale di diritto?

2.ª Questo periodo, che, per la legittimità di una nascita anticipata, il diritto romano accolse da IPPOCRATE, è anche oggi sufficiente a far presumere la paternità del bambino nato da un matrimonio legittimo?

Non sì tosto si consideri la prima questione, si deve veramente ammettere, che tanto PAOLO quanto ULPIANO avevano innanzi dei casi particolari. Ma appunto la circostanza che essi usavano quel principio come *ratio decidendi* e lo fondavano sull'opinione di un medico, di quei tempi famosissimo, IPPOCRATE, dimostra che si trattava non già di un'eccezione, ma di una regola generale di diritto. Queste *rationes decidendi* sono da considerare come vere leggi, dalle quali il giureconsulto può ulteriormente dedurre delle conseguenze, che hanno il valore non di semplici analogie, ma di vere e proprie applicazioni di diritto [97]). Appunto

---

[95]) *Epist.* XCIV, num. 38.

[96]) V. BEKKER, *cit. Commentat.*, § XI, pag. 78-83 in confronto al § IX, pag. 47-63.

[97]) Cfr. la mia *Einleitung in das Studium des Röm. Rechts* [Introduzione allo studio del diritto romano], § 14, pag. 89.

perchè la proposizione: *Septimo mense nasci perfectum partum, et ideo, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse,* appoggiata all'opinione di IPPOCRATE, si era elevata a regola di diritto, le si riserbò un posto nel titolo delle *Pandette,* che è principalmente inteso a determinare le condizioni di capacità dei nati.

Si trattava dunque della semplice applicazione di un principio di diritto di già conosciuto, quando, conformemente al medesimo, ULPIANO nella L. 3 § 12 D. *de suis et legitimis heredis* opinava, che una madre la quale fosse stata manomessa 182 giorni avanti il parto, dovesse considerarsi di avere concepito il figlio non nello stato di schiavitù, ma di libertà, essendo in base all'opinione di IPPOCRATE comunemente accettato, che il feto di 182 giorni nascesse vitale.

Che la questione della vitalità di un feto di sette mesi debba essere venuta in campo, specialmente, in caso di successione ereditaria, lo prova il posto che è stato assegnato nelle *Pandette* a questo passo di ULPIANO e che è appunto compreso nel titolo, che tratta della successione dei *sui et legitimi heredes.*

Può anche darsi che questa questione non fosse stata infrequente nel caso del *ius liberorum* che, dopo il Senatoconsulto Tertulliano, fu posto a base del diritto ereditario della madre, come si ricava da un luogo di GELLIO [98]), nel quale per l'appunto si ricorda IPPOCRATE ed a questo proposito si racconta, che in un caso importante di successione ereditaria si disputò perfino della vitalità di un feto di otto mesi, che appena nato era morto, si dubitò cioè, se esso fosse sufficiente ad integrare nella madre il *ius trium liberorum.*

E certamente, anche il caso dal quale fu occasionato quel rescritto dell'imperatore PIO ai Pontefici, di cui parla ULPIANO, concerneva piuttosto una questione di diritto ereditario, anzichè

---

[98]) *Noct. Attic.*, lib. III, cap. 16: «Memini ego Romae accurate hoc atque solicite quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an *octavo mense* infans ex utero vivus editus, et statim mortuus, *ius trium liberorum* supplevisset; quum abortio quibusdam, non partus, videretur *mensis octavi intempestivitas?* ».

la scelta di un candidato alla dignità sacerdotale. Imperocchè era ai Pontefici romani che in virtù del loro ufficio competeva di assicurarsi delle condizioni che consentivano di ricevere i *sacra privata*, e i *sacra privata*, connessi come erano col patrimonio, insieme a questo trapassavano, dopo la morte di un *paterfamilias*, ai di lui eredi [99]). Perciò era naturale che tali questioni, le quali concernevano il diritto di famiglia, fossero pure sottoposte alla loro cognizione [100]). Ora il *iustum nativitatis tempus* aveva la maggiore influenza sul *ius sui iuris* e sul *ius agnationis*. E così anche si comprende, come, nel caso in cui si trattasse di determinare il giusto periodo della nascita di un feto vitale, potesse essersi offerta ai Pontefici l'occasione di rivolgersi all'imperatore.

Nè si obbietti, che tanto PAOLO quanto ULPIANO nei passi citati ebbero ad esprimersi in maniera per nulla rispondente alla indole imperativa di una legge generale. PAOLO, veramente, dice: *et ideo* CREDENDUM EST, *cum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est*, IUSTUM FILIUM ESSE, e ULPIANO: *qui centesimo octogesimo secundo die natus est*, IUSTO TEMPORE VIDERI NATUM. Ma chi conosce la forma, con la quale i giureconsulti romani erano soliti

---

[99]) CICERO, *de legibus*, lib. II, cap. 19: « Saepe ego — dice qui SCEVOLA — ex patre audivi, Pontificem neminem bonum esse, nisi qui ius civile cognosset. — De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut *conserventur semper et deinceps familiis prodantur*, et, ut in lege posui, *perpetua sint sacra*. Hoc posito, haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, *ut, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit* (La parola *pecunia* designa qui tutto ciò che fa parte del patrimonio. L. 9 pr., L. 222 D. *de Verb. Signif.*). Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur Iurisconsultorum libri. Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. *Heredum causa iustissima causa est:* nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigrarit, propius accedat ».

[100]) CICERO, *Orat. pro Domo sua*, cap. 13: « Quod ius est adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit, et, cum potuerit, sit expertus. Quae deinde causa cuique adoptionis, quae *ratio generum*, ac dignitatis, quae sacrorum, quaeri a Pontificum collegio solet ». V. *Ern. Mart.* CHLADENIUS, *de Gentilitate veter. Romanor.* (Lipsiae 1742, 4), cap. X, § 2, pag. 117 e segg.

di esprimere le loro affermazioni, non è possibile che si meravigli del linguaggio usato dai due giureconsulti [1]). Particolarmente, l'espressione *videri* è così comune che, come osserva *Ulrico* UBERO [2]), è dato trovarla perfino nella sentenza dei giudici [3]). Per altro si può prescindere da ogni ulteriore giustificazione, quando si rifletta che GIUSTINIANO colla sua costituzione *de confirmatione Digestorum* ha dato forza di legge ai frammenti dei giureconsulti romani raccolti nelle sue *Pandette*. Da questo punto di vista non si può dunque ragionevolmente dubitare che la massima, secondo la quale un feto di sette mesi è vitale e pertanto, ove sia nato da un matrimonio legittimo, è da considerare come figlio legittimo, sia stata applicata all'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* per apprestare una presunzione di paternità contro il marito.

A questo alludono, è manifesto, anche le parole di PAOLO: « et ideo credendum est, eum, qui *ex iustis nuptiis* septimo mense natus est, *iustum filium esse* ». Sia pure che PAOLO nel *liber IV Sententiarum Receptar.* potè aver detto, in relazione al *Senatusconsultum Tertullianum*, che un parto di sette mesi viene considerato rispetto alla madre, come un figlio, allo scopo di assicurarle il diritto ereditario: ma la L. 12 fu tratta non già da quel libro, sibbene, come indica la sua epigrafe, dai *libri Responsorum* di PAOLO. Ora nel caso, sul quale PAOLO rispondeva, poteva benissimo non trattarsi del *ius liberorum* della madre, perchè questo non dipende affatto dalla legittimità della nascita dei figli. Infatti, a tenore del *Senatusconsultum Tertullianum*, la madre succedeva anche ai suoi figli *vulgo quaesiti* [4]). Piuttosto, dopo le citate chiare parole di PAOLO, non è più luogo a dubitare, che egli nel suo

---

[1]) Si confronti *Frid.* HAENEL, *Diss. de verborum formulis, quibus ICti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt*, Lips. 1821, 8.

[2]) *Eunomia Rom. ad L. 31 D. de legib.*, § 5, pag. 40.

[3]) V. ad es. L. 27 § 1 D. *de liberali causa*.

[4]) L. 2 § 1 D. *ad SCtum Tertull.*; PAULUS, libro IV *Sententiar. Receptar.*, tit. 10, § 1. Vedi la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* [Dissertazione sulla dottrina della successione intestata], § 75, pag. 260 della 2.ª edizione.

responso aveva presente una specie, nella quale si faceva questione del momento in cui la nascita di un figlio potesse considerarsi legittima. Già, a dimostrarlo è sufficiente l'espressione usata *iustus filius,* colla quale, sempre, nelle leggi viene designato il figlio giuridicamente legittimo [5]). Chi potrebbe all'incontro approvare una interpretazione così sforzata da intendere, contro l'uso generale del linguaggio giuridico, le parole di PAOLO: *et ideo credendum est eum qui septimo mense natus est, iustum filium esse,* nel senso che un parto di sette mesi quando non è mostruoso, ma viene al mondo apparentemente regolare di membra e vitale, per quanto se ne muoia immediatamente dopo la nascita, appresta alla madre una giusta e verosimile ragione di non perdere il *ius liberorum* e di evitare le pene dell'*orbitas* [6])? L'espressione *iustum filium esse* si riferisce dunque manifestamente alla precedente proposizione: *qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est.*

Circa alla seconda questione bisogna confessare, che sono molto divergenti [7]) le opinioni e le teorie dei fisiologi e dei maestri di medicina legale sul periodo che è necessario, perchè il frutto del concepimento nasca vitale. Ci sono due punti estremi fra i quali è stata ammessa la vitalità del parto prematuro.

I più indulgenti riconoscono la vitalità in ogni fanciullo, che sia nato dopo il decorso di sei mesi solari, ossia di 180 o 182 giorni. A questa scuola appartengono principalmente *Mich.* ALBERTI [8]), *Herm. Fr.* TEICHMEYER [9]), *Ioh. Ernst.* HEBENSTREIT [10]),

---

[5]) L. 12 D. *de adoption.;* L. 3 § 5 D. *de bon. poss. contra tab.;* L. 15 Cod. *de nupt.*

[6]) BECKER, *cit. Commentat.*, § X, pag. 77 e segg.

[7]) Sulle nascite immature e tardive si confronti *Joh. Dan.* MEZZGER, (in *Loders Journal für die Chirurgie*, vol. 1.° e 3.°), ma principalmente l'eccellente trattazione del mio onorevole collega signor *Adolph* HENKE sulle nascite anticipate e tardive, nei trattati di medicina legale dello stesso, vol. 3.° (Leipzig 1824, Abh. IV, pag. 261-342.

[8]) *System iurisprud. medicae*, parte I, cap. 7, § 4 e 11.

[9]) *Institut. medicinae legalis s. forens.*, pag. 54.

[10]) *Anthropol. forens.*, sect. II, cap. XI, § 5 e 7, pag. 182 e seg.

*Crist. Gottl.* LUDWIG [11]), WILDBERG [12]), *Iust. Crist.* LODER [13]), e molti altri.

Molto più rigorosi sono coloro, che negano di riconoscere la vitalità dei fanciulli nati nel settimo mese e anche di quelli nati nell'ottavo mese. Principali fra questi sono *Ioh.* HARDER [14]) e *Ioh.* BOHN [15]).

Una via di mezzo è seguìta da chi ammette, che ogni feto nato avanti il decorso di sette mesi dal concepimento, ossia avanti il principio della 31.ª settimana, cioè prima del 210.° giorno dal concepimento, quand'anche venga alla luce vivo e continui a vivere alcune ore o giorni, non debba assolutamente essere dichiarato vitale. Questa opinione media viene propugnata dal maggior numero di medici odierni quali HALLER, MEZZGER, BAUMER, GRUMER, KOPP, MASIUS, MENDE e molti altri, ed è stata particolarmente difesa con la profondità, che gli è propria, dal nostro HENKE [16]) contro le obbiezioni oppostegli dai contradittori.

Tuttavia, poichè secondo il giudizio di HENKE [17]) non è possibile una determinazione matematica del momento in cui il feto acquista la vitalità, poichè anche la possibilità che il feto nato

---

[11]) *Institut. medicinae forens.*, § 107.

[12]) *Handbuch der gerichtlichen Arzneywissenschaft* [Trattato di medicina legale], § 149.

[13]) *Anfangsgründe der physiologischen Anthropologie und der Staats-Arzneykunde* [Primi principî di antropologia fisiologica e di medicina legale], § 342, pag. 506 (3.ª edizione Weimar 1800). Quivi si dice: « Se la nascita segue nella 39.ª o 40.ª settimana si dice *zeitig* (*partus maturus*) ed il nato *vollbürtig* o *ausgetragen*. Se segue tra il principio del settimo ed il nono mese si dice *frühzeitig* (*partus prematurus*). Un tal parto può venire alla luce vivente e continuare a vivere: esso è però più leggero di peso, piccolo di statura, più sparuto di membra ed ha unghie più sottili e pelle più fina alle mani e alle piante dei piedi.

[14]) *Diss. de partu septimestri ICtorum responsis et Medicorum placitis insigni*, Lugd. Batav. 1663.

[15]) *De officio Medici duplici, clinici nimirum ac forensis* (Lipsiae 1704), pag. 629.

[16]) *Scritti citati*, cap. 2, pag. 289-297.

[17]) *Luogo citato*, pag. 297.

avanti il termine indicato continui a vivere non può essere negata in singoli sebbene rari casi [18]), poichè finalmente gli stessi scienziati e i medici legali sono tutt'altro che di accordo sullo spazio di tempo necessario alla vitalità del parto prematuro: per tutte queste ragioni era certamente opportuno, che la legge stabilisse un termine normale, a cui ragguagliare le nascite precoci.

Il diritto romano dunque accolse *in favorem partus et matrimonii* l'opinione dei medici e degli scienziati più favorevole alla donna e al fanciullo e la pose a fondamento della legge. E perciò stabilì, per il riconoscimento della vitalità ai parti precoci, il termine di 182 giorni. Ogni fanciullo nato nel 182.° giorno dalle nozze o in giorno posteriore, il quale viene alla luce vivo, viene perciò stesso considerato come vitale. Ed appunto perciò ogni fanciullo vivo e vitale nato dopo il 181.° giorno e prima della fine del decimo mese dal giorno del matrimonio vien considerato come frutto del matrimonio stesso.

Queste determinazioni debbono dunque valere anche oggi come regolatrici in tutti i casi, in cui si debba decidere del diritto ereditario, della paternità e della legittimità del figlio, a meno che un termine diverso non sia stabilito da una nuova legge, che debba trovare applicazione nel caso che venga sottoposto al nostro esame [19]). Pertanto, se una donna ha partorito

---

[18]) Un caso assai notevole ci è raccontato da D'OUTREPONT nelle *Abhandlungen und Beyträgen geburtshülflichen Inhalts* [Dissertazione e contributo in materia ostetrica], th. I (Bamberg 1822), pag. 167 e segg. di un fanciullo la cui nascita si era verificata dalla 25.ª alla 27.ª settimana dal concepimento, cioè fra il 175.° e il 189.° giorno e che, mediante un attentissimo trattamento, sopravvisse felicemente, nonostante che portasse tutti i segni di una tale prematurità. Si confronti per questo caso speciale HENKE'S *Zeitschrift für die Staatsarzneykunde* [Rivista di medicina legale], vol. VI, pag. 19.

[19]) Il *Diritto prussiano*, parte 1.ª, titolo 2.°, sezione 1.ª, § 1 e 4, è del tutto diverso. Esso porta a 210 giorni dalla prima coabitazione matrimoniale il più breve termine e dichiara legittimo il figlio nato il 210.° giorno dalla conclusione del matrimonio. Il Codice austriaco, parte 1.ª, capitolo 3.°, § 138, concorda invece col diritto romano. « Per quei fanciulli, così statuisce, che sono nati dalla moglie nel settimo mese dopo

nel 182.° giorno dal matrimonio un figlio vitale e che continua a vivere, questo è considerato per presunzione legale figlio legittimo, ed il marito di lei, padre suo [20]).

Solo bisogna che effettivamente egli porti in sè i segni della immaturità, che è inseparabile da un parto di sette mesi. Perchè se la donna, nel settimo mese dal matrimonio, si sgravasse di un fanciullo che non soltanto continui a vivere, ma anche porti tutti i segni della maturità, un tal neonato non potrebbe esser considerato nè legalmente nè scientificamente come *septimestre,* ma si dovrebbe piuttosto riconoscere come generato, avanti del matrimonio, con altro uomo [21]).

---

la conclusione del matrimonio, milita la presunzione di nascita legittima ». Secondo il *Commentario a questo codice* del ZEILLER, vol. I (Vienna e Trieste 1811), pag. 316, num. 2, il riportato comma parla del settimo mese in ragione del suo principio e perciò, posto che ogni mese vien calcolato di 30 giorni, il più breve termine per la generazione del figlio è ridotto a 180 giorni. Egualmente il codice Napoleone, civile, lib. I, tit. VII, cap. I, art. CCCXII ha stabilito un termine di 180 giorni per il riconoscimento di una nascita anticipata legittima.

[20]) V. LUDWIG, *Institut. medicinae for.*, § 107, ed HENKE, *cit. Abhandl. von Früh- und Spät-Geburten* [Dissert. sulle nascite precoci e tardive], cap. 2.°, pag. 298 e segg.

[21]) V. PLOUCQUET, *Ueber die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder* [Sui requisiti fisici della capacità di succedere], § 38, e *Pet. Lud.* BEHRMANN, *Commentat. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitati fundamenti*, Goetting. 1784, § VIII. Di opinione completamente diversa è il MENDE, nell'*Handbuch der gerichtlichen Medicin*, th. 2, cap. 8, § CXLI, pag. 353. « Ben fece, egli dice, il latore della legge romana nell'attenersi ad IPPOCRATE: ma noi nella odierna applicazione di questa legge faremo male a seguirne l'opinione, perchè oggi siamo in possesso di cognizioni meritevoli di maggior credibilità. Il principio espresso nel diritto romano, che cioè qui sia da ricorrere al giudizio dei medici, deve esser tenuto fermo: ma non l'autorità da esso invocata, come quella che non ha, nè merita più alcuna fede. Così vuole anche lo spirito del diritto romano. È perciò inconcepibile, egli prosegue, come l'opinione di medici accreditati al tempo dei romani sia potuta passare non solo nelle materie civili, ma siuanche estendersi alle penali ed essere posta a fondamento delle nuove leggi. Si confrontino, aggiunge egli più oltre, al § CXLVIII, pag. 358, le disposizioni contenute nei nuovi codici nella parte che concerne la gestazione dei frutti del concepimento, coi risultati a cui sono pervenute le ricerche nuove e nuovissime dei

Siccome però con questa legale determinazione di tempo si ha semplicemente in mira di stabilire una presunzione legale, la legittimità del figlio nato durante il matrimonio [22]), così è necessario che sia ammessa la controprova del marito, che non voglia riconoscere per suo, il nato. Ma questa ammissibilità ricorre, solo quando egli possa dimostrare convincentemente, che in tutto il periodo corrispondente al concepimento, la donna non abbia vissuto matrimonialmente con lui, perchè egli siasi trovato per tutto quel tempo o impotente all'amplesso, o così lontano da non aver potuto giacere con essa. A questo punto attiene il notevole passo di ULPIANO della L. 6 D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt:*

« Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia *per decennium* [23]), reversum *anniculum* invenisse in domo sua: placet nobis

---

medici e degli scienziati — e si vedrà che neanche i nuovi codici vanno d'accordo colle leggi di natura, anzi, vengono con queste — ed è il peggio che di essi può esser detto — nella più stridente contradizione. Se dunque la legge deve realizzare effettivamente il diritto e non permettersi di consacrare per norma della vita sociale una collezione di asserzioni cervellotiche o vacillanti, è da procedere su questo punto ad una riforma radicale.

[22]) Posto che qui si tratti unicamente di una presunzione, si chiarisce perchè PAULUS, nella L. 12 D. *de statu hominum* dice: « credendum est », ed ULPIANO nella L. 3 § 12 *de suis et legit. hered.*: « iusto tempore *videri* natum ». L'insussistenza dell'opinione avanti contrapposta dal BECKER si fa così anche più evidente.

[23]) Effettivamente non merita un eccessivo biasimo BACHOV. in *Protis Paud. ad h. L.* se di fronte a questo esempio di ULPIANO non sapeva trattenere il riso. E non sappiamo se dicesse sul serio o scherzasse *Ulr.* HUBER, in *Eunomia Rom. ad h. L.*, pag. 62, quando per giustificare ULPIANO, contro BACHOV., scriveva: « nec adeo, quod ULPIANUS scripsit monere mugatorium est: ut etiam quibusdam gentibus placuerit, patrem haberi, *qui per decennium abfuerit, si modo quatuor maria, quibus britanni cinguntur, non transierint*, ut in Anglia iuris esse scribit Gamberlanus in *noviss. statu* Angliae », parte I, cap. 18. Evidentemente ULPIANO voleva dire *biennium*: il che corrisponde anche meglio all'*annicelus*, se si confronti alla L. 134 D. *de Verb. Signif.*; *Franz* SCHOEMAN nel *Röm. Civilrecht nach dem Pandectentexte mit dem Preussisch. u. Französisch. verglichen*, fasc. 1.° (Giess. e Wetzl. 1808), lib. I, tit. 6, nota 10, § 62, opina perfino che si debba leggere *biennium* invece di *decennium*. Questa lezione, egli dice, risulta molto verosimile se si guardi alla forma della lettera iniziale del manoscritto fiorentino, riprodotto nella edizione del *Corp. iur.* curata dallo SPANGENBERG.

IULIANI sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, IULIANUS ait, eum qui cum uxore sua adsidue moratus, nolit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et SCAEVOLA probat, *si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus* [24]), *filium non esse* ».

Senza contestazione, deve ascriversi in parte all'essenza dell'istituto, ma anche principalmente alla maggiore tolleranza del costume e dell'opinione pubblica, il fatto che nei nostri tempi la ricerca relativa alla maturità di un parto prematuro è, nei riguardi del diritto civile, solo raramente affidata alla scienza dei medici legali. Invece in tali controversie, nelle quali si tratta di sentenziare dell'età di un parto prematuro, il giudice dovrebbe sempre, ragionevolmente, prendere norma per la sua decisione dal giudizio reso dai periti in base ad una preventiva ispezione del fanciullo. Lo stesso diritto romano richiamandosi nella determinazione della legittimità del parto di sette mesi alle vedute d'IPPOCRATE, ammette perciò stesso, che solo i medici possono dare un positivo giudizio sopra circostanze di questo genere. Ma sta anche nella natura della legge, che sia lecito riportarsi unicamente al giudizio di periti, ai quali in questa materia spetta il più alto grado di credibilità. Ed è per sè chiaro, che in tal caso al medico competerà di determinare solo in generale se il grado di maturità e di formazione corporea corrisponda o meno al periodo, dichiarato, di gestazione [25]).

---

[24]) Le parole *licet vicinis scientibus* non si riferiscono all'uso dei romani di chiamare i vicini come testi alla conclusione dei loro matrimoni, L. 9 C. *de nupt.*, come credono *Pet.* PERRENONIUS, *Animadversion. et variar. Lection.*, lib. I, cap. 9 (in *Thes. iuris Rom. Otton.*, tom. I, pag. 604) e *Ge.* NOODT, *Comm. ad Dig.*, lib. I, tit. 6, § *Superest* (*Opp.*, tom. II, pag. 25). Perchè, come ha osservato anche *Ant.* SCHULTING, in *Notis ad Dig. s. Pandect.* a SMALLENBURG *edit.*, *h. L.*, tom. I, pag. 136, qui si tratta non del matrimonio, ma della legittimità della nascita di un fanciullo. Quelle parole accennano piuttosto ad un possibile occultamento della nascita. Cfr. SCHOEMAN, *luogo citato*, pag. 63.

[25]) V. HENKE nella citata *Abhandl.*, pag. 300 e MENDE, *Handbuch der gerichtlichen Medicin*, parte 2.ª, § CXLI e § CL, pag. 359.

Come per la nascita anticipata, così anche per la tardiva, le leggi hanno determinato un termine normale massimo, e sancito che ogni fanciullo nato entro il detto periodo sia da considerare come figlio legittimo del marito, intanto defunto.

È già noto che la nascita naturale di un parto maturo e completo si verifica nel 280.° giorno [26]). Tuttavia le osservazioni e le esperienze dei nostri medici sulla possibilità di parti in ritardo, cioè prodotti di una gestazione oltrepassante il 280.° giorno, non ci lasciano il menomo dubbio [27]). Già la più remota antichità ci ha tramandato esempi notevoli di questo genere.

Molto importante, in ogni tempo, fu dunque per i medici e per gli scienziati la questione relativa al tempo massimo, che un feto può rimanere nell'utero materno oltre il periodo ordinario; ed egualmente importante pel legislatore, quella relativa al termine che, tenuto conto di quelle osservazioni ed esperienze, convenga fissare come normale, nel campo giuridico, per giudicare alla stregua di esso della legittimità di quei figli che, anche dopo la morte del marito, sono nati dalla vedova di lui.

Il diritto romano esclude, dopo il decimo mese, la presunzione di legittimità dei parti tardivi e considera come illegittimo ed esclude dalla eredità legittima il fanciullo nato dopo questo momento. Nella L. 3 § 11 D. *de suis et legitim. heredib.* ULPIANO dice:

« *Post decem menses mortis natus,* non admittetur ad legitimam hereditatem ».

Già, per il giudizio di legittimità di un parto tardivo, la legge delle XII tavole aveva fissato appunto questo termine. Lo attesta il medesimo ULPIANO, come risulta dal confronto della legge or citata con la L. 3 § 9 D. *eodem,* dove egli dice:

« Utique et *ex lege XII Tabularum* ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuerit, admittitur, si fuerit editus ».

---

[26]) V. HENKE, *cit. Abh.*, cap. 1.°, pag. 272 e segg. e MENDE, *Handbuch*, parte 2.ª, cap. VI, pag. 303 e segg.

[27]) Si trovano parecchi casi notevoli di simili nascite tardive in HENKE, *cit. Abh.*, pag. 323-329.

Ma anche più lo conferma un notevole luogo di GELLIO [28]), che merita di essere qui riportato:

« Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque venisse usu Romae comperi; feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse: factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, *quoniam* DECEMVIRI *in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo, scripsissent.* Sed DIVUM HADRIANUM, causa cognita, decrevisse *in undecimo quoque mense partum edi posse;* idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto HADRIANUS id statuere se dicit, requisitis veterum Philosophorum et Medicorum sententiis ».

*Iac.* GOTHOFREDO [29]) pone questa legge fra i frammenti della IV tavola ed ha cercato di ricostruirla così [30]):

« Si qui ei (sc. patri) in X mensibus proximis postumus natus escit, iustus esto ».

Colla Novella XXXIX, cap. 2 GIUSTINIANO nulla ha mutato riguardo a questo punto: soltanto in un caso particolare sottopo-

---

[28]) *Noct. Atticar.*, lib. III, cap. 16.

[29]) *Fragmenta XII tabular. inter fontes quatuor iuris civ.*, lib. I (in OTTONIS, *Thes. iur. Rom.*, tom. III, p. 34).

[30]) I tentativi fatti dagli altri romanisti per la restituzione delle parole del testo si trovano in *Heinr. Ed.* DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des textes der Zwölf-Tafel-Fragmente* (Leipzig 1824, 8), pag. 285 e segg. Quivi viene confutata con ragione l'opinione espressa da *I.* GOTHOFREDUS, nelle *Probationibus ad tab. IV* (in *Thes. Otton.*, tom. III, pag. 94), che cioè l'espressione *iusto tempore* della L. 3 § 12 D. *de suis et legitim. heredib.* sia da intendere nel suo significato tecnico, ossia valga quanto *tempus lege XII tabularum definitum*, altrimenti detto, *legitimum:* il che porterebbe alla conseguenza che anche il termine di 182 giorni accolto dal diritto romano posteriore per il riconoscimento dei parti anticipati vitali derivasse dalla legge delle XII tavole. Invece, la proposizione *iusto tempore videri natum* non vuol significare altro che questo: che dopo 182 giorni un fanciullo, secondo una legale determinazione di tempo, può nascere vitale. Nei *Basilici*, tom. VI, pag. 9, si dice appunto: ἐυτῷ νομίμῳ χρόνῳ τίκτεται.

stogli, che egli chiama *impudentissimum*, dichiarò illegittimo un postumo partorito dalla vedova verso la fine dell'undecimo mese, e ciò *quia graviditas in tantum tempus non protenditur* [31]).

Le nuove legislazioni hanno, parte accettato, parte di pochi giorni esteso, il termine fissato dal diritto romano per le nascite tardive [32]). E poichè sulla possibilità ed effettività di esse, le opinioni dei naturalisti, dei medici e degli ostetrici sono ancora e sempre divise, nè più nè meno di quello che abbiamo visto a proposito delle nascite precoci [33]), così fu senza dubbio molto opportuno consiglio del legislatore, l'avere stabilito un certo termine legale anche pei parti tardivi, per dare al giudice la norma di una legale presunzione ed impedire inutili controversie. La quale presunzione deve essere di guida al giudice nei casi che si presentano e ciò tanto più, in quanto che lo spazio di tempo, che le legislazioni hanno determinato, non abbraccia un termine sufficientemente lungo, come è facile persuadersi confrontandolo con

---

31) V. la parte 2.ª del *Commentario*, § 1116.

32) Il codice civile austriaco, parte 1.ª, cap. 3.°, § 138, dichiara legittimi i figli che siano nati dalla moglie nel decimo mese o dalla morte del marito o dal totale scioglimento del legame matrimoniale. Ma i nati, dopo il decimo mese, assoggetta, quando la loro legittimità sia impugnata, all'esame dei periti. V. il *Commentario* dello ZEILLER, vol. I, pag. 315 e segg. Il codice prussiano, parte 2.ª, tit. 2.°, sez. 1.ª, § 19 dispone, al contrario, che sia da considerare legittimo il figlio nato fino al 302.° giorno dalla morte del marito.

33) V qui anche la profonda ed acuta *Abhandlung* del signor consigliere HENKE, *Die Früh- und Spät-Geburten* [Le nascite precoci e le tardive], cap. 3.° (nelle sue *Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medicin*, vol. 3.°, pag. 306-342). Vi si trovano le opinioni dei medici e naturalisti sulla possibilità dei parti tardivi, divise in tre categorie, cioè: 1.° di coloro i quali le ammettono senza riserva, ma senza anche stabilire un termine sino al quale ammettono la possibitità del ritardo; 2.° di coloro i quali negano assolutamente la possibilità e la verità delle nascite tardive; 3.° di coloro che tengono, tra i due estremi, la via di mezzo ed ammettono le nascite tardive condizionatamente e fino ad un certo termine, *in foro*. Di questa opinione è la maggioranza degli odierni medici, TEICHMEYER, HEBENSTREIT, LUDWIG, HALLER, ROOSE, MASIUS, WILDBERG, BERNT, SPRENGEL, OSIANDER e MENDE, e la segue anche HENKE.

le nuove insospettabili osservazioni di ritardo nella nascita, eseguite su matrimoni regolari [34]).

Siccome però anche qui si tratta semplicemente di una presunzione, e la presunzione deve sempre cedere avanti alla verità, così non potrebbe esser negata l'ammissione di una controprova, sia che nascano dubbi i quali rendano sospetta la legittimità del figlio, nato nei termini, sia che vengano addotte ragioni le quali predichino la legittimità del figlio nato dopo.

Quando dunque intorno alla legittimità della nascita di un fanciullo sorgano dubbi e poscia contestazioni, il termine legale rimane subordinato alle ricerche dei periti. Questo è anche provato dagli esempi, verificatisi presso gli antichi, di eccezioni al termine legale. Così l'imperatore ADRIANO, secondo il passo di GELLIO avanti citato, dichiarò legittimo un figlio nato dopo undici mesi dalla morte del padre. Egli dice espressamente nel suo decreto di aver così deciso, dopo avere in precedenza consultate le opinioni dei medici e dei filosofi.

E MASURIO racconta, presso PLINIO [35]), che ad un fanciullo che la madre, secondo la stessa sua dichiarazione, aveva partorito dopo tredici mesi, il pretore LUCIUS PAPINIUS aveva perfino conceduto la *bonorum possessio* contro l'erede, che aveva legittimamente chiesto l'eredità del padre premorto.

Anche gli odierni espertissimi ostetrici hanno indubitabilmente dimostrato, che esistono delle cause, le quali talvolta ritardano considerevolmente la gestazione oltre il termine ordinario. Queste cause possono risiedere nella costituzione del corpo materno, al quale è propria, in genere, una grande debolezza uterina, ovvero in fatti fisici e psichici, occasionali [36]).

In seguito alle osservazioni ed esperienze [37]), compiute dagli

---

[34]) V. HENKE, *cit. Abh.*, pag. 336 e segg.

[35]) *Hist. Natural.*, lib. VII, cap. 4 in fine.

[36]) Una critica di queste cause si trova in HENKE, *cit. Abhandlung*, pag. 316-321.

[37]) Nella or citata *Abhandl.* si trovano le osservazioni dei più celebri medici odierni: *von* FODERÉ, OSIANDER, KLEIN, ARNOLD, SCHÜTZ, SCHNOBEL, STARKE, KNAPE, SCHNEIDER, WILDBERG, BERNT, SIEBOLD, d'UTREPONT ed HENKE.

stessi, noi ben possiamo, dice un recente e degnissimo maestro di medicina legale [38]), sentirci autorizzati ad ammettere, che può ben verificarsi che un parto ritardi sino al principio dell'undecimo mese lunare, più precisamente, sino al 308.° giorno, ma più oltre, questa possibilità diminuisce ogni giorno di più ed al 322.° giorno vien meno del tutto, cosicchè al di là di questo periodo, non è più possibile ammettere nascite tardive di fanciulli vitali.

Siccome, del resto, le nascite tardive sono sempre un'eccezione alla regola, così in ogni caso è da decidere, dopo uno scrupoloso esame delle sue particolarità: pertanto è da considerare:

1.° Da parte del marito: se al tempo dell'ultimo concubito egli fosse atto a generare o meno. Se il marito morì improvvisamente nella pienezza delle sue forze, la verosimiglianza depone in favore della vedova. Se, al contrario, la morte avvenne dopo lunga e grave malattia, durante la quale le forze generatrici dovettero mancare, allora la presunzione è contro di lei.

2.° Da parte della moglie: se esistano o meno gravi argomenti della possibilità di un parto precoce, o tardivo. Particolarmente deve porsi mente alla sua condotta morale. Una fama moralmente irreprensibile deve valere per le vedove come presunzione, che resiste fino a che non si compia la controprova di un amplesso illecito. Io tralascio tutto ciò che concerne l'esame dei movimenti e segni del suo corpo, come quello che rientra esclusivamente nel còmpito del medico [39]).

3.° Da parte del nato: se la sua costituzione presenti segni d'avanzato sviluppo [40]).

---

[38]) MENDE, *cit. Handbuch der gerichtlichen Medicin*, parte 2.ª, cap. 6, pag. 303 e segg., particolarmente il § CXXXI, pag. 316. Se IPPOCRATE indica l'undecimo mese, come quello nel quale più frequentemente, secondo il corso ordinario della natura, la nascita avviene, egli con ciò non intende menomamente dedurne che la gestazione duri undici mesi, ma invece assegna ad essa una media durata di 280 giorni. A questo risultato si riesce, calcolando, come ha il fatto MENDE (vol. 2.°, § CXXXIII, pag. 317 e segg.), la durata dei mesi greci.

[39]) Su questo punto si consulti di nuovo HENKE, *cit. Abh.*, pag. 340.

[40]) Si confronti HENKE, pag. 541, tit. *α*, e MENDE, *loc. cit.*, § CXXXIV, pag. 318 e segg.

Però l'avanzato sviluppo non è un segno necessario ed inseparabile del parto tardivo. Perchè, secondo le osservazioni dei medici più recenti, quali OSIANDER, CARUS, FODERÉ ed altri, è possibile che fanciulli, nati indubitabilmente in ritardo, siano, per formazione e maturità di corpo, in tutto simili a quelli nati in tempo normale: anzi è possibile che siano piccoli, magri e deboli: il che può dipendere dalla costituzione fisica e dallo stato di salute della madre, come da malattie che essa avesse sofferto nel corso della gravidanza: ma in ogni modo, sempre, nel loro organismo si trova qualcosa di speciale che rivela la maturità [41]). Se pertanto la vedova avesse messo alla luce, dopo dieci mesi dalla morte del marito, un figlio immaturo benchè vitale, un tal parto non potrebbe in alcuna guisa essere ritenuto, secondo la legale presunzione, figlio legittimo del marito [42]).

Conseguenza della presunzione legale è questa: che la madre, attrice, può, fino all'esito del processo chiedere gli alimenti provvisori pel proprio figlio [43]). Poichè il convenuto, per effetto della presunzione, è, intanto, considerato come padre, è logico che sia tenuto a sostenere gli obblighi della paternità, e fra questi anche quello degli alimenti, fino a che non ne venga liberato da una dichiarazione giudiziale [44]).

## § 1287 *f.*

*Se la donna può, coll'azione pregiudiziale* de partu agnoscendo, *chiedere l'anticipo delle spese del giudizio.*

Proponendosi dalla donna l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo,* può sorgere la questione, se essa possa pretendere dal proprio marito anche l'anticipo delle spese processuali, ove non si trovi, per sè, in condizioni da litigare.

---

41) V. MENDE, *Handbuch*, parte 2.ª, § CXXII. pag. 309.

42) V. la parte 2.ª di questo *Commentario*, § 116 *h*, pag. 104 e segg.

43) Arg. L. 7 D. *h. t.*; CARRACH, *Adnotationes* ad BOEHMERI, *Doctrinam de Actionibus*, sect. II, cap. I, § 24, *Not. a Verb. Provisionaliter*, pag. 79.

44) V. GMELIN, *Ueber die Praejudizialklage « de partu agnoscendo »*, § 40, pag. 75 e segg.

GMELIN [45]) distingue il caso, che la donna agisca mentre il matrimonio tra lei e l'uomo sussista tuttora, da quello in cui l'azione si proponga, quando il matrimonio sia di già sciolto.

Nel primo caso non vi ha dubbio, che il marito debba essere condannato ad approntare alla moglie le spese della lite. Infatti, perdurando i rapporti fra i due coniugi, è giusto che anche i loro reciproci diritti e doveri conservino la loro originaria efficacia. E l'uomo, fino a che non se ne sia separato, è non solo tenuto ad apprestare alla donna il mantenimento conforme al suo stato, ma è altresì obbligato, come capo della famiglia, a prendere cura paterna dei figli generati nel matrimonio, e per conseguenza anche di quelli, dei quali è per legale presunzione considerato padre, per quanto il detto rapporto di paternità sia contestato.

Nell' altro caso invece, la pretesa della donna divorziata allo sborso delle spese processuali è manifestamente infondata e vana. Perchè, il legame che unisce i coniugi è già sciolto, e così l'uomo, che fu già marito, consegue dopo il divorzio l' immediata liberazione da ogni obbligo matrimoniale. Non più su lui grava l'obbligo di corrispondere gli alimenti alla donna, e così non si saprebbe vedere per quale motivo giuridico lo si potrebbe tenere obbligato a tali spese.

Ma già da gran tempo la prassi ha accolto il principio, che il convenuto debba approntare le spese all'attore, che sia povero ed assistito dalle apparenze del buon diritto [46]). In applicazione di questo principio si tratterebbe dunque di vedere piuttosto, se la donna divorziata si trovi in una tale situazione, che il marito, a norma del *Senatusconsultum Plancianum,* debba riconoscere il figlio per suo, non potendo provare se sia stato generato o meno da lui.

Solo nel secondo caso io mi trovo d'accordo con l'opinione di GMELIN: nel primo, merita di essere preferita, perchè più fondata, la soluzione della pratica.

---

[45]) *Cit. Abh.*, §§ 31-33.

[46]) Argum. L. 27 § 3 D. *de inoff. testam.*; L. ult. Cod. *de ordine cognition.*; WERNHER, *Select. Observation for.*, tom. I, parte V, oss. 83; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. V, specim. CCCXIII, medit. 7 e 8; CRAMER, *Observation. iuris univ.*, tom. III, obs. 933; REINHART, *Select. Observation. ad Christianaei Decisiones*, vol. IV, obs. 54.

## § 1288.

*Se la donna, sedotta e resa madre, possa coll'azione pregiudiziale* de partu agnoscendo *chiedere gli alimenti allo stupratore. Differenza tra il diritto romano e il diritto moderno. Influenza del diritto canonico.*

I due Senatoconsulti, cioè tanto il Planciano, quanto quello reso sotto ADRIANO, riguardavano solo il riconoscimento di quei fanciulli, che fossero stati generati in legittimo matrimonio. La donna sedotta e resa madre non poteva dunque, per diritto romano, chiedere al padre il riconoscimento dei propri figli illegittimi, nè gli alimenti [47]).

Fu concedutа, almeno alla concubina, un'*actio de partu agnoscendo utilis?* Lo si dovrebbe credere, perchè il concubinato, presso i romani, fu considerato come una unione lecita e la concubina stava *uxoris loco,* nella casa dell'uomo col quale conviveva [48]). Ma sulla questione le leggi tacciono completamente. Neppure troviamo, se il figlio nato dalla concubina sia stato, per un'analoga presunzione legale, ritenuto figlio di colui, presso il quale la concubina era vissuta come tale. La presunzione, secondo la quale il marito vien riputato padre dei figli generati dalla sua legittima moglie, vale pei figli legittimi. Solo sull'esistenza di un legittimo matrimonio è riposto il fondamento della presunzione di legge, come per altro insegna la regola: « *Pater is est, quem* nuptiae *demonstrant* » [49]).

Coerentemente a ciò, quei termini normali per le nascite precoci e le tardive, entro i quali viene ammessa la legittimità della paternità, furono, nel diritto romano [50]), stabiliti *in favorem*

---

[47]) V. GMELIN, *Ueber die Präjudizialklage « de partu agnoscendo ».* § 34, e *Iul. Frid.* MALBLANC, *Diss. sistens fata actionis de partu illegitimo agnoscendo,* Tubingae 1814, auctore *Andr.* MENNET, § IV.

[48]) L. 144 D. *de Verb. signif.*

[49]) L. 5 D. *de in ius voc.* V. *Franz* RAMOS DEL MANZANO *Schediasma de Concubinis,* cap. 2 (in *Thes.* MEERMAN, tom. V, pag. 556.

[50]) V. *Pet. Lud.* BEHRMANN, *Commentat. de termine nascendi naturali*

*partus et matrimonii* e non trovarono applicazione pei figli illegittimi. Perchè gli *spurii* e *vulgo quaesiti* non avevano padre, nominato: *matrem sequuntur* [51]). Solo, *cum legitimae nuptiae factae sint* — dice CELSO [52]) — *patrem liberi sequuntur*. Pertanto, per diritto romano i figli illegittimi possono chiedere il mantenimento soltanto alla propria madre, come espressamente insegna ULPIANO [53]): *Ergo et matrem cogemus praesertim vulgo quaesitos liberos alere*. Nè parla assolutamente il diritto romano di una qualunque riparazione civile pecuniaria, che lo stupratore dovesse alla donna sedotta [54]).

In Germania, questi rigorosi principî del diritto romano non sono accolti, ma tanto la condizione dei figli illegittimi, quanto quella delle donne sedotte è stata in ogni tempo migliore. Non solo si concede alla madre d'intentare, come *actio utilis*, l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* contro il padre dell'illegittimo per ottenere il mantenimento, ma la si autorizza altresì a pretendere dal seduttore che la sposi o la doti.

Il regime del diritto moderno si fonda su questo punto, principalmente, sulle disposizioni del diritto canonico. Le quali infatti, senza alcun riguardo alle leggi romane, pongono a carico del padre, come genitore del figlio, il dovere di alimentare anche i suoi figli naturali, anzi perfino gli adulterini [55]). E vi è perfino obbligato a preferenza della madre [56]).

---

*unico filiationis, et paternitatis fondamento* (Goetting. 1784), § 9. *Ulb. Guil. Aug.* BECKER, *Commentat. de partu septimestri, eoque spurio non legitimo*, Lipsiae 1805, 8, § 17, pag. 119 e segg. e MALBLANC, *cit. Diss.*, § IV.

[51]) L. 23 e L. 19 D. *de statu hom.*

[52]) L. 19 D. *cit.*

[53]) L. 5 § 4 D. *h. t.* Si confronti il § 1286, pag. 68 e segg.

[54]) V. *Crist. Frid.* JÄGER, *Diss. de fatis et fundamento obligationis stupratorum ducendi aut dotandi vitiatas, praes. Christ. Gottl.* GMELIN *def.*, Tub. 1797, 4, §§ 2 e 3.

[55]) V. *Frid. Es.* a PUFENDORF, *Observation. iuris univ.*, tom. IV, obs. 90; *Ioh. Christ. von* QUISTORP, *Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts* [Principii del diritto penale tedesco], vol. 2.°, § 482, pag. 229 e segg. (la nuova edizione di KONOPAK) e MALBLANC, *Diss. cit.*, § IX.

[56]) V. sopra § 1287.

La madre del figlio illegittimo è dunque autorizzata a convenire il padre, che ricusi o ritardi l'adempimento di queste obbligazioni, e di addossargli, mediante l'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo,* il mantenimento del figlio [57]). E siccome questa azione, come la corrispondente azione diretta, tende al riconoscimento e al mantenimento del figlio illegittimo, e si fonda sulla paternità del convenuto, così essa vien denominata *actio de partu agnoscendo utilis* [58]).

Egualmente, l'obbligo del seduttore di sposare o di dotare la sedotta, deriva dal diritto canonico [59]), che, a sua volta, per questa parte, si fonda, propriamente, sul diritto mosaico [60]): secondo il quale il seduttore di una vergine pura era obbligato a sposare la sedotta. Si dubita solo se dovesse dotarla anche nel caso che l'avesse sposata [61]).

Intanto è certo che, anche quando il padre non gli volesse concedere in moglie la figlia, il seduttore, pel diritto mosaico [62]), era obbligato a soddisfare il padre mediante una somma eguale a quella, che era abitualmente richiesta per dotare una fanciulla.

Il diritto canonico, seguendo la *versio vulgata* del testo ebraico [63]), collegò le due obbligazioni ed impose al seduttore di una vergine pura non soltanto di sposarla, ma anche di dotarla. E se si rifiuta al matrimonio deve essere punito corporalmente, scomunicato e chiuso in convento.

A questo punto si riferiscono le decretali di GREGORIO IX, cap. 1 et 2 X. *de adulteriis et stupro.* Il primo testo, che è trascritto

---

57) V. GMELIN, *Ueber die Präiudizialklage de partu agnosc.*, § 34, pag. 83.

58) V. SCHMIDT's *pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden* [Trattato delle azioni ed eccezioni giudiziali], § 394 e segg. e WEBER an SCHMIDT, nota *k*.

59) GMELIN, s. JÄGER, *Diss. cit.*, § 5 e 6.

60) V. vol. 2.° MOSÈ, cap. XXII, v. 15 e 16, e vol. V MOSÈ, cap. XXII, v. 28 e 29.

61) V. BOEHMERI, *Observat. select. ad Carpzovii Practic. nov. Rer. crim.*, parte II, quaest. LXVIII, obs. I, pag. 27 e segg.

62) V. MICHAELIS, *Mosaisches Rechts* [Diritto mosaico], th. V, § 267.

63) V. *Io.* SELDEN, *Uxor. Ebraica,* lib. I, cap. 16 e *I. H.* BOEHMER, *Iur. eccles. Prot.*, tom. V, lib. V, tit. 16, §§ 2 e 3.

in *Exodo,* contiene la legge mosaica, e questo fu già, prima, accettato nella chiesa cristiana [64]). Suona così:

« Si seduxerit quis virginem, nondum desponsatam, dormieritque cum ea: *dotabit eam, et habebit uxorem.* Si vero pater virginis dare noluerit: reddet pecuniam iuxta modum dotis quam virgines accipere consueverunt ».

L'altro testo contiene una disposizione del papa GREGORIO I dell'anno 521:

« Pervenit ad nos, quod Felix quandam virginem stupro decepit. Quodsi verum est; quamvis esset de lege poena plectendus: nos aliquatenus legis duritiem mollientes, hoc modo disponimus, ut aut, quam stupravit, uxorem habeat, aut si renuendum putaverit, corporaliter castigatus, excommunicatusque, in monasterio, in quo agat poenitentiam, detrudatur, de quo nulla sit egrediendi sine nostra praeceptione licentia » [65]).

Il diritto canonico, come risulta da questi testi, volle dunque, accettando il diritto mosaico, mitigare soltanto le pene, di cui il diritto romano colpiva lo *stuprum* e perciò considerò la riparazione pecuniaria dovuta alla donna sedotta come una pena, la cui cognizione fu devoluta al tribunale ecclesiastico [66]).

I glossatori intesero la disposizione nel senso, che il seduttore, sposando la sedotta, poteva liberarsi da ogni altra pena [67]). Tanto più in questo caso si dispensò lo stupratore dall'obbligo della dote, in quanto che la decretale di GREGORIO MAGNO non

---

[64]) *Can. Apostol.*, LXVI.

[65]) Che qui non si parli di un'obbligazione alternativa, lo ha dimostrato BOEHMER nella sua edizione del *Corp. I. C. ad h. cap.*, nota 99. Si veda anche dello stesso: *Ius eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 4.

[66]) V. *Ge. Lud.* BOEHMER, *Diss. de mulctis stuprorum*, Goett. 1749, cap. I, § 13 e segg. (in *Elect. iur. civ.*, tom. III, eserc. XXII); GMELIN, *Diss. cit.*, § 11, e MALBLANC, *Diss. cit.*, § 9, pag. 26.

[67]) V. GONZALES TELLEZ, *Comm. in Decretal. Gregorii IX, ad cap. 2.°, X, de adult. et stupro*; BOEHMER, *Ius eccles. Protest., cit. loc.*, § 6.

lo imponeva chiaramente, e l'antico costume tedesco, secondo il quale era il marito che dotava la moglie, era venuto meno per l'influenza del diritto romano. Conseguentemente, se lo stupratore sposava la sedotta non era più tenuto ad assicurarle contemporaneamente una dote.

Ma il seduttore era reputato colpevole quando, non verificandosi il matrimonio, si limitava a soddisfare la sedotta con la dote. Essendosi in prosieguo di tempo cominciato a separare più nettamente l'interesse privato della sedotta dall'interesse pubblico della pena, così, mediante l'uso del foro, a poco a poco, si formò l'opinione, ora generalmente dominante, che lo stupratore sia tenuto ad una delle due obbligazioni, cioè: o a sposare la sedotta o a dotarla, ed ha la scelta di decidersi per l'una o per l'altra [68]).

Finalmente, nel maggior numero degli Stati tedeschi furono comminate alcune pene per lo stupro, e così il giudice laico potè attirare nella sfera della sua competenza la cognizione del delitto: ma l'indole della pena canonica, fulminata dal diritto canonico allo stupro e di competenza esclusiva del tribunale ecclesiastico, fece sì che lo stupro conservasse pur sempre il suo posto fra i delitti spirituali. Il che portò alla conseguenza, che lo stupro fosse considerato come un *crimen mixtum*, punibile tanto dal giudice laico che dall'ecclesiastico, e diede luogo ad un nuovo inconveniente, questo: che lo stupratore potè essere colpito di pene da entrambi i giudici [69]). Ma colla Riforma, operata da LUTERO nel secolo XIII, fu anche provveduto, tra l'altro, a ricondurre la giurisdizione ecclesiastica entro a quei confini, dai quali essa aveva frequentemente esorbitato, e così la punizione dello stupro fu sottratta al tribunale ecclesiastico, e solo riservata al giudice laico [70]).

---

[68]) Si consulti principalmente su questo punto JÄGER s. GMELIN, *Diss. de fatis et fundamento obligationis stuprator. ducendi aut dotandi vitiatas*, §§ 12 e 13.

[69]) V. BOEHMER, *Diss. cit. de mulctis stuprorum*, cap. I, § 17. Quivi vien citato un notevole passo dai *Capitular. RR. Francor.*, lib. VII, cap. 306.

[70]) V. BOEHMER, *Diss. cit.*, cap. I, § 21; *Io. Sam. Frid.* BOEHMER,

Secondo l'odierna giurisprudenza il seduttore ha dunque la scelta: o di sposare la sedotta o di dotarla. Oggi, l'obbligazione del seduttore verso la sedotta è puramente alternativa [71]). Per conseguenza, anche la sedotta può agire solo con una delle due azioni: se no le potrebbe venire opposta l'*exceptio plus petitionis* [72]).

Questa obbligazione nasce *ipso iure* per il solo fatto del concubito, quand'anche la sedotta non sia rimasta incinta [73]). Nè

---

*Observation. Select. ad* CARPZOVIUM, parte II, quaestio LXIX, obs. I, pag. 31. VON QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinl. Rechts* [Principî, ecc.], vol. 2.°, § 477 *b*, pag. 264 (l'ultima edizione di KONOPAK) e MALBLANC, *cit. Diss.*, § IX, pag. 26.

[71]) V. *Burc.* BARDILI, *Diss. de satisfactione stupratae*, Tubingae 1685; *Ang. a* LEYSER, *De stupri iudicio civili*, in *Meditat. ad Pand.*, vol. IX, specim. 583 e VON QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, vol. 2.°, §§ 479-481 (ediz. di KONOPAK).

[72]) V. LEYSER, *cit. Specim.*, medit. 2 e KOCH, *Institution. iuris crim.*, § 282 *edit. octav.*

[73]) Così insegnano tutti i giureconsulti: tanto i teorici, che i pratici. V. HOMMEL, *Rhapsod. Quaestion. in foro quotidie obvenient*, vol. VI, obs. 878; DE CANNEGIESSER, *Collect. Decision. Hasso-Cassellanar.*, tom. II, decision. 307; RIND, *Quaestiones forens.*, tom. II, cap. 47; VON QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, vol. 2.°, § 479, pag. 268; KOCH, *Institut. iuris crim.*, § 283; PÜTTMANN, *Elem. iuris crim.*, § 586; *Theod.* KRETSCHMANN, *Comm. de stupro volontario* (Stuttgard 1791, 4), sect. IV, § 108; SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, § 728 e m. a. Di diversa opinione è però il signor consigliere della Suprema Corte d'Appello cav. VON HAGEMANN, nelle *Practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, vol. 6, Erört. *C.* Che una donna incensurata, ma non ingravidita chieda allo stupratore il risarcimento di un amplesso subìto mediante seduzione, sarà, sicuramente, un caso raro, specie se il fatto non è notorio. Ma qui si tratta di vedere se essa sia o meno autorizzata ad agire e che lo sia non è cosa che possa ragionevolmente mettersi in dubbio. Infatti le leggi nient'altro richiedono perchè sorga da questa obbligazione dello stupratore, che la seduzione di una vergine incensurata: vol. 2.° Mosè, XXII, v. 16, e vol. 5.°, XXII, v. 28 e 29; cap. 1 e 2 X. *de adult. et stupro.* Di gravidanza non si fa parola in verun luogo. V. MICHAELIS, *Mos. Recht*, parte 5.ª, § 267. Nè la gravidanza è affatto richiesta dal concetto dello stupro. V. TITTMANN'S *Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts* [Trattato del diritto penale tedesco comune], parte 3.ª, § 567 e QUISTORP, *Grundsätze des P. R.*, vol. 2.°, § 473. Del resto una volta che la donna ha intentata la lite, come la si può occultare e respingere, se con ciò il fatto diventa giudizialmente noto?

rileva che la sedotta sia piuttosto una vedova che una vergine. Sì l'una che l'altra han diritto a chiedere allo stupratore l'adempimento di una delle due obbligazioni [74]). Solo che la loro fama deve essere illibata: perchè l'obbligazione si fonda sulla presunzione, militante contro il seduttore, che questi abbia col fatto suo tolto, o reso più difficile alla sedotta, l'occasione di un conveniente matrimonio [75]). Si dànno dunque:

I. Casi in cui questa obbligazione cessa [76]). Essi ricorrono:

1.° Quando la sedotta sia stata precedentemente ingravidata da un altro uomo. Perchè in questo caso vien meno il motivo, per cui alla donna potrebbe competere la legittima soddisfazione.

Ella per effetto della anteriore gravidanza aveva già perduto il suo onore verginale: e con ciò l'occasione di fare un matrimonio conforme al suo stato [77]): per effetto del nuovo amplesso

---

Ma essa deve poter chiedere la soddisfazione che le è dovuta per l'offesa divenuta pubblica. E chi può garantire che presto o tardi il fatto non si risappia per opera dello stesso stupratore, che vada vantandosi della illecita intimità avuta con lei? Perchè ella non dovrebbe dunque poterlo prevenire colla sua azione?

[74]) V. QUISTORP, *cit. Grnuds des P. R.*, vol. 2.°, § 479, e dei *frat.* OVERBECK, *Meditationen ueber verschiedene Rechtsmaterien* [Meditazioni su casi e materie giuridiche], vol. VII, num. 361.

[75]) V. LEYSER, *cit. Specim.*, DLXXXIII, medit. 10; BOEHMER, *Iur Eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 9; STRUBEN, *Rechtliche Bedenken*, parte I, Bed. 163 e parte III, bed. 125 e 147; KOCH, *Institut. iuris crim.*, § 281.

[76]) *Georg. Iac.* HOEFFT, *Diss. de virgine stuprata a stupratore non dotanda*, Giess. 1712, particolarmente *Io. Iac.* SCHMIDT, *Diss. de exceptionibus stupratam ad satisfactionem privatam contra stupratorem agentem repellentibus*, Altorf. 1794, 4.

[77]) V. BOEHMER, *Ius Eccles. Prot*, *cit. loc.*, § 11; STRUBEN'S *rechtliche Bedenken*, parte 3.ª, Bed. 147; *Ioh. Christ.* QUISTORP'S *Beiträge sur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien*, num. XLVII, pag. 705 e segg. della 2.ª edizione.; VON BÜLOW *und* HAGEMANN'S *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, vol. 4.°, Erört. LXIX; KOCH, *Institut. iur. crim.*, § 283; SCHMID, *Diss. cit.*, § 16; SCHWEPPE, *Römisches Privatrechts*, § 428. Di diversa opinione sono però HOMMEL, *Rhapsod. Quaestion. for.*, vol. I, obs. 19; WERNHER, *Observat. for.*, tom. II, parte II, obs. 135; BERGER, *Oecon. iuris*, lib. III, tit. II, th. 4,

dunque non potè risentire, in riguardo al suo avvenire, alcun ulteriore pregiudizio. Vero è che nel diritto penale ciascuna donna, nubile o vedova, che non si sia indistintamente prostituita ad ogni uomo, quand'anche avesse illecitamente giaciuto con parecchi e solo al tempo dello stupro sia stata di condotta incensurata, si chiama una donna onesta [78]); ma questo si dice solo allo scopo di distinguere costei dalla vera e propria meretrice e distinguer altresì, agli effetti del diritto penale, lo stupro dal meretricio; nè questo ha alcuna influenza sulla obbligazione dello stupratore in ordine alla riparazione dovuta alla sedotta [79]).

Si sogliono fare due eccezioni [80]), cioè i casi:

*a*) Che la sedotta non abbia da colui, che primo la ingravidò, ricevuto alcuna riparazione, o per effetto d'insolvenza, o per altre cause a lei non imputabili. Infatti, poichè le leggi ed una pacifica giurisprudenza riconoscono ad una donna sedotta, che sia nubile e di fama illibata, una riparazione sotto il nome di *dos*, e ciò perchè, a causa del sofferto stupro, le è stata tolta l'occasione di un conveniente matrimonio, per ciò, sarebbe, dicesi, iniquo che una sedotta, solo perchè senza sua colpa è stata abbandonata senza aiuto dal primo seduttore, non debba poter più richiedere una soddisfazione, neppure al secondo.

*b*) Che la sedotta sia stata dal primo stupratore costretta all'amplesso, contro sua volontà. In questa circostanza, si dice, si deve assolutamente assegnare alla sedotta la conveniente riparazione, senza distinzione se da quell'uomo abbia o meno ricevuto una *dos*. Invero la violenza carnale lede l'onore verginale della donna più che un volontario concubito e poichè l'occasione di un

---

nota 12 e PÜTTMANN, *Elem. iur. crim.*, § 586. Si veda però MÜLLER, *Observation. pract. ad* LEISERUM, tom. VI, fasc. I, obs. 902, pag. 187 e segg.

[78]) V. QUISTORP, *Grds. des P. R.*, § 473; FEUERBACH'S *Lehrbuch des P. R.*, § 452.

[79]) V. QUISTORP, *cit. Beiträge*, pag. 707 e segg.

[80]) V. QUISTORP, nei *cit. Beiträge*, pag. 713 e segg. e MÜLLER, in *Observation. pract. ad* LEYSERUM, tom. VI, fasc. I, obs. 902, pag. 196 e segg.

conveniente matrimonio è in questo caso resa di gran lunga più difficile, perciò è giusto che alla più grave offesa patita segua un più importante risarcimento.

Ma che nell'ultimo caso la donna violentemente stuprata possa *ob attentatae pudicitia infamiam* chiedere un risarcimento mediante l'azione d'ingiuria [81]), è così ovvio, quanto è difficile il comprendere la ragione per cui, nel primo caso, la circostanza che la sedotta nulla abbia ricevuto dal primo stupratore possa darle diritto a pretendere dal secondo una prestazione, che per regola non le competerebbe.

L'introdurre questa opinione nei tribunali significherebbe incoraggiare pubblicamente lo stupro, anzichè frenarlo. Una donna che nulla ricevette dal suo primo seduttore, lungi dallo sfuggire le ulteriori tentazioni, profitterebbe di tutte le prossime occasioni — e queste non le mancherebbero — per farsi stuprare una seconda volta da persona, alla quale poi chiedere, in ragione delle sue condizioni economiche, con maggiore fiducia, una congrua riparazione. Guardando le cose da questo aspetto sarebbe un'impudenza approvare una tale opinione: e quindi essa viene a buon diritto respinta [82]).

Io aderisco piuttosto con piena convinzione alle parole dell'uomo, perennemente benemerito della nostra scienza, BOEHMERO [83]): *Nemo facile dixerit, toties stupratae dotem deberi, quoties postea in idem incidit naufragium. Quae secunda vel tertia vice stupro sese vitiandam praebuit, nullo nec favore digna, nec laesionem aliquam, aut iacturam existimationis bonae, quam post primum stuprum iam amiserat, incurrit.*

2.° La donna perde il diritto alla prestazione del risarcimento quando abbia essa stessa indotto il seduttore all'amplesso [84]).

---

[81]) L. 9 § 2, L. 9 § 4 D. *de iniuriis.*

[82]) V. SCHMIDT, *Diss. cit.*, § XVI, in fine.

[83]) *Iur Eccles. Protest.*, tom. V, *cit. loc.*, § XI, pag. 104.

[84]) V. VOET, *Comment. ad Pand.*, tom. II, lib. XLVIII, tit. 5, § 4; STRUBENS *rechtliche Bedenken*, parte I, Bed. 162; BOEHMER, ad *Carpzovium*, parte II, quaestion. LXVIII, obs. 4; MÜLLER, *Observation. pract. ad* LEYSERUM, tom. VI, obs. 300; SCHMIDT, *cit. Diss.*, § 20.

Ma poichè una simile sfrontatezza si reputa ripugnante all'indole femminile, perciò al convenuto che deduca questa eccezione, incombe sempre l'obbligo di farne la prova. All'uopo bisogna che egli dimostri non solo che essa sia stata a giacere con lui, ma anche che lo abbia fatto spontaneamente e non già in seguito ad anteriore concerto e a precedente intimità [85]).

3.° Se la donna per prostituirsi abbia pattuito espressamente e ricevuto anche una mercede, presumendosi che abbia con ciò, tacitamente, rinunziato ad ogni ulteriore indennizzo [86]). Il principio però non si applica ai doni spontanei, coi quali il seduttore abbia cercato di vincere le riluttanze della donna, o l'abbia regalata dopo l'amplesso [87]).

4.° Se abbia menato condotta dissoluta e possa dimostrarsi, che sia solita concedersi al primo venuto, senza distinzione, per modo che nessuna persona d'onore avesse potuto sposarla [88]).

5.° Se abbia tolto al seduttore il diritto di scelta ossia la possibilità di sposarla, sposando altro uomo [89]) prima di proporre l'azione, o anche dopo, ma, in ogni modo, sempre anteriormente alla sentenza definitiva, ovvero anche giacendo, dopo il primo concubito, con altri, perchè un simile fallo autorizza, da solo, a recedere da una valida promessa di matri-

---

[85]) HAGEMANN'S *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechts gelehrs.*, vol. VI, Erört. 100, § 6 e VON QUISTORP, *Grds. des P. R.*, § 480, nota *b*.

[86]) V. VOET, *Commentat. ad Pand.*, *cit. loc.*; HAGEMANN'S *pract. Erörterungen*, *loc. cit.*

[87]) HOMMEL, *Rhapsod. Quaestion for.*, vol. VI, obs. 878, pag. 488; TITTMANN'S *Handbuch d. deutsch. peinl. Rechts*, parte 3.ª, § 571, nota *k*, e HAGEMANN, *loc. cit.*, nota 14, pag. 402.

[88]) L. 43 pr. e §§ 1-3 D. *de ritu nupt.*; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. IX, specim. DLXXXIII, medit. 21-24; KOCH, *Institut. iur. crim.*, § 272; MÜLLER ad LEYSERUM, cit. tom. VI, observ. 902; SCHMIDT, *cit. Diss.*, § 13.

[89]) LEYSER, specim. DLXXXIII, corol. I, vol. IX, p. 173; BOEHMER ad CARPZOVIUM, parte II, quaest. LXVIII, obs. 10; QUISTORP'S *rechtliche Bemerkungen*, parte 1.ª, Bemerk. LXXVI, § 1 e HAGEMANN'S *pract. Erörterungen*, *loc. cit.*, § 8, pag. 405.

monio [90]). Si eccettua però, e con ragione, il caso che, prima del nuovo fallo, il convenuto abbia dichiarato, avanti al giudice, di non poterla o volerla sposare. In questo caso, il convenuto può, se non contesta la gravidanza, essere condannato alla competente prestazione verso l'attrice, perchè qui non ricorre, come nell'altro, il motivo che per colpa di questa gli sia stato tolto il diritto di scelta [91]). Ma l'eccezione mancherebbe di base se, seguito il matrimonio della sedotta, il di lei marito scoprisse la precedente gravidanza della moglie, e la ripudiasse [92]): infatti questa sedotta può considerarsi simile a quella che, concedendosi di nuovo ad altri, abbia menomato la scelta dello stupratore [93]).

6.° Se la sedotta, senza che vi si opponga alcun legale impedimento, abbia rifiutato il matrimonio, al quale il convenuto si era dichiarato pronto [94]). Però non deve considerarsi come rifiuto quello che si ha, quando lo stupratore faccia dipendere il matrimonio da condizioni che la sedotta non può accettare [95]). Costituirebbe un impedimento legittimo il fatto, che i genitori della donna o del seduttore, esercitanti rispettivamente su questo o su quella la patria potestà, non volessero consentire al matrimonio per motivi legali [96]). In generale, il rifiuto al matrimonio non pregiudica la sedotta, quando si fondi sopra un motivo pel

---

90) VOET, *cit. loc.*; QUISTORP, *Grds. de deutsch. peinl. Rechts*, vol. II, § 480; SCHMIDT, *cit. Diss.*, § 19.

91) V. *Gc. Iac. Fried.* MEISTERS *pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrechte*, vol. 1.°, Bemerk. XII.

92) *Io. Frid.* BECKER, *Diss. An stuprata, ab alio iam in matrimonium ducta, dotem a stupratore adhuc petere possit*, Giessen 1787, § 6; QUISTORP, *rechtl. Bemerkungen*, parte 1.ª, pag. 252.

93) V. JAEGER nella nota 68 *Diss. cit.*, § 28.

94) CARPZOV, *Iurispr. for.*, parte IV, const. XXVII, def. 1.ª; BOEHMER, *Iur. Eccl. Prot.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 10; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. V, spec. CCXCIV, medit. 4; HOEFFT, *Diss. cit.*, cap. III, § 8; QUISTORP, *Grds. des P. R.*, vol. II, § 480.

95) HAGEMANN, *pract. Erörterungen*, vol. VI, Erört. 100, § 8, pag. 407.

96) LEYSER, *Meditation.*, vol. IX, specim. DLXXXIII, medit. 5, 6 e 7 e HAGEMANN, *loc. cit.*, § 8, num. 5, pag. 407 e SCHNAUBERT'S *Grds. des Kirchenr.*, § 229.

quale anche validi sponsali potrebbero sciogliersi [97]). In questa ipotesi la donna può sempre chiedere la dote congrua.

Del resto in tutti questi casi il convenuto è tanto più tenuto a provare la sua eccezione, in quanto questa riposa sopra circostanze di fatto e per la sedotta milita una presunzione di illibatezza. Pertanto la prova deve sempre versare su fatti particolari. La circostanza, che si adducesse, della mancanza di verginità della sedotta non è un'eccezione ammessa, ed inammissibile è il giuramento, che a lei si deferisse, sul fatto generico di non avere avuto, escluso il seduttore, contatti con altri uomini. Imperocchè ogni nubile donzella deve essere, per legale presunzione, considerata come donna pura ed onesta fino a prova contraria: nè si ha il diritto di pretendere che essa asseveri con giuramento la propria onestà [98]).

Si danno anche:

II. Casi, in cui vien meno semplicemente la scelta, che altrimenti competerebbe allo stupratore, e questi è soltanto tenuto ad adempiere quella obbligazione, per la quale ha diritto di agire la sedotta:

1.° Così, la sedotta può chiedere, assolutamente, di essere sposata quando la seduzione sia avvenuta dopo una valida promessa di matrimonio [99]). Non appartiene dunque a questa ipotesi il caso, che la promessa sia posteriore o anche concomitante alla seduzione, nè quello in cui la promessa sia bensì anteriore, ma per sè stessa nulla [100]). Perchè ormai non è più in vigore, nè presso i cattolici, nè presso i protestanti, il principio del più antico diritto canonico, pel quale la consumazione della copula converte gli *sponsalia de*

---

[97]) SCHMID, *cit. Diss.*, § 17 e HAGEMANN, *loc. cit.*, pag. 407.

[98]) VOET, *cit. loc.*; HAGEMANN, *loc. cit.*, § 5, pag. 403.

[99]) *Io. Pet.* DE LUDWIG, *Differentiae iuris Rom. et Germ. in stupro sub matrimonii spe.*, diff. I, num. 2; KOCH, *Instit. iur. crim.*, § 282; *Th.* KRETSCHMANN, *Commentat. de stupro voluntario*, sect. IV, §§ 101-107.

[100]) V. *Ioh. Chr.* QUISTORP, *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien*, num. XXIX, pag. 456-470 (2.ª ediz.) e *Fried.* VON BÜLOW e *Theod.* HAGEMANN'S *practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs.*, vol. 4.°, Erört. LXV.

*futuro* in *sponsalia de presenti* e li rende indissolubili come lo stesso matrimonio [1]). Per altro non è necessario che la donna, sedotta nell'aspettazione del matrimonio, sia rimasta incinta, perchè essa possa chiedere giudizialmente di essere sposata [2]): ed è pure indifferente che essa sia nubile o vedova [3]).

2.° La donna può agire esclusivamente per il conseguimento di una dote, quando, senza che vi concorra sua colpa, il matrimonio non è più possibile [4]). Il che segue:

*a*) Quando i genitori, nella potestà dei quali si trova l'una o l'altra parte, ricusino, per motivi legali, il loro consenso al matrimonio [5]). Tutti i giuristi sono d'accordo in ciò, che il dissenso dei genitori dello stupratore non nuoce alla sedotta. Ma si dubita se, quando il dissenso dei genitori della donna, che il seduttore vorrebbe togliere in moglie, pregiudica il di lui diritto di scelta, questi sia tuttavia tenuto a dotarla.

VOET [6]) lo nega. Però alla sua opinione contrasta la considerazione, che il legittimo dissenso dei genitori della sedotta è un fatto che non può in alcuna guisa ascriversi a colpa di lei, nè perciò risolversi in di lei danno. Dunque, nei rapporti di lei, questo caso è da assimilare a quello in cui, senza il concorso di alcuna sua colpa, è tolto allo stupratore il diritto di scelta. Ma in tal caso, nell'obbligazione alternativa, oggetto dell'obbligazione rimane quello, la cui prestazione è ancora possibile al debitore. Secondo questo criterio dunque lo stupratore dovrebbe rimanere, pei principî

---

[1]) V. questo *Commentario*, parte 23.ª, § 1138.

[2]) WERNHER, *Select. Observation. for.*, tom. II, parte VIII, obs. 301; QUISTORP, *cit. Beiträge*, pag. 469.

[3]) BERGER, *Oecon. iuris*, lib. III, tit. II, parte IV, nota 12.

[4]) LEYSER, *cit. Specim.*, DLXXXIII, medit. 5 e KOCH, *Institution. iur. crim.*, § 282.

[5]) LEYSER, *Specim.* DLXXXIII, medit. 8 e 9; HOMMEL, *Rhapsod. Quaestion. forens.*, vol. I, obs. 19, num. 3; *Io. Sam. Frid.* BOEHMER, *Observ. select. ad Carpzovium*, parte II, quaest. LXVIII, obs. 10 in fine; QUISTORP, *Grunds. des P. R.*, vol. 2.°, § 480 in fine; HAGEMANN, *pract. Erörterungen*, vol. 6, num. C. § 7.

[6]) *Commentar. ad Pand.*, tom. II, lib. XLVIII, tit. 5, § 4.

generali di diritto, obbligato alla dote [7]). Oltre a ciò, la mancanza del consenso paterno costituisce un impedimento legale al matrimonio delle persone, che sono ancora sotto la potestà patria [8]). Che l'obbligo alla dotazione sussista, si può chiaramente dedurre dal Cap. I X. *de adulter. et stupro.* Infine, se con VOET, si volesse sostenere il contrario, che cioè lo stupratore venga liberato dalla sua obbligazione, il dissenso paterno si risolverebbe per lui in un beneficio, del quale egli è assolutamente indegno.

*b*) Quando lo stupratore abbia sposato un'altra donna [9]) rinunziando così, col fatto suo, al diritto di scelta.

*c*) Quando, posteriormente, egli abbia sedotto un'altra donna [10]), valendo questo fatto a sciogliere anche una valida promessa di matrimonio.

*d*) Quando lo stupratore, all'epoca dello stupro abbia già moglie, ovvero, altrimenti, non possa sposare la sedotta: per esempio, se si tratti di un prete cattolico, che abbia giacinto con una fanciulla, o di un ebreo che abbia reso madre una cristiana, o un cristiano un'ebrea.

A dir vero è molto controverso, se in un caso di questi, particolarmente in quello in cui il seduttore è maritato, la donna che fosse consapevole, al tempo del congiungimento, dell'ostacolo esistente al matrimonio, possa pretendere la riparazione.

Molti [11]) lo negano, sulla considerazione che tanto il diritto

---

[7]) V. questo *Commentario*, parte 4.ª, § 316.

[8]) V. la parte 23.ª, § 1196.

[9]) VOET, *Comm. ad Pand.*, *cit. loc.*, § 4 in fine; LEYSER, *cit. loc.*, medit. 5; HOMMEL, *Obs.*, 19, num. 2; QUISTORP, *Grds.*, § 480.

[10]) V. QUISTORP, *loc. cit.*; KRETSCHMANN, *Commentat. de stupro voluntario*, § 109; JÄGER s. GMELIN, *Diss. de fatis et fundamento obligat. stuprator. ducendi aut dot. vitiat.*, § 27, pag. 62.

[11]) VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II, lib. XLVIII, tit. 5, § 4, p. 869; CARPZOV., *Iurispr. for.*, parte V, const. XXVII, def. 2; BARDILI, *Diss. de satisfactione stupratae*, cap. III, M. III, num. 35; WERNHER, *Select. Observat. for.*, tom. I, parte IV, obs. 244, n. 4; BASTINELLER, *Diss. de dote virgini a marito vitiatae non prestanda*, Vitemb. 1715; *Io. Lud.* SCHMIDT, *Oeffentliche Rechtsprüche*, Abschn. 2, num. XXXVIII, pag. 263 a 267; MÜLLER, *Observation. pract. ad* LEYSERUM, tom. VI, fasc. I, obs. 899 e parecchi altri.

mosaico, quanto il canonico, che sul mosaico si fonda, presuppongono la possibilità del matrimonio: per cui la sedotta, la quale abbia conosciuto di non poter sposare il seduttore, ha tacitamente rinunziato al diritto di chiedere il risarcimento. Il risarcimento prende il posto del matrimonio, a cui non si voglia addivenire ed equivale all'interesse che lo stupratore ha di non contrarlo. Se il matrimonio è giuridicamente impossibile, nemmeno potrà farsi luogo al suo surrogato, ossia all'obbligo della dotazione. Già sarebbe in massima atto di ben inteso accorgimento, concludono, interdire alle donne sedotte dagli uomini maritati, l'azione di dote, affinchè esse si guardino anche di più dai loro amplessi.

Ma altri [12]) respinge, e con fondamento, questa opinione, perchè gli argomenti che la confortano sono senza valore, contenendo in parte una *petitio principii,* in parte una dimostrazione che prova troppo.

In primo luogo, noi qui non dobbiamo prender norma dal diritto mosaico, nè dal diritto canonico, ma dal principio, accettato in seguito ad una pratica incontestata, che il seduttore è tenuto a sposare la sedotta o a dotarla, ed è rimesso al suo arbitrio lo scegliere l'una via piuttosto che l'altra. Il seduttore qui perde la scelta, non per colpa della sedotta, ma per colpa sua propria. Egli è pertanto tenuto alla dotazione, secondo le regole generali delle obbligazioni alternative [13]).

In secondo luogo, neppure è vero che tra le due obbligazioni

---

[12]) *I. H.* Boehmer, *Iur. Eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 12, num. 12; Berger, *Elect. process. matrimonial.*, pag. 279 e 524; Leyser, *Meditat. cit.*, specim. medit. 8 e 9; *I. S. F.* Boehmer, *ad* Carpzovium, parte II, quaest. LXVIII, obs. 7; Quistorp, *Grds. des P. R.*, vol. 2.°, § 479, pag. 279; Koch, *Institut. iuris crim.*, § 283; *Ge. Lud.* Boehmer, *Princip. iuris canon.*, § 878; *Paul. Ios. a* Riegger, *Institut. iurispr. eccles.*, parte IV, § 516; *Io. Ios. Nepom.* Pehem, *Praelection. in ius ecclesiasticum univers.*, parte II, § 421, not. pag. 266; *Xav.* Gmeiner, *Institut. iuris eccles.*, tom. II, § 837, cor. 3; Schmid, *Diss. cit. de exceptionib. stupratam ad satisfact. privat. contra stuprator. agentem repellentibus,* §§ 27 e 28 e Hagemann's *pract. Erörterungen,* vol. 6.°, Erört. C, § 7.

[13]) Arg. L. 95 § 1 D. *De solution.*

interceda un rapporto così intimo che l'una presupponga necessariamente la possibilità dell'altra: se no, tanto varrebbe che lo stupratore facesse liberamente il suo comodo: egli non avrebbe che a sposarsi. Quale assurdità! Piuttosto è a ritenere, come nelle obbligazioni alternative, che qui il creditore (sedotta), se per colpa del debitore (stupratore) si renda impossibile la prestazione di uno dei due oggetti dell'obbligazione (la dotazione), può chiedere l'altro, cioè a dire il matrimonio.

In terzo luogo, è del tutto erroneo che la dotazione della sedotta sia un surrogato del matrimonio. Essa non ha nulla di comune colla vera *dos* romana: è piuttosto da considerare come un'indennità, che si presta alla donna per la toltale o diminuitale probabilità di contrarre un vantaggioso matrimonio [14]). Essa dunque potrà domandarsi, anche quando il matrimonio non sia possibile, perchè ciò non infirma affatto la causa dell'obbligazione di dote.

Si aggiunga, che le leggi parlano, in generale, di chiunque abbia sedotto una donna onesta, senza distinguere il celibe dal coniugato. Queste leggi trovano senza dubbio il loro fondamento sul diritto mosaico, che non concedeva alcuna scelta, ma imponeva assolutamente il matrimonio, nè faceva eccezione per gli uomini maritati, perchè presso gl'israeliti era permessa la poligamia. Ma, sebbene la poligamia non sia più ammessa fra i cristiani e perciò i citati luoghi del diritto canonico debbano essere intesi solo in rapporto al celibe, che possa sposare la sedotta, tuttavia quelle leggi, avendo a fondamento il precetto del diritto mosaico, ne vengono chiarite.

Si è dunque sicuramente autorizzati ad argomentare, che, non potendosi più, per effetto dell'abolizione della poligamia, obbligare il coniugato a sposare la sedotta, lo si possa per lo meno obbligare a dotarla. Se così non fosse, il marito, il quale collo stupro

---

[14]) V. Boehmer, *Iur. Eccles. Prot.*, *cit. loc.*; *I. S. F.* Boehmer, *Observat. ad* Carpzov., parte II, quaest. LXVIII, obs. 1; Schmid, *Diss. cit.*, § 11.

si è reso anche colpevole di adulterio, sarebbe più favorito dello stupratore celibe [15]).

Infine, a chi dice che sia mancanza di accorgimento concedere, in questo caso, un'azione alla sedotta, perchè col non concederla, le donne potrebbero guardarsi meglio dalle seduzioni degli uomini coniugati, si potrebbe con egual diritto rispondere, che allora l'accorgimento massimo sarebbe di negare a tutte le sedotte ogni azione contro gli stupratori per distoglierle in genere dagli illeciti amplessi. E quando PUFFENDORF [16]), per sciogliere la difficoltà, dice che il marito non è veramente astretto a dotare la donna da lui stuprata, ma a compensarla del disonore arrecatole, egli non fa altro, in sostanza, che un giuoco di parole.

*e*) Quando lo stupratore o la stuprata siano morti. Perchè tanto l'obbligazione dell'uno, quanto il diritto dell'altra si trasmettono agli eredi. Come dunque gli eredi dell'uomo sono tenuti a corrispondere alla sedotta la dovuta dotazione sulla massa, fino alla concorrenza dell'asse ereditario, senza distinguere se l'azione sia stata intentata prima o dopo la morte dello stupratore [17]), così anche gli eredi della donna possono chiedere la dotazione dovuta e non soddisfatta alla loro attrice [18]). Perchè qui si tratta di una ragione privata, che concerne il patrimonio. Secondo il diritto canonico queste prestazioni debbono porsi a carico del patrimonio del defunto, finchè basti, anche quando nascano da un

---

[15]) V. BERLICH, *Conclus. pract.*, parte V, concl. XXXVIII, n. 35.

[16]) *Observation. iuris civ.*, tom. I, obs. 44.

[17]) VOET, *Comment. ad Pand.*, tom. II, lib. XLVIII, tit. 5, § 5, in fine; BOEHMER, *Observation. select. ad* CARPZOV., parte II, quaest. 68, obs. 3; KOCH, *Institut. iur. crim.*, § 281; QUISTORP, *Grds. des P. R.*, vol. 2.°, § 479, pag. 269; MÜLLER, *Observation. pract. ad* LEYSERUM, tom. VI, obs. 901, pag. 175 e segg.

[18]) BOEHMER, *Iur. Eccles. Prot.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 8; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pandectar.*, parte III, lib. XLVIII, tit. 5, § 45; QUISTORP, *Grds. des P. R.*, § 479 in fine; RIEGGER, *Institut. iurispr. eccles.*, parte IV, § 514, nota; PEHEM, *Praelect. in ius eccles. univ.* parte II, § 421, pag. 266; *Xav.* GMEINER, *Institut. iur. eccles.*, tom. II, § 837, cor. 1 e parecchi altri.

delitto [19]). Il diritto di scelta tra il matrimonio e la riparazione, come opina LEYSER [20]), non può però trapassare negli eredi [21]).

Molti giureconsulti [22]) sostengono, che l'azione per la dote si trasmette agli eredi della sedotta, solo quando sia stata intentata prima della di lei morte. Anzi, alcuni [23]) si spingono sino a non volerne concedere agli eredi la prosecuzione, anche quando la sedotta sia morta durante il processo e prima della condanna dello stupratore. Si cerca di giustificare questa opinione con argomenti diversi.

Alcuni considerano l'obbligazione dello stupratore contro la sedotta come una pena privata, che lo Stato, al quale interessa che le donne conservino integra la loro castità, commina per il fatto dello stupro, che toglie l'onore ad una donna onesta. Conseguentemente essi applicano le regole dell'azione penale [24]), e non vogliono neppure concedere alla sedotta l'azione contro gli eredi dello stupratore, se non fosse stata intentata in vita di costui [25]).

Altri parte dal principio, che un'obbligazione alternativa si estingue se venga al creditore, senza sua colpa, tolto il diritto di scelta. E questo nella specie avviene, per la morte della sedotta. Ma se questa abbia proposta l'azione prima di morire, allora lo stupratore è obbligato alla dotazione, *quasi ex contractu* [26]).

Altri ancora si fonda sul principio, che in un'obbligazione

---

[19]) Cap. ult. X. *De sentent. excommun.*, cap. 5 X. *De raptorib.* V. KLEINSCHROD, *Doctr. de reparatione damni delicto dati*, specim. I, § 14.

[20]) Specim. DLXXXIII, medit. 14.

[21]) V. MÜLLER, *Observat. pract. ad* LEYSERUM, tom. VI, Obs. 901, pag. 182; KOCH, *Institut. iur. crim.*, § 281; QUISTORP, § 479, nota; JAEGER *s.* GMELIN, *cit. Diss.*, § 25, pag. 57.

[22]) PEREZ, *Praelect. in Cod.*, libro IX, tit. 10, n. 52; VOET, *Comm. ad Pand.*, *cit. loc.*, § 5; *I. S. F.* BOEHMER, *Select. Observation. ad* CARPZOV., parte II, quaest. LXVIII, obs. 3; KOCH, *Institut. iur. crim.*, § 281 in fine; MÜLLER, *Observation. pract. ad* LEISERUM, tom. VI, observ. 901, pag. 183 e segg.; GMELIN, *cit. Diss.*, § 25, pag. 57; SCHMID, *Diss. cit.*, § 25.

[23]) WERNHER, *Select. Observation. for.*, tom. II, parte VI, obs. 330.

[24]) L. 1 pr. D. *de privat. delictis.*

[25]) JÄGER, *cit. Diss.*, § 25, p. 57, in relaz. al § 21.

[26]) VOET, BOEHMER, KOCH, MÜLLER e SCHMID, citati alla nota 22.

alternativa la mora del debitore trasferisce il diritto di scelta nel creditore. Ma questa mora da parte dello stupratore non incomincia al momento in cui l'azione è proposta o introdotta, ma solo al momento in cui egli è condannato a sposare o dotare la sedotta [27]).

Osserviamo che i principî del diritto penale romano sono, nella materia, fuor di luogo, perchè aboliti dal diritto canonico, a norma del quale l'obbligo di risarcimento, nascente da fatto illecito, si trasmette agli eredi, sia stata la relativa azione intentata o meno, in vita degl'interessati [28]). Ora la dotazione — e ciò è pacifico nella odierna pratica giudiziaria — non è che una riparazione conceduta alla sedotta per la toltale o diminuitale occasione di contrarre, dopo lo stupro, un conveniente matrimonio [29]): riparazione, alla quale lo stupratore è tenuto *ipso iure* per effetto dello stupro e dell'onore rapitole.

Questa non è un'azione penale, perchè le azioni che hanno questo carattere tendono ad una somma determinata di denaro: e tanto meno può essere considerata come un'azione d'ingiuria, perchè qui si tratta di stupro volontario, per cui vale la regola *volenti non fit iniuria* [30]). L'obbiezione, che se veramente si trattasse di un'azione di danni pura e semplice, la sedotta dovrebbe poter chiedere il risarcimento di tutti i danni patiti, come sarebbe ad esempio, per una vedova, la perdita dell'assegno vedovile e gli altri vantaggi spettantile come vedova, contiene un manifesto paralogismo. Perchè è chiaro, che essa non potrebbe chiedere una riparazione maggiore di quella consentita dalla legge, nè il

---

[27]) WERNHER, *Sel. Observation. for., cit. loc.*, in relazione al tom. I, parte V, obs. 212.

[28]) V. TITTMANN'S *Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, parte I, § 176, pag. 449.

[29]) BOEHMER, *Iur. Eccles. Protest.*, lib. V, tit. 16, § 9; STRUBEN'S *rechtliche Bedenken*, parte 3.ª, Bed. 125; QUISTORP'S *Rechtliche Bemerkungen*, parte I, num. LXXVI, § 1, pag. 251; HAGEMANN'S *pract. Erörterungen*, vol. 6.º, Erört. C, § 2 e § 5; KOCH, *Instit. iur. crim.*, § 281 e 282.

[30]) L. 1 § 5 D. *De Iniuriis*.

seduttore esser tenuto a qualcosa di più. In riguardo a tutti gli altri danni vale dunque la regola *damnum quod quis sua culpa patitur, non intelligitur sentire* [31]).

E ciò è così vero, che alla sedotta non incombe alcuna prova di dolo o di colpa, come incombe all'attore nelle altre azioni di danno nascenti da delitto: del che la ragione è questa: che la colpa viene per legale presunzione apposta allo stupratore, e quindi non ne occorre alcuna ulteriore dimostrazione [32]). Ma dalle cose dette non consegue in alcuna guisa, che quella riparazione sia una pena. Vero è che il diritto canonico, come già avvertimmo, la considerò in origine come una pena, che dovesse pel seduttore sostituire quella più dura del diritto romano. Ma le cose mutarono, dopo che le leggi successive ebbero sancite per lo stupro delle vere e proprie pene. Così fu separato l'interesse privato della sedotta dall'interesse pubblico della pena, e la giurisprudenza fece di quello, come del resto in tutti i delitti, una questione di risarcimento, che, dopo la scelta concessa al seduttore tra il matrimonio e la dotazione, non può più avere indole di pena, perchè una pena pubblica ed una pena privata non possono coesistere [33]), come possono la pena e l'azione di danni [34]).

D'altra parte poichè, per l'indole stessa dell'interesse privato, la sedotta può rinunziare alle sue pretese di riparazione [35]), per ciò essa deve francamente dichiarare se intende o meno farle valere [36]). Cosicchè, morendo, senza prima aver manifestato la sua volontà circa il risarcimento, i di lei eredi non possono certamente chiedere per loro la dotazione, e se lo facessero ben potrebbe esser

---

31) L. 203 D. *De div. reg. iuris.*

32) JÄGER, *Diss. cit.*, § 24.

33) L. 56 § 1 D. *de furt.*; L. 6 D. *de iniur.*; L. 14 D. *de Accusat*; V. *Corn. Van* BYNKERSHOEK, *Observation. iuris Rom.*, lib. II, cap. 8 WEBER *su* HÖPFNERS *Comm. über d. Institut.*, § 1017, nota *).

34) L. 1 C. *quando cir. actio crim. praeiudic.*

35) V. QUISTORP'S *Grds. des P. R.*, § 480; SCHMID, *Diss. cit.*, § 21; HAGEMANN, *practische Erörterungen* [Dissertazioni pratiche], cap. V, Erört. C, § 8, num. 2.

36) JÄGER, *cit. Diss.*, § 25.

loro eccepita la mancanza d'interesse. Perchè, in questa ipotesi si deve supporre, conformemente all'indole del carattere femminile, che la sedotta avesse taciuto deliberatamente per non rendere pubblico il fatto. *Puellae*, dice HOMMEL [37]), *honeste de cetero viventes, si amores lateant, non facile dotem petent.* Ma se la sedotta avesse già convenuto lo stupratore per l'adempimento della sua obbligazione, allora la legge lo dichiara tenuto verso gli eredi, anche se il giudice non lo avesse, in vita di lei, condannato.

La donna ha diritto a chiedere o il matrimonio o la dotazione: morta, la sua azione non si estingue, ma si trasmette ai di lei eredi, per modo che questi possono chiedere la dotazione, già spettante alla loro autrice. Il fatto che qui, per la morte della sedotta, è reso impossibile allo stupratore di esercitare il diritto di scelta, non vale a liberare quest'ultimo dall' obbligo della dotazione, come quello che è *ipso iure* fondato sulla consumazione dello stupro [38]). Alla sedotta non si può apporre alcuna colpa: la sua morte va considerata come un caso: il caso nelle obbligazioni alternative non libera il debitore, ma solo limita nel creditore il diritto di scelta: il debitore è sempre obbligato all'altra prestazione, che è in suo potere di compiere [39]).

L'opinione, che la *mora* dello stupratore incominci solo col *giudicato* che lo abbia condannato a sposare o dotare la sedotta, è, in sè, giusta [40]), ma estranea alla decisione della controversia. Questa opinione vale semplicemente a risolvere un'altra questione, a decidere cioè quando lo stupratore perda il suo diritto di scelta per effetto di un indebito ritardo nell'esercitarlo. La conseguenza, che vuole dedursene, per la quale, morendo la sedotta in corso di

---

[37]) *Rhapsod. Quaestion. for.*, vol. VI, obs. 878.

[38]) JÄGER, *cit. Diss.*, § 27, pag. 62.

[39]) L. 32 pr. D. *de condict. indebiti*; L. 2 § 3 D. *de eo, quod certo loco*; L. 95 § 1 D. *de Solutionib.* V. CHLADENII, *Diss. de iure debitoris circa electionem in causis alternativis*, Vitemb. 1725, § 16 e ZIMMERN, *Ueber das Erlöschen alternativer Forderungsrechte*, num. I (nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, edito da GENSLER, MITTERMAIER e SCHWEIZER, vol. 1.°, num. XXIII, pag. 310 e segg.

[40]) V. HAGEMANN, *loc. cit.*, § 9, pag. 408 e segg.

procedimento, lo stupratore si libererebbe da ogni obbligazione, è un errore evidente. Anche se l'azione di cui si tratta fosse, secondo l'opinione avanti confutata, un'azione penale, anche allora gli eredi della sedotta potrebbero benissimo proseguirla *post litem contestatam.*

A questo punto sorge ancora la questione, se la mora dello stupratore autorizzi la sedotta a chiedergli una dotazione, quando essa intanto si sia promessa sposa, ovvero abbia sposato, o si sia conceduta ad altro uomo.

E primieramente: quando può dirsi che lo stupratore incorra in mora? Secondo l'opinione dei pratici [41]) ciò si verifica, quando lo stupratore sia stato con sentenza passata in giudicato condannato a sposare o dotare la sedotta. Se dopo questo momento lo stupratore ritarda tuttavia a dichiarare la sua scelta fra le due obbligazioni, egli sarà incondizionatamente tenuto a dotare l'attrice, anche se questa nel corso della mora abbia sposato altro uomo o si sia conceduta ad altri.

Ma il giudicato non toglie allo stupratore il suo diritto di scelta *ipso iure,* sibbene autorizza soltanto la sedotta a chiedere al giudice, che fissi al convenuto un termine per dichiarare, sotto pena della perdita del suo diritto di scelta, se intende sposare ovvero dotare la sedotta. Costei deve aspettare la scadenza. Lo stupratore può, nel termine, aver fatta la sua dichiarazione o no. Nel secondo caso lo stupratore cade in mora, ed è perciò assolutamente obbligato a dotare la sedotta nella maggior misura da questa domandata, anche se essa, dopo l'infruttuoso decorso del termine, abbia sposato un altro o sia passata ad altri amplessi.

Una *mora* diversa dello stupratore non sarebbe sufficiente a produrre questi effetti, neanche se la si facesse coincidere colla *litis contestatio.* La sedotta pertanto che intenda far valere le sue ragioni per la dote non deve promettersi in isposa, nè sposare altri. Perchè,

---

[41]) WERNHER, *Select. Observ. for.*, tom. I, parte V, obs. 212; HOMMEL, *Rhapsod. Quaest. for.*, vol. I, obs. 19; QUISTORP'S *rechtliche Bemerkungen*, parte 1.ª, num. LXXVI, § 1, pag. 252; HAGEMANN'S *pract. Erörterungen*, parte 6.ª, num. C, § 9.

sino a che lo stupratore non abbia dichiarato la sua volontà ed il termine assegnatogli non sia scaduto, egli può a buon diritto pretendere che la sua scelta non sia in alcun modo pregiudicata [42]).

All'opposto, nel primo caso, poichè lo stupratore ha dichiarato la sua volontà e scelto, senza ritardo, la obbligazione a cui intende attenersi, la sedotta non ha che da chiedere al giudice i convenienti mezzi coercitivi pel suo adempimento. Perchè ciò che fu scelto dallo stupratore viene a costituire l'unico oggetto dell'obbligazione e a limitare il diritto della sedotta. Nè le è lecito discostarsene.

Supponiamo ad esempio, che lo stupratore abbia dichiarato di voler sposare l'attrice. In questa ipotesi la sedotta non può, col pretesto che l'attore abbia ritardato a contrarre matrimonio, sposare un altro uomo, a meno che abbia assegnato al seduttore un termine perentorio, entro il quale procedere al matrimonio, e questo termine sia inutilmente decorso. Solo allora essa può, a malgrado del suo matrimonio con altro, chiedere la dotazione.

Del resto la riparazione, competente per legge alla sedotta, quando, senza di lei colpa, non possa seguire il suo matrimonio collo stupratore, non è, come è stato avanti osservato, una vera e propria *dote*. Ad essa quindi non ineriscono affatto i diritti della *dos* romana: nè di essa può giudicarsi alla stregua dei principî del diritto romano, ai quali, ripetiamo, questa specie di dotazione è del tutto estranea. Sarebbe pertanto inutile, che la sedotta per vincere il concorso degli altri creditori del suo seduttore si richiamasse ai privilegi, che competono alla dote della moglie [43]). Invece ella può chiedere la sua dotazione, anche prima

---

[42]) Berger in *Oecon. iuris*, lib. III, tit. XI, th. 4, nota 7, dice: « Electio stupratoris, ducere uxorem, an dotare stupratam velit, amittitur *mora*, a reo in eligendo contracta; ergo liberum deinceps fuerit actrici, reiecta illa conditione, alii nubere, et nihilo secius petere dotationem ». Ma egli non tratta il caso che il ritardo da parte dello stupratore si verifichi prima. Si veda contro Leyser, vol. IX, specim. DLXXXIII, cor. 6; Boehmer, *Observation. Select. ad* Carpzovium, parte II, quaest. LXVIII, obs. 1.ª e particolarmente Jäger, *Diss. cit.*, § 28.

[43]) L'opposto viene tuttavia sostenuto, erroneamente, da Beck, in *Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum*, cap. V, § 10. Si veda contro:

del matrimonio [44]). Infatti la condizione del matrimonio, implicita nel concetto della dote romana [45]), qui non ha ragione di essere, dal momento che la sedotta la domanda come risarcimento del danno patito per l'onore rapitole e conseguentemente per la toltale o diminuitale possibilità di contrarre un conveniente matrimonio [46]).

Intanto si vuole, per la determinazione dell'ammontare del risarcimento, aver riguardo all'entità della dote, che avrebbe potuto essere assegnata alla sedotta nel suo matrimonio [47]), in quanto, si intende, nulla di certo abbiano in proposito stabilito le leggi e le consuetudini [48]). E come nel determinare l'ammontare di una *dos* si tien conto dello stato della sposa e perciò la misura ora ne è grande ora piccola [49]), così la dotazione della sedotta si deve proporzionare al di lei stato, per modo che essa conservi una fondata speranza di contrarre un matrimonio vantaggioso secondo le sue condizioni [50]).

In base a questo criterio la sedotta può chiedere una dotazione, anche quando, per mancanza di beni propri o per la povertà dei suoi genitori, nient'altro avesse potuto apportare al futuro sposo, che il suo onore verginale e la sua bellezza [51]).

---

BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 8; LEYSER, *Specim. cit.*, meditat. 11 in fine; QUISTORP'S *Grds. des P. R.*, § 481; HAGEMANN, *loc. cit.*, § 2 e JÄGER, *Diss. cit.*, § 17.

44) *Aut.* MATTHAEI, *de criminibus*, ad lib. XLVIII, tit. 2 Dig., cap. VII, num. 22; VOET, *Comment.*, lib. XLVIII, tit. 5 Dig., § 5; LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.*, parte III, lib. XLVIII, tit. 5, § 45.

45) L. 21 D. *de iure dot.*

46) KOCH, *Institut. iuris crim.*, § 282 e QUISTORP'S *rechtliche Bemerkungen*, parte I, Bemerk. LXXVI, § 1.

47) JÄGER, s. GMELIN, *cit. Diss.*, § 26.

48) BOEHMER, *Iur. eccles. Prot.*, *loc. cit.*, § 13; QUISTORP'S *Grundsätze des Peinl. Rechts*, parte II, § 481, pag. 276 (nell'edizione del KLEIN, continuata dal KONOPAK).

49) L. 69 § 5 D. *de iure dot.*

50) *Abr.* KAESTNER, *Diss. de dote a stupratore stupratae praestanda*, Lips. 1745; VOET, *cit. loc.*, § 3; BOEHMER, *Iur. eccles. Prot.*, *cit. loc.*, § 7; JÄGER, *cit. Diss. de fatis e fundam. obligationis stuprator. ducendi aut dotandi vitiatas*, § 26; HAGEMANN, *pract. Erörterungen*, *loc. cit.*, § 2.

51) QUISTORP'S *Grunds. des P. R.*, *loc. cit.*, e particolarmente BOEHMER *ad* CARPZOVICUM, parte II, quaest. LXVIII, obs. 2.

Se i genitori siano benestanti, la giurisprudenza suole aver riguardo a quello che essi, nella loro posizione economica, avrebbero effettivamente o verosimilmente dato in dote alla sedotta [52]).

Trattandosi di una vedova, si guarda allo stato in cui fu lasciata dal defunto marito, cioè a quanto essa apporterebbe in dote in un secondo matrimonio, secondo quello stato [53]). Ma si suole anche guardare a quello che essa apportò in dote al primo marito [54]).

In genere, nella determinazione dell'entità della dotazione, il più dipende dall'apprezzamento del giudice [55]). È però fuori di dubbio, che siano anche da tenere in conto le condizioni patrimoniali dello stupratore [56]). Se questi è ricco e la sedotta povera, quegli è di solito condannato, per questo secondo criterio, a sborsare una dote maggiore di quella altrimenti consueta [57]). Se poi per le sue ristrette condizioni non fosse in grado di prestare alla sedotta alcun risarcimento, allora egli sarebbe assolutamente obbligato a sposarla [58]). Invece i genitori di lui non sono tenuti ad alcuna dotazione [59]).

Talvolta occorre anche nella determinazione dell'ammontare della dote aver riguardo alle condizioni di colui che la sedotta, dopo che lo stupratore non volle o non potè altrimenti sposarla, abbia avuto occasione di prendere a marito [60]). Perchè l'apprezzamento giudiziale, che qui interviene, tien conto di tutte le circostanze che

---

52) LAUTERBACH, *Colleg.*, *cit. loc.*, § 43; QUISTORP, *loc. cit.*, e KRETSCHMANN, *Commentat. de stupro voluntario*, sect. IV, § 114.

53) JÄGER, *cit. Diss.*, § 26, pag. 60.

54) QUISTORP, *loc. cit.*; KRETSCHMANN, *loc. cit.*

55) LAUTERBACH, *cit. loc.*, § 43; KOCH, *cit. loc.*, § 282 in fine; QUISTORP, pag. 277; JÄGER, *cit. loc.*

56) LAUTERBACH, *cit. loc.*; QUISTORP, *loc. cit.*, nota *f*; KOCH, *cit. loc.*

57) *De* CANNGIESSER, *Decision. Hasso-Cassellan.*, tom. I, decis. CXXXVIII, pag. 589.

58) BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, *cit. loc.*, § 12; QUISTORP, *Grds. des P. R.*, § 480 in fine, pag. 273.

59) BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, *cit. loc.*, § 11; VOET, *cit. loc.*, § 5; KOCH, *Institut. iur. crim.*, § 281; PÜTTMANN, *Elem. iuris crim.*, § 585.

60) V. *Ant.* MATTHAEI, *Comm. de Criminib.*, ad lib. XLVIII Dig., tit. 3.°, cap. VII, num. 22, pag. 432 (Vesaliae 1672, 4).

è costume di prendere in considerazione nella costituzione di una vera dote [61]).

## § 1288 *a*.

*Obbligo dello stupratore di prestare gli alimenti al figlio. I termini, legalmente stabiliti e posti a base della presunzione di paternità nelle nascite precoci o tardive dei figli legittimi, sono applicabili anche ai figli generati fuori del matrimonio?*

Se la donna è resa madre, nasce per lo stupratore un'altra obbligazione, che egli deve assumere anche in quei casi in cui non è tenuto ad alcuna riparazione verso la sedotta. È l'obbligo di alimentare il fanciullo da lui generato, obbligo che a lui incombe come a padre [62]), e che per una pacifica giurisprudenza tedesca, fondata sul diritto canonico [63]), ha luogo in favore di tutti i figli illegittimi, senza distinguere se siano il frutto dell'adulterio, o dell'incesto, o dello stupro, o di altri illeciti concubiti [64]).

Questa obbligazione alimentare dello stupratore comprende in sè le spese del puerperio, del battesimo e del processo [65]).

Il fondamento di questa obbligazione è la paternità. Lo stupratore può ammetterla o negarla. Se l'ammette non occorrono ulteriori prove: se la nega incombe alla sedotta, che è attrice, l'onere della prova, che è a fondarsi parte sul fatto del congiungimento, parte sul rapporto di tempo che permetta di attribuire a lui il figlio generato.

---

[61]) L. 69 § 4 D. *de iure dot.*

[62]) *Gc. Iac.* LINDNER, *Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos*, Altorpii 1796, 4; KRETSCHMANN, *Commentat. de stupro voluntario*, sect. IV, § 120 e segg.; QUISTORP'S *Grds. des P. R.*, parte 2.ª, § 482.

[63]) Cap. 5 X. *de eo, qui duxit in matr.*

[64]) V. *Fried.* VON BÜLOW, e *Theod.* HAGEMANN'S *Pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, vol. IV, Erört. LXX, § 7, pag. 364 e segg.; QUISTORP'S *Grds.*, *loc. cit.*, nota *a*, pag. 281 e LINDNER, *cit. Diss.*, § 32.

[65]) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, parte III, lib. XLVIII, tit. 5, 47; *Io. Lor.* DORN, *Pract. Commentar. über das Peinl. Recht*, vol. I, § 182; QUISTORP'S *Rechtliche Bemerkungen*, parte I, Bemerk. LXXVI, § 3, pag. 254 in fine.

Per quanto concerne il primo punto, confessato o provato il concubito, la gravidanza si presume. La donna dunque non ha bisogno di altra prova speciale [66]). Se il convenuto eccepisce, che l'attrice non fu fecondata da lui, egli deve provare pienamente questa eccezione.

Per suffragare la sua azione, la sedotta può deferire il giuramento al preteso stupratore, quando mancasse d'ogni altro principio di prova o presunzione in suo favore [67]). Ma, in concorso di forti presunzioni, come di quella ad esempio, che lo stupratore e la sedotta siano stati sorpresi nello stesso letto [68]) o che la sedotta abbia dalla sua attestati di precedente ottima ed irreprensibile condotta, mentre lo stupratore abbia già sedotto altre innocenti fanciulle e sia insomma tal uomo che, per ragione della vita anteatta, si possa creder capace di quello stupro [69]), ed inoltre non sia stato in grado di smentire o impugnare i fatti addebitatigli, in concorso dunque, dicevamo, di forti presunzioni, non vi ha dubbio che la sedotta non abbia bisogno di ricorrere al giuramento, specie se da parte dello stupratore sia a temere uno sperginro.

Per altro, è verità riconosciuta da tutti i giureconsulti [70]), che la nuda affermazione della sedotta, sia pur fatta durante i dolori del parto, o confermata nell'ora della morte mediante giuramento prestato di persona, non è prova sufficiente contro lo stupratore, se non sia suffragata da circostanze tali che la rendano verosimile.

Per quanto poi riguarda il secondo punto, sarebbe del tutto

---

[66]) V. KIND, *Quaestion. for.*, tom. II, cap. 47 e HAGEMANN'S *Pract. Erörterungen*, vol. 6.°, Erört. 100, § 11, pag. 409 e segg. È perciò antigiuridico quello che dice SCHMIDT, nel suo *Lehrbuch von Klagen und Einreden*, § 397, che cioè l'attrice è tenuta a provare la sua gravidanza.

[67]) *G. Ge. Iac. Fried.* MENTER'S *Pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte*, vol. 2.°, Bemerk. 11, pag. 17 e segg.

[68]) Cap. 12 X. *de praesumt.*

[69]) V. QUISTORP'S *Grds. des P. R.*, § 485.

[70]) V. *El. Aug.* STRYK, *Diss. de designatione patris a matre infantis facta* (rec. Halae 1739), cap. II, e QUISTORP'S *cit. Grds.*, § 484.

frustranea la prova del consumato concubito, se non venisse eziandio dimostrato, che in esso potè, per ragion di tempo, esser generato il figlio di cui si tratta. Ma qui sorge la questione, se, dato che il fanciullo fosse nato prima del decorso del periodo normale di nove mesi o di 280 giorni, o dopo un tale termine, lo stupratore possa fondarsi su questa circostanza per eccepire che il figlio non è suo.

I termini stabiliti dalla legge per le nascite, precoci o tardive, dei figli generati nel matrimonio, ed entro i quali viene presunta la loro legittimità sono applicabili anche ai figli generati fuori del matrimonio, per modo che colui, il quale ammette di avere giaciuto colla donna tra il settimo ed il decimo mese precedente al parto, sia da ritenere per presunzione giuridica padre del figlio da lei nato?

Questa questione è molto controversa così tra i medici che fra i giuristi. Qui fa assolutamente difetto una disposizione di legge [71]) ed in ordine a quei termini normali, che furono stabiliti dalla legge per la presunzione di legittimità dei figli del matrimonio, sembra a giudizio di medici autorevoli che [72]), essi forse siano più da tollerare *in favorem partus et matrimoni,* che da ritener giustificati dai principii della medicina legale.

Ora, trattandosi di figli illegittimi, esula il motivo pel quale viene favorita la causa della nascita legittima. Perchè gli illegittimi seguono la madre e non partecipano in alcuna guisa alla famiglia del padre [73]). Non si può pertanto validamente argomentare dagli uni agli altri.

Che le determinazioni della legge circa quella presunzione di legittimità siano unicamente ispirate al bene dei figli, è fatto chiaro dalla costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO, nella quale questi dice [74]): « Et hoc facimus *favore liberorum,* ut editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis his tantummodo casibus,

---

[71]) QUISTORP'S *Grunds. des P. R.*, § 482, nota *h.*

[72]) V. HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin*, § 105.

[73]) L. 19 D. *de stata hominum.*

[74]) L. 11 Cod. *de natural. lib.*, Nov. LXXXIX, cap. 8, § 1.

in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat». Questa costituzione si riferisce esclusivamente ai casi, in cui i figli vogliano far valere o difendere la loro legittimità contro il padre o un terzo, e tutti gli esempi, che il *Corpus iuris* offre, di applicazione di questa presunzione giuridica, sono perciò tratti dalla causa di filiazione di un figlio col suo padre presuntivo.

L'ipotesi di un figlio illegittimo che intentasse lite, come a proprio padre, allo stupratore della madre, per chiedergli gli alimenti, non fu affatto contemplata dalle disposizioni di leggi concernenti la citata presunzione, nè era possibile che la contemplassero, perchè i romani riferivano il concetto della paternità solo al fatto della generazione legittima [75]) e posero il principio, che, giuridicamente, gl'illegittimi non avevano padre [76]).

Questi sono i motivi per cui parecchi giureconsulti [77]) e medici [78]) risolvono negativamente la proposta quistione.

Al contrario altri giuristi [79]) e medici [80]) sostengono, che in ri-

---

[75]) L. 6 D. *de his qui sui vel alieni iuris sunt*; L. 5 D. *de in ius voc.*

[76]) L. 23 D. *de statu hom.*; § 4 I. *de success. cognator*.

[77]) *Pet. Ludwig* BEHRMANN, *Diss. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento*, § IX; *Ioh. Heinrich Christ. von* SELCHOW, *Rechtsfälle* [Casi giuridici], vol. 4, decis. CXI, pag. 48; *Ge. Iac.* LINDNER, *Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos*, § XX; *Alb. Guil. Aug.* BECKER, *Commentat. de partu septimestri*, §§ XXI e XXII e *Gottfr. Phil. von* BÜLOW, *Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürgerlichen Rechts*, parte II, fasc. I (Braunschweig 1818, 8), num. XXXI.

[78]) SCHNOBEL, *Diss. de partu serotino in medicina forensi temere nec affirmando, nec negando*, Iessae 1780.

[79]) *Ernst Gottfr.* SCHMIDT, *Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichltichen Klagen*, vol. 2.°, § 398, pag. 168; *Ge. Iac. Fried.* MEISTER, *Pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrechte*, vol. 1.°, Bemerk. XVI, pag. 113 e segg.; *Fried. von* BÜLOW e *Theod.* HAGEMANN, *Pract. Erörterungen*, vol. 4.°, Erört. LXIII, pag. 345 e segg.; SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, § 728; *Ad. Diet.* WEBER, *Erläuterungen der Pandecten*, vol. 2.°, § 1287, pag. 177; HAGEMANN, *Pract. Erörterungen*, vol. 6.°, Erört. CI, pag. 411 e segg. e *Franz von* ZEILLER, *Commentar über das allgemeine Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch*, vol. 1.°, parte I, cap. 3, § 163, num. 3, pag. 363.

[80]) PLONCQUET, *Ueber die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der*

guardo al termine legale non sia da fare alcuna distinzione tra figli legittimi ed illegittimi all'effetto di presumerne, per ragion di tempo, la paternità. Perciò lo stupratore, il quale ammetta di aver giaciuto con la sedotta nel periodo di tempo, entro il quale, secondo la misura dei termini legali, può seguire la nascita del figlio, è da ritenersi obbligato a riconoscere ed alimentare il nato, sino a che non riesca a provare chiaramente il contrario, che cioè, malgrado quella presunzione, egli non ne è il padre.

Le ragioni sono le seguenti:

Anzitutto la ragione della legge riposa sulla possibilità riconosciuta da IPPOCRATE, che un parto vitale può aversi nel settimo mese dal concepimento e perfino nel principio di esso. IPPOCRATE, senza alcun riguardo al matrimonio e alla legittimità della nascita, ha soltanto, nei suoi scritti, mirato a risolvere una questione di medicina legale fino a quel tempo controversa, nel senso che alla perfezione di un parto non fossero assolutamente necessari nove mesi, ma un parto vitale potesse nascere anche prima, nel settimo mese, o più precisamente fino nel 182.° giorno. I giureconsulti romani PAULO ed ULPIANO accolsero questa proposizione nel campo giuridico e l'applicarono alla risoluzione di casi, loro presentatisi, di nascite legittime seguìte nel settimo mese. Ma, per ciò stesso, essi non ebbero ad escluderla dai casi, nei quali si trattasse della paternità di un figlio illegittimo, anzi si può supporre che, se avessero dovuto decidere di un caso simile, avrebbero tenuta ferma la regola generale fondata sull'attestazione scientifica di un dotto e famoso medico. Per tanto è manifesto, che queste disposizioni di legge, le quali poggiano su ciò che è conforme a natura, non potrebbero essere limitate semplicemente ai figli del matrimonio.

In secondo luogo è da aggiungere, che la possibilità di un parto vitale nel settimo mese e la conseguente deviazione dal corso or-

---

*Kinder*, § 38; METZGER, *System der gerichtlichen Arzneywissenschaft*, § 282, nota *o*, pag. 294 (terza edizione); MENDE, *cit. Handbuch des gerichtlichen Medizin*, parte 2.ª, § 50 in fine, pag. 229 (Leipzig 1821).

dinario della natura, è anche confermata dalle osservazioni dei medici moderni [81]).

In terzo luogo, il fondamento di questa deviazione consiste in ciò, che cause particolari possono ora accelerare ora ritardare la nascita. E queste cause acceleratrici possono ricorrere tanto nella gravidanza di una sedotta, che in quella di una donna maritata. Perchè un affanno cocente od un segreto patema, nonchè altri violenti moti d'animo, la vergogna e il pentimento, a cui la sedotta trovisi esposta, possono facilmente esser causa di una deviazione della natura dal suo corso normale.

Finalmente, pur ammesso che si tratti di una interpretazione apparentemente dubbia della legge, si dovrebbe secondo l'equità e la natura delle cose aver riguardo non soltanto al favore della nascita legittima, ma in genere al *favorem partus*, perchè questo, come è noto, è il concetto scolpito nella legge, e per quanto concerne la presunzione di paternità, esso può trovare applicazione, allo stesso modo, così presso gl'illegittimi che i legittimi, particolarmente se la madre dei primi non possieda alcun bene.

Contro questa opinione potrebbero forse essere opposti parecchi argomenti tratti ai principii del diritto e della medicina legale: però essa, come convengono gli stessi fautori dell'opinione opposta, è accettata dalla giurisprudenza [82]) e consacrata anche in parecchi dei nuovi codici [83]). [V. *nota a pag. seg.*].

---

[81]) Si consulti LUDWIG, *Institut. medicinae forens.*, § 107; ROEDEREH, *Elem. artes obstetric.*, cap. IX, § 205 e 206 e HALLER, *Anfangsgründe der Phisiologie des menschliche Körpers*, parte VIII, pag. 702.

[82]) *Io. Henr.* DE BERGER, *Oeconom. iuris ad usum hodiern. accommodati*, lib. I, tit. II, parte II, nota 3; *Christ. Gottl.* HAUBOLD, *ad Eundem*, nota *h*, tom. I, pag. 42; *Car. Ferd.* HOMMEL, *Rhapsod. Quaestion. forens.*, vol. V, obs. 604; *Aug. a* LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. I, specim. XV, medit. 2. pag. 156; BECK, *Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum*, pag. 215-225; *Beiträge zu der jurist. Literatur in den Preuss. Staaten*. 3.ª collezione, sezione 1.ª, num. III, pag. 34-36 e 7.ª collezione, sez. 1.ª, num. XII. pag. 65 e segg.; *Ernst Ferd.* KLEIN, *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuss. Staaten*, vol. II, pag. 297-308 e *Gottfr. Phil. von* BÜLOW, *Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürgerlichen Rechts*, parte II, fasc. I, num. VII, pag. 71-73, dove sono

Intanto anche qui, come nelle nascite precoci o tardive dei legittimi, è presupposto che il parto porti in sè impressi i segni specifici della sua età [84]). Per giudicare, adunque, se l'infante nato, in un determinato caso, avanti l'inizio o dopo il decorso del termine normale, abbia potuto per ragion di tempo esser generato dal concubito, confessato o dimostrato, si deve principalmente aver riguardo alla complessione del neonato.

Quando perciò un fanciullo, nato nel settimo od ottavo mese dal concepimento, mostri i segni di una piena maturità di nove mesi, esso non in quel concubito, ma in altro anteriore, e da altri dovette esser generato [85]).

Se il convenuto non nega lo stupro ed il momento di sua consumazione, indicato dalla attrice, si accordi col tempo del parto, quegli deve essere condannato a riconoscere ed alimentare il figlio, fino a che sia in grado di provvedere al proprio sostentamento.

Ma quando il convenuto eccepisca, che al tempo del concubito la donna ebbe anche relazione con altri uomini, allora, posto che tale eccezione sia provata ovvero anche ammessa dalla stessa attrice,

---

reperibili due nuove decisioni della abolita Commissione degli appelli del ducato di Braunschweig, le quali applicano ai figli illegittimi i principii del diritto romano relativi alla presunzione di paternità nelle nascite verificatesi entro i termini legali del concepimento, e ciò con riferimento ad una *pacifica giurisprudenza.*

[83]) Ad es. nell'*Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, parte I, cap. 3.°, § 163. L'*Allgem. Preusslandrecht*, parte II, tit. I, §§ 1089 e 1090, e tit. II, sezione I, §§ 1 e segg. fissa tanto per i figli legittimi che per gl'illegittimi il termine minimo in 210 giorni, il termine massimo invece a 285 giorni per gli illegittimi, ma a 302 pei legittimi, dal giorno rispettivamente del concepimento o del matrimonio. Si confronti però MENDE, *Handbuch der gerichtlichen Medizin*, parte II, §§ 52 e 53, pag. 229-231.

[84]) MENDE nel cit. *Handbuch*, parte II, § 102, ha con molta precisione riportato i segni distintivi di un parto vitale di sette mesi come, al § 134, quelli di un parto tardivo.

[85]) PLOUCQUET, *loc. cit.* e anche ROEDERER, *cit. Elem.*, *loc. cit.* e HALLER, *loc. cit.* La soluzione adottata da MEISTER nelle *pract. Bemerkungen*, vol. I, num. XVI non è perciò pienamente giustificata: perchè l'espressione *partus perfectus* della L. 12 D. *de statu hom.* non designa un prodotto maturo, ma semplicemente vitale.

può egli in questo caso esser condannato a prestare gli alimenti? Le opinioni dei giureconsulti sono, su questo punto, divise.

Se il fondamento dell'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo,* intentata qui come *actio utilis,* si pone in ciò, che l'infante, pel cui riconoscimento e mantenimento l'attrice agisce, è stato concepito nel congiungimento avuto coll'attore, che quindi deve essere ritenuto come suo genitore e padre [86]), allora l'azione non può che apparire manifestamente infondata, quando la paternità sia inforzata da una *exceptio,* provata od ammessa, *plurium concumbentium.* Infatti, si deve ammettere senza bisogno di ulteriori dimostrazioni, che l'obbligazione alimentare verso un illegittimo non è una conseguenza immediata dell'illecita copula, perchè, diversamente, ognuno che confessi o sia provato che abbia giaciuto colla donna dovrebbe esser tenuto ad un'eguale obbligazione, anche quando l'epoca della nascita escludesse assolutamente l'ipotesi di una sua paternità — il che per verità nessuno ha mai sostenuto. È dunque innegabile, che il fondamento del riconoscimento e dell'obbligo alimentare verso l'illegittimo sta nel fatto, dimostrato, o ammesso, o presunto della paternità. Ma qualunque presunzione cade, quando è provato che l'attrice nello stesso torno di tempo si sia conceduta a parecchi. Il figlio così generato è un vero VULGO CONCEPTUS, *qui patrem demonstrare non potest,* come dice MODESTINO [87]), e dà luogo all'ipotesi, nella quale le leggi pongono l'obbligazione degli alimenti a carico della madre. *Ergo et matrem cogemus,* dice ULPIANO [88]), PRAESERTIM *vulgo quaesitos liberos alere.* Queste sono le ragioni per le quali molti autori [89]), in questo caso, assolvono lo stupratore dall'azione.

---

[86]) V. GMELIN, *Ueber die Praejudicialklage « de partu agnoscendo »,* § 34 e 35 e SCHMIDTS *pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden,* § 394 nell'appendice alla nota *k*, pag. 255 (ultima edizione del MARTIN, Iena 1823).

[87]) L. 23 D. *de statu hom.*

[88]) L. 5 § 4 D. *h. t.*

[89]) CARPZOV., *Iurisprud. eccles.*, lib. III, tit. VI, definit. 81, num. 10 e segg.; WERNHER, *Select. Observat. for.*, tom. II, parte VI, obs. 395; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. V, specim. CCCXXII, medit. 9 e

Nondimeno giuristi valorosi [90]) si rifiutano di riconoscere a quella eccezione tanta efficacia e ritengono invece, a malgrado di essa, obbligato lo stupratore agli alimenti, fino a che egli non abbia chiaramente provata l'impossibilità, che il figlio sia suo. Ecco i loro argomenti.

Prima di tutto dalla confessione della copula sorge la presunzione della gravidanza ed il preteso stupratore non potrà mai provare che il vero padre del neonato sia altri, non essendo lecito dalla nuda possibilità concludere alla realtà.

Secondariamente la pluralità dei commerci carnali renderà la sedotta indegna di chiedere la riparazione per lei, ma non può mai risolversi in pregiudizio del fanciullo.

Poi, nessuna legge vi ha, la quale disponga che l'*exceptio plurium concumbentium*, proposta e provata, valga a liberare il preteso stupratore dall'obbligo degli alimenti; piuttosto il *favor partus* e il mantenimento dell'infante sono nelle leggi così forte-

---

vol. XII *Supplem.*, specim. XVI, medit. 30-34, pag. 106 e segg.; BOEHMER, *Doctr. de actionib.*, sect. II, cap. I, § 30; CARRACH, *Adnotation. ad* BOEHMERUM, ad § cit. pag. 85 e segg.; *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER, *Observation. Select. ad* CARPZOVIUM, parte II, quaest. LXVIII, obs. 12 in fine; SCHMIDT, *Lehrbuch von Klagen und Einreden*, § 398; LINDNER, *Diss. cit. de obligatione alendi liberos illegitimos*, § 18; MALBLANC, *Princip. iuris Rom. secund. ord. Dig.*, parte I, § 125; THIBAUT, *System des Pandect. Rechts*, vol. I, § 348 in fine; GUNTHER, *Princip. iuris Rom. privati noviss.*, tom. II, § 447 e parecchi altri.

[90]) VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II, lib. XLVIII, tit. V, § 6; *Io. Dan. von dem* STEENHOFF, *Diss. de Praxi iudicior. erronea, et communibus errorib.*, Goetting. 1751, § 23 e segg.; *Ernst Christ.* WESTPHAL, *Criminalrecht*, Anmerk. LXV, §§ 5 e 6; QUISTORP, *Rechtliche Bemerkungen*, parte I, Bemerk. LXXVI, § 3, pag. 253 e segg.; *Fratrum* BECMANNORUM, *Consilia et decisiones*, tom. I, consil. LXIII, num. 5; *Ge. Iac. Fried.* MEISTER, *Pract. Bemerkungen*, vol. I, num. 15, pag. 110 e segg.; *Ind. Thadel.* ZAUNER, *Introd. in ius Digestorum*, parte I, lib. II, tit. 14, § 13; *Christoph. Crist.* DABELOW, *Handbuch des heutigen gemein. römisch-deutschen Privatrechts*, parte I, § 553; *Albr.* SCHWEPPE, *Römisches Privatrecht*, § 728 (3.ª ediz. Altona 1822); *Ad. Dict.* WEBER, *Erläuterungen der Pandecten*, vol. II, pag. 178: particolarmente *Fried. von* BÜLOW, e *Theod.* HAGEMANN, *Pract. Erörterungen*, vol. II, num. LIX, pag. 369 e segg.

mente fondati, che al contrario l'*exceptio partus incerti* non dovrebbe esservi presa affatto in considerazione.

In quarto luogo l'opposta opinione urta contro ogni analogia di diritto. Infatti la confessione della moglie, di aver commesso adulterio, non libera il marito dall'obbligo di riconoscere ed alimentare il figlio da lei nato, quando il momento dell'amplesso coniugale si accordi col tempo della nascita, appunto perchè l'adulterio della madre non può arrecar danno al figlio. Invero, come dice PAPINIANO [91]), la madre può ben essere un'adultera e nondimeno il marito essere il padre del figlio da lei nato. Solo la prova piena che questa paternità è impossibile, libera il marito da ogni obbligazione [92]). Ora, certamente pei figli nati dal matrimonio la legittimità della nascita è cosa più importante di quella che sia la semplice paternità pei figli generati fuori del matrimonio, perchè da quella dipende il diritto di famiglia e di eredità, nei rispetti del padre.

Senza dire che, anche nel dubbio, la causa degli alimenti merita sempre di essere favorita anzichè avversata, perchè questo favore, particolarmente nei riguardi della presente controversia, è chiaramente consacrato nella legge [93]).

Finalmente, anche quando le leggi chiaramente disponessero che niuno possa esser tenuto ad alimentare un fanciullo se è incerto che sia suo figlio, anche allora non ne seguirebbe che lo stupratore, per quanto riguarda gli alimenti del figlio, fosse assolutamente esonerato dalla relativa azione, perchè lo stupratore sarebbe sempre responsabile di un *damnum iniuria datum,* in quanto egli stesso col proprio fatto illecito concorse a produrre questa incertezza. Il che è sufficiente ad autorizzare la madre dell'infante o il di lui tutore ad agire contro di lui *ex lege Aquilia* per la prestazione dei danni,

---

[91]) L. 11 § 9 D. *ad Leg. Iul. de adult. coerc.*

[92]) L. 6 D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* V. *Ernst Ferd.* KLEIN, *Merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät,* vol. I, numero XXVIII, pag. 214 e segg. e *Gottfr. Phil. von* BÜLOW, *Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürg. Rechts,* parte II, fasc. II, num. XXXI.

[93]) L. 7 D. *h. t.*

che nelle specie sono rappresentati dalla somministrazione dei necessari alimenti.

Questa è l'opinione adottata oggi dalla giurisprudenza, come dimostrano le decisioni raccolte nei citati scritti pratici [94]).

Noi abbiamo avuto, nei molti atti sottoposti al nostro Collegio giudiziario, parecchi casi di questo genere, tanto singolari quanto è possibile solo immaginare.

Che decidere, se la donna istessa immediatamente confessi di essersi nella medesima epoca congiunta carnalmente con più uomini, e li designi a nome, ed essa stessa dichiari di non esser certa chi sia tra tanti il vero padre del figlio, ma creda che possa essere il preteso stupratore col quale pure, in quell'epoca, si congiunse? [95]).

Noi abbiamo cercato di conciliare le due opposte opinioni distinguendo il caso che la sedotta, la quale non possa assegnare alcun padre certo al proprio figlio, sia in grado di alimentarlo essa stessa o non lo sia. Nell'uno abbiamo respinto le pretese della donna per le ragioni innanzi addotte a sostegno della prima opinione, ma nell'altro abbiamo condannato il convenuto agli alimenti verso il figlio. Perchè l'incertezza della paternità, dipendente dall'avere la madre usato carnalmente nello stesso tempo con più persone, non può volgersi, per quanto riguarda gli alimenti, a danno del figlio che ne è nato. Ciò è conforme alla equità naturale ed al favore per gli alimenti. Quale persona potrebbe essere colpita da questa obbligazione sussidiaria con più diritto, che coloro i quali sono stati tutti insieme correi del fatto? Ognuno ha commesso colla sedotta quell'istesso atto al quale il fanciullo natone deve la sua esistenza. Per la paternità dell'uno esistono tanti indizi quanti per la paternità dell'altro. E nessuno può più invocare a propria giustificazione il fatto

---

[94]) Si consulti anche *Ernst Christ.* WESTPHALS *Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts*, vol. II, num. 226, pag. 361. Nuove decisioni dei tribunali superiori per l'anno 1816 si trovano nelle citate *Abhandlungen*, parte II, fasc. I, num. VII, pag. 71 e segg. del sig. consigliere della Corte superiore di Appello VON BÜLOW.

[95]) Un caso simile si trova nei *Merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen*, vol. II, num. XXIV, pag. 136 e segg. di GEIGER e GLÜCK.

che essa si sia conceduta ad altri. Ciascuno dal quale la madre pretende gli alimenti del figlio deve dunque considerare il sostentamento del neonato, quando non lo possa prestare la madre, come una conseguenza del fatto proprio, concorrendo in ognuno la possibilità di essere il padre. Si addosserebbe diversamente allo Stato un'obbligazione nascente dal delitto dei suoi sudditi. Quale ingiustizia! sgravare i colpevoli e gravare gl'innocenti. Oggidì si è quasi d'accordo sul punto, che qui si tratti di una *obligatio in solidum*.

Solo è incivile il porre, come alcuni hanno voluto [96]), il fondamento dell'obbligazione nella correalità e nel conseguente risarcimento del danno, al quale sono tenuti tanto coloro che hanno insieme commesso un delitto, quanto coloro che hanno cooperato al delitto degli altri [97]). Perchè, nel caso presente, non è quistione di un reato alla consumazione del quale più persone si sono associate ed hanno cooperato, ma si ha che ciascuno degli stupratori è, per il suo proprio fatto illecito, per proprio conto obbligato ad alimentare l'infante.

Appunto perciò, non è da approvare l'opinione di coloro [98]) i quali sostengono, che se la sedotta ha nello stesso tempo usato con parecchi, ciascuno di questi sia tenuto a concorrere nel mantenimento del figlio, solo per la sua parte. E di vero, siccome ciascuno risponde del fatto proprio, così è giusto che, solo, ne sopporti le conseguenze giuridiche, che ne derivano [99]): nè ha luogo alcun regresso contro gli altri stupratori [100]). Ne segue ancora, che se il preteso stupratore non fosse in grado di adempiere alla sua

---

[96]) WESTPHAL, *Criminalrecht*, Anmerk. LXV, § 5; QUISTORP, *Grds. des P. R.*, § 482, pag. 280.

[97]) QUISTORP'S *Grds.*, parte I, § 91 e *Christ. Fr. Ge.* MEISTER'S *Rechtl. Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen*, parte I, Respons. XIV, num. 8 e segg.

[98]) BRUNNEMANN, *Comment. ad L. 5 D. h. t.*, num. 21 e BARDILI, *Diss. de satisfactione stupratae*, parte I, memb. VII, num. 45.

[99]) V. MEISTER'S *pract. Bemerkungen, loc. cit.*, pag. 112.

[100]) V. *Theod.* HAGEMANN'S *practische Erörterungen*, vol. VII, Erört. XCII, pag. 289.

obbligazione, l'azione contro gli altri stupratori rimane sempre integra e questi possono essere convenuti l'uno dopo l'altro [1]).

L'obbligazione alimentare dello stupratore comincia adunque, come quella del padre verso i figli legittimi, al momento istesso della nascita [2]).

Già abbiamo, avanti, notato che fanno carico allo stupratore anche le spese del parto e del battesimo. Se la sedotta intentasse l'azione prima del parto, anche prima del parto essa può chiedere, ed il giudice, mediante decreto provvisorio, deve assegnare [3]), le spese relative, cioè a dire, quelle che durante il puerperio richiede un sostentamento conforme al di lei stato. E perchè l'infante non soffra sin dalla nascita alcuna privazione, la sedotta ha perciò il diritto di chiedere, che almeno un mese avanti lo stupratore la provveda degli alimenti pel nascituro [4]). E qui subentra il giudizio del magistrato.

Siccome i figli illegittimi appartengono alla madre [5]), così è da lasciare a lei la loro educazione. Perciò ella può allevarlo, senza distinzione di sesso, nella sua religione [6]). Si eccettui però il caso, che il padre si offra ad educar lui stesso il figlio, o l'educazione di esso gli sia confidata, sia perchè la madre per la sua debolezza fisica o morale o per la sua condizione economica non sia in grado di curarla, sia perchè stante la sua condotta immorale non lo possa senza pericolo, sia perchè il figlio debba a richiesta del padre es-

---

[1]) V. ZEILLER, *Commentar über das allgem. Oesterreichische Gesetzbuch*, vol. I, § 163, nota 5, pag. 364. A questi principii s'inspira anche l'*Allgem. Preuss. Landrecht*, parte II, tit. II, sez. 9.ª, §§ 619 e 620.

[2]) V. QUISTORP'S *Grds. des P. R.*, parte II, § 483; LINDNER, *Diss. de obligat. alendi liberos illegitimi*, § 7; SCHORCH, *Nova Collectio Responsorum et Sentiar. selectior. Fac. iurid. Erfordiensis* (Erfordiae 1798, 4), num. X, pag. 56, num. 20.

[3]) WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pand.*, parte II, *h. t.*, § 8; *Allgem. Preuss. Landrecht*, parte II, tit. I, sez. 2.ª, §§ 1228-1231.

[4]) QUISTORP'S *Grunds. des Pand. R.*, § 483, nota 1 e ZEILLER'S *Commentar. über das Oesterreichische Gesetzbuch*, vol. I, § 168, nota 1.

[5]) L. 19, L. 24 D. *de statu hom.*

[6]) V. KLEIN'S *Annalen der Gesetzgebung- und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuss. Staaten*, vol. I, decis. 3.ª, pag. 9.

sere avviato ad uno stato, pel quale sia assolutamente necessario che l'istruzione e l'educazione siano impartite da un uomo [7]).

In generale vale la regola, che chi è obbligato a mantenere del suo un fanciullo può pretendere che gliene sia confidata anche l'educazione [8]). Però anche qui non è da escludere la determinazione giudiziale, quando la madre alleghi tali gravi motivi, che appaia degna di considerazione la proposta di affidarne l'educazione al padre [9]).

Se poi, come ordinariamente avviene, sia la stessa madre che ne assuma l'educazione, allora è da determinare la misura dell'ammontare degli alimenti. Comunemente, questa è già fissata dalle leggi o dalla giurisprudenza [10]). In mancanza, la determinazione ne è in gran parte rimessa all'apprezzamento del magistrato il quale deve aver riguardo non soltanto al mantenimento presente, cioè all'adeguato sviluppo fisico e morale del fanciullo, ma anche al suo futuro collocamento, perchè sia presto in grado di guadagnarsi la vita.

All'uopo si vuole anche aver riguardo allo stato sociale della madre e alle condizioni economiche del padre [11]). Lo stato del padre viene ordinariamente trascurato [12]), perchè la di lui obbligazione suole

---

[7]) HOMMEL, *Rhapsod. Quaest. for.*, vol. II, obs. 416; KIND, *Quaestion. for.*, tom. IV, cap. II (edit. sec.) e ZEILLER, *Commentar über das Oesterreichische Gesetzgebung*, vol. I, § 169.

[8]) BERGER, *Oeconom. iuris*, lib. III, tit. XI, th. 4, nota 7, pag. 613, edit. WINKLER e LINDNER, *Diss. cit.*, § X. Per il *Preuss. Landrecht*, parte II, tit. II, §§ 621 e 622 il sostentamento e l'educazione del fanciullo fino al quarto anno incluso deve per regola essere confidato alla madre, ma a spese del padre. Solo dopo il quarto anno il padre ha la scelta o di assumere lui la cura e l'educazione del fanciullo, o di lasciarla, ma sempre a sue spese, alla madre.

[9]) L. 3 C. *de alend. liber.* V. LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. XII, *Supplem.*, specim. XIV, medit. 35 e 36 e LINDNER, *Diss. cit.*

[10]) Esempi presso LINDNER, *cit. Diss.*, § 91.

[11]) Arg. L. 5 § 19 D. *h. t.*; V. QUISTORP, *Grunds.*, § 483, pag. 287 e LINDNER, *cit. Diss.* in fine.

[12]) Secondo l'*Allgem. Preuss. Landrecht*, parte II, tit. II, sez. 9.ª, § 626 e l'*Allgem. Oesterreichischen Gesetzbuch*, tom. I, cap. III, § 169 e il *Commentario* dello ZEILLER, nota 2, l'ammontare degli alimenti non si regola

limitarsi ai così detti alimenti naturali [13]). Solo quando il figlio debba essere, per volontà del padre, istruito ed educato in un grado più elevato, il padre è tenuto ad assumere su di sè le maggiori spese occorrenti [14]).

Del resto, bisogna che gli alimenti siano somministrati al figlio pure in corso del processo, anche quando la paternità del convenuto sia ancora dubbia, ma purchè sia stata ammessa o provata la circostanza del concubito del convenuto coll'attrice [15]). Il provvedimento provvisorio a questo fine emesso dal giudice si chiama *decretum interimisticum* [16]). E fra questi alimenti sono anche comprese le spese processuali [17]). Poichè i bisogni del fanciullo crescono coll'età, e le spese di mantenimento subiscono un proporzionale aumento, perciò nella determinazione di esse si deve tener conto anche di questa circostanza [18]).

L'obbligazione del padre di alimentare il figlio illegittimo dura fino a che questi può da sè provvedere a se stesso. Se è debole, malaticcio, o idiota così da non essere in grado di guadagnarsi il pane, l'obbligo alimentare del padre dura per tutto il tempo che il fanciullo viva [19]). Ma se è sano, allora general-

---

sullo stato del padre, nè su quello della madre, ma su ciò che costa presso le classi borghesi o agricole l'educazione di un figlio legittimo.

[13]) BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 14. Erroneo è ciò che BECK, *Diss. de stupro*, § 20, pag. 159 e con lui QUISTORP, *loc. cit.*, sostengono: cioè che nella determinazione del *quantum* degli alimenti si debba aver riguardo anche allo stato dello stupratore. Contro, si veda LINDNER, *cit. Diss.*, § 6.

[14]) V. ZEILLER, *Commentar über das Oest. Landrecht*, vol. I, § 167, nota 2, pag. 371.

[15]) L. 7 D. *h. t.* LINDNER, *Diss. cit.*, § 12.

[16]) V. STRYK, *Diss. de decreto interimistico* (*Dissertation. Fancofurtan*, vol. I, num. XI) e LEYSER, *de decreto interimistico* in *Meditat. ad Pand.*, vol. V, specim. CCCXXIII.

[17]) LEYSER, *cit. Specim.*, medit. 2.

[18]) V. QUISTORP'S *Grds. des P. R.*, vol. II, § 483, pag. 287 in fine; ZEILLER, *cit. Commentar.*, vol. I, § 168, nota 1, pag. 372. Un esempio tratto dagli statuti di Schweinfurt adduce LINDNER, *cit. Diss.*, § 9.

[19]) BECK, *Diss. cit*, pag. 206 e LINDNER, *Diss. cit.*, § 8. Si confr. anche l'*Allgem. Preuss. Landrecht*, parte II, tit. II, sez. 9.ª, § 637.

mente si ritiene che l'obbligazione del padre cessi col principio della pubertà che, secondo il còmpito in uso, si verifica per la donna a 12, per l'uomo a 14 anni compiuti [20]). Senonchè, funzionando qui la pubertà da linea di confine, questa si sposta fino alla piena pubertà, la quale per le donne si ha dopo il quattordicesimo anno, per gli uomini dopo il diciottesimo. *Nam etsi generaliter* PUBERTAS *non sic definiatur,* dice ULPIANO [21]), *tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum, hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile.* Questo motivo è generalissimo, riferendosi al favore giuridico di cui gode la causa degli alimenti, e deve avere applicazione anche qui. Ma esso è anche da approvare *pietatis intuitu.* Perchè, quale padrone prenderà al suo servizio una ragazza di dodici anni? e quale ragazza di dodici anni è così esercitata ed esperta nei lavori femminili da procacciarsi da sè il mantenimento necessario?

Certo, anche qui è duopo ricorrere anzitutto alle leggi e consuetudini particolari di ciascun luogo [22]), ma dove queste nulla stabiliscono, si deve non tanto guardare ad un determinato limite d'età, ma piuttosto aver riguardo, caso per caso, alla forza fisica e morale del figlio illegittimo. Perciò, effettivamente, il sistema fra tutti più savio è quello per cui, nelle leggi e nelle consuetudini, l'obbligo alimentare venga prolungato fino a che il fanciullo sia capace di provvedere da sè al proprio sostentamento.

Se l'illegittimo muore prima che finisca l'obbligazione dello stupratore, cessa bensì colla morte l'obbligo degli alimenti, ma lo stupratore ha da sopportare le spese dei funerali [23]), a meno che abbia convenuto di corrispondere in genere, a titolo di ali-

---

[20]) V QUISTORP, § 483, pag. 286.

[21]) L. 14 § 1 D. *de aliment. legat.*

[22]) Esempi presso LINDNER, § 9. Secondo l'*Allg. Preuss. Landrecht*, parte II, tit. II, sez. 9.ª, § 633, l'obbligazione alimentare dura fino al quattordicesimo anno compiuto.

[23]) VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II, tit. *ad Leg. Iul. de adulter. coercend.*, § 6 in fine e STRYK, *Us. mod. Pand.*, lib. XLVIII, tit. V, § 25. V. anche la parte XI di questo *Commentario*, § 771, pag. 418 e segg.

menti, una determinata somma [24]). Nè d'altra parte è ammessa alcuna ripetizione di ciò che, conformemente alle convenzioni, sia stato già pagato [25]).

Se muore lo stupratore, l'obbligazione alimentare, al pari di ogni altra patrimoniale, trapassa nei suoi eredi. Perchè si tratta di un'obbligazione di diritto civile, che nasce dalla legge e deve essere soddisfatta sul patrimonio del padre. Essa pertanto si trasmette agli eredi, siano legali, testamentari o pattizii, dello stupratore [26]). Perciò, pur la vedova di lui, se divenuta sua erede [27]), può essere condannata anche verso il figlio, generato dal proprio marito fuori matrimonio. Nè l'odierna giurisprudenza si preoccupa di distinguere, se il figlio sia un *partus spurius* o *adulterinus* [28]).

La pratica concede allo stupratore, per il debito alimentare, il *beneficium competentiae,* quando il suo patrimonio sia tale, che il pagare quel debito gli toglierebbe i necessari mezzi di sussistenza [29]). Questa giurisprudenza è giustificata dal rapporto, meritevole di ogni riguardo, che intercede tra padre e figlio [30]), in quanto che, anzitutto, le leggi non permettono alcuna distinzione, e d'altra parte quel rapporto ricorre tanto nella generazione legittima che nella illegittima. Gli uni e gli altri debbono ai loro genitori lo stesso rispetto [31]) [*V. nota a pag. seg.*].

---

[24]) Koch, *Institut. iur. crim.*, § 280 in fine e Quistorp, *Grds. des P. R.*, § 483 in fine.

[25]) Behrlich, *Conclus. pract.*, parte V, concl. XXXVIII, num. 47; Koch, *cit. loc.*

[26]) Behrlich, *cit. loc.*, num. 45 e 46; Boehmer, *Iur. eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 14, pag. 109, e *Fried. von* Bülow e *Th.* Hagemann, *Pract. Erörterungen*, vol. IV, Erört. LXX, § 2, pag. 355 e *Franz von* Zeiller, *Commentar ueber das allgemeine Oesterreichische Gesetzbuch*, vol. I, § 171, pag. 375.

[27]) Lindner, *Diss. cit.*, § 25.

[28]) Boehmer, *cit. loc* ; Lindner, *Diss. cit.*, §§ 30, 31 e 32 e *von* Bülow e Hagemann, *Pract. Erörterungen*, *loc. cit.*, § 7, pag. 375.

[29]) Wernher, *Select. Observat. for.*, tom. II, parte VII, obs. 85, num. 84 e segg.; Bardili, *Diss. de satisfactione stupratae*, cap. III, memb. VII, num. 37; Quistorp, *Rechtliche Bemerkungen*, parte I, Bemerk. LXXVI, § 6, pag. 258; Lindner, *cit. Diss.*, § 16.

[30]) L. 7 D. *de operis libertor.*; L. 17 D. *de re iudicat.*

Ma se si volesse concedere il *beneficium competentiae* agli eredi [32]), si urterebbe contro ogni regola di analogia giuridica, perchè quel beneficio è personalissimo [33]). Altrimenti sarebbe, se eredi dello stupratore fossero appunto i suoi stessi genitori.

Se lo stupratore cade in fallimento, l'obbligo degli alimenti cessa, perchè neppure ai figli legittimi del comune debitore, i creditori sono tenuti a dare gli alimenti sulla massa [34]). Bensì gli alimenti arretrati possono essere liquidati, in concorso cogli altri crediti, nell'ultima classe dei chirografari, come quelli che non godono di alcun privilegio [35]).

## § 1289.

*Chi sia, successivamente al padre, obbligato a prestare gli alimenti ai di lui figli. Interpretazione della L. 8 D.* h. t. *Esattezza della lezione della L. 5 § 14 D.* h. t., *ed interpretazione di essa mediante gli scolii dei* Basilici.

Abbiamo finora dimostrato, che il padre ha, avanti ad ogni altro, il dovere di provvedere al mantenimento del proprio figlio, finchè questi non sia in grado di provvedervi da sè, e che la giurisprudenza odierna non fa al riguardo alcuna distinzione tra figli legittimi ed illegittimi. Ma il decidere su chi gravi, in mancanza del padre, tale obbligo è questione sulla quale i giureconsulti non sono d'accordo.

Anzitutto bisogna distinguere i figli legittimi dagli illegittimi. Riguardo ai primi si pone comunemente il principio, che, in mancanza del padre, l'obbligazione degli alimenti passa agli

---

[31]) L. 6 D. *de in ius vocando*; PAULUS, libro I *Sententiar.*: « *Parentes* naturale in ius vocare nemo potest: *una est enim omnibus parentibus servanda riverentia* ».

[32]) QUISTORP, *loc. cit.*

[33]) L. 25 D. *de re iudicata.*

[34]) HOMMEL, *Rhapsod. Quaestion. for.*, vol. IV, obs. 525; PÜTTMANN, *Elem. iuris crim.*, § 587, nota *b*.

[35]) HOMMEL, *cit. loc.*, n. 3; QUISTORP, *Grds. des P. R.*, § 483, nota *l*, pag. 289 e LINDNER, *Diss. de obligat. alendi liberos illegitim.*, § 15.

ascendenti della linea paterna, e che la madre non è tenuta ad assumerne il mantenimento. Così insegna HELLFELD, e così anche la maggior parte dei pratici [36]) e dei teorici [37]), antichi e moderni. I passi, ai quali tutti si riferiscono, sono la L. 5 pr. e §§ 1, 2, 3 e 4 e la L. 8 D. *h. t.*

Nella prima ULPIANO dice:

« Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur: iudex de ea re cognoscet ».

« Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere: an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est: et magis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere ».

« Utrum autem tantum patrem, avumve paternum, proavumve paterni avi patrem, ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque parentes, et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet ».

« Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est ».

« Ergo et matrem cogemus, praesertim vulgo quaesitos liberos alere: nec non ipsos eam ».

---

[36]) CARPZOV., *Iurispr. for.*, parte II, const. X, def. 20 e 21; STRYK, *Us. mod. Pandect. h. t.*, § 5; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, parte II, *h. t.*, § 13 e parecchi altri.

[37]) POTHIER, *Pandectae iustinian.*, tom. II, *h. t.*, sect. II, num. 18, pag. 83; *Io. Ortw.* WESTENBERG, *Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t.*, §§ 19 e 20; *Io. God.* BAUER, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato*, § 7; LEMBKE, *Diss. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum*, § 24 e segg.; *Car. Christph.* HOFACKER, *Princip. iuris civ. R. G.*, tom. I, § 556; *Chr. Aug.* GÜNTHER, *Princip. iuris Rom. privati noviss.*, tom. II, § 421; *Iud. Thad.* ZAUNER, *Introd. in ius Digestor.*, parte I, lib. II, tit. 14, § 8.

L'altro passo è tratto dal libro I *ad Legem Iuliam et Papiam* di MARCELLO ed è del seguente tenore:

« Non, quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est, id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri: nisi pater aut non sit superstes, aut egens est».

Ma da un intimo esame di queste leggi risulta chiaramente, che esse non contengono il principio enunziato.

L'una, la L. 5 *h. t.*, parla unicamente della reciproca obbligazione, tra ascendenti e discendenti, di alimentarsi l'un l'altro in caso di bisogno, e ne ripone il fondamento sull'equità e carità del sangue [38]). Da questo punto di vista non può farsi luogo a distinzioni di grado o di linea e perfino la madre è tenuta ad alimentare i suoi figli illegittimi, come questi quella. La legge però non dice *in quale ordine* questo dovere reciproco debba adempirsi.

L'altra, la L. 8 *h. t.*, tratta di nipoti, che col loro padre si trovano sotto la potestà dell'avo, e rispetto ai quali pertanto l'obbligo degli alimenti, spettante all'avo, trova la sua ragione nel rapporto di patria potestà, che per diritto romano non cessava col matrimonio del figlio, mentre si estingueva col matrimonio della figlia, la quale con ciò passava in potestà del marito e conseguentemente a far parte di un'altra famiglia. I figli della figlia, quindi, appartenevano non alla famiglia del padre di lei, ma a quella del di lei marito [39]): ed al loro mantenimento era perciò obbligato, come padre, questi, non quegli. All'opposto, quest'obbligo era posto dalla legge a carico dell'avo per i nipoti *ex filio*, perchè il figlio, malgrado il suo matrimonio, rimaneva sotto la sua potestà patria ed i figli di lui si trovavano pure sotto di essa. Era conforme al-

[38]) Concorda in ciò anche la L. 8 § 5 Cod. *de bonis quae liberis*, dove GIUSTINIANO dice: « Ipsum autem filium, vel filiam, filios vel filias, et deinceps, alere patri necesse est, non propter hereditates, sed *propter ipsam naturam* ».

[39]) L. 196 § 1 D. *de Verbor. Significat.* V. *Ant.* FABER, *Iurisprud. Papinian.*, tit. VIII, Illat. I, pag. 333.

l'istituto della patria potestà, che in corrispondenza dei vantaggi che essa assicurava all'avo, questi fosse gravato dell'onere di alimentare i nipoti *ex filio,* come anche di dotare e dar marito alle nipoti [40]). Quest'onere dell'avo dura, anche se il padre muoia, perchè i nipoti rimangono sempre nella di lui potestà. Però il rapporto muta radicalmente, se colla morte del padre i nipoti divengono *sui iuris.* Perchè, come nell'un caso la patria potestà obbliga l'avo ad alimentare i nipoti, così in quest'altro l'onere deve essere assunto da coloro, a cui l'impone l'equità e il legame del sangue. Questo

---

[40]) Manifestamente, l'*onus,* di cui parla MARCELLO nella L. 8 *h. t.*, come si rileva dall'epigrafe di questo passo, abbraccia l'una cosa e l'altra. Perchè la *Lex Iulia et Papia Poppaea* imponeva al padre l'onere del collocamento matrimoniale dei discendenti accanto a quello degli alimenti. L. 19 D. *de ritu nupt.* V. *Iac.* GOTHOFREDUS, *ad Leg. Iuliam et Papiam Popp.* (in *Thes. iur. Rom. Otton.*, tom. III, pag. 223 e segg.) ed HEINECCIUS nel *Commentar ad eand. Legem*, lib. I, cap. V, pag. 97, nota *f.* Vero è che *Franc.* RAMOS DEL MANZANO in *Commentar. ad leges Iuliam et Papiam*, lib. IV, reliquat 3, n. 1 (in *Thes. Meermann*, tom. V, pag. 444) obbietta essere incredibile, che MARCELLO abbia potuto nel primo libro del suo *Commentario* trattare di ciò che, secondo la L. 19 D. *de ritu nupt.*, è contemplato solo nel 35.° capitolo della *Lex Iulia.* Il primo capitolo trattava piuttosto del divieto al matrimonio dei senatori, dei loro figli e dei loro nipoti *ex filio*, con liberti, come risulta dalla L. 44 D. *de ritu nuptiar.* che è tratta dal lib. I *ad Legem Iuliam et Papiam* di ULPIANO. Che anche MARCELLO nel primo libro del suo *Commentario* aveva trattato *de maritandis ordinibus*, si desume dalle L. 32, 33 e 49 D. *eod.* Presumibilmente, MARCELLO in occasione delle parole: *Neposve ex filio* del primo capitolo della *Lex Iulia*, che si trovano pure nella L. 44 pr. D. *de R. N.*, fece l'osservazione che il divieto legale non tocca i nipoti *ex filio* dei senatori, come anche dice ULPIANO nella L. 10 D. *de Senatorib.* ed a maggior conferma ha aggiunto, come motivo, le parole della L. 8 D. *h. t.* che i compilatori delle *Pandette* ebbero a staccare dal loro contesto ed incorporare al titolo *de agnoscendis et alendis liberis.* Del resto tanto è vero ciò che qui MENDOZA ha ricordato contro l'interpretazione di GOTOFREDO, quanto è certo che, dopo che GIUSTINIANO colla L. 29 C. *de nuptiis* abrogò il *caput Legis Iuliae et Papiae de Senatorum nuptiis*, la nostra L. 8 *h. t.* pur nel luogo dove fu posta dai compilatori delle *Pandette*, si lascia nella maniera più propria chiarire dalla L. 19 D. *de ritu nupt.* Si consulti anche HEINECCIUS, *Commentar. cit.*, lib. II, cap. 20, § 2, pag. 335 e lo stesso DEL MANZANO, *cit. loc.*, reliquat. 32, num. 5, pag. 496.

è il caso di cui nella L. 5 *h. t.* parla ULPIANO, il quale non solo ne assegna espressamente questa ragione, ma anche in conformità di essa insegna, che il padre è obbligato a mantenere quei figli, che non si trovino più sotto la sua potestà, fino a che essi non siano in grado di provvedere da soli a sè stessi.

Coerentemente a questo principio, che riposa sull'equità e la consanguineità, anche le leggi obbligano la madre ad alimentare i propri figli, perfino gli illegittimi, quando non vi è obbligato il padre. Ed invero questo dovere incombe alla madre prima che all'avo, parte per la prossimità del grado, parte per il vantaggio successorio. Non potendo, per indigenza, la madre, l'*equitas* e la *charitas sanguinis* chiamano l'avo ad assumere il sostentamento dei nipoti *ex filia;* da ciò l'eccezione della L. 8 «nisi pater aut[41]) non sit superstes, aut egens est»[42]), la quale dunque è da riferire all'avo materno. Ora, siccome pel diritto odierno i figli che si sposano col consenso del padre, comunemente costituiscono una propria casa ed escono dalla patria potestà, così vien meno la ragione per la quale la L. 8 *h. t.* obbligava l'avo paterno agli alimenti verso i suoi nipoti *ex filio.*

Oggi dunque l'unica ragione che può invocarsi è quella, naturale, che ULPIANO nella L. 5 § 2 *h. t.* derivava dalla *charitas sanguinis.* Ma chi, più della madre, è astretta dai vincoli del sangue? Quale amore è più tenero di quello che la madre ha verso i figli? Anche l'equità, pur prescindendo dal vantaggio successorio, impone alla madre, in mancanza del padre, il dovere di alimentare i figli, più strettamente che non agli avi, purchè possieda beni proprî a ciò sufficienti. Anche il *commodum successionis* che

---

[41]) La lezione di HALOANDER «pater *avi*» invece di «pater *aut*», che è seguìta anche da BAUDOZA, MIRAÜS e MERLIN, ha un senso del tutto sbagliato. L'esattezza della lezione fiorentina è confermata dai *Basilici*, tom. IV, lib. XXXI, tit. 6, const. 8, pag. 753. Ivi si dice: *εἰ δὲ μὴ περίειστν οἱ πατέρες αυτῶν, ἢ πένονται· τα βάρη αὐτῶν ὑπέχομεν.* i. e. «Si tamen aut non superstites sint eorum parentes, aut egentes, nobis oneri sunt».

[42]) Invece di *est* HALOANDER, BAUDOZA, MIRÄUS ed i più leggono, più esattamente, *sit.*

spetta alla madre, conferma di più la preferenza che in questa obbligazione le si dà sugli avi.

Solo, fino a che il padre vive ed alimenta, lui, i figli e di alimentarli ha la possibilità, le leggi esimono da questo onere la madre, anzi le permettono perfino di ripetere dal padre la rivalsa del mantenimento che avesse apprestato ai figli colle proprie sostanze, purchè non si tratti di cose che loro abbia somministrato per puro amore. Questo insegna anche la L. 5 § 14 *h. t.* dove ULPIANO, contemporaneamente, conferma il suo insegnamento con un rescritto dell'imperatore MARCO. Egli dice:

« Si mater alimenta, quae fecit in filium [43]), a patre repetat, *cum modo* [44]) eam audiendam. Ita [45]) Divus Marcus rescripsit *Antoniae*

---

[43]) *Io. Van de* WATER, *Observation. iuris Rom.*, lib. III, cap. 12, vuol leggere invece di *filium*, *filiam*, e ciò in relazione al contenuto del qui citato rescritto nel quale si parla di una figlia. Ma la ragione addotta non è così grave da autorizzare a mutare il testo. Risulterà, anche in seguito, dagli scolii dei *Basilici*, che la lezione fiorentina è esatta. Vedi AUCTOR, *Observation. iuris civ.*, cap. XXI, pag. 125, e SMALLENBURG, *Obs. ad Ant. Schultingii Notas ad Digesta s. Pandect.*, tom. IV, ad *h. L.*, pag. 374.

[44]) Invece di *cum modo* alcune edizioni leggono *cum commodo*. Così BAUDOZA, CESTIUS: e *Rad.* FORNERIUS, *Rer. quotidianar.*, lib. II, cap. 2 (in *Thes. Otton.*, tom. II, pag. 162) giustifica questa lezione con il sussidio di una geminazione. Egli opina che la prima sillaba di *commodo* sia da leggere due volte, il che negli antichi manoscritti era indicato con lettere più grandi, cioè così: *COMmodo*. Ma già *Van de* WATER ha osservato che questa emenda è del tutto superflua. L'esattezza della lezione fiorentina è, più che altro, confermata dai *Basilici*, *cit. loc.*, const. V, § 7, pag. 752, dove è usata la parola συμμέτρως, che FABROTO ha appunto tradotto *cum modo*. Ed anche più la conferma lo scoliaste greco, pag. 754 sch. *c.*, che ha tradotto il nostro testo parola per parola in greco ed usa anche il termine συμμέτρως. — Questo termine vuol significare: misuratamente, moderatamente, in proporzione, ecc. V. SCHNEIDER'S *Griechisch-deutsches Wörterbuch*, vol. 2, pag. 529 (edizione 3.ª, Leipzig 1819, 4). L'espressione latina *cum modo* si può tradurre: con misura, entro certi limiti, in certa maniera. Vocab. *modus*, pag. 6379 (3.ª ediz., Leipzig, 1804).

[45]) Molti leggono, qui, tralasciando la particella *ita*: « audiendam, D. Marcus rescripsit, etc. ». Così fanno *Car.* GUILLARD, *Claud.* CHEVALLONIUS, *Guil. des* BOYS, BAUDOZA, CESTIUS, *Greg.* HALOANDER, *Lud.* MI-

*Montanae* in haec verba: Sed et [46]) quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario [47]) filiam tuam exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt: nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogaturus esses, etiam si a patre suo educeretur » [48]).

Da tutto quello che è stato osservato circa l'interpretazione delle citate leggi, emerge chiaramente, che il principio che si era creduto

---

RAEUS e *Io. Lud. Guil.* BECK. Ma anche qui della esattezza della lezione fiorentina ci rende certi lo scoliaste greco, nel *loc. cit.*, tom. IV, *Basilicor.*, pag. 754. Egli ha tradotto il primo periodo del passo così: Ἐὰν μήτηρ αποθρέψασα τὸν ἴδιον υἱόν, ἀπαιτῇ τὸν ἴδιον ἄνδρα ἅπερ ἀνάλωσε, χρὴ συμμέτρως αὐτὴν ἀκούεσθαι. οὕτω γαρ ο θεῖος Μαρκος αἰτέγραψεν. i. e. *Si mater alimenta in filium suum facta, a marito suo repetat: cum modo audienda est. Sic enim Divus Marcus rescripsit.* Questo esempio ci mostra tutta l'importanza degli scolii greci, i quali sono ancora così poco utilizzati, malgrado che l'HAUBOLD, ed è questa sua perenne benemerenza, ne abbia col suo *Manuale Basilicorum* agevolato grandemente l'uso.

[46]) Le parole: *sed et*, non si trovano nello scoliaste greco. La traduzione greca dice semplicemente: ὅσου ὀνόματι τῶν ἀλιμέντων, etc. i. e. *Quantum nomine alimentorum*, etc.

[47]) La parola *necessario* non si riferisce, come alcuni intendono, al *modus alimentorum*. Nella traduzione greca si dice: κατὰ τὸ αναγκαῖον. i. e. *pro ratione necessitatis.* Essa dunque si riferisce piuttosto all'ipotesi, in cui la madre, per l'assenza del padre sia stata necessitata ad assumer lei il sostentamento dei figli, e di cui nella L. 34 D. *de negot. gestis* si trova un caso, nel quale si vede concessa alla madre l'*actio negotiorum gestorum* perfino contro il tutore dei di lei figli, anzi pure contro gli stessi figli. Nella nostra L. 5 § 14 *h. t.* l'azione era diretta contro il marito, perchè Antonia Montana, alla quale è diretto il rescritto del D. Marco, ne avea fatto divorzio, come risulta dalle utime parole che lo scoliaste greco ha aggiunto alla sua traduzione: ἅτε μηδεμίας βλάβης ὑποούσης τῇ γυναικὶ ἀπὸ τοῦ διαξυγίου. i. e. *quasi nullum ex divortio detrimentum ad mulierem perveniret.* Probabilmente la madre avea, anche alcun tempo dopo il divorzio, mantenuto i propri figli a sue spese e di queste domandava al marito il rimborso. E di questa domanda si dice, che il giudice deve conoscere, detraendo però ciò che la madre avesse alla figlia, allevata a spese del padre, dato per puro amore, affinchè non sembrasse, *quasi nullum ex divortio detrimentum ad mulierem perveniret.* V. *Io.* LEUNCLAVII, *Notator.*, lib. II, cap. 56 (in *Thes. Otton.*, tom. III, pag. 1517).

[48]) *Io. Ortw.* WESTENBERG, in *Divo Marco*, Diss. XXXI (*Opp. a* IUNGIO *editor.*, tom. III, pag. 289) non ha spiegato questa legge in maniera soddisfacente.

ricavarne, dipende da un manifesto equivoco. Il risultato a cui siamo pervenuti si può di fatti raccogliere nelle seguenti tre proposizioni:

1.° Se il padre è ancora sotto la patria potestà, l'obbligo di alimentare i nipoti legittimi *ex filio* spetta all'avo paterno;

2.° Se il padre è *sui iuris,* ma indigente, l'obbligo spetta alla madre, benestante;

3.° Se neppure questa sia in grado di adempirlo, esso passa in prima linea agli avi.

Questa teoria, meglio in armonia colle citate leggi, è difesa anche dai giureconsulti, che si citano in nota [49]).

Tra gli avi si suol distinguere la linea, per modo che gli avi materni siano tenuti ad alimentare i nipoti, solo dopo i paterni [50]). Ma neppure questa distinzione ha fondamento nelle leggi, le quali obbligano gli ascendenti paterni, nè più nè meno che i materni, e del resto potrebbe essere accolta tanto meno, in quanto da una parte uno dei motivi dell'obbligazione, la *charitas sanguinis,* concorre egualmente in entrambe le linee, e d'altra parte, è anche qui prevalente l'apprezzamento del magistrato, che è quegli che, in base all'entità dei bisogni e dei beni, deve decidere a carico di chi debba porsi l'obbligazione alimentare. Le leggi colle quali si è tentato di giustificare quella distinzione, in parte hanno nulla da fare colla questione, tali la L. 3 § 2, 3 e 4 *h. t.*, in parte, come la L. 5 § 2 e 5 e la L. 8 D. *h. t.*, non la giustificano affatto.

Invero la L. 5 § 2 e 5 dice, che l'avo materno è obbligato, insieme

---

[49]) VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II, *h. t.* § 6; DONELLUS, *Commentarior de iure civ.*, lib. XII, cap. 4, § 9, vol. VII, edit. Norimberg 1824, pag. 43); WERNHER, *Select. Observat. for.*, tom. I, parte I, obs. 134, num. 7; *I. H.* BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16 § 14, pag. 109; *Car. Gottl.* KNORRE, *Diss. de alimentis a matre liberis praestandis* (Halae, rec. 1756), cap. I, § 8 e segg. e cap. II, §§ 7, 9 e 10; *Christ. Gottl.* HOMMEL, *Diss. de ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum,* Viteberg 1778, §§ 6-8; *Henr. Gottfr.* BAUER, *Responsor. ex vario iure,* vol. I, Lipsiae 1801, 8), resp. XLV, pag. 186-191; MALBLANC, *Princip. iuris Rom.*, parte I, § 122; THIBAUT, *Syst. des Pandect. Rechts,* vol. I, § 347; HUFELAND, *Lehrbuch de gemein. Civilrechts,* vol. II, § 857.

[50]) HOMMEL, *Diss. cit.*, § 8; THIBAUT, *loc. cit.*, e HUFELAND, *loc. cit.*

alla madre, ad alimentare i nipoti. Ma su ciò non cade questione. La L. 8 parla, come già fu osservato, di nipoti che si trovano nella potestà dell'avo paterno e pei quali quindi esiste una ragione particolare. Finalmente, anche la Novella CXVII, cap. 7, alla quale pure si suole ricorrere, non si riferisce alla controversia, di cui si tratta, ma determina unicamente le conseguenze del divorzio in rapporto ai figli.

Gli ascendenti di entrambe le linee, cioè tanto i paterni che i materni, hanno dunque eguale dovere ed egual diritto; e se sorge contestazione, il giudice saprà come regolarsi, sul precetto della L. 5 § 2 D. *h. t.* [51]).

Se tra i coniugi esiste la comunione universale dei beni, i figli sono allevati a spese di entrambi [52]).

## § 1289 *a*.

*Il padre o l'avo sono anche obbligati ad alimentare il figlio illegittimo del proprio figlio o del proprio nipote, quando a ciò non sia sufficiente il patrimonio dello stupratore?*

È pacifico, che l'avo è tenuto ad alimentare il nipote illegittimo *ex filio*, quando del figlio sia divenuto erede. Perchè qui viene in giuoco non tanto il vincolo del sangue, quanto piuttosto il rapporto dell'erede col *de cuius* [53]). Ma è assai controverso se, mancando questo rapporto, al padre o all'avo incomba l'obbligazione di alimentare il figlio illegittimo del proprio figlio o nipote, quando lo stupratore non ne abbia i mezzi. Su tale questione esistono quattro opinioni del tutto differenti.

---

[51]) Convengono meco DONELLUS, *loc. cit.*; VOET, *Comm.*, *cit. loc.*, § 7; BAUER, *Respons.*, *cit. loc.*; MALBLANC, *cit. loc.*

[52]) V. HUBER, *Praelect. iur. civ. ad Pandect.*, *h. t.*, § 7; KNORRE, *cit. Diss.*, cap. II, § 3; SCHERER'S *Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft*, parte I, § 70. Nella comunione di beni, tutto ciò che è stato impiegato nel mantenimento e nell'educazione dei figli si calcola come un onere del matrimonio. V. PFIZER, *Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Gantprocess über das Vermögen ihrer Männer*, parte I, § 113.

[53]) KOCH, *Institution. iur. crim.*, § 280, nota, e *Ioh.* QUISTORP'S *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien*, num. V, pag. 56 e segg. (2.ª edizione).

Alcuni [54]) dichiarano il padre e l'avo dello stupratore del tutto esenti da questa obbligazione. A questa opinione accede HELLFELD. Altri [55]) all'opposto, in mancanza dello stupratore, vorrebbero imporre al padre e, con lui, all'avo, l'obbligazione di alimentare il fanciullo illegittimo nato dal figlio o dal nipote, e ciò assolutamente, e perfino nel caso che la madre possieda beni sufficienti ad assumerne su di sè il mantenimento. Vi hanno poi giureconsulti [56]) che non esimono in verità il padre dello stupratore dall'obbligo alimentare verso i suoi nipoti illegittimi, ma reputano di astringervelo, solo quando la madre del fanciullo, alla quale senza dubbio, in mancanza del padre, spetta per la prima questo dovere, ovvero anche i di lei genitori, siano indigenti o

---

[54]) *Gottfr. Ludw.* MENCKEN, *Diss. I, de avo paterno ad alimenta nepoti illegittimo praestanda non obligato*, Lipsiae 1712 e *Diss. II, de eod. argum.*, Lipsiae 1712, 4; KOCH, *cit. loc.*; *Car. Frid.* WALCH, *Introd. in controvers. iur. civ.*, sect. I, cap. 2, memb. 2, § 6, pag. 98 e segg. (edit. noviss. a *Car. Ern.* SCHMID *curat.*, Jenae 1810); QUISTORP, *citate Beiträge*, num. V; *Car. Iac.* LINDNER, *Diss. de obligatione alendi liberos illegitim.* §§ 26 e 27; THIBAUT, *Syst. des Pandect. R.*, vol. I, § 348 in fine; LEMBKE, *Diss. de discrim. obligationis, et ab eo pendente ord. alimentor. iure sang. praestandor.*, §§ 45-51; GMELIN, *Uber die Praejudicialklage de partu agnoscendo*, § 35, nota *s*; pag. 85; WESTPHAL, *Rechtsgutachten*, parte I, *h. t.*, § 3; HUFELAND, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, parte II, § 857, nota *b*; *Fried. von* BÜLOW e *Theod.* HAGEMANN, *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs.*, vol. IV, Erört. LXX, pag. 354 e segg.; SCHWEPPE, *röm. Privatrecht*, § 728.

[55]) *Mart.* COLERUS, *de Alimentis*, lib. I, cap. 8, num. 12 e segg.; *Io. Pet.* SURDUS, *de Alim.*, tit. I, quae. 103; CARPZOW, *Iurisprud. Consistor.*, lib. II, def. 243; STRYK, *Us. mod. Pand.*, *h. t.*, § 3; LAUTERBACH, *Colleg. Th. pract. Pand.*, parte II, *h. t.*, § 13; VOET, *Comm. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*, § 7; BERGER, *Oeconom. iuris*, lib. III, tit. II, § IV, nota 7 (pag. 613, edit. WINKLER); *Ioah. Christ.* RÜDINGER, *Diss. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimi praestanda obstricto*, Erf. 1729, cap. 2.

[56]) WERNHER, *Select. Observ. for.*, tom. I, parte I, obs. 134; *Io. Flor.* RIVINUS, *An avus paternus indistincte, an vero in subsidium tantum, matre egente, alere spurium teneatur?* nelle sue *Programmatib. ex vario iure iunctim edit.*, Lipsiae 1735, 4, num. IX; *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH, *Nov. Collect. Responsor. et sententiar. selectior. Facult. iurid.*, Erford. num. X.

non più esistano. Nè mancano, infine, coloro [57]) i quali opinano che, se nè il padre nè la madre siano in condizione di alimentare il figlio illegittimo, allora l'onere alimentare gravi egualmente entrambi gli avi, tanto se appartengano alla linea paterna che alla materna.

Fra queste differenti vedute, quella che, senza dubbio, merita di essere preferita, è la prima.

Infatti, primieramente, non esiste alcuna legge, che imponga al padre l'obbligo di alimentare gli illegittimi del proprio figlio. A ciò le leggi espressamente astringono solo la madre e l'avo materno. « Item *Divus* Pius significat — dice ULPIANO nella L. 5 § 5 D. *h. t.* — quasi *avus* quoque *maternus* alere compellatur ». Il motivo è che gl'illegittimi appartengono alla famiglia della madre [58]), e perciò tra questi figli e gli ascendenti materni intercede un rapporto simile a quello che esiste tra i legittimi e gli ascendenti paterni. Ciò è confermato particolarmente dai diritti di successione, che tra di essi hanno luogo [59]). Si aggiunga la ragione naturale dell'equità e della consanguineità, che obbliga all'alimentazione reciproca. Quanto diverso non è invece il rapporto degli illegittimi cogli ascendenti paterni dello stupratore! Neppure in quel caso particolare, nel quale le leggi romane obbligavano il padre al sostentamento dei propri figli illegittimi, cioè quando essi fossero stati generati in un lecito concubinato, nel qual caso anzi esse permettevano tra il padre ed i figli naturali un certo, per quanto limitatissimo, diritto di successione, neppure in questa ipotesi le leggi estendevano l'obbligo alimentare del padre — in caso di sua morte od indigenza — all'avo paterno del figlio

---

[57]) *Iust. Henn.* BOEHMER, *Iur. Eccles. Protest.*, tom. V, lib. V, tit. 16, § 14, pag. 109 e segg.; *Io. Sam. Frid.* BOEHMER, *Select. Observation. ad* CARPZOVIUM, parte I, quaest. LXVIII, obs. 12; *Christ. Gotll.* HOMMEL, *Diss. de ordine alimentor. partui iure sanguinis praestandor.*, § 14; MALBLANC, *Princip. iuris Rom.*, § 122, num. III, pag. 127.

[58]) L. 19; L. 24 D. *de statu hom.*

[59]) § 3 I. *de Scto Orphit.*; § 5 I. *de successione cognator.*; L. 4, L. 8 D. *unde cognato*; L. 5 C. *ad SCtum. Orphit.* V. la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge*, § 132 e segg.

naturale [60]). E sebbene il diritto canonico estenda [61]) l'obbligazione del padre a tutti gli illegittimi, anche adulterini, tuttavia ivi l'estensione riguarda soltanto i genitori, ma non comprende affatto gli avi, almeno paterni [62]).

Secondariamente, qui non ricorre alcuno di quei fondamenti naturali, sui quali riposa l'obbligazione alimentare: non l'equità, nè la *charitas sanguinis* [63]). Non l'equità! Invero chi potrebbe considerare equo, che il padre debba alimentare gli illegittimi del proprio figlio, i quali non fanno parte della sua famiglia e conseguentemente per nulla lo interessano? [64]). Il padre, questo padre già contristato dal trascorso filiale, deve anche scontare con il sacrificio di una parte dei suoi beni quel fallo del figlio nel quale non ebbe la più lontana colpa? [65]). E questo dovrebbe autorizzare l'equità della legge? [66]). A questo modo potrebbe facilmente accadere, che il padre consumasse quasi tutto il suo patrimonio nell'allevamento degl' illegittimi del figlio dissoluto! E si rifletta in quale grande favore, anzi eccitamento alla sregolatezza si risolverebbe il fatto, che donne senza scrupoli potessero aver la sicurezza di sopperire alla lor propria condizione bisognosa e alla mancanza di mezzi del loro amante, rivolgendosi al padre di questo e dal medesimo, per le vie legali, ricevendo i mezzi di sussistenza pei frutti dei loro illeciti amori!

---

[60]) Nov. LXXXIX, cap. 12, § 6 in fine, in relazione alla L. 12 Cod. *de naturalibus liber.* V. LEMBKE, *cit. Diss.*, § 46 e la mia *Intestaterbfolge*, § 128 in fine.

[61]) Cap. 5 X. *de eo qui duxit in matrim.*

[62]) V. LEMBKE, *Diss. cit.*, §§ 48-51 e *von* BÜLOW ed HAGEMANN, *cit. Erörterungen*, vol. 4, Erört. LXX, § 7, pag. 364-366.

[63]) L. 5 § 2 D. *h. t.*

[64]) L. 4 D. *Unde cognati*; L. 4 § 8 D. *de gradib.*; MENCKEN, *cit. Diss.*, II, th. 5.

[65]) Altrimenti sarebbe, se il padre tollerando e facilitando colpevolmente la condotta sregolata del figlio si fosse reso complice del mal fatto da lui commesso. V. QUISTORP, *Beyträge*, num. V, pag. 70 e *von* BÜLOW e HAGEMANN, *Pract. Erörterungen*, vol. IV, Erört. LXX, § 11, pag. 371.

[66]) L. 22 Cod. *de poenis.* Si obbietta a dir vero, che l'obbligazione degli alimenti nasce non *ex delicto*, ma *ex nexu sanguinis.* Ma è stato di già dimostrato, che le leggi non hanno riconosciuto questo *nexum sanguinis* nei riguardi dell'avo paterno.

Ma anche meno concorre la *charitas sanguinis* fra i nipoti illegittimi e l'avo dello stupratore. Quale affetto può egli portare a nipoti, che non sono stati generati, come nel caso di matrimonio, col suo consenso, ma che invece provengono da un delitto del figlio? Come si può qui argomentare dai legittimi agli illegittimi?

E come si potrà far valere contro l'avo paterno la L. 6 D. *de collat.* e ciò che dice CELSO: « *quippe officium avi circa neptem ex officio patris ergo filium pendet, et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet?* ». CELSO qui parla della restituzione di una dote, che l'avo avea costituito alla nipote *ex filio,* in nome di questo, che ancora si trovava sotto la sua potestà. Si trattava dunque di una *dos profectitia,* che il padre non era affatto tenuto a dare alle figlie illegittime [67]). La nipote era morta in costanza di matrimonio e quindi sorgeva la questione, che CELSO risolve, a chi si dovesse restituire la *dos.* Per lo stretto diritto la dote avrebbe dovuto propriamente restituirsi all'avo, o meglio, poichè nella specie, di cui parla CELSO, l'avo era morto, ai di lui eredi. Questa era anche l'opinione di SERVIO e di LABEONE [68]). Ma CELSO sostiene l'opposto, cioè che la restituzione dovesse farsi al padre. Egli si fonda sull'equità. « Occurrit *aequitas rei* — egli dice — ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, proinde sit, atque ipse dederim ». Il dovere dell'avo verso la nipote dipende qui dal dovere del padre verso il figlio. Poichè il padre è obbligato a costituire una dote alla propria figlia legittima, per ciò è l'avo, quando il figlio non ha beni propri, che è obbligato a costituire, per lui, una dote alla nipote. A questo si aggiungeva, nel caso di CELSO, una ragione di pietà. Il padre aveva cioè diseredato il figlio. Era dunque equo che questi ritenesse ciò che da suo padre era stato dato in dote a sua figlia, per lui [69]). Or come può convenire al nostro

[67]) V. la parte XXV di questo *Commentario,* § 1231.

[68]) L. 79 D. *de iure dot.*

[69]) V. *Ios.* FINESTRES et DE MONSALVO, *Praelection. Cervariens. s. Commentar. ad tit. Pand. de liberis et postum.,* parte IV, cap. 4, § 28, pag. 151.

caso il fondamento di equità, al quale CELSO ha unicamente ispirato la sua decisione? La nipote era già una figlia legittima del figlio e il dovere del padre di dotare la figlia riposa, come in altro luogo [70]) fu già osservato, sul naturale amore [71]).

Ed improprio, anzi manifestamente assurdo è l'argomento che si trae dall'unità di persona tra il padre ed il figlio, e non meno falsa la conseguenza, che l'obbligo alimentare pesi sull'avo egualmente che sul padre.

Tutto ciò non merita neppure confutazione [72]). Più plausibile sembra l'argomento, quando si dice, che se si volesse esimere l'avo paterno dagli alimenti verso i nipoti illegittimi, il più delle volte questi finirebbero coll'essere a carico del pubblico. Ma non è a temere che una tale ipotesi si verifichi facilmente. Perchè, prima che ad ogni altro, l'obbligo di mantenere la prole illegittima spetta allo stupratore, e se questi è morto, assente, indigente, passa alla madre; e morta, assente o indigente la madre, agli avi della linea materna, particolarmente all'avo; solo quando tutte queste persone manchino o non ne abbiano la possibilità, solo allora l'illegittimo, secondo le leggi e consuetudini particolari dei vari luoghi, sarà mantenuto a pubbliche spese, ed in questo caso, certamente raro, l'avo pure vi contribuirà, sebbene non come avo, ma come ogni altro cittadino.

L'argomento più grave che ancora si può opporre alla nostra opinione è l'uso del foro. Pel quale, in mancanza dello stupratore, anche l'avo paterno è obbligato ad alimentare i nipoti illegittimi *ex filio*. Ora non si può negare che questa opinione è stata seguìta da molti tribunali e facoltà, come dimostrano le decisioni raccolte negli scritti dei pratici [73]) e consacrata anche in parecchie leggi [74]). [*Vedi nota a pag. seg.*].

---

[70]) V. la parte XXV di questo *Commentario*, § 1231.

[71]) L. 1 § 10 *Si quid in fraud. patroni.*

[72]) V. MENCKEN, *Diss.* II, *cit.*, th. 6-12.

[73]) CARPZOV, *Iurispr. for.*, parte II, const. X, def. 20 e 21; *Consil. Fac. Tubing.*, vol. II, cons. LXV, num. 64 e vol. VIII, cons. XXXVIII, num. 9; RIVINUS, *cit. Progr.*, pag. 51; SCHORCH'S *Sammlung auserles. Gutuchten und Urtheilsprüche der erfurtischen Juristen-Facultät*, num. X,

Ma deve anche riconoscersi che non esiste al riguardo nè una legge nè una giurisprudenza generale [75]).

Di fatti anche l'opinione più giusta è stata accolta da parecchi Tribunali supremi ed alte Corti [76]) e consacrata da parecchie leggi [77]).

§ 1289 *b*.

*I padrini sono, in caso di bisogno, tenuti ad alimentare i fanciulli che hanno tenuto a battesimo?*

È noto, ed è stato già osservato in altro luogo [78]), che, per il diritto canonico, il battesimo dà origine ad una specie di parentela, che dicesi spirituale, per la quale chi tiene a battesimo un bambino viene considerato come padre o madre, *spirituale*, del battezzato [79]).

Ciò ha dato luogo alla questione: se il padrino sia obbligato a prestare, in caso di bisogno, gli alimenti al fanciullo, che avesse tenuto a battesimo.

---

a PUFENDORF, *Observation. iuris univ.*, tom. IV, obs. 166, § 5 e *Carl. Ernst.* ALBRECHT'S *Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle*, vol. 2 (Hannover, 1800, 8), *Rechtsfrage* LXVIII, pag. 159 e segg.

[74]) V. *L'allgem. Preuss. Landr.*, parte 2.ª, tit. 2, sez. 9, § 628 e 629. « Se il padre non ha i mezzi di provvedere al mantenimento e all'educazione del figlio (illegittimo), questo dovere si trasmette agli avi paterni. Solo in loro mancanza o impossibilità, sono tenuti la madre e gli avi materni.

[75]) V. VON BÜLOW, e HAGEMANN, *cit. Erörterungen*, vol. 4, num. LXX, § 8, pag. 366.

[76]) Tale il Tribunale di Hesse-Cassel. Cfr. LEDDERHOFE, *Versuch einer Anleitung zum Hessen-Casselschen Kirchenrechte*, Cassel 1785. Tale il Tribunale anlico dell'Hannover. Cfr. VON BÜLOW e HAGEMANN, *Erörterungen, loc. cit.*, pag. 367.

[77]) V. ad es. il *Chursachsische Verordnung* del 1746 in HOMMEL, *Diss. cit. de ordine alimentor. partui maxime ex sponsa nato iure sanguinis praestandor.*, § XIV, pag. 19. Anche l'*Allgem. bürg. Gesetzbuch für die Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, parte I, cap. 3, § 167 e *Franz. von* ZEILLER, *Commentar. ueber das Oesterr. Gesetzbuch*, vol. I, pag. 371.

[78]) V. la mia dissertazione *Der Lehre von der Intestaterbfolge*, § 14, 2.ª ediz. e la parte XXIII di questo *Commentario*, § 1215 *b*.

[79]) Can. 7, caus. XXX, qu. 1, can. I, caus. XXX, qu. 3; L. 26 Cod. *de Nupt.*

Parecchi giureconsulti [80]) lo affermano. Ma lo stesso diritto canonico non estende tanto la portata di quella parentela spirituale: solo fa obbligo al padrino di avviare il figlioccio ad una condotta cristiana e di sollecitarlo verso la scuola e la chiesa: perchè i padrini, per il battesimo, diventano quasi i garanti presso Dio, del battezzato. Nè lo Stato, nè la Chiesa hanno mai richiesto che i padrini assumessero il mantenimento dei loro figliocci. Piuttosto la storia insegna, che la Chiesa stessa ha assunto per sè questa cura e vi ha provveduto col proprio erario [82]). Presso noi protestanti ciò è tantomeno dubbio, in quanto noi respingiamo come infondata ogni parentela spirituale [83]). Altrimenti avverrebbe, se un padrino, al momento del battesimo, avesse espressamente promesso di voler anche provvedere al mantenimento del figlioccio povero [84]).

---

[80]) V. SURDUS, *de Alimentis*, tit. I, quaest. 11, pag. 19; MÜLLER, ad STRUVIUM, tom. II, exercit. XXX, th. 78, nota ξ e i giureconsulti citati da STRYK, *Us. mod. Pand.*, *h. t.*, § 8. Sull'argomento è particolarmente notevole il trattato di *Ioh. Christ.* WOLTÄR, negli *Hallischen gelehrten Anzeigen* dell'anno 1783, num. XL., che è stato riportato nei *Dresdener gelehrte Anzeigen* dell'anno 1784.

[81]) Can. 105, dist. IV *de Consecrat.* V. *Zeg. Bern.* VAN ESPEN, *Iur. eccles. univ.*, parte II, sect. I, tit. 2, cap. 5, §§ 9 e 10 e *Gerh. van* MASTRICHT, *Schediasm. de susceptoribus infantum ex baptismo*, Francfurt. et Lips. 1727, 4, pag. 29 e segg.

[82]) Ciò è stato dimostrato con parecchi passi di S. Agostino da *Ios.* BINGHAM, in *Originib. s. Antiquitat. ecclesiast.*, vol. IV, lib. XI, cap. 8, § 3. S. Agostino nell'epist. XXIII *ad Bonifacium* adduce il motivo: « Offeruntur quippe parvuli ad percipiendam spiritualem gratiam non tam ab eis, quorum gestantur manibus, quamvis et ab ipsis, si et ipsi boni fideles sunt, quam ab universa societate sanctorum et fidelium. — — Tota hoc ergo mater ecclesia, quae in sanctis est, facit; quia tota omnes, tota singulos parit ». E BINGHAM osserva: « Quocirca, si quibus eorum vitae deessent subsidia, aequum et iustum erat, ecclesiam suis ipsius liberis ea prospicere: ut adeo, qui sponsorum fideiussionem pro infantibus tantopere urgent, quasi hoc ipsa ad prospiciendum victum et amictum se obligassent, adserti sui fundamento destituantur, quum ex optimis, quae nobis suppetunt, documentis, in antiquae ecclesiae praxi aliter rem se habuisse appareat ».

[83]) V. STRUVII, *Synt. iuris civ.*, exerc. XXX, th. 78; STRYK, *cit. loc.* e LINDNER, *Diss. cit. de obligat. alendi liberos illegitimos*, § 28.

[84]) V. SIMON, *Diss. de iure patrinorum*, cap. IV, § 9.

## § 1290.

### *Alimenti ai genitori.*

Come i figli ai genitori, così anche gli ascendenti, se poveri, hanno diritto di chiedere ai loro discendenti, se benestanti, un conveniente mantenimento [85]). Nè si fa luogo ad alcuna distinzione di grado, linea, sesso o religione, così per gli ascendenti chè pei discendenti, ai quali la legge impone l'obbligo alimentare [86]). Perchè il fondamento pel quale le leggi obbligano gli uni ad alimentare gli altri è l'amore, il rispetto, la riconoscenza, inerenti al rapporto parentale [87]). Perciò dice ULPIANO nella L. 5 § 14 *h. t.*: « Iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, cum filius sit in facultatibus ».

Per questa ragione anche il figlio impubere [88]), e il figlio militare [89]), quando ne abbiano i mezzi, debbono alimentare i genitori poveri, e anche il figlio, cristiano, di un ebreo è tenuto a somministrare gli alimenti ai propri genitori ebrei, se essi ne abbisognano [90]). E questo stesso obbligo, appunto, impongono le

---

[85]) L. 5 §§ 1, 2 e 13 D. *h. t.*; L. 1 e 2 Cod. *de alendis liber. ac parentib.*; L. 8 § 5 Cod. *de bonis quae liberis*; Nov. CXVII, cap. 7. Vedi CARPZOV., *Iurisprud. for.*, parte II, const. X, definit. 29.

[86]) V. DONELLUS, *Commentar. iuris civ.*, lib. XII, cap. 4, § 8.

[87]) L. 5 §§ 15, 16 e 17 D. *h. t.*; L 5 Cod. *de patria potest.*

[88]) L. 5 § 13 D. *h. t.* ULP: *Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur: iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, cum filius sit in facultatibus.* HALOANDER, BAUDOZA e MERLIN, leggono ET *si impubes*, etc. Anche i *Basilici*, tom. IV, pag. 752 hanno καὶ ὁ αὐτεξούσιος ἄνηβος, etc. Il BRENKMANN, alla nota 85 nella *Ausgabe des Corp. iur. Rom.* di GEBAUER, tom. I, pag. 437, ritiene la lezione *impubes* come erronea e legge invece *in opibus*. Ma il GEBAUER ha con ragione confutato questa critica.

[89]) L. 5 § 15 D. *h. t.* ULP.: *A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse, pietatis existimat ratio.* L'opinione di ULPIANO espressa nelle due citate leggi tende ad affermare che nè l'impubertà, nè la milizia, per quanto siano condizioni privilegiate, liberano i figli dal dovere di alimentare i genitori. V. POTHIER, *Pand. Instinian.*, tom. II, *h. t.*, sect. II. num. XX, pag. 83.

[90]) Arg. can. I, dist. XXX. V SURDUS, *de Aliment.*, tit. I, quaest. 18,

leggi anche ai figli illegittimi in quegli stessi casi nei quali essi alla loro volta avrebbero potuto pretenderlo dai loro genitori [91]).

Se in rapporto al detto obbligo non ha influenza il grado, di questo però è, per lo meno, a tener conto in rapporto all'*ordine*, così che i discendenti di primo grado sono obbligati prima che quelli di grado più remoto, appunto come accade nella prestazione degli alimenti ai discendenti [92]).

È poi fuori di dubbio, che nel mantenimento dei genitori il rapporto della patria potestà non esercita alcuna influenza come non la esercita nel mantenimento dei figli [93]).

Anche quando i genitori siano rei di delitti, i figli non debbono ritrarre da essi la mano soccorrevole. « Quamquam enim legum contemtor et impius sit, tamen pater est » [94]).

Ma il dovere dei figli non si può estendere sino al punto di obbligarli a pagare i debiti dei genitori [95]).

Se un figlio ha assunto il mantenimento dei suoi genitori, egli può rivolgersi per una proporzionale rivalsa ai propri fratelli [96]).

---

pag. 30. Si confronti però, per il citato testo BERARDUS, *ad Gratiani Canones*, parte I, cap. 8, pag. 93. Ma è certo che anche nel caso opposto il padre ebreo non può rifiutare gli alimenti al figlio cristiano. L. 13 C. *de hereticis*, cap. 5 X. *de Iudaeis*. V. *Gust. Henr.* MYLII, *Diss. de patre Iudaeo, alimenta, sumtus studiorum et legitimam filio christiano denegante*, Lipsiae 1740.

91) L. 5 § 4 D. *h. t.* Vedi BERGER, *Oecon. iuris*, lib. I, tit. 3, th. 15, nota 11.

92) V. LEMBKE, *Dissert. cit.*, §§ 28-30 e *Car. Frid.*, WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.*, sect. I, cap. II, membr. II, § 7.

93) L. 5 § 1 D. *h. t.*

94) Novell. XII, cap. 2, VOET, *Comment. ad Pand.*, *h. t.*, § 8; MÜLLER, *ad Struvium*, exercit. XXX, th. 78, nota *β*.

95) L. 5 § 16 D. *h. t.*: « Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, *tamen aes alienum, eius non esse cogendum exsolvere filium*, rescriptum est ».

96) V. MEVIUS, tom. I, parte II, decis. 18 e QUISTORP'S *Rechtliche Bemerkungen*, parte I, num. XCVI.

## § 1290 *a*.

### *Alimenti verso i fratelli.*

Antichi [97]) e moderni giuristi [98]) sostengono anche che

III. I fratelli legittimi [99]) sono, in caso di bisogno, reciprocamente obbligati a prestarsi gli alimenti. Ma come osservò già *Ulr.* UBERO [100]) le prove di questa opinione sono ancora molto discutibili. I passi, che all'uopo s'invocano, sono le L. 73 § 1 D. *de iure dot.*; L. 20 D. *Solato matrim.*; L. 12 § 3; L. 13 § 2 D. *de administr. tut.*; L. 1 § 2 D. *de tut. et rationib. distrah.*; L. 4 D. *Ubi pupillus educari debeat;* Nov. LXXXIX, cap. 12 § 6. Ma la maggioranza degli scrittori [1]) ha dimostrato che di questi passi, parte non

---

[97]) VOET, *Comment. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*, § 8; SURDUS, *de Aliment.*, tit. I, quaest. 25; COLERUS, *de Aliment.*, lib. I, cap. 9; CARPZOV, parte II, const. X, definit. 19, num. 4; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, parte II, *h. t.*, § 14, particolarmente in *Dissert. de singulari fratrum iure*, § 20 e segg.; STRUVIUS, *Syntagm. iur. civ.*, parte II, exercit. XXX, th. 78; *I. H.* BOEHMER, *Introd. in ius Dig.*, parte II, *h. t.*, § 9; BERGER, *Oeconom. iuris*, lib. I, tit. 3, th. 15, nota 15; PUFENDORF, *Observat. iuris universs.*, tom. IV, obs. 166, § 13; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. V, specim. CCCXXV, medit. 2.

[98]) HOFACKER, *Princip. iur. civ. R. Germ.*, tom. I, § 556; LEMBKE, *Diss. de discrim. obligation. et ab eo pend. ord. alimentar.*, § 31; MALBLANC, *Princip. iur. Rom. secund. ord. Dig.*, parte I, § 122; num. V, pag. 127; ZAUNER, *Introd. in ius Digest.*, parte I, lib. II, tit. 14 § 15; HUFELAND, *Lehrbuch des gemein. Civilrechts*, vol. 2, § 858; THIBAUT, *Versuche ueber einzelne Theile der Theorie des Rechts*, parte I, num. 12; MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pandectar*, vol. II, § 242.

[99]) Alcuni non fanno neppure distinzione tra fratelli legittimi e naturali. Così MALBLANC, *loc. cit.*; HOFACKER, *loc. cit.*; ZAUNER, *loc. cit.*, MÜHLENBRUCH, *loc. cit.* Ma l'opposto sostiene l'HUFELAND, *loc. cit.*, nota *e*, pag. 22. Tutti si appoggiano alla Nov. LXXXIX, cap. 12, § 6.

[100]) *Praelect. iur. civ. ad Pand.*, *h. t.* § 8.

[1]) *Io. Ortw.* WESTENBERG, *de portione legitima*, diss. I, cap, 5, § 15-25, (in *Opp.* a IUNGIO, edit. tom. I), e dello stesso *Princip. iur. sec. ord. Dig.*, *h. t.*, § 26. *Frid.* BOEHMERI, *Novum ius controvers.*, tom. II, obs. 150, pag. 660 e segg.; WALCH. *Introd. in controvers. iuris civ.*, sect. I, cap. II, membr. II, § 23, pag. 116 (edit. noviss. Ienae 1810); *Ad. Diet.* WEBER, *Syst. Entwickelung der Lehre von der naturlichen Verbindlichkeit*, § 102, note 6-9, pag. 447 e segg. (4.ª ediz.); HÖPFNER, *Theor.*

si riferisce all'argomento, parte, quando sia esattamente interpretata, non parla di un obbligo giuridico. L'esame di tale questione è rinviato al paragrafo seguente.

§ 1290 *b*.

*La prestazione degli alimenti ai fratelli e alle sorelle bisognose è una vera e propria obbligazione, ovvero un atto di liberalità? Interpretazione delle leggi che si riferiscono alla questione.*

Fu già notato che parecchi dei più famosi giureconsulti, così fra gli antichi che fra i moderni, sono d'opinione che i fratelli e le sorelle siano, in caso di bisogno, reciprocamente obbligati a prestarsi gli alimenti. Giova ora esaminare più da vicino le leggi, che si è soliti d'invocare in favore di tale tesi. Esse sono:

1.° La L. 73 § 1 D. *de iure dotium* e la L. 20 D. *soluto matrim.* Entrambe sono state da noi riportate e dettagliatamente interpretate in altro luogo [2]). Esse trattano dei casi, in cui il marito può, durante il matrimonio, restituire alla moglie la dote, validamente e senza propria responsabilità. In queste leggi si dice espressamente: « uxori dos reddi *potest,* dos *recte ei solvitur* ». E fra questi casi vien citato quello, in cui la restituzione della dote, durante il matrimonio, avvenga allo scopo di soccorrere i prossimi parenti della moglie che siano caduti in grande miseria; ad esempio i figli che essa abbia generato con un altro uomo, o i genitori, o *i fratelli e le sorelle.* Poichè, dunque, qui è parola non di alcuna obbligazione del marito, ma solo di ciò che egli possa fare lecitamente e giuridicamente, perciò da questi soli passi non può dedursi l'esistenza di una reciproca obbligazione alimentare tra fratelli e so-

---

*pract. Commentar. ueber die Heinecc. Institutionen,* § 105, nota 2; *Frid.* Popp., *Disquisit. de imperfecta fratrum sororumque ad se invicem alendos obligatione,* Altorfii 1780, 4; Müller, *Observation pract. ad Leyserum,* tom. III, fasc. II, obs. 581; Kind, *Quaestions. forens.,* tom. III, cap. 27; Schweppe, *Röm. Privatrecht,* § 642 (3.ª ediz.) e *G. G.* Henckell, *Diss. Num et quatenus fratres sororesque se invicem alere debeant,* Halae 1819, 8.

[2]) V. la parte 27.ª di questo *Commentario,* § 1276 *b*.

relle, che, a differenza di quella tra genitori e figli, non risulta espressamente fondata sopra altra legge. Il nostro titolo infatti parla espressamente e solamente dell'obbligazione tra genitori e figli: nè in tutto il suo contesto si trova una parola, che alluda ai fratelli e le sorelle, nonostante che a fondamento del rapporto alimentare si ponga la *aequitas, charitasque sanguinis* [3]).

2.° La L. 12 § 3 D. *de administrat. et periculo tutor.* Questo frammento fu tolto dal *liber XXXVIII ad Edictum* di PAOLO, e così suona:

« Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur: in primis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet; alimenta servis libertisque, *nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expedict, praestabit:* solemnia munera parentibus cognatisque mittet. *Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae, etiamsi aliter ae nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est* ».

Qui si parla — in parte delle spese necessarie che il tutore deve fare pel pupillo, particolarmente di quelle occorrenti al di lui mantenimento e agli *alimenti* pei di lui schiavi e liberti e talora anche per altre persone in quanto ciò possa essere di utilità al pupillo [4]) — in parte dei doni d'onore da fare ai genitori e ai parenti. Ma non si parla affatto di alimenti ai fratelli e alle sorelle del pupillo, e tantomeno si risolve la questione, se i fratelli e le sorelle siano astretti dall'obbligo di alimentarsi reciprocamente. Ciò che si dice della dotazione della sorella, manifesta che si tratta di

---

[3]) L. 5 § 2 D. *h. t.*

[4]) La legge usa il termine *exteri*, in contrapposto a *servi* e *liberti*. Siccome costoro erano annoverati fra i facienti parte della famiglia di un *paterfamilias* romano, L. ult. Cod. *de Verb. Signif.*, così, qui, *exteri* son chiamati tutti coloro che non appartenevano alla famiglia del pupillo e tra essi potevano benissimo esser compresi i fratelli e le sorelle, come POPP, *Diss. cit.*, ha molto rettamente osservato. Se si fa l'ipotesi che la sorella povera abbia posteriormente acquistato un grosso patrimonio ed abbia per riconoscenza istituito erede il fratello, il nostro passo diventa chiaro. Si veda anche BRISSONIUS, *de Verb. iur. Signif.*, voc. *Exteri*.

una liberalità, e sarebbe tale anche se la sorella non fosse *uterina*, come già ampiamente dimostrai in altro luogo [5]). Questo passo dunque non fornisce alcuna prova in favore della tesi. Più importante sembra:

3.° La L. 13 § 2 D. *eodem*, la quale è tolta dal *liber XII ad Edictum provinciale* di GAIO. Il tratto, che interessa, è questo:

« In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat: nec nuptiale munus matri pupilli, vel sorori mittere. *Aliud est, si matri forte, aut sorori pupilli tutor ea, quae ad victum necessaria sunt, praestiterit, cum semetipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est* ».

Certo, qui, si parla di alimenti, che il tutore abbia prestati alla madre e alla sorella del pupillo, povere. Viene anche detto che questa prestazione è da approvare, e ciò ben a ragione, perchè si tratta di un dovere al quale, si può presumere, che il pupillo non si sarebbe sottratto se avesse avuto la libera amministrazione dei suoi beni. Ma significa ciò forse che questo dovere sia civilmente obbligatorio?

4.° La L. 4 D. *Ubi pupillus educari debeat*. GIULIANO, dal cui *liber XXI Digestorum* è mutuato questo passo, ivi dice:

« Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quicquam praeterea: et tutorem eis Semproniuum dedit. Is a cognatis et propinquis pupillae perductus ad Magistratum, iussus est alimenta pupillae, et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. Quaesitum est, an tutelae judicio consequi possit, quod in alimenta pupillae, et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit? Respondi, *existimo, etsi citra Magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo, aut substitutis pupilli praestare debere* ».

---

[5]) V la parte 25.ª di questo *Commentario*, § 1231.

Il caso pratico che qui GIULIANO ha deciso è il seguente: Un padre aveva istituito erede universale il figlio impubere: e alla figlia impubere aveva legato, solo per la dote, 200, disponendo che oltre tal somma null'altro essa dovesse ricevere. Ad entrambi i figli nominò Sempronio come tutore. Questi fu tratto avanti il magistrato dai parenti della figlia impubere ed il magistrato gli ordinò di apprestarle il mantenimento e di educarla a spese dell'eredità nelle arti liberali, come era un tempo costume per le fanciulle [6]). Quando i figli ebbero raggiunta la pubertà, il fratello pagò alla sorella la somma di 200, statale legata. Allora sorse la questione se egli potesse agire contro il tutore in risarcimento di ciò, che questi aveva impiegato nel mantenimento e nella educazione della pupilla. GIULIANO risolve la quistione negativamente. Primo, perchè la responsabilità del tutore è coperta dal decreto della autorità: e poi perchè, anche senza questo decreto, si dovrebbe in ogni caso far buona al tutore quella spesa, come diretta all'adempimento di un dovere morale. Vero è che il tutore era stato astretto dal magistrato a prestare gli alimenti alla sorella del pupillo: ma da ciò non può derivare pel fratello alcun obbligo civile di alimentare la sorella. Il tutore era poi obbligato di mantenerla ed educarla convenientemente a spese dell'eredità per l'onore del pupillo, perchè l'omissione di questo dovere sarebbe stata una vergogna, a risponder della quale il tutore avrebbe potuto perfino essere giudizialmente convenuto, come espressamente dice il seguente passo di ULPIANO, tratto dal *liber XXXVI ad Edictum.*

5.° L. 1 § 2 D. *de tutelae et rationib. distrahend.*

« Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem IULIANUS scripsit, plerosque quidem putare, non valere donationem: et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet interveniente; *veluti si matri, aut sorori, quae aliter se tueri non possunt tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae*

---

[6]) V. *Iac.* CUIACII, *Commentar. in lib. XXI Digestorum Salvii Iuliani ad h. L.* (in *Operibus postum.*, tom. III, pag. 143, edit. FABROT.).

*fidei iudicium sit, nemo feret,* inquit, *aut pupillum aut substitutum eius quaerentes, cur tam coniunctae personae alitae sint. Quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit* ».

ULPIANO risolve qui, traendola dai *Digesti* di GIULIANO e più precisamente dallo stesso libro XXI, dal quale è tolto il passo precedente, ed a proposito dell'*actio tutelae* della quale tratta, la questione se questa azione contro il tutore sia fondata, quando questi abbia interposta la sua *auctoritas* per affari che abbiano diminuito il patrimonio del pupillo e consistano in una nuda liberalità. Per le donazioni *mortis causa*, GIULIANO dice, che ciò è fuori di dubbio; perchè in esse l'*auctoritas* del tutore non ha luogo: difatti un pupillo, come non può compiere validamente un testamento, così non può neppure donare *mortis causa*. Ma, secondo l'opinione del maggior numero dei giureconsulti, neppure una donazione tra vivi è, di regola, valida: solo che possono darsi dei casi, nei quali il tutore, senza propria responsabilità, può, *interveniente decreto*, farsi *auctor* verso il pupillo, anche in affari pei quali venga diminuito il suo patrimonio. E fra questi casi GIULIANO annovera quello in cui il tutore abbia prestato a spese del pupillo gli alimenti alla di lui madre e sorella — GIULIANO non distingue se germana od unilaterale — che sieno povere ed incapaci di provvedere da sè al proprio sostentamento. Perchè questa eccezione? La ragione giustificatrice viene derivata dalla natura dell'*actio tutelae*, che è un *iudicium bonae fidei*, per il quale l'adempimento dei così detti doveri di affetto e di onore, cioè a dire di quelli che non si possono omettere da chi voglia nella vita comune esser ritenuto un onest'uomo, ha la stessa importanza che l'adempimento dei doveri civilmente obbligatori. Come dunque il pupillo, o il di lui successore, i quali, dopo, si facessero ad impugnare un tale atto del tutore, potrebbero sperare che la loro pretesa fosse accolta? Al contrario non si avrebbero tutte le ragioni di convenire il tutore coll'azione della tutela, se egli avesse piuttosto omesso di compiere quel-

l'atto?[7]). Sembra, in verità, che GIULIANO richiegga un decreto: ma lo fa più che altro per sicurezza del tutore, trattandosi di una condizione non sempre richiesta e mai assolutamente necessaria. Se fosse altrimenti, GIULIANO si sarebbe contraddetto, avendo dichiarato espressamente nel frammento precedente, che le cose non muterebbero, anche se il tutore non avesse impetrato un decreto dell'autorità.

Così la legge stessa ci offre i principî e non c'è bisogno di ricorrere alla *Lex Voconia* [8]). Questa legge, ai tempi di GIULIANO, potè forse esser tuttavia in vigore, perchè GAIO nelle sue Istituzioni [9]) la menziona come diritto vigente; ma è ben certo che ai tempi di ULPIANO non era più in uso [10]): oltre a ciò essa non ebbe alcuna influenza sulle decisioni di GIULIANO e di ULPIANO [11]).

Tutte le leggi sin qui interpretate concernono dunque, soltanto, la questione: se il tutore che alla madre e ai fratelli e sorelle, bisognosi, del pupillo benestante abbia prestato il mantenimento e a spese di questo, possa portare in conto questa spesa, senza temere che un giorno il suo pupillo l'impugni. E tale questione viene decisa affermativamente, per le particolari ragioni relative ai doveri del tutore e alla natura dell'*actio tutelae*. Siccome quest'azione era un *iudicium bonae fidei*, così niente di più equo che difendere il tutore da questa azione, se a spese del pupillo avesse adempito a doveri tali, che non solo è a presumere che il pupillo stesso

---

[7]) Si supponga anche il caso che la sorella, alla quale siano stati negati, senza pietà, gli alimenti, abbia successivamente acquistato per fortunato evento un grosso patrimonio ed abbia perciò preterito il fratello. Non sarebbe in questo caso ben fondata l'*actio tutelae* contro il tutore?

[8]) POPP, *Disquisit. cit.*, § 10.

[9]) *Commentarior.*, II, § 274: «Item mulier, quae ab eo, qui centum millia aeris census est, *per legem Voconiam heres institui non potest*, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest».

[10]) V. *Maur.* KIND, *Diss. de lege Voconia* (Lipsiae 1820, 4), cap. VIII, § 63 e segg.; ZIMMERN, *Ueber die lex Voconia in den römischrechtl. Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung* di NEUSTETEL e ZIMMERN (vol. I, Heidelberg 1821), pag. 329 e HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian*, pag. 290, ediz. 8.ª.

[11]) V. THIBAUT, *Versuche*, vol. I, pag. 232.

avrebbe per il primo adempiuto, se avesse avuto la libera amministrazione dei propri beni, ma anche è a temere che il tutore potesse un giorno essere convenuto dal pupillo per averli omessi. Diversamente sarebbe, se l'adempimento di un tal dovere fosse ricusato da chi ha la libera disponibilità del suo patrimonio. Manca dunque del tutto una determinata disposizione di legge che obblighi i fratelli, benestanti, ad alimentare le sorelle povere [12]. Vero è che si ricorre pure

6.° alla Nov. LXXXIX, cap. 12, § 6, dove GIUSTINIANO dice:

« Si quis autem, cum legitimos liberos habeat, etiam naturales relinquat, eos ab intestato nihil plane habere volumus: sed sancimus, ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum, a bono viro aestimando alantur ».

Ma anche questo passo prova nulla. Di vero, se qui i legittimi sono obbligati ad alimentare i fratelli e le sorelle naturali, la ragione è, che questi ultimi nulla possono ereditare *ab intestato*. E poichè il padre è tenuto ad alimentare i suoi figli naturali, perciò, rappresentando i legittimi il padre, essi sono astretti agli alimenti verso i naturali, non come fratelli, ma come eredi di quello. La legge dunque è estranea alla questione.

Il che si vede anche più chiaramente da ciò, che pure quando non abbia lasciato figli legittimi, ma una moglie legittima, che vale parimenti ad escludere i figli naturali dalla eredità del loro padre, anche gli eredi di lei sono obbligati ad alimentare i naturali. Dice la legge:

« Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, *ut et illi a successoribus eius alantur* ».

---

[12]) Tuttavia lo ZIMMERN, nella sua *Geschichte des Röm. Rechts bis Justinian*, vol. I, sez. 2.ª, § 143, pag. 523 e segg., sostiene, che anche i fratelli e le sorelle potevano in caso di bisogno essere tenuti agli alimenti, sebbene le leggi che egli cita siano appunto quelle che trattano esclusivamente dei doveri del tutore.

Anche nel diritto canonico manca su ciò una determinata disposizione. Vi si vuol riferire.

7.° Il Cap. 1 X. *de cohabitatione Clericorum,* che nella edizione di BOEHMERO viene ascritto ad un Concilio di Magonza dell'anno 813, e dove è detto:

« Inhibendum est, ut nullus sacerdos feminas, de quibus suspicio potest esse, (*in domo sua*) retineat: sed neque illas, quas canones concedunt, matrem, amitam, et sororem. — Sed si qua de his necessitatem habuerit: presbyteri habeant in vico aut in villa domum longe a sua conversatione: et ibi eis, quae sunt necessaria, subministrent ».

Ma, come già ha osservato GONZALES TELLEZ [13]), qui viene semplicemente permesso ai sacerdoti di assegnare ai loro parenti bisognosi di sesso femminile, che, al pari delle donne estranee, essi non possono tenere presso di sè, una casa lontana dalla loro abitazione e di conceder loro il mantenimento necessario, prelevandolo sulla rendita del loro ufficio. Di una obbligazione tra fratelli non si fa parola.

## § 1290 c.

*Patroni e liberti - Patroni di chiese Se possano chiedere gli alimenti alla Chiesa.*

Fra patroni e liberti intercedeva, presso i Romani, un rapporto quasi uguale a quello fra padri e figli.

Il patrono era considerato come padre del liberto [14]). Il liberto prendeva anche il nome del patrono [15]) ed entrava nella di lui

---

[13]) *Commentar. in Decretales ad h. cap.*, tom. III, pag. 63.

[14]) L. 9 D. *de obsequiis parentib. et patronis praestand.* ULP., lib. LXVI *ad Edictum.*: « Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet ». V. ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian*, vol. I, sez. 2.ª, § 217, pag. 789.

[15]) L. 108 D. *de condit. et demonstr.*; L. 9 C. *de liberali causa*; L. 94 D. *de legat.*, III; PERSIUS, *Sat. V.*, v. 78. V. *B.* BRISSONII, *Antiquitat. ex iure civ. Selectar.*, lib. I, cap. II, pag. 25 e *ad Eundem Alb. Dict.* TRECKELL.

*familia* [16]) e *gens* [17]); e poichè mediante la manomissione egli veniva come a ricevere una nuova vita, o, come si era soliti dire, diventava un *novus homo,* per ciò egli poteva anche derivare la sua *origo* dallo stesso luogo, dalla quale la derivava il patrono [18]).

È però vero che i liberti non potevano, in riguardo al patrono e alla sua famiglia, pretendere nè i *iura suorum heredum,* nè quelli *agnationis* o *gentilitatis* [19]), perchè essi non erano sotto la patria potestà del patrono e quindi non potevano avere agnati [20]). Soltanto, il patrono in considerazione del diritto, consentitogli dalle XII tavole, di successione intestata del *libertus* premorto senza *sui,* era considerato come un agnato di lui [21]), e perciò anche in questa qualità chiamato, per una interpretazione pienamente giustificata dall'analogia, alla tutela, *ad similitudinem agnatorum* [22]).

Ma dove il rapporto tra il patrono e liberto è all' intutto simile a quello tra padre e figlio, è nel rispetto ed ossequio che

---

[16]) L. 195 § 1 D. *de Verb. Signif.*; L. 5 Cod. *de Verb. Signif.*

[17]) V. ALCIATUS, *Disputation.*, lib. IV, cap. 3; BRISSONIUS, *Antiquitat.*, lib. II, cap. 14, pag. 77, edit. TRECKELL; HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts,* pag. 53 in fine (8.ª ediz.).

[18]) L. 6 § ult. D. *ad Municipalem.* ULPIAN., lib. II *Opinion.*: « Libertini originem patronorum, vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur ». L. 22 pr. D. *eodem.* Lo stesso è a dire dell'*ex causa fideicommissi manumissus*; L. 17 § 8 D. *eodem* e L. 2 Cod. *de Municipibus et Originar.* (X, 38). V. BRISSONIUS, *cit. loc.*, pag. 78.

[19]) CICERO, *Topicor.*, cap. 6, e *De oratore*, lib. I, cap. 39. V. TRECKELL, ad BRISSON., *cit. loc.*, nota *accepissent.*

[20]) THEOPHILUS, *Paraphr. gr. Instit.*, lib. I, tit. 17, οὗτοι δε ὑπεξούσιοι οὐκ εἰσίν, εκ δουλείας ἐλευθερωθέντες, οὐ γὰρ ἔχουσι τοὺς ἀνιόντας. — καὶ πῶς ὁ μὴ ἔχων ἀνιόντας, ἔχειν δύναται τοὺς ἐκ πλαγίου. « Hi autem in patria potestate non sunt, ex servitute manumissi, non enim habent parentes. — Et quomodo, qui parentes non habet, habere potest propinquos a latere? ». Anche ULPIANO, *Fragm.*, tit. XII, § 3, dice: « Libertinus nullo modo patri heres fieri potest, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit ».

[21]) V. la *Erört. d. Lehre von der Intestaterbfolge*, § 195, ed in ispecial modo UNTERHOLZNER, *Ueber das patronatische Erbrecht,* nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.*, vol. V, pag. 31 e segg.

[22]) ULP., *Fr.*, XI, § 3; *Idem*, L. 1 pr. e L. 3 pr. D. *de legitim. tutor.*; THEOPHILUS, *cit. loc.*

il *libertus* aveva obbligo di tributare al patrono e alla famiglia di lui [23]): con che fu posto tanto il diritto del patrono ad una legittima nell'eredità del *libertus* [24]), quanto la sua pretesa agli alimenti. Ciò spiega perchè nel nostro titolo si tratta anche: *de alendis patronis.*

Quest'obbligo del *libertus* non si limita alla persona del patrono, ma si estende anche ai di lui figli e genitori nonchè alla liberta, come risulta dalle seguenti leggi:

L. 5 § 18 *h. t.* ULPIANUS, libro III *de officio Consulis:* « Solent indices cognoscere et inter patronos et libertos, si de alendis his agatur: itaque si negent, se esse libertos, cognoscere eos oportebit: quod si libertos esse constiterit, tunc demum decernere, ut alant. Nec tamen alimentum decretum tollet liberto facultatem, quo minus praeiudicio certare possit, si libertum se neget ».

§ 19: « Alimenta autem pro modo facultatium erunt praebenda, egentibus scilicet patronis: ceterum, si sit unde se exhibeant, cessabunt partes iudicis ».

§ 20: « Utrum autem tantum patroni alendi sint, an etiam patronorum liberi, tractari potest? et puto, causa cognita, iudices et *liberos quoque patronorum alendos* decernere: non quidem tam facile ut patronos, sed nonnunquam et ipsos: *nam et obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere praestari* ».

§ 21: « Sed et libertus maternus alere cogitur ».

§ 22: « Si quis a liberti liberto ali se desideret, vel ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit, quemque suis nummis redemit, non debet audiri: ut et MARCELLUS scribit: exaequatque enim, qui mercedes exigendo ius libertorum amisit ».

Il *libertus liberti* non era, dunque, obbligato a particolari presta-

---

[23]) V. tot. *Tit. Pand. de obsequiis parentibus et patronis praestandis* (XXXVII, 15) e *Tit. Cod. de obsequiis patrono praestandis* (VI, 6).

[24]) Ved. tit. I. *de successione libertorum* (III, 7).

zioni verso il patrono del suo *manumissor*, e quindi nemmeno a quella degli alimenti [25]).

Così pure colui che aveva ricevuto la libertà *ex causa fideicommissi*. Egli era invero *libertus* del suo *manumissor*, fosse questi l'erede o il legatario del testatore che gli avea dato l'incarico della manomissione [26]). Ma il *manumissor*, secondo un principio ritenuto sin da un rescritto di ADRIANO [27]), non poteva pretendere da un tal *libertus*, tranne l'*honor patronis debitus*, nessuna delle consuete prestazioni — non servigi, non alimenti, non *dona*, nè *munera* — se *il libertus* non le avesse volontariamente assunte, pur sapendo di poterle ricusare [28]). Solo in rapporto alla successione nei beni e alla tutela, il suo diritto di patronato era illimitato [29]). Questi soli erano i diritti che conservava chi manometteva lo schiavo *ex causa fideicommissi*, a meno che lo stesso testatore non avesse voluto, che egli acquistasse il *plenum ius patroni* [30]).

Una eguale situazione si produceva per il *libertus, quem quis suis nummis redemit*. Dicesi propriamente *suis nummis emtus*, quello schiavo che figura riscattato da un compratore, il quale però per

---

[25]) V. ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 218, pag. 800.

[26]) § 2 I. *de sing. rebus per fideicomm. relict.*; L. 7 C. *de fideicommiss. libertat.*

[27]) L. 7 § 4 D. *de operis liberlor.*

[28]) L. 47 D. *de operis libert.* (XXXVIII, 1); L. 9 D. *de in ius voc.*; L. 2, L. 5 Cod. *de operis libert.* (VI, 3).

[29]) L. 3 § 1 D. *de legitim. tutor.* ULPIAN., lib. XXXVIII *ad Edictum*: « Ergo manumissor ex lege XII tabularum tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus *ex causa fideicommissi* manumisit »; L. 29 pr. D. *de bonis libertorum*; MARCIANUS, libro IX *Institutionum*: « Qui *ex causa fideicommissi* manumittitur, est quidem libertus manumissoris, et tam *contra tabulas*, quam *ab intestato* ad bona eius venire potest *quasi patronus*: sed operas ei imponere non potest, nec impositas ab eo petere ». OISELIUS, ad GAII, *Institut.*, lib. II, tit. 7, § 7, nota 29 e ZIMMERN, § 203.

[30]) L. 29 § 1 D. *de bonis libertor.*: « Sed si defunctus filio suo legavit servum, et rogavit, ut eum manumittat, ea mente, *ut plenum ius patroni habeat*: defendendum est, postea eum operas iure imponere ».

un patto contemporaneo al contratto, nulla paghi del suo, ma intervenga come un semplice prestanome [31]). Insegna ULPIANO [32]), che un tale schiavo aveva diritto, in virtù di una *epistola Divorum Fratrum ad Urbium Maximum*, ad ottenere la sua manomissione. Poichè, in fondo, quella compra immaginaria non tendeva ad un acquisto, ma era diretta alla libertà dello schiavo [33]). Un tale liberto pertanto, non dovendo nulla al patrono, per nulla gli era obbligato [34]).

Del tutto diversa era la situazione di quello schiavo, che era stato manomesso dal proprio padrone dietro numerazione di una somma di denaro: contro di questo il *manumissor* conservava tutti i diritti del patronato [35]). E la ragione è chiara: siccome era stato un atto di sua volontà l'averlo manomesso per la somma offerta, così, il liberto dovea esser grato della sua libertà al padrone. *Etiamsi*

---

[31]) L. 4 § 1 D. *de manumission.* ULP., libro VI *Disputation.*: « Et primo quidem nummis suis non proprie videtur emtus dici, cum suos numinos servus habere non possit. Verum conniventibus oculis credendum est, *suis nummis eum redemtum*, cum non nummis eius, qui eum redemit comparatur. Proinde sive ex peculio, quod ad venditorem pertinet, sive ex adventitio lucro, sive etiam amici beneficio, vel liberalitate, vel prorogante eo, vel repromittente, vel se delegante, vel in se recipiente debitum redemtus sit; credendum est, *suis nummis eum redemtum:* satis est enim, *quod is, qui emtioni suum nomen accomodaverit, nihil de suo impendit.* § 2: « Si ab ignoto emtus sit, postea autem pretium suum obtulerit, dicendum erit, non esse audiendum: *ab initio enim hoc agi debet, ut* IMAGINARIA *fieret* EMTIO, et per fidem contractus inter emtorem et servum agatur ».

[32]) L. 4 pr. D. *de manumiss.* ULP., *eod.*: « Is, qui *suis nummis* emitur, *epistola Divorum fratrum ad Urbium Maximum* in eam conditionem redigitur, ut libertatem adipiscatur ». Add. L. 5 pr., L. 19 in fine D. *eodem.*

[33]) L. 4 § 2 e 7 D. *eodem.*

[34]) L. 8 C. *de operis libertor.* (VI, 3); L. 1 Cod. *de bonis libertor.* (VI, 4).

[35]) L. 1 C. *cit. Impp.* SEVERUS et ANTONINUS: « Multum interest, utrum quis *suis nummis emtus* ac manumissus sit ab emtore, an a domino suo *data pecunia* mereatur libertatem. Priore enim casu ad bona eius contra tabulas admitti patronum non placet: *posteriore vero omnia iura patronatus retinet* ». V. ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrecht bis Justinian*, vol. I, sez. 2, § 217, pag. 792 e 793.

*non gratuitum*, dice MARCELLO [36]), *beneficium tamen prestitit*. Ma poichè il padrone, dal momento che ha ricevuto il denaro, può essere giuridicamente costretto a liberare lo schiavo, come lo può per quello *suis nummis redemtus*, perciò il *manumissus*, al pari di quello che aveva ricevuto la libertà *ex causa fideicommissi*, non era obbligato alle, altrimenti, comuni prestazioni; non, dunque, alle *operae*, nè agli *alimenta*, sebbene fosse sempre tenuto alla *verecundia obsequii* e all' *honor patronis debitus* [37]).

MARCELLO, nel nostro § 22, assimila al patrono che manomise lo schiavo, *quem suis nummis redemit*, quello *qui mercedes exigendo ius libertorum amisit*. Chi, manomettendo uno schiavo, se ne riservava, in compenso della conceduta libertà, le *operae* e queste o effettivamente reclamava ovvero anche alienava, perdeva come patrono non solo la *partis bonorum possessio*, se il liberto faceva testamento, ma anche il suo diritto alla successione intestata [38]). Il patrono aveva però la scelta tra le *operae* e questi diritti [39]). Ma un tal *libertus*, il quale fosse stato sciolto dalla promessa *onerandae libertatis causa*, acquistava per questo fatto la *libera testamenti factio* [40]), cioè non aveva più a temere la *partis bonorum possessio* contro il suo testamento [41]), e si liberava anche dall'obbligo alimentare, sebbene rimanesse sempre tenuto all' *obsequium* verso il patrono [42]). Se il patrono nel manomettere lo schiavo si fosse fatto promettere non le *operae*, ma invece di queste una *merces*, un *pretium*, una tal promessa era, per la *Lex Aelia Sentia*,

---

36) L. 2 D. *de obsequiis parentibus et patronis praestand.*

37) L. 2, L. 3 Cod. *de operis libertorum*; L. 9, L. 10 D. *de in ius vocando.*

38) L. 37 pr. D. *de bonis libertor.*; L. 4 Cod. *de operis libertor.*; L. 7 pr. Cod. Theod. *de testam.* (VI, 4); L. 2 Cod. Iust. *de bon. poss. contra tabb. liberti* (VI, 13).

39) L. 20 Dig. *de iure patronat.*; L. 2 C. *de bon. poss. contra tab. lib.*

40) L. 41 D. *de operis libertor.*; L. 4 Cod. *eodem.*

41) L. 2 Cod. *de bon. poss. contra tabulas liberti.*

42) L. 41 D. *de operis libertor.* V. *Iac.* CUJACII, *Commentar. in lib. V Responsor. Papiniani ad h. L.* (*Oper. postum. a* FABROTO editor., tom. I, pag. 120 e segg.

invalida [43]). Se poi il detto prezzo fosse stato pagato, allora i *iura patronus* e particolarmente i diritti di successione del patrono erano perduti [44]). Però secondo una costituzione degl' imperatori SEVERO ed ANTONINO [45]), il patrono poteva invece dei promessi servizî, chiederne l'*aestimatio*, quando, per ragione della sua indigenza, avesse bisogno degli alimenti.

Nella nostra L. 5 *h. t.* rimangono ancora i seguenti frammenti che trattano dell'obbligo alimentare dei liberti verso i loro patroni:

§ 25: « Sed et *liberta* cogitur patronum alere ».

§ 25: « De alimentis patroni arbiter solet dari, arbitraturus: quantum sit in facultatibus: ut perinde possint alimenta moderari: quae tam diu praestabuntur, quamdiu liberto supersit, patrono desit ».

§ 26: « *Patrem et matrem patroni*, cum patronus et filii eius minime supersint; alere egentes [46]), ipsi si idonei facultatibus sunt, coguntur ».

---

[43]) L. ult. § 1 D. *Qui et a quibus manumissi*. V. HEINECCI, *Antiquitat. Rom. iurispr. illustrant. Syntagm.*, lib. I, tit. 6, § 12, cap. XI; L. *Aelia Sentia*, pag. 108 (edit. HAUBOLD). Una promessa alternativa — o le *operae*, o una somma — non era contraria alla legge. L. 6 § 1 D. *de iure patronat.*; L. ult. § 2 D. *Qui et a quibus manumissi*.

[44]) L. 32 D. *de operis libertor.*; L. 3 § 4 D. *de bonis libertor.* Vedi UNTERHOLZNER, *Ueber das patronatische Erbrecht*, nella *Zeitschrift*, vol. V, pag. 101 e segg. e ZIMMERN, *Geschichte*, vol. I, sez. 2.ª, § 218.

[45]) L. 1 Cod. *de operis libertorum*: « Si tempore manumissionis operae tibi impositae sunt: scis te eas praestare debere. Solet autem inter patronos et libertos convenire, ut pro operis aliquid praestetur: licet *pretium* peti non possit, *nisi quando propter inopiam pro alimentis id extra ordinem peti necessitas suaserit*: cum etsi operae non erant impositae, defectis tamen facultatibus patroni, cum alere cogebaris ».

[46]) Le lezioni, qui, sono diverse. L'HALOANDER, invece di *egentes*, ha *liberti ipsi* e chiude fra parentesi le parole: *si idonei facultatibus sint*. Così pure *Lud.* MIRÄUS. Altri leggono: « *egentes ipsi liberti* (si idonei facultatibus sint) coguntur »; così, ad es., BAUDOZA, CESTIUS, *Guil.* MERLINUS, *Simon van* LEEUWEN e *Io. Lud. Guil.* BECK: solo che, dopo *egentes* quest'ultimo pone un punto. Nella edizione di Gottinga il punto è posto dopo *egentes ipsi*. Ma questa interpunzione è manifestamente scorretta. TAURELLIUS

L. 9 *h. t.* PAULUS, *libro singulari de iure patronatus:* « In bonis superstitum libertorum nullum omnino ius patroni liberive patronorum habent: nisi si tam esse se infirmos, tamque pauperes praesidibus probaverint, ut merito menstruis alimentis a libertis suis adiuvari debeant. Idque ius ita plurimis Principum constitutionibus manifestatur ».

Se il liberto non poteva provvedere al proprio sostentamento, obbligato ad alimentarlo era il patrono, come colui che dovea porlo in condizione di adempiere le *operae libertatis causa impositae* [17]). Per altro il patrono non poteva esservi costretto: solo che, negandogli gli alimenti, il patrono perdeva, ai sensi della *Lex Aelia Sentia,* il diritto alla prestazione delle opere, come anche il diritto alla di lui eredità, tranne che fosse stato per avventura istituito erede dal liberto [18]); e per un rescritto dell'imperatore ALESSANDRO perdeva lo stesso diritto di patronato [19]). A questo punto si riferisce anche la

---

pone il punto dopo *egentes*: lo seguono anche RUSSARD, CHARONDAS, PACIUS e *Ugo* DA PORTA. E questa è incontestabilmente la lezione più corretta.

[17]) L. 18, L. 20 pr., L. 21, L. 33, L. 50 D. *de operis libertor.*

[18]) L. 33 D. *de bonis libertor.* MODESTINUS, *libro sing. de manumissionibus*: « si patronus non alnerit libertum, *lex Aelia Sentia* adimit eius libertatis causa imposita, tam ei, quam ipsi, ad quem ea res pertinet: item hereditatem ipsi, et liberis eius, nisi heres institutus sit: et bonorum possessionem, praeterquam secundum tabulas ». Si cfr. anche la L. 20 pr. D. *de operis libertorum* e HEINECII, *Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Synt* , lib. I, tit. 6, § 12, cap. XV, *Leg. Ael. Sentia*, pag. 110, edit. HAUBOLD.

[19]) L. 5 § 1 D. *de iure patronat.* MARCIANUS, libro V *Institutionum* : « Imperatoris nostri rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non alnerit, ius patroni perdat ». V. WESTENBERG, *Princip. iuris secund. ord. Dig., h. t.*, § 28 e ZIMMERN, *Geschichte des R. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 218, pag. 800. Che l'*imperator noster*, di cui qui si parla, non sia altri che ALESSANDRO SEVERO, lo ha dimostrato *Ant.* QUINTANADUEGNA, *de iurisdict. et imperio*, lib. I, tit. 10, num. 13 e 14 (in *Th.* MEERMAN., tom. II, pag. 256). Si veda anche *Ger.* OELRICHS, *Diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis* AELII MARCIANI, *ICti* (Traj. ad Rhen. 1754), cap. III, § 6.

L. 6 D. *h. t.* MODESTINUS, *libro singulari de Manumissionibus:* « Alimenta, liberto petente non praestando, patronus *amissione libertatis causa impositorum,* et *hereditatis liberti* punietur: non autem *necesse habebit* praestare, etiam si potest ».

*
* *

A proposito dei patroni romani l'HELLFELD viene a trattare della categoria, del tutto differente, dei patroni ecclesiastici. Si sostiene, per analogia coi patroni romani, che le chiese ricche debbono gli alimenti ai loro patroni, caduti in miseria [50]). Nel decreto di GRAZIANO, can. 29, caus. XVI, qu. 7, si dice:

« Si vero fundatores ecclesiarum ad inopiam vergere coeperint, ab eisdem ecclesiis temporalis vitae suffragia percipiant ».

Nelle edizioni comuni del *Corp. iur. canon.* queste parole sono confuse con un testo, che l'epigrafe attribuisce al papa LEONE IV, ma col quale non hanno alcuna relazione. Perciò *Fr.* FLORENS [51]) ha osservato, ben a ragione, che queste sono parole di GRAZIANO, come fa chiaramente rilevare anche la Glossa. *Car. Seb.* BERARDO [52]) lo ha poi dimostrato con altri argomenti.

Il canone propriamente riferentesi al nostro punto è il successivo can. 30 col quale GRAZIANO conferma la sua proposizione, e nelle edizioni comuni del decreto così suona: « Unde in *Concilio Toletano quarto* c. 37 legitur » (anno 633 in *Hispania Concil.*, tom. III, pag. 588, secondo l'edizione di BOEHMERO):

« Quicumque fidelium devotione propria de facultatibus suis Ecclesiae aliquid contulerint, si forte ipsi, aut filii eorum redacti fuerint ad inopiam, ab eadem ecclesia suffragium vitae pro temporis usu percipiant ».

---

[50]) V. *Io.* D'AVEZAN, *Diss. de patronatu iuris pontificii*, cap. VI (in *Th.* MEERMAN., tom. IV, pag. 365) e SCHMALZ, *Handbuch des canonischen Rechts*, § 369.

[51]) *Oper. cura Ign. Christph.* LORBER *a* STOERCHEN edit., tom. II, pag. 121.

[52]) *Gratiani canones genuini ab apocriphis discreti, corrupti ad emendatiorum Codicum fidem exacti*, etc., parte II, tom. II, cap. 72, pag. 205, edit. Venet.

Se noi consideriamo in tutto il suo contesto questo canone, del quale GRAZIANO ci ha qui conservato solo un frammento, vedremo che l'opinione dei padri del Concilio di Toledo non era quella di conferire ai patroni ecclesiastici, a guisa di privilegio e di particolare favore, il diritto di chiedere, in caso di bisogno, alle entrate patrimoniali della chiesa il loro sostentamento. Essi vollero piuttosto, che di questo beneficio fruissero tutti i poveri. Ed *a fortiori* argomentarono, che ciò avrebbero potuto pretendere come un diritto coloro che avessero conferito qualcosa del proprio alla chiesa [53]). Ecco infatti il testo intero del canone, dal quale fu tratto quel brano [54]):

« Praebendum est a Sacerdotibus vitae solatium indigentibus, et maxime his, quibus restituenda vicissitudo est. *Quicumque ergo fidelium de facultatibus suis Ecclesiae aliquid devotione propria contulerunt, si forte ipsi, aut filii eorum redacti fuerint ad inopiam, ab eadem Ecclesia suffragium vitae* [55]) *pro temporis usu percipiant.* Si enim Clericis, vel Monachis, seu peregrinis, aut quamlibet necessitatem sustinentibus pro solo religionis intuitu in usum res ecclesiasticae largiuntur, quanto magis his consulendum est, quibus retributio iusta debetur ».

Il diritto alimentare dei patroni ecclesiastici appare qui, dunque, come un privilegio, solo nel senso che fra i bisognosi di aiuti si deve a preferenza aver riguardo ai patroni, ricambiando così beneficio con beneficio [56]).

In seguito, il canone toledano fu interpretato limitatamente

---

[53]) V. BERARDUS, *cit. loc.*, parte I, cap. 17 *ad can. cit.*, 30, pag. 190.

[54]) V. HARDUINI, *Concil.*, tom. III, pag. 587.

[55]) L'espressione *suffragium vitae* equivale qui a *sostentamento di vita*. Essa ricorre, in questo significato, anche nel *Concilio Toletano*, II, can. 3. V. *Car.* DU FRESNE, *Glossar. ad Scriptor. mediae et infimae Latinitat.*, tom. II, parte III, voc. *Suffragium* e *Io.* DARTIS, *Commentar. in Decretum Gratiani*, parte II ad caus. XVI, qu. 7, c. 29 e 30 (*Oper. canonicor.*, Paris 1656, f., parte I, pag. 219).

[56]) V. BERARDUS, *cit. loc.*, pag. 190.

ai patroni, e così fu accolto da GRAZIANO [57]). La quale interpretazione confermò il papa CLEMENTE III, nel cap. 25 X. *de iure patronatus,* dove egli stabilisce il privilegio dei patroni, e fra l'altro dice:

« Pro fundatione quoque Ecclesiae honor processionis fundatori servatur: et, *si ad inopiam vergat, ab Ecclesia illi modeste succurritur,* sicut in sacris est canonibus institutum ».

Il diritto agli alimenti compete, così, al patrono in considerazione del beneficio recato alla chiesa colla fondazione, e si estende alla moglie ed ai figli di lui.

Ma è controverso se competa anche ai di lui eredi e a quei patroni, i quali abbiano acquistato il loro diritto di patronato non per effetto di fondazione, o per discendenza dal fondatore, ma in altra guisa. Alcuni [58]) si attengono rigorosamente alla lettera della legge e concedono quel diritto solo al fondatore e suoi discendenti. Altri [59]), all'opposto, più rettamente opina che, divenuto il patronato ereditario, quel diritto debba spettare a tutti quelli che succedono nei diritti del fondatore della chiesa. Con ciò contrasta l'opinione di coloro [60]) i quali sostengono che il diritto alimentare del patrono è assolutamente personale e permane presso il fondatore e suoi discendenti, anche quando il diritto di patronato siasi trasmesso ad altri. No: la verità è che il diritto agli alimenti permane presso

---

[57]) V. FLORENS, *cit. loc.*, pag. 121; *Iust. Henn.* BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.*, tom. III, lib. III, tit. 38, § 18 e 141 e *Io. Sal.* BRUNQUELL, *Diss. de utilibus patronorum iuribus*, § 45 (in *Opuscul. ab Henr. Io. Ott.* KOENIG edit., Halae 1774, 8, num. XXVI, pag. 906).

[58]) LEURENIUS, *Forum beneficial.*, parte II, quaest. 106; BRUNQUELL, *Diss. cit.*, § 48, nota f e § 54.

[59]) *Car. Sebast.* BERARDI, *Commentarior. in ius eccles. univ.*, tom. II, diss. IV, cap. 7, § 122 (edit. venetian.).

[60]) *Franc.* DE FARGNA, *Comment. de iure Patronatus*, tom. II, fol. 298, num. 10; *Zeg. Bern. van* ESPEN, *Iuris eccles. univers.*, parte II, sect. III, tit. VII, cap. 6, § 8 (*Oper.*, tom. III, pag. 76 edit. GIBERT); PEHEM, *Praelection. in ius eccles. univ.*, parte II, § 271 e BRUNQUELL, *cit. Diss.*, § 48.

di lui, solo quando egli abbia rinunziato al suo diritto di presentazione, in favore della chiesa e l'abbia così resa libera [61]).

Perchè però il patrono faccia valere questo diritto è necessario che non sia caduto in povertà per sua colpa e che non gli resti più alcuna risorsa [62]).

È anche presupposto, che la chiesa abbia prima provveduto ai suoi bisogni, perchè possa prestare con quel che le avanza gli alimenti al patrono [63]). E poichè questo è raro a verificarsi, così sarà anche rarissimo il caso di un patrono alimentato dalla chiesa.

Per altro è fuor di dubbio, che al patrono sono dovuti non solo gli alimenti naturali, ma anche quelli richiesti dal suo stato sociale [64]).

## § 1290 *d.*

### *Pubblici istituti pei poveri — specialmente presso i romani.* Alimentarii. Leges alimentarie. Tabula Trajana.

I bisognosi di mantenimento, se nessuno vi sia dei legalmente obbligati a prenderne cura, e nessuno vi provveda per compassione ed amor di prossimo, debbono essere alimentati dalla pubblica cassa dei poveri o dal municipio al quale appartengono o dai pubblici istituti fondati dallo Stato, appunto a questo scopo. Tali sono gli ospizi dei poveri e delle vedove, i brefotrofi e gli orfanotrofi, gli ospedali e le case di salute, quali si trovano da per tutto in Germania [65]). Anche presso i Romani esistevano pubblici istituti pei poveri [p]). [*Vedi contronota a pag. seg.*]. Vi erano:

---

[61]) BERARDUS, *loc. cit.*, pag. 123.

[62]) BERARDUS, *loc. cit.*; BRUNQUELL, *Diss. cit.*, §§ 52 e 54.

[63]) *Ant.* SCHMIDT, *Institution. iuris eccles. German.*, tom. II, § 62; BRUNQUELL, *Diss. cit.*, § 50; WIESE, *Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts*, parte II. § 224, pag. 427.

[64]) V. VAN ESPEN, *loc. cit.*, § 7 (*Opp.*, tom., III, pag. 76) e *Io.* D'AVEZAN, *Diss. cit. de iure patronat.*, cap. 6 (in *Th.* MEERMAN., tom. IV, pag. 365).

[65]) V. LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. V, specim. 324; BERNEGGER, *Diss. de Alimentis, eorumque computatione in detrahenda Q. Falcidia*, Altdorfii 1720, cap. II, § 8 e *Fried. von* BÜLOW e *Theod.* HAGEMANN'S *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, vol. III, Erört. XXIV

1.° Istituti pel mantenimento degli orfani poveri, che venivano educati e sostentati con dotazioni imperiali. Questi *allievi* dello Stato (Staats-Zöglinge), giovanetti e fanciulle, si chiamavano *Alimentarii* [66]). Ad essi accennano non solo CAPITOLINO [67]), ma anche alcune iscrizioni nella raccolta del REINESIO [68]).

L'imperatore NERVA fu il primo a fondare tali istituti per ragazzi e ragazze, figli di genitori poveri [69]). In una iscrizione, riportata dal REINESIO [70]), s'incontrano le *puellae divi Nervae* col loro preposto, il *Quaestor alimentorum*.

Il suo esempio fu seguìto dall'anche più pietoso imperatore TRAIANO. In lode di lui dice PLINIO [71]): « Et quamquam laetis-

---

[66]) V. *Phil.* RUBENIUS, *Elector.*, lib. II, cap. 36; *Io. Erh.* KAPP, *Progr. de Alimentariis*, Lipsiae 1735, specialmente *Chr. Henr.* PAUFLER, *Specim. I et II, de pueris puellisque alimentariis*, Dresdae 1809 e 1810, 4.

[67]) *In vita Antonini Pii*, cap. 8.

[68]) *Inscription.*, class. VI, num. 24.

[69]) *Aurel.* VICTOR, *Epitom. de Caesaribus*, cap. 12: « Puellas puerosque, natos parentibus egestosis, sumtu publico per Italiae oppida ali iussit ». V. TROTZ, *de Memoria propagata*, lib. I, cap. 3, pag. 224.

[70]) *Loc. cit.*

[71]) *Panegyric.*, cap. 26.

---

*p*) Sulle istituzioni alimentarie imperiali si ha una letteratura notevole anche per la qualità. La più antica può vedersi citata in HENZEN, *Tabula alimentaria Baebianorum*, estratto dagli *Annali dell'istit. archeologico*, XVI, 1845, p. 5, *Nachträge* nel *Bull.* del 1847 e *Annali* del 1849, p. 220 e segg., nel *Corpus Inscription. latinar.*, XI, 208, n. 1147. Per la più recente si cfr. BRUNS-MOMMSEN, *Fontes*, 6.ª ed., p. 305, GIRARD, *Textes*, 3.ª ed., p. 707 e KARLOWA, *Roemische Rechtsgeschichte*, I, pag. 790-795. La storia di tutte le istituzioni alimentarie pubbliche e private, che è rimasta insuperata, è quella dell'HENZEN, *l. c.*, p. 7-111. Acute osservazioni storiche si hanno nella memoria del MOMMSEN, *Die italische Bodentheilung und die Alimentartafeln* inserita nell'*Hermes*, vol. XIX, p. 393 sgg., il cui materiale è tratto quasi totalmente dalle iscrizioni Veleiate e Bebiana. Sul lato giuridico che tali istituzioni presentano si veda SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, vol. V, p. 185, pag. 63 sgg.; HENZEN, *l. c.* (1845), p. 25 e sgg.; MOMMSEN, *Corp. Inscrip. lat.*, XI, 1455; BRINZ, *Zu den Alimentarstiftungen der röm. Kaiserzeit*, nei *Sitzungsberichte der philosoph.-philolog. u. histor. Classe d. k. b. Akademie der Wissenschaften* di Monaco, 1887, pag. 209-228; MARQUARDT, *Handbuch der röm. Alterthümer* (trad. franc., vol. X, 1888, p. 179-186); PERNICE, *Labeo*, vol. III, 1892, p. 150-172; SEGNÈ nel *Bollettino dell'istit. del dir. rom.*, vol. II (1889).

simum oculis tuis esset, conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen, antequam te viderent adirentve, recipi, incidi insisti, *ut iam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur:* crescerent de tuo, qui crescerent tibi, *alimentisque tuis ad stipendia tua pervenirent, tantumque omnes uni tibi, quantum parentibus suis quisque deberet* ». La cura che questo Imperatore ebbe pei poveri, celebra ancora PLINIO dicendo [72]): « Paulo minus, Patres Conscripti, *quinque millia ingenuorum* fuerunt, *quae liberalitas Principis nostri* conquisivit, invenit, adscivit. Hi subsidium bellorum, ornamentum pacis, *publicis sumtibus aluntur:* patriamque, non ut patriam tantum, verum ut *altricem* amare condiscunt ». Questa beneficenza di TRAIANO è stata anche glorificata dagli antichi in lapidi [73]) e monete [74]), all'uopo coniate. Le iscrizioni su marmo chiamano questi fanciulli di TRAIANO, dal di lui prenome: ULPIANI. Si ha pure di TRAIANO una tavola metallica trovata nell'anno 1747 a Mazinesso, nel Piacentino, fra le rovine di Velleia, conosciuta sotto il nome di *tabula alimentaria* ovvero *tabula Traiana* *q*). Essa contiene un elenco, approvato da TRAIANO, di fondi ipotecati a garanzia di una somma di un milione di sesterzi (circa 70.000 talleri) destinata ad alimentare parecchie centinaia di fanciulli poveri: ragione per cui la stessa iscrizione prese il nome di *Obligatio praediorum* [75]) [r]). [*Vedi controuota a pag. seg.*].

---

[72]) *Panegyric.*, cap. 28.

[73]) Vedi *Thom.* REINESIUS, *cit. loc.*; TROTZ, *cit. loc.*; RUBENIUS, *cit. loc.*

[74]) *Laur.* PATAROLIUS e *Christ. Gottl.* SCHWARZ hanno aggiunto queste monete alla loro eccellente edizione del PLINII *Panegyricus*, tab. I, num. 8 e 9.

[75]) Essa fu per la prima volta edita ed interpretata dal MURATORI nell'anno 1749: poi da MAFFEI: dopo da TERRASSON: ed anche più dettagliatamente da PITTARELLI, Turini 1790, 4. V. HUGO, *Civilist. Magazin*, vol. II, pag. 432 e *Christ. Gottl.* HAUBOLD, *Institutiones iuris Rom. lit-*

---

*q*) Va qui rilevato come il GLÜCK non conosce che l'iscrizione Veleiana del 1747, non l'altra Bebiana, pure di TRAIANO, scoperta nel 1831 presso Benevento, che si riferisce alla città dei *Ligures Baebiani*, che, sostanzialmente identica nel contenuto alla prima, ne differisce solo nella redazione.

Che questo istituto di beneficenza si sia poi esteso sopra gran parte dell'Italia superiore si può dedurre da ciò, che sulle mo-

---

*terariae*, tom. I (Lipsiae 1809), § 107, num. V, pag. 291 e segg. Sono pure notevoli gli scritti seguenti: STIEGLITZ, *Progr. de usu et praestantia tabulae Trajanae in iure Rom.*, Altdorfii 1757, 4; *Fried. Aug.* WOLF, *von einer milden Stiftung Traians, vorzüglich nach Inschriften, nebst der lateinischen Stiftungsurkunde*, Berlin 1808, 8; HEGEVISCH, *Ueber die glückliche Epoche in der Römischen Geschichte*, pag. 151 e segg., particolarmente *Tavola alimentaria Veleiate, detta Traiana, restituita alla sua vera lezione*, da *Pietro* DE LAMA, prefetto del ducale Museo, con alcune osservazioni del medesimo, Parma 1819, 4 ed *Ern.* SPANGENBERG, *Iuris Rom. tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites* (Lipsiae 1822, 8), num. VII, pag. 307-311.

---

*r*) Di tutta quanta la materia che le istituzioni alimentarie forniscono il punto giuridico è quello che si presenta di gran lunga più importante, e che solo va qui trattato. Le due iscrizioni, Veleiate e Bebiana, si riferiscono a fondazioni imperiali, facenti parte del sistema di assistenza pubblica e di credito agricolo, organizzato da NERVA in poi in Italia (VICTOR, *Ep.*, 12, 4). Per esse gli imperatori destinavano capitali al mantenimento dei fanciulli poveri della penisola: tali somme si consegnavano in ogni città a dei proprietari di fondi, che assumevano il pagamento delle rendite, garantendolo con immobili di decuplo valore. La iscrizione Veleiate (cfr. il testo in BRUNS-MOMMSEN, *Fontes*, p. 305-07) si riferisce a Veleja; fu scoperta nel 1747 nelle rovine di questa città ed era incisa in una tavola di bronzo nella quale si trova indicata in prima linea la somma totale sborsata, il numero complessivo dei fanciulli poveri da mantenere e il *quantum* da assegnare a ciascuno di essi: poi il prezzo di stima dei diversi immobili dati in garanzia, l'ammontare delle somme assegnate per ciascuno, e gli interessi relativi da pagare al tasso del 5 %. La seconda iscrizione, Bebiana (cfr. testo in BRUNS, *op. cit.*, p. 307-08), riguarda i *Ligures Baebiani*, indica il prezzo di stima dei diversi immobili dati in garanzia, i singoli capitali per ciascuno di essi e l'ammontare del tasso degli interessi del 2 ½ % — forse semestrali.

La questione giuridica che si è sollevata è quella di sapere quale sia il carattere della garanzia reale fornita da chi riceveva le somme ed era obbligato a corrispondere le prescritte rendite. Il testo delle iscrizioni poi parla di *obligatio praediorum* senz'altro: manca il dativo « *a chi* » sono *obbligati* i *praedia*.

Riassumo le diverse opinioni degli scrittori che sul punto, importantissimo, hanno molto discusso.

Il SAVIGNY, *loc. cit.*, p. 64, sostiene si tratti di una *mancipatio fiduciae causa*, desumendone il concetto dal verbo *obligare:* i varii fondi dati in garanzia sarebbero stati mancipati fiduciariamente. Ma tale ipotesi, oggi abbandonata, va respinta col BRINZ pei due principali motivi: che non si parla mai di *mancipatio*, e che nella tavola Veleiate per ben cinque volte (II, 5, II, 36, III, 11, III, 52, VI, 60) sono stimati dei *praedia, deducto vectigali*, cioè sarebbero *obligati praedia* che non si potevano giuridicamente mancipare.

nete coniate in onore di TRAIANO questi figli dello Stato vengono chiamati *Alimentarii Italiae*. Ciò è anche provato da un luogo di

---

Per l'HENZEN, *op. cit.*, *l. c.*, p. 25 sgg. (1850), che si uniforma al parere del BACHOFEN (*Roemisches Pfandrecht*, 1847, p. 226), si sarebbe ricorso alla stessa procedura che PLINIO, *Epist.*, 7, 18 e l'iscrizione ferentina ci riferiscono per le fondazioni alimentarie private: cioè donare dei fondi a città (a Como — Plinio) e riprenderli gravati da un *vectigal*, e così: « ager ipse.... semper dominum a quo exercetur inveniet ». I proprietarii cioè, avrebbero trasferito al rappresentante dell'imperatore la proprietà dei loro fondi ricevendola nuovamente a nuovo titolo, gravato di un *vectigal* uguale all'interesse del capitale ricevuto. Però le due iscrizioni non porgono appiglio a tale ipotesi, pur riprodotta dal MOMMSEN nella sua ediz. del tit. 2.° del *Corpus inscript. latinor.*, IX, 1445. Nelle tavole si parla di *usurae* e di *obligatio praediorum*, e giammai di *vectigal* o di *mancipatio*: a prescindere che il sistema della mancipazione e della remancipazione non sarebbe stato applicabile a fondi vettigali, che restavano *obligati*.

Altri, come l'HUSCHKE, *Census der früheren Kaiserzeit*, 1847, p. 125, il PUCHTA, *Institutionen*, § 128 e sopratutto il BRINZ, monografia cit., *l. c.*, p. 224 sgg., ammettono semplicemente una costituzione di ipoteca. Mentre per l'HENZEN proprietario dei capitali donati dall'imperatore era la *civitas*, a cui i fondi rimanevano *obligati*, per il BRINZ il titolare della somma alimentare era lo scopo stesso che si voleva raggiungere, data specialmente la sua perpetuità (*l. c.*, p. 225 segg.). Per lui in questa immediata applicazione allo *scopo* deve vedersi la primitiva forma delle fondazioni *ad pias causas*, o per lo meno il concetto stesso che trovò la sua espressione finale nelle fondazioni pie dell'èra cristiana. Il BRUNS, *Fontes*, p. 305, seguìto del DE RUGGIERO, *Dizionário epigrafico*, p. 404, dice che la garanzia si sarebbe costituita qui, come in tutti gli altri casi in cui un privato si obbliga verso lo Stato, in conformità del sistema di garanzia del diritto pubblico, con una *subsignatio praediorum* fatta sulle *publicae tabulae*. Il KARLOWA, *roem. Rechtsgesch.*, I, 793, ritiene che la costituzione di garanzia in queste grandi istituzioni alimentari pubbliche era questione di diritto amministrativo, e che si presentava qui una connessione degli atti di pegno ad una certa pubblicità, quale con la costituzione delle ipoteche comuni e private, prive di forma, non poteva raggiungersi. Infine il PEUNICE, *l. c.*, p. 168 e segg. ha ripreso la medesima idea più acutamente sfruttandola. Egli afferma che se i fondi vengono dal fisco, l'operazione è fatta dal principe, che in virtù del suo potere proconsolare può ricevere i *praedes praediaque*. Se si tratta di fondazioni private esse potevano presentarsi sotto la forma di liberalità testamentarie, o tra vivi, fatte a delle *civitates*, o dei privati, con l'incarico di mantenere dei fanciulli, o con l'obbligo di altre prestazioni, senza essere accompagnate da alcuna garanzia reale; o noi ne abbiamo numerosi esempi. Cfr. BRUNS, *Fontes*, p. 357, n. 154, n. 154; p. 309-10, n. 121-124. Ve ne sono anche fornite di garanzia. Cfr. BRUNS, *Fontes*, p. 310, *Corp. Inscrip. Lat.*, X, 5853. Il PEUNICE ha ben veduto che neppure le grandi istituzioni alimentarie imperiali costituiscono «*fondazioni*» nel moderno senso della parola. Qui non abbiamo le *civitates* come enti intermediarii, anzi le *civitates* medesime si trovano tra i *possessores* dei fondi *obligati* all'uopo. Piuttosto è qui da considerare che il subietto è lo stesso imperatore: è il *fiscus* imperiale, che dà a mutuo i danari ai *possessores*, è il

XIPHILINO [76]), dove si dice di TRAIANO: *Civitatibus Italiae multa largitus est ad educationem liberorum, in quos magna beneficia con-*

[76]) *Excerpta*, lib. LXVIII.

*fiscus* che ha il credito corrispondente; è un funzionario del *fiscus* che esige gli interessi e li devolve alla cassa alimentare, la quale è un dipartimento dell'amministrazione fiscale (Cfr. FERRINI, *Pandette*, 2.ª ed., riveduta dal prof. BAVIERA, p. 112, MOMMSEN, *roem. Staatsrecht*, II, p., 1079 num. 5 e PERNICE, *Labeo*, *l. c.*, p. 167).

Il prof. SEGRÈ nella monografia cit., *loc. cit.*, p. 100, emette per spiegare il meccanismo del nostro istituto una nuova ipotesi, che va riassunta, anche perchè originale. Si tratterebbe, secondo lui, di un negozio del tutto simile alla costituzione di rendita perpetua o censo, che invece si vuole generalmente ritenere come istituto non romano, mentre da alcuni si vorrebbe trovarne traccie nella novella 160 di GIUSTINIANO (MOLINEO, *Tract. de usuris*, quaest. 75 e POTHIER, *Traité de la constit. de rente*, n. 7 e segg.). Poichè era nell'intenzione dell'imperatore che prestava i capitali di non ritirarli, semprechè gli interessi fossero stati puntualmente destinati allo scopo; poichè in fondo si trattava di un atto di liberalità, di una *largitio*, con cui si mirava a eternare l'istituto della alimentazione, si dovette cercare di raggiungere l'intento con una specie di mutuo ipotecario ai possessori delle varie località a modico interesse, di cui non si stabiliva espressamente la rinuncia alla ripetizione — almeno dalla storia non risulta come provvedimento generale — ma senza fissare nè punto nè poco l'obbligo e il tempo della restituzione. Il SEGRÈ appoggerebbe tale congettura sulla particolare conferma che ne dà un testo, addotto assai di frequente a provare l'esistenza dell'istituto della rendita semplice in dir. rom. e che per il SEGRÈ indicherebbe quale fosse la condizione fatta ai cittadini pignoranti delle due iscrizioni: fr. 33 *de usuris* (22, 1), ULPIANO lib. sing. *de off. cur. rei publ.*: « *Si bene conlocatae sunt pecuniae publicae in sortem inquietare debitores non debent et maxime si parient usuras:* si non parient prospicere reipublicae securitati debet praeses provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contumeliosum praebeat, sed moderatum et cum efficacia benignum et cum instantia humanum: nam inter insolentiam incuriosam et diligentiam non ambitiosam multum interest. § 1. *Praeterea prospicere debet ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus idoneis vel hypothecis* ». Il SEGRÈ da tal testo deduce come facesse parte del sistema amministrativo romano il principio di non chiedere il capitale quando esso fosse posto a interesse e fosse stato impiegato al sicuro. Una delle tante possibili applicazioni pratiche si sarebbe avuta nelle istituzioni alimentarie, ove i beni pignorati assicuravano molte volte il valore del capitale. Un'altra esplicita conferma del principio si ha, secondo il SEGRÈ, in una vessata cost. di COSTANTINO (c. 2 *de debit. civitat.*, 11, 33 [32]) e finalmente nella nov. 160 di GIUSTINIANO che, secondo i più, erige a istituto giuridico ciò che fino a quel tempo era stato istituto di fatto. In essa si dice: « *Illam de creditoribus conscripsimus* (cioè la cost. giustinianea per cui il creditore non poteva chiedere e ricevere interessi se questi avessero raggiunto l'ammontare del capitale), *praesens vero species illam non attigit, si quidem hoc magis annum reditui quam usurarum praestationi simili videtur* ». Le *usurae* qui piglierebbero il carattere di rendita. Egli cita pure il POTHIER, *op. cit.*, cap. 8.

*tulit* ». *Giuseppe* PITTARELLI [77]) lo ha pur dimostrato con parecchie notizie geografiche.

L'imperatore ADRIANO favorì questa istituzione anche di più [78]), intanto che nel contempo emanava la legge, per la quale avevano il diritto di fruire di questo beneficio degli alimenti, i giovani fino all'età di anni 18, le giovani fino a quella di 14 [79]).

---

[77]) *Della celebratissima tavola alimentaria di* TRAIANO, Turin 1790, 4.

[78]) *Ael.* SPARTIANUS in ADRIANO *Imp.*, cap. 7: « Pueris ac puellis, quibus etiam *Traianus* alimenta detulerat, *incrementum liberalitatis adiecit* ». Questo *incrementum liberalitatis* non consistette soltanto in un aumento nel numero dei figli dello Stato, ma o in ciò, che fu elevata l'età sino alla quale essi poteano fruire del beneficio degli alimenti, come hanno dimostrato *Em.* MERILLIUS, *Observation.*, lib. III, cap. 29 e *Ios.* AVERANIUS, *Interpretation. iuris*, lib. V, cap. 9, num. 3, o in ciò, che agli *alimentarii*, oltre alla razione ordinaria, veniva distribuita in certi tempi, per es. nelle feste, qualche cosa di straordinario, ad es. una porzione di vino od altro, come *Ev.* OTTO, *De Aedilibus Coloniar. et municipior.*, cap. VIII, § 5, pag. 294 ha argomentato da un'antica iscrizione lapidea, riportata dal GRUTERUS, *Inscription.*, 461.

[79]) L. 14 D. *de aliment. legat.* (XXXIV, 1): « Si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis, dabantur, velit sequi: sciat

---

L'ipotesi del SEGRÈ è seducente, ma non credo possa accettarsi a preferenza dell'altra del PERNICE, la più persuasiva fra tutte le riferite. Il concetto dogmatico dell'istituto di costituzione di rendita semplice o censo è estraneo del tutto al diritto romano classico e, *forse*, al giustinianeo. L'istituzione alimentaria imperiale probabilmente finisce con COSTANTINO — vale a dire verso il 324 dopo Cristo — (HIRSCHFELD, *Untersuchungen a. d. Gebiete der roem. Verwaltungsgeschichte*, p. 122; HENZEN, *op. cit.*, p. 56 sgg.). Dunque non poteva in alcun modo concepirsi, come vorrebbe il SEGRÈ, dai Romani dell'epoca. Il passo di ULPIANO poi non può fruttuosamente impiegarsi a provare la natura e l'indole giuridica, che il SEGRÈ vuole attribuire alla istituzione alimentaria. ULPIANO non dice menomamente che i capitali si debbano *indefinitamente* lasciare a mutuo; ma dice che se sono ben collocati si lasciano ai debitori: *maxime si parient uxuras*. Ora è evidente che ciò non può applicarsi al caso nostro, dal momento che si parla nel testo ulpianeo di capitali *eventualmente* e *non raramente infruttiferi:* mentre nelle istituzioni alimentarie per condizione *sine qua non* dovevano esser *fruttiferi*, essendo le rendite devolute ai fanciulli da mantenere. Poi — e ciò è interessante — occorre rilevare come ULPIANO parla di somme delle *civitates* che il *praeses provinciae* doveva *conlocare* ad occhi aperti. Nelle istituzioni alimentari erano somme dell'imperatore che si donavano per *largitio*, ma non si *conlocabant*. A prescindere poi che qualche indizio formale, precisamente nelle due prime righe del testo (il verbo *inquietare* adoperato in quel senso), non depone per l'autenticità del testo ulpianeo, ma invece a favore di qualche interpolazione.

L'istituzione perdurò sotto ANTONINO PIO, il quale, siccome racconta il suo biografo GIULIO CAPITOLINO [80]), concesse che le *puellae alimentariae* da lui ricoverate si chiamassero, in onore della moglie Faustina, *Faustinianae* [81]).

Il suo successore MARCO ANTONINO, soprannominato il *Philosophus*, accrebbe il numero dei figli dello Stato e le fanciulle chiamò, in memoria della moglie premorta Anna Faustina, *novae puellae Faustinianae* [82]).

---

HADRIANUM constituisse, ut PUERI usque ad *decimum octavum*, PUELLAE usque ad *quartum decimum annum* alantur ». Per l'istituzione di TRAIANO è a presumere che gli *alimentarii* ricevessero il mantenimento fino alla pubertà, cioè le fanciulle sino a 12, i fanciulli sino a 14 anni. E fu questo *terminus ad quem* che ADRIANO prolungò per favorire sempre più gli *alimentarii*. V. TROTZ, *de Memor. propag.*, pag. 225; *Andr. Guil.* CRAMER, *Comm. de pubertatis termino ex disciplina Romanor.*, Kilon 1804, pag. 19-29 e *Io. Lud. Guil.* BECK, *Observationes de Romanor. disciplina medica ad illustranda vett. Scriptor. et iuris civ. loca* (Lipsiae 1809), cap. VIII, § 4 e nota 3.

[80]) *In vita Antonini Pii*, cap. 8. Due iscrizioni lapidee si trovano anche in RUBENIUS, *loc. cit.*, *Denkmäler, dem Divus Antoninus von seinen dankbaren pueris et puellis alimentariis geweiht.*

[81]) Queste *alimentariae Faustinianae* s'incontrano anche nelle monete. Cfr. RUBENIUS, *loc. cit.* ed *Ez.* SPANHEMIUS, *de usu et praestantia numismat.*, Diss. XI, pag. 289 e pag. 544.

[82]) *Iulius* CAPITOLINUS in M. ANTONINO, *Philosopho*, cap. 26: « NOVAS puellas FAUSTINIANAS instituit in honorem uxoris mortuae ». In un altro luogo al cap. 7, CAPITOLINO dice che M. ANTONINO di unita a suo fratello L. AURELIUS VERUS COMMODUS che egli avea assunto come correggente, aveva ordinato: *pueros et puellas novorum hominum frumentariae perceptioni adscribi. Ios.* AVERANIUS, *Interpret. iuris*, *cit. loc.*, num. 4, spiega che i *pueri et puellae novorum hominum* sono quegli *alimentarii*, per il sostentamento e l'educazione dei quali i genitori, che qui sono chiamati *novi homines* perchè ancora non stati iscritti nell'elenco, avevano ricevuto un buono per la pubblica distribuzione di grano. Parecchi però ritengono erronea la lezione. Il SALMASIO vuole che si legga *novorum nominum*, intendendo che si tratti di quegli *alimentarii*, *quorum nomine iis, qui iam inter alimentarios a Traiano constitutos erant, adscribebantur.* Se non che è manifesto che qui non si parla degli *alimentarii*, ma della *largitio frumentaria*, della quale verrò a trattare in seguito. E poichè coloro che a tale *largitio* prendevano parte, dovevano aver raggiunta una certa età, come risulta da un luogo di SUETONIO in *Augusto*, cap. 41,

Parimenti l'imperatore ALESSANDRO SEVERO ricoverò nuovi *alimentarii* e diede loro il nome di *puellae Mammaeanae, pueri Mammaeani,* secondo che racconta AELIO LAMPRIDIO [83]); egli rescrisse nell'istesso tempo che nella durata dell'alimentazione si dovesse tener fermo il periodo fissato da ADRIANO [84]).

Preposti a questa istituzione educativa ed alimentare furono i *Quaestores alimentorum* [85]), o *Quaestores pecuniae alimentariae,* o anche *Quaestores arcae publicae et pecuniae alimentariae* [86]): in seguito chiamati *Quaestores arcarii* [87]), *Quaestores reipublicae et alimentorum* [88]) ed *Aediles alimentarii* [89]).

Questi istituti e le dotazioni imperiali vennero in seguito decadendo e finalmente cessarono del tutto [90]). Il che fu cagione che spesso i genitori, trovandosi nell'impossibilità di alimentare i

---

nel quale di AUGUSTO è detto: « *Congiaria populo frequenter* dedit: — ac ne minores quidem pueros praeteriit, *quamvis non nisi ab undecimo aetatis anno accipere consuessent* », per ciò il LIPSIUS, *Elector.*, I, 8, opina che si debba leggere: *pueros et puellas novem annorum.* Che per essere ammessi fra gli *alimentarii* non era richiesta una certa età, risulta in maniera certissima dall'avanti citato passo di PLINIO in *Panegyrico*, cap. 20, dove parlandosi dell'istituzione di TRAIANO pei fanciulli poveri si dice: « Et quamvis laetissimum oculis tuis esset, conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen, antequam te viderent adiruntve, recipi, incidi, iussisti, *ut iam inde ab infantia parentem publicum munere educationis ex perirentur* ».

83) In *Alexandro Severo*, cap. 56 in fine: « Puellas et pueros, quemadmodum ANTONINUS *Faustinianas* instituerat, *Mammaeanas* et *Mammaeanos* instituit ».

84) L. 14 § 1 D. *de aliment. legat.*: « et hanc formam, ab HADRIANO datam, observandam esse IMPERATOR NOSTER rescripsit ». Cfr. la nota 49, pag. 262.2

85) V. DONII, *Inscription.* ab *Ant. Franc.* GORIO *publicat.*, num. XVII, fol. 164.

86) V. REINESII, *Inscript.*, pag. 406.

87) *Iac.* GUTHERIUS, *de officiis domus Augustae*, lib. III, cap. 32, pag. 691.

88) REINESIUS, *cit. loc.*

89) TURNERUS, *Adversarior.*, lib. XI, cap. 10.

90) Così racconta *Iulius* CAPITOLINUS dell'imperatore PERTINAX, in *Eius vita*, cap. 9: « Alimentaria etiam compendia, *quae novem annorum ex instituto* TRAIANI *debebantur*, obdurata verecundia sustulit ».

propri figli, li vendessero, per necessità, o li dessero in pegno o li abbandonassero, o perfino li uccidessero. Per impedire ciò l'imperatore COSTANTINO il Grande ordinò che a genitori così poveri dovessero esser provveduti gli alimenti e le vesti pei loro figli, indistintamente dal *fiscus* imperiale e dal suo patrimonio privato. Egli pubblicò a questo scopo due particolari costituzioni. L'una per l'Italia: questa:

L. 1 Cod. Theod. *De alimentis, quae inopes parentes de publico petere debent.*

« Imp. CONSTANTINUS A. ad *Ablavium* [91]). Aereis tabulis, vel cerussatis, aut linteis mappis scripta *per omnes civitates Italiae* proponatur Lex, quae parentum manus a parricidio arceat, votumque vertat in melius: officiumque tuum haec cura perstringat, ut si quis parens adferat sobolem, quam pro paupertate educare non possit, nec in alimentis, nec in veste impertienda tardetur, *cum educatio nascentis infantiae moras ferre non possit* [92]). Ad quam rem et fiscum nostrum et rem privatam indiscreta iussimus praebere obsequia. Dat. Naisso [93]). COSTANTINO A. IV. et LICINIO IV. AA. Coss. 315 ».

L'altra per l'Africa, cioè la L. 2 *eodem*, è questa:

« IDEM A MENANDRO [94]). Provinciales, egestate victus atque alimoniae inopia laborantes, liberos suos vendere, vel oppignorare cognovimus. Quisquis igitur huiusmodi reperietur, qui nulla rei familiaris substantia fultus est, quique liberos suos aegre ac difficile sustentet, per fiscum nostrum, antequam fiat calamitati obnoxius,

---

[91]) ABLAVIUS era *Vicarius Praefecti Praetorio Italiae.* V. *Iac.* GOTHOFREDI, note *b* e *c* ad *h. L.*

[92]) Questa costituzione sembra che sia stata emanata per suggerimento di LACTANTIUS, che era il maestro dei figli dell'imperatore COSTANTINO, come si arguisce dal confronto di essa col lib. VI *Divinarum Institutionum*, cap. 20. V. *Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar. ad h. L.*, lib. XI, tit. 27; Cod. Theod., tom. IV, pag. 199.

[93]) *Naissus* in Dacia. V. GOTHOFREDUS, *loc. cit.*

[94]) MENANDER era *Praef. Praetorio Italiae.* V. GOTHOFREDUS, nota *b* ad *h. L.*

adiuvetur: ita ut Proconsules, Presidesque, et Rationales per *universam Africam* habeant potestatem, et universis, quos adverterint, in egestate miserabili constitutos, stipem necessariam largiantur: atque ex horreis substantiam protinus tribuant competentem. *Abhorret enim nostris moribus, ut quemquam fame confici, vel ad indignum facinus prorumpere concedamus.* Dat. *Romae,* PROBIANO et IULIANO Coss. 322 ».

Però le costituzioni pubblicate, parte, poco dopo, dallo stesso COSTANTINO, parte dai suoi successori, e contenenti disposizioni circa la vendita e l'abbandono dei figli [95]), dimostrano che le prime costituzioni, o non raggiunsero l'effetto desiderato, o non furono, ovunque, applicate [96]).

Oltre agl'istituti di Stato per il mantenimento e l'educazione dei fanciulli poveri, che per altro non erano ristretti ai figli legittimi, ma si estendevano anche agl'illegittimi [97]), esistevano presso i romani

2.° pubblici istituti per il mantenimento dei cittadini poveri. A questa categoria appartenevano:

*a*) le così dette *frumentarie largitiones:* sotto il qual nome vanno le pubbliche distribuzioni di grano al popolo, che si facevano o del tutto gratuitamente, o ad un prezzo tenuissimo, per recare soccorso alla miseria [98]). Una tale *largitio* si fece per la

---

[95]) V. la L. COSTANTINI, Un. Cod. Theodos. *de his, qui sanguinolentos emtos, vel nutriendos acceperint,* de a. 329, lib. V, tit. 8. L. COSTANTINI, 1, Cod. Theodos, *de Expositis,* vol. 7, de a. 331. Inoltre il *Rescriptum Constant. ad Eutiliam primam de renditione liberor.* in *Fragmentis Vaticanis* e presso WENK, in Cod. Theodos., pag. 158, nota *r.* Dei successori di COSTANTINO si ha la L. un. Cod. Theod. *de patribus, qui filios distraxerunt,* III, 3, degl'imperatori VALENTINIANUS, THEODOSIUS, ed ARCADIUS dell'anno 391.

[96]) V. BECK, *Diss. de Romanor. disciplina publica medica,* cap. 8, § 4, nota 4.

[97]) V. HUGO, *Civilist. Magazin,* vol. II, pag. 432, nota *.

[98]) V. LIPSII, *Electa,* lib. I, cap. 8; *Vincent.* CONTARENI, *de frumentaria Romanorum largitione liber,* Vesaliae 1669; *Did.* SCHAGHEN, *Diss. de re frumentaria,* Traj. ad Rhen. 1709 (in OELRICHS *Thes. Dissertation Belgicar.,* vol. II, tom. III, num. XIII) e *Io. Melch. Gottl.* BESEKE, *Commental. de frumentaria largitione et legibus frumentariis,* Mitaviae 1775, 8.

prima volta dall'*Aedilis plebis* MANIUS MARCIUS nell'anno 278 di Roma, come ha già notato PLINIO [99]).

A questa ne seguirono parecchie altre, secondo che, cioè, le reclamavano la carestia e la fame [100]). Perchè esse in origine non si facevano a periodi determinati. Fu solo ad opera di C. SEMPRONIO GRACCO — il noto tribuno della plebe — che le *largitiones frumentariae* divennero regolari (*perpetue*) facendosi d'allora in poi ad epoca fissa. E fu GRACCO che nell'anno 630 promulgò, per favorire il popolo, la prima legge concernente queste largizioni: la *lex Sempronia frumentaria,* per la quale il frumento doveva distribuirsi ai poveri al bassissimo prezzo di *semisse et triente,* i. e. *dextante* (che equivale a $3\,^3/_4$ pfennig della nostra moneta).

LIVIO, PLUTARCO, CICERONE, FLORO ed APULEIO ricordano questa importantissima legge [1]), ma osservano che essa riuscì tanto gradita al popolo quanto esosa al Senato: esosa, perchè si temette, che le largizioni a quel prezzo avrebbero pur troppo esaurito le casse dello Stato e dato luogo a pregiudizievoli conseguenze per l'*industria plebis* [2]). Principali oppositori di questa *lex Sempronia* furono C. MARIO [3]) e M. OCTAVIO [4]) e si deve al loro consiglio e alla loro eloquenza la sua abrogazione.

Ma per effetto della *lex Apuleia,* così chiamata da L. APULEIO SATURNINO, il quale riuscì, malgrado l'opposizione del questore

---

[99]) PLINIUS SECUND. *Natural. Histor.*, lib. XVIII, cap. 4. MANIUS MARCIUS, *Aedis plebilis, primum frumentum populo in modios assibus donavit.* V. SCHAGHEN, *Diss. cit.*, cap. III, § 6.

[100]) BESEKE, cit. *Commentat.*, cap. I, § 5-18, ne ha annoverato sino a GRACCO ben dieci.

[1]) V. BESEKE, *Commentat.* cit., cap. II, § 19 e segg. e SCHAGHEN, *cit. Diss.*, cap. III, § 14.

[2]) CICERO, *Or. pro Sextio*, cap. 48.

[3]) V. PLUTARCHUS in *Mario*, pag. 407, edit. Sylburg.

[4]) CICERO, *de officiis*, lib. II, cap. 21 e in *Bruto*, cap. 62. Le inesattezze dell'ERNESTI in *Clavi Ciceron. Index Legg. frumentariar*, in *Lege Sempronia* rettifica *Car.* BEIER in *edit. Ciceronis de officiis* (Lips. 1820, 8), tom. I, lib. 1, ad lib. II, cap. 21, pag. 140.

CAEPIO, a farla approvare nell'anno 653, la legge di GRACCO fu riattivata [5]), e così le *largitiones frumentariae,* che per alcuni anni erano state trascurate, furono ripristinate dal tribuno M. LIVIO DRUSO nell'anno 662 [6]). Questa *lex Livia* perciò non è altro che una reviviscenza della *lex Sempronia.*

Colla cessazione, sotto SILLA, della *tribunicia potestas* vero è, che decadde anche l'autorità delle *leges frumentariae,* ma come quella risorse nell'anno 685 sotto i consoli C. POMPEIO e M. CRASSO, così nuove *leges frumentariae* furono pubblicate per acquetare il popolo [7]). Così nell'anno 681 [8]) su proposta dei Consoli C. CASSIO e M. TERENZIO LUCULLO, si ebbe la *lex Terentia et Cassia.* L'ERNESTI [9]) considera anche questa legge come il ripristinamento della *lex Sempronia.* Poichè è certo che il popolo instava che fosse richiamata in vigore la *lex Sempronia,* è verosimile che il frumento sia stato distribuito al popolo *iisdem semissibus ac trientibus* stabiliti da quella legge [10]): sebbene dal discorso di MACRO LICINIO presso SALLUSTIO [11]) sia lecito arguire che la quantità del *menstruus* possa essere stata con essa determinata diversamente.

Ma GRACCO fu sorpassato dal tribuno P. CLODIO PULCHER, il quale nell'anno 696, sotto il consolato di PISONE e GABINO, fece approvare una legge per la quale il grano doveva essere distribuito ai poveri gratuitamente [12]). DIONE CASSIO [13]) faceva appunto menzione di questa *lex Clodia frumentaria* quando nella sua storia re-

---

5) CICERO, *ad Herennium,* lib. I, cap. 12 e *de legibus,* lib. II, cap. 6. V. BEZEKE, *cit. Comm.*, cap. II, § 27.

6) FLORUS, lib. III, cap. 17; CICERO, *de legib.*, lib. II, cap. 6.

7) V. BESEKE, § 30.

8) CICERO, in *Verrem,* III, cap. 70; BESEKE, § 31 e segg.

9) Cit. *Indice Legg.* in *Lege Cassia Terentia.*

10) BESEKE, § 33.

11) *Histor.*, lib. III, cap. 7 (tom. II, pag. 69 edit. Haverkamp).

12) V. BESEKE, cap. II, §§ 40-44.

13) Lib. XXXVIII. Ὁ οὖν Κλόδιος τον σῖτον πρωῖκα αὖθις διένειμε. Τὸ γὰρ μετρεῖσθαι τοῖς ἀπόρος τοῦτε Γαουϊνίου ἤθη, τοῦ Πισωνος υπατευκότων εἰσημήσατο. CICERO in *Orat. pro Sextio,* cap. 25, biasima questa legge, « *quod,* re missis semissibus et trientibus, quinta prope pars vectigalium tolleretur ». V. SCHAGHEN, *Diss. cit.*, cap. III, § 17.

mana notava: CLODIUS *igitur frumentum denno* GRATIS *divisit. Tulerat enim ad populum, ut daretur* PAUPERIBUS, *cum primum* GABINIUS et PISO *consulatum iierunt.* Questa fu l'ultima *lex frumentaria* della repubblica romana.

La cura di queste largizioni fu in origine degli edili, ma dopo SEMPRONIO GRACCO passò ai tribuni della plebe [14]) e fu spesso adoperata come strumento di favor popolare: e di esse si servirono in seguito i capi dello Stato romano per gettare le basi del loro dispotismo [15]). Perciò le *largitiones frumentariae* continuarono anche sotto gl'imperatori. POMPONIO [16]) osserva, che C. GIULIO CESARE prepose a questo istituto due pretori e due edili, che perciò ricevettero il nome di *Cereales.* Al loro posto l'imperatore AUGUSTO pose i *Praefecti annonae* [17]). E fu lo stesso AUGUSTO che, per evitare il disordine e la frode nelle distribuzioni del frumento, introdusse le *tesserae frumentariae*, che dai *Curatores* o dal *praefectus annonae* erano consegnate a coloro che si trovavano segnati nel registro dei percipienti la *largitio frumentaria* [18]).

Esse erano dei buoni o scontrini di legno o metallo nei quali era segnata la quantità del frumento dovuto [19]) (*frumentorum numerus*). Queste *tesserae frumentariae* potevano i possessori perfino legare [20]) o vendere ad altri [21]). Perchè in esse ciò che si pregiava non era il *corpus,* che per sè non avea alcun pregio, ma il valore loro attribuito dallo Stato, cioè la quantità di frumento che si poteva ricevere presentandole, nelle distribuzioni, al *mensor fru-*

---

[14]) V. BESEKE, cap. I, § 16; cap. II, §§ 34 e 42.

[15]) TACITUS, *Annal.*, lib. I, cap. 2; SUETONIUS in *Vita Augusti,* cap. 41. V. BESEKE, cap. III, § 46, pag. 61.

[16]) L. 2 § 32 D. *de Origine iuris.*

[17]) SUETONIUS in *Augusto*, cap. 37; L. 1 § 18 D. *de exercitor. act.* V. BESEKE, *cit. Commentat.*, cap. III, § 49, pag. 64-68.

[18]) SUETONIUS, in *Augusto*, cap. 40 e 41; *Nov.* IUSTINIANI, LXXXVIII, cap. 2.

[19]) VIRGILIUS, lib. I, *Georgicor.*, v. 263 et ad *h. L.*; SERVIUS. ISIDORUS, *Origin.*, lib. ult., cap. 14; BESEKE, *cit. loc.*, cap. 50: XIPHILINUS li chiama *parvi orbes lignei inscripti.*

[20]) L. 49 § 1 D. *de Legat.*, II; L. 87 pr. D. *eodem.*

[21]) L. 52 § 1 D. *de iudiciis*; L. 1 Cod. *de annonis civilib.* (XI, 24).

*mentarius* [22]). Questi *mensores frumentarii* istituiti appunto per misurare dai granai (*horrea*), ai quali erano preposti, il frumento al popolo, si chiamavano perciò anche *tesserarii* [23]) e fruivano di una *vacatio munerum* [24]).

In seguito, invece di grano fu distribuito pane [25]). A questo scopo lo Stato istituì dei propri fornai, costituenti speciali *Collegia*, che varii senatoconsulti e costituzioni imperiali confermarono e confortarono di privilegi [26]).

Non può con certezza stabilirsi a chi risalga questo nuovo istituto. Alcuni [27]) lo derivano da TRAIANO, altri [28]) da ADRIANO, altri ancora da AURELIANO [29]). La sorveglianza su questi forni di Stato (*pistrinae* o *pistrina*) era attribuita ai *patroni pistorum* [30]),

---

[22]) V. *Ios.* AVERANIUS, *Interpretat. iuris*, lib. II, cap. 18.

[23]) CUIACIUS, *Observation.*, lib. VI, cap. 33 in fine.

[24]) L. 26 D. *de excusat. tutor.*; L. 9 § 1; L. 10 § 1 D. *de vacat. et excusat. muner.*

[25]) V. BESEKE, *Commentat. de frumentar. largitione*, cap. III, § 61.

[26]) L. 1 pr. D. *Quod cuiusq. univ. nom.*; GAIUS, lib. III *ad edictum proviuc.*: « Collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis, atque Constitutionibus principalibus confirmatum est: veluti *Pistorum*, et quorundam aliorum ». L. ult. D. *de Excusat.*; PAULUS, libro sing. *de Cognitionibus*: « Qui in *collegio pistorum* sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet pistrinum exerceant: sed non alios puto excusandos, quam qui intra numerum sunt. Urbici autem pistores a collegarum quoque filiorum tutelis excusantur ».

[27]) *Iac.* GOTHOFREDUS, in *Commentar.* ad L. 1 Cod. Theod. *de pistoribus*, lib. XIV, tit. 3 (tom. V, pag. 170 edit RITTER) e LIPSIUS, *Elector.*, l. 8. Essi si richiamano ad AURELIUS VICTOR, *de Caesaribus Histor. abbreviat.*, cap. 13, dove si dice di TRAJANO: « annonae perpetuae mire consultum, *reperto firmatoque Pistorum collegio* ».

[28]) BESEKE, *cit. loc.*, §§ 60 e 61.

[29]) *Ios.* AVERANDUS, *Interpret. iuris*, lib. II, cap. 18, num. 4, e *Christ. Gottl.* SCHWARTZ ad *Plinii Panegyric.*, cap. XXVIII, nota *f*, pag. 91, fondandosi sopra un passo di *Flav.* VOPISCUS in *D. Aurelian.*, cap. 35, dove è detto: « AURELIANUM eo tempore, quo proficiscebatur ad bellum orientale, bilibres coronas populo promisisse, si victor rediret: et quum aureas populus speraret, neque AURELIANUS aut posset, aut vellet, coronas eum fecisse *de panibus*, qui nunc *siliginei* vocantur, *et singulis quibusque* donasse: ita ut siligineum suum quotidie toto aevo suo et unusquisque reciperet, et posteris suis dimitteret ».

[30]) L. 2 e L. 7 Cod. Theod. *de pistoribus* (lib. XIII, tit. 3); *Iac.* Go-

dei quali ne erano assegnati parecchi ad ogni *collegium* [31]) e sui quali a sua volta vigilava il *Praefectus annonae* [32]). La distribuzione del pane avveniva, alla presenza del pubblico, sopra una elevata piattaforma eretta all'uopo presso il forno e provveduta di gradinate, dalla cui sommità si faceva la consegna ai singoli, che si presentavano muniti di *tesserae* [33]). Da ciò quel pane prese il nome di *gradilis* [34]). La quantità di grano fissato a questo scopo rappresentava il *canon frumentarius urbis Romae* [35]), a tenore del quale

---

THOFREDUS in *Commentar.* ad L. 7 *cit.* (tom. V, pag. 174 e segg., edit. RITTER) ha minutamente trattato dei *patroni pistorum.* Essi avevano anche la vigilanza sull'Entheca (ἀφορμή), appartenente ad un tale esercizio di Stato e che comprendeva la provvista del frumento, l'officina coi relativi animali, schiavi, molini, ed i *fundi dotales* richiesti secondo la sua istituzione. Dalle entrate di questi *fundi* i *pistores* ricevevano il loro salario. V. la L. 7 C. Th. cit. Si veda anche *Iac.* GOTHOFREDI. *Comm.* ad L. 7 in fine e ad L. 13 C. Th. *eod.* Dei *pistrini* parla SOCRATES in *Histor. Eccles.*, lib. V, cap. 18: « Erant in urbe Roma aedes amplissimae a priscis temporibus aedificatae, in quibus panis fiebat, qui civibus dividebatur ». V. *F. L.* GOETZ, *de pristinis Veterum*, Cygniae 1730.

[31]) L. 9 Cod. Theod. *de suariis*, e *Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar.* ad *h. L.*, lib. XIV, tit. 4, tom. V, Cod. Theod., pag. 200.

[32]) L. 3, 12, 14, 15, 21 e ult. Cod. Theod. *de pistoribus.* SYMMACHUS, lib. X, Epist. 36.

[33]) L. 3 Cod. Theod. (XIV, 17) *de annonis civicis et pane gradili.* Impp. VALENTINIANUS et VALENS: « Universi panem gradilem *de gradibus* adipiscantur: neque cuiquam haec aut deferatur gratia, aut imponatur iniuria, ut de pistrino accipiat ». L. 4 *Iidem Impp.* « Ne quid super gradili pane fraudis oriretur, iussimus, omne illud, quod populo penditur, palam in gradibus, non clam a pistoribus ministrari ». A quest'uso si riferisce anche il verso presso PRUDENTIUS, lib. I *adv. Symmachum*, v. 584:

« Et quem panis alit, gradibus dispensus ab altis ».

V. *Iac.* CUIACIUS, *Observat.*, lib. XXVI, cap. 17; *Iac.* GOTHOFREDUS, *Commentar.* ad L. 2 Cod. Theod. *de annonis civicis et pane gradili*, lib. XIV, tit. 17, tom. V, pag. 267-269, edit. RITTER; BESEKE, *Commentat. de frumentar. largitione*, cap. III, § 61, pag. 97 e segg.

[34]) V. tit. Cod. Theod. *de annon. civ. et pane gradili*, XIV, 17, et *Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar. ad eundem*, tom. V, pag. 265 e segg.

[35]) V. tit. Cod. Theodos. *de canone frumentario Urbis Romae* (XIV, 15) *et ad eundem Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar.*, tom. V, pag. 251 e segg.

i *mensores* somministravano ai fornai di corte il grano necessario al consumo [36]).

Al tempo dell'imperatore AURELIANO si cominciò a distribuire ai poveri, gratuitamente, oltre del pane, anche l'olio e la carne [37]). Nel codice teodosiano si trovano interi titoli dedicati a queste largizioni [38]). Ed esse durarono fino a GIUSTINIANO [39]), il quale però non inclusе nel suo codice parecchie costituzioni dei suoi predecessori, riferentesi a questa materia [40]).

Fra i pubblici ospizi esistenti presso i romani, vanno finalmente annoverati:

*b*) Le pubbliche case destinate al mantenimento dei poveri e dei malati ed all'allevamento ed educazione dei trovatelli ed altri fanciulli poveri. Nelle costituzioni degl'imperatori cristiani, particolarmente di GIUSTINIANO [41]), si fa cenno di varie specie di questi istituti come: *Xenones* o *Xenodochia,* ospedali dove erano gratuitamente ricevuti e curati i viandanti e i forestieri poveri [42]); *Ptochia* o *Ptochotrophia,* ospizi di poveri [43]); *Nosocomia* [44]), ospedali;

---

36) V. BESEKE, § 81.

37) FLAVIUS VOPISCUS in *Divo Aureliano,* cap. 35 e 47.

38) L. un. Cod. Theod. *de mensis oleariis* (XIV, 24). Mensa olearia dicesi la misura di olio che veniva distribuita a ciascuna persona *Mensa* vale qui dunque quanto *dimensa.* V. *Iac.* GOTHOFREDUS, *Commentar. ad h. L.,* tom. V, pag. 294 e BESEKE, *cit. Commentat.,* § 72. Delle distribuzioni di carne tratta il tit. Cod. Theodos. *de suariis et pecuariis* (XIV, 4). Si consulti anche su questo *Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar.* ad L. 1 Cod. Theod. *de suariis,* tom. V, Cod. Theod., pag. 190.

39) V. BESEKE, *Commentat. cit.,* §§ 69-89.

40) BESEKE, cap. IV, pag. 143-149.

41) L. 17 § 1, L. 19, L. 22 et 23 Cod. *de Sacrosanct. Ecclesiis*; L. 33 § 7 et L. 35, L. 42 § 6, L. 46 pr. et §§ 1, 9; L. 49 §§ 3, 5, 6, 7; L. ult. C. *de Episcopis et Clericis.* Nov. CXI, cap. 1, Nov. CXX, cap. I.

42) Da ξένος straniero, ospite. V. BRISSONIUS, *de Verb. iur. Signif*, voc. *Xenon,* e *F.* PITHOEI, *Glossar. h. v.*

43) Da πτώχος, *pauper,* e τρέφω, *alo.* V. *Io.* CALVINI, *Lexic. iurid.,* voc. *Ptochotrophium* e *F.* PITHOEI, *Glossar. obscurorum verbor. Iuliani h. v.*

44) Da νόσος, *morbus* e κομέω, *curo.* V. ISIDORUS, Etimolog. XV, 3. CALVINI *Lexic. iurid.,* voc. *Nosocomium,* e BRISSONIUS, voc. *eod.* Vi erano anche presso i romani dei medici pei poveri, chiamati *Parabolani* o *Ar-*

*Orphanatrophia* [45]), case per gli orfani; *Gerocomia* o *Gerontocomia* [46]), ospedali per il ricovero e la cura dei vecchi ammalati e bisognosi; *Curotrophia* [47]), case dove i giovani poveri che ancora non potevano procacciarsi di che vivere erano mantenuti fino a che lo potessero, e *Brephotrophia* [48]), case dove erano allevati i trovatelli e i neonati di genitori poveri.

GIUSTINIANO [49]) nomina un certo ZOTICUS, che sarebbe stato il primo ad istituire un orfanotrofio, ed osserva che dopo il di lui esempio erano stati fondati i rimanenti istituti di beneficenza. Egli anche menziona fra gli ospizi dei poveri, che esistevano nella sede di Costantinopoli, uno *Xenodochium*, che prese il nome da un tal SAMPSON *piae memoriae* [50]).

Questi ospizi nelle leggi vengono chiamati *domus venerabiles* ed anche *domus sacrae* [51]). Essi stavano coi loro amministratori, *Orphanatrophi, Ptochotrohi, Xenodochi, Nosocomi, Oeconomi,* alla dipendenza del vescovo, e godevano dei privilegi ecclesiastici [52]). Tali amministratori adempivano alle funzioni di tutori e curatori e ne avevano per ciò anche i doveri [53]).

---

*chiatri*. L. 18 C. *de Episc. et Clericis*. V. *Rud.* BOSSE, *Grundzüge des Finanzwesens im Römischen Staate* (Braunschweig 1804), parte II, pag. 198 e BECK, *Diss. de Romanor. disciplina publica medica*, cap. X; HIERONYMUS, in *Epitaph. Gabiolae* nomina la prima fondatrice di quest'opera di beneficenza. V. PITHOEI, *Glossar.*, voc. *Nosocomium* (adj. version. Novellar. Hombergk).

45) Da ὄρφανος, *filius orbus et parentibus privatus*. V. CALVINUS, voc. *Orphanatrophium*. Cfr. anche BECKMANN's *Geschichte der Weisenhäuser* nei *Beiträgen zur Gesch. d. Erfind.*, vol. V, pag. 395.

46) Da γέρων, *senex*, e κομέω, *curo*. V. CALVINI, *Lexic. iurid.*, voc. *Gerontocomio*; PITHOEI, *Glossar. h. v.*; *Car.* DU FRESNE, *Glossarium ad Scriptor. med. et infimae Latinitat. eod. voc.*, et BRISSON., *h. v.*

47) Da κοῦρος, *puer*. V. CALVINUS, voc. *Curotrophium*.

48) Da βρέφος, *infans recens natus*. V. CALVINUS, *h. voc.*; *Ant.* AUGUSTINI, *verborum quorundam Iuliani interpretat.*, voc. *Brephotrophium* (adj. versioni Novellar. Hombergk.); BRISSONIUS, *h.* voc.

49) L. 35 Cod. *de Episcop. et Cleric.*

50) Novel. CXXXI, cap. 15; V. PITHOEI, *Glossarium*, voc. *Xenon*.

51) Nov. CXX, cap. 1, 2, 3, 4, 6 et 7.

52) L. 17 Cod. *de SS. Eccles.*; L. 33 § 7 Cod. *de Episcop. et Cleric.*, Nov. CXXIII, cap. 23.

53) Nov. CXXXI, cap. 15.

## § 1290 *e*.

*Procedura nelle cause alimentari. Entro quali limiti ha luogo la ripetizione degli alimenti già prestati.*

Le cause di alimenti sono molto favorite dalle leggi. Poste da parte tutte le formalità del processo civile, esse vengono perciò proposte non con un'azione formale, ma sommariamente con una semplice *imploratio officii iudicis*, e ciò anche nel caso che venga contestata la paternità e la filiazione [54]). Il motivo di questa procedura privilegiata è riposto nella natura della cosa. Perchè al concetto degli alimenti inerisce il carattere di una necessità, tale da non tollerare ritardi.

Perciò il convenuto può talvolta esser tenuto, per una misura provvisoria, a prestare gli alimenti all'implorante bisognoso, anche se la quistione pregiudiziale sia tuttavia dubbia.

Infatti la pronunzia: *ali debere*, non vale ancora: *filium esse*, come ha rescritto l'imperatore MARCO:

L. 5 § 9 D. *h. t.* «Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint: *ali oportere*, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati; nec enim hoc pronuntiatur *filium esse*, sed *ali debere*: et ita DIVUS MARCUS rescripsit».

A denotare questa forma più rapida di procedura non viene neppure usato il termine: *actio* o *iudicium*, ma quello di *cognitio*: onde nelle leggi si dice sempre: *iudex de ea re cognoscet*, ovvero *iudices oportet super ea re cognoscere*, come dimostrano gli esempi che seguono.

L. 5 pr. D. *h. t.*: «Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur: *iudex de ea re cognoscet*».

---

[54]) V. VOET, *Comm. ad Pand.*, *h. t.*, § 13; HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. I, § 560; GÜNTHER, *Princip. iuris Rom. privati novissimi*, tom. II, § 421 in fine; GÖNNERS *Handbuch des deutschen gemeinen Processes*, vol. I, num. X, § 42, pag. 277 e segg. e vol. IV, num. LXXIX, § 29, pag. 346, e ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 143, pag. 523.

§ 8. « Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, *summatim iudices oportet super ea re cognoscere:* si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta ».

L. 7 D. *eodem.* MODESTINUS, libro V *Responsorum* : « Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit: *alimenta quidem liberis praestare* INTERIM *compellendum;* sin autem constiterit, eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondit ».

L. 3 pr. e § 4 D. *Ubi pupillus educari vel morari debeat.* ULPIAN., lib. I *de omnibus tribunalibus*: « Ius alimentorum decernendorum pupillis Praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentibus praestare debeant. — Sed si non constat, quis modus facultatium sit, inter tutorem, et eum, qui alimenta decerni desiderat, *suscipere debet* COGNITIONEM, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat ».

Dall'insieme delle cose dette risulta:

1.° Che il favore della legge concerne propriamente gli alimenti, che debbono prestarsi per l'avvenire, perchè riguardo a quelli che avrebbero dovuto prestarsi in passato, non esiste più il pericolo che rende necessaria quella più rapida procedura.

2.° Poichè le cause relative agli alimenti futuri sono trattate sommariamente secondo le regole del procedimento esecutivo, per ciò non vi trova luogo nè l'appello *quoad effectum suspensivum* [56]), nè l'arresto [57]), nè la compensazione [58]). [V. *nota a pag. seg.*].

---

[55]) V. *Io. Era.* BERNEGGER, *Diss. de alimentis, eorumque computatione in detrahenda Q. Falcidia* (Altdorf 1720), cap. II, § 13, e GÖNNER, nel *cit. Handb.*, vol. IV, num. LXXIX, § 29, pag. 346.

[56]) L. ult. pr. D. *de appellat. recipiend. vel non.* V. SURDUS, *de alimentis*, tit. VIII, Privileg. LX, num. 8-16; VOET, *Comm. ad Pandect.*, tom. II, lib. XLIX, tit. 1, § 7.

[57]) *Io.* VOET, *Commentar. ad Pandect.*, lib. II, tit. 4, § 51.

3.° Se l'obbligazione alimentare è contestata e insorge una quistione di mero diritto, come quella di decidere se, nelle circostanze date, l'obbligazione sussista, il giudice deve risolverla immediatamente e definitivamente: nè l'appello interposto contro la sua decisione ha, già fu osservato, efficacia sospensiva. Ma se l'obbligazione dipenda da circostanze di fatto, quali sarebbero ad esempio lo stato di bisogno, la discendenza e simili, allora, pel favore di cui si è detto, gli alimenti si aggiudicano provvisoriamente ed in misura proporzionata al grado di certezza che offre la causa [59]).

Infine rimane la questione: se sia ammessa la ripetizione degli alimenti di già prestati. I giuristi sono anche qui di opinioni diverse.

L'HELLFELD pone il principio che, escluso il padre, tutti possono chiedere il rifacimento degli alimenti prestati, quando colui, che ebbe già a riceverli, pervenga ad una migliore situazione economica.

Il LEYSER [60]) sembra in contradizione con se stesso, perchè mentre in un luogo presume nella madre che aveva somministrato gli alimenti ai suoi figli, provveduti di beni propri, l'intenzione di ripeterli, a meno che non venga dimostrato l'animo di donare, che nel dubbio non è lecito presupporre, in un altro luogo invece vuole che si presuma l'animo di donare, anche se i figli, indipendentemente dal soccorso materno, avrebbero potuto ricevere gli alimenti. *Heinrich Gottrf.* [61]) BAUER crede di poter eliminare questa contradizione distinguendo l'ipotesi, che chi ripeta gli alimenti sia tenuto a prestarli, da quella in cui non lo sia. Nell'una il diritto alla ripetizione ha luogo: nell'altra no. Così ad esempio

---

[58]) L. 8 in fine D. *de aliment. et cibar. legat.*; L. 3 Cod. *de compensation.*; SURDUS, *de Alimentis*, tit. VII, Quaest. 10, num. 8; CARPZOV, *Iurispr. for.*, parte I, const. VIII, def. 9; BERNEGGER, *cit. Diss.*, cap. II, § 13, pag. 43 e HOFACKER, *Princ. iur. civ.*, tom. I, § 560.

[59]) GÖNNER'S *Handbuch*, vol. IV, num. LXXIX, § 29, pag. 547.

[60]) *Meditat. ad Pandect.*, vol. V, specim. CCCXXV, medit. 4-6.

[61]) *Responsor. ad quaestiones ex iure vario*, vol. I, resp. 46, pag. 192 e segg.

la madre può ripetere le spese impiegate per l'allevamento dei figli, provveduti di proprio patrimonio. Non così colui che alimenta un parente povero od uno, estraneo, perchè costui ha evidentemente agito per puro spirito di liberalità.

All'opposto i più [62]) sostengono, che i genitori non possono ripetere gli alimenti prestati ai loro figli, senza distinguere se si tratti del padre o della madre, e se i figli abbiano beni propri o meno, perchè dato l'amore dei genitori verso i figli, nel dubbio, sempre è a presumere lo spirito di liberalità, tranne che si provi l'*animus repetendi*. Però questo è da intendere solo pei figli del sangue. I figliastri debbono dimostrare l'*animus donandi*, se il padrigno richieda la restituzione degli alimenti lor prestati.

Senonchè a me sembra, che la via più sicura è battuta da coloro [63]), i quali accettano come principio, che gli alimenti — siano essi prestati per un'obbligazione giuridica o per mero amore e compassione — non possano mai ripetersi. Già le regole generali della *condictio indebiti* confermano questo principio. Perchè, a base degli alimenti sta un dovere naturale, che le leggi positive hanno perfino elevato a obbligo giuridico, come è quello intercedente tra genitori e figli, e l'altro, del marito verso la mòglie: il che importa che qui non ricorre alcun indebito che possa fondare una *condictio* [64]). Tanto meno può trovare applicazione un'*actio negotiorum gestorum* [65]). Se poi si tratta di persona che, pur sapendo di non doverli, diede gli alimenti per puro amore o per compassione, costei ha evidentemente intenzione di donare, e le

---

[62]) *Sam.* DE COCCEJI, *iur. civ. controv.*, lib. III, tit. 5, qu. 10; *Car. Frid.* WALCK, *Introd. in controv. iuris civ.*, sez. I, cap. II, membr. II, § 8; *Io. Ern. Inst.* MÜLLER, *Observation. pract. ad Leyserum*, tom. III, fasc. II, obs. 583 e *Theod.* HAGEMANN, *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, vol. VI, Erört. XV, pag. 88 e segg.

[63]) THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts*, vol. I, § 350; HUFELAND, *Lehrbuch des heutigen Civilrechts*, vol. II, § 858; MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, tom. II, § 242.

[64]) V. la parte XIII di questo *Commentario*, § 830, pag. 99.

[65]) L. 13 Cod. *de negot. gestis.*

leggi [66]) espressamente le vietano di ripetere le cose date. Ed anche qui non è ammissibile il concetto di un'obbligazione nascente da una gestione di negozio, non essendo la relativa azione compatibile con l'adempimento di un *officium pietatis*, nel quale è implicito l'*animus donandi* [67]). Lo stesso è a decidere nel caso che i genitori abbiano dato del proprio gli alimenti ai loro figli benestanti, ovvero nel caso che la madre o l'ava abbiano allevato a loro spese i propri figli o nipoti, mentre il padre loro era in vita ed agiato: perchè qui per determinazione della legge e conformemente ad una presunzione fondata sull'amore e l'inclinazione naturale, è da ritenere che le prestazioni siano avvenute *animo donandi*, non *repetendi*.

Le leggi che segnono confermano ciò, senza incertezza.

1.° L. 34 D. *eodem*. PAULUS, lib. I *Quaestionum*: « NESENNIUS APOLLINARIS, IULIO PAULO salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque, aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur, aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent [68]). Praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater alnisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, ut [69]) de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse, de re ipsius

---

[66]) L. 1 § 1, L. 26 § 2, L. 32 § 2 D. *de condict. indeb.*, L. 9 pr. C. *eod.* V. la parte XIII, § 834.

[67]) L. 44 D. *de negot. gest.*; L. 1 Cod. *eod.* V. il vol. V, § 426, pag. 383.

[68]) Le edizioni non fiorentine, tanto glossate che non glossate, leggono *decreta esse*. Ad es. HALOANDER, MIRÄUS, CHEVALLON, BAUDOZA e anche BECK. Così anche legge *Ant.* FABER, in *Rational. in Pand. ad h. L.*, tom. I, pag. 418; *Hern.* CANNEGIETER, *Observation. iur. Rom.*, lib. I. cap. 20, pag. 128, opina, è vero, che debba leggersi *esse*: ma invece di *Praeterea* legge *At praeterea*, e spiega l'*essent* attribuendolo ad un equivoco dei copisti che presumibilmente così riunirono e storpiarono le due distinte parole *esse at*.

[69]) Invece di *ut*, tutte le edizioni non fiorentine leggono *enim*. Ad es. MERLIN, HALOANDER, MIRÄUS e gli altri citati nella nota precedente.

nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio [70]) erogata videantur? Quaero quid tibi iustius videatur? Respondi, haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est, se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores eius conveniret? Pone, peregre patrem eius obiisse, et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium, quam familiam [71]) eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem DIVUS PIUS ANTONINUS constituit. Igitur in re facti facilius putabo, aviam vel heredes eius audiendos, si repetere velint alimenta: maxime, si etiam in ratione impensarum ea [72]) retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur» [73]).

---

A questa lezione dà la preferenza anche *Ant.* FABER, *cit. loc.* Intanto, *ut* invece di *cum* non è inusitato tanto nelle *Pandette*, che presso i classici. V. L. 2 D. *de inoff. testam.* e TERENTIUS in *Hecyra*, Act III, sc. 5, v. 18. Cfr. BRISSONIUS, *De Verb. inv. Signif.*, voc. *ut*.

[70]) Tutte le altre edizioni leggono: «numquid *de utroque patrimonio* erogata *viderentur*».

[71]) Invece di *familiam* le citate edizioni, non fiorentine, leggono *filiam*. Solo la nuova edizione critica di BECK ha tenuto ferma la lezione fiorentina. Ed incontestabilmente essa è la più esatta, siccome aveva già osservato BRENKMANN nella edizione del GEBAUER, nota 2. Essa è non solo confermata dai *Basilici*, tom. II, lib. XVII, tit. I, const. 34, pag. 317, dove è espressamente detto: *αποτρέψει τὸν υἱὸν καὶ τὴν αὐτοῦ φαμιλίαν*; ma anche dalle parole susseguenti: *in ipsum pupillum*.

[72]) Non solo l'HALOANDER, ma anche BAUDOZA, MERLIN e MIRÄUS leggono: *in rationes impensam eam retulisse*. Questa lezione mi sembra di gran lunga più corretta che la fiorentina. Perchè queste *rationes*, manifestamente, non sono altro che le *rationes domesticae*, nelle quali il *pater familias* romano annotava i prestiti che effettivamente faceva ad un suo concittadino, sotto il nome di questo, come un *expensum*. L. 6 § 3 D. *de edendo*. Esse costituivano le *tabulae* o i *codices accepti et expensi*. V. ALMEDINGEN *über die rationes domesticae der Römer* (in dem Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts di GROLLMANN e LÖHR, vol. II, pag. 169 e segg.). Donde l'espressione: in *rationes referre*. V. BRISSONIUS, *de V. S.*, voc. *Ratio*. Un tale libro di esiti si chiamava anche *calendarium*. L. 41 D. *de reb. cred.* BRISSONIUS, *l. c.* Ad esso si riferisce il detto di SENECA *de Beneficiis*, lib. I, cap. 2: *Nemo beneficia in Kalendario scribit*.

[73]) Sarebbe evidentemente assurdo considerare gli alimenti come ero-

La specie, decisa da PAOLO, è stata già dichiarata in altro luogo [74]). Intanto, questa legge ci insegna che, nel caso di alimenti prestati senza corrispondente obbligazione, importa tener conto delle particolari circostanze *in facto*, ed alla stregua di esse decidere se la prestazione sia avvenuta *animo donandi*, ovvero *animo repetendi* [75]). Ma la prova deve sempre dedursi da fatti tali, che manifestino questo *animus repetendi* in maniera non equivoca. Tali sarebbero ad es. una dichiarazione, l'iscrizione della spesa nei propri libri domestici, nella categoria degli *Activa*. La semplice annotazione di esse nel cosidetto libro degli *esiti* non basterebbe, per sè stessa, ad infirmare la forza della presunzione legale che milita in favore dell'*animus donandi* [76]).

2.° L. 11 Cod. *de negotiis gestis:* « Imp. ALEXANDER A. Heremiae. Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non iusta ratione postulas: *cum id exigente materna pietate feceris.* Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti: si non et hoc materna liberalitate, *sed recipiendi animo fecisse te ostenderis:* id negotiorum gestorum actione consequi potes P. P. [77]), XII Kalend. Februar. ALBINO et MAXIMO Conss. 228 ».

---

gati da entrambi i patrimoni. Perchè l'avo o ebbe intenzione di donare, o no. Nel primo caso non volle che stessero a carico del nipote, nell'altro nulla intese dare del suo.

[74]) V. la parte V, § 326, pag. 383 e segg. e confr. anche *Iac.* CUJACII, *Commentar. in lib. I Quaest. Pauli ad h. L.*, 34 (in *Opp. Postum.*, tom. II, pag. 936 e segg).

[75]) Si veda anche la L. 14 § 7 D. *De religios.* e L. 50 D. *familiae ercisc.* Le parole: *Haec disceptatio in factum constitit* hanno dunque questo significato: *haec disceptatio ex facto est diiudicanda.* V. *Ger.* NOODT, *Commentar. ad Dig.*, lib. III, tit. 5 in fine *et de pactis et transactionibus*, cap. IX, § *igitur*, tom. I, *Oper.*, pag. 505.

[76]) L. 5 et 6 C. *de probationib.* V. HAGEMANN'S *pract. Erörterungen*, vol. 6, Erört. XV, pag. 91.

[77]) PP. i. e. *Proposita* o *Propositum* s'incontra freqnentemente nelle sottoscrizioni dei rescritti imperiali, rilasciati a persone private e si riferisce alla precedente narrazione dei fatti. *Proposita ergo in facti enarratione versantur*, dice *Iac.* GUTHERIUS, *de officiis domus Augustae*, lib. I, cap. 36, pag. 178. Si veda anche SAMMET, *Hermeneutik des Rechts*, sect. III, § 11, pag. 172.

3.° L. 15 C. *eodem:* « Imp. GORDIANUS A. Eutychiano. Si *paterno affectu* privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti: *eius erogationis tibi nulla repetitio est.* Quod si ut repetiturus ea, quae in sumtum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intendenda est actio ». P.P. VI, id. Iul.

CUIACIO sostiene a ragione [78]), che questo si verifica non solo fra genitori e figli, ma anche presso i collaterali e perfino presso gli estranei e corrobora le sua opinione con le seguenti leggi:

L. 27 § 1 D. *de negot. gest.:* MODESTINUS, libro II *Responsorum:* « Titium, si *pietatis respectu* sororis aluit filiam: actionem hoc nomine contra eam non habere respondi ».

L. 44 D. *eodem.* ULPIANUS, lib. VI *Disputationum:* « Is qui *amicitia ductus paterna* [79]) pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulavit: nullam adversus eos habet actionem, secundum DIVI SEVERI constitutionem » [80]).

Rettamente però fa qui osservare il SURDO [81]), che in tutte le leggi riportate si esamina solo la questione, se gli alimenti prestati si possono ripetere dalla persona a cui furono dati. Se dunque alcuno abbia mantenuto una persona — parente o estranea — mentre un altro lo doveva e poteva — se ad es. la madre abbia, nell'assenza del padre, benestante, alimentato del suo i figli, in ispecie pagando per essi le spese di educazione ovvero fra più fratelli e sorelle agiate uno solo abbia nell'assenza degli altri assunto su di sè il sostentamento della madre comune — come può sostenersi che costui non possa almeno in questa ipotesi chiedere un rifacimento di quelle spese da colui che vi sarebbe stato

---

[78]) *Cit. loc., Opp. Postum.*, tom. II, pag. 938.

[79]) V. L. 1 Cod. *eodem*, dove quest'*affectio paterna* viene chiamata *affectio domestica.*

[80]) Questa costituzione è la cit. L. 1 C. *de N. G.* La L. 44 cit. è stata pure interpretata da CUJACIUS, *cit. loc.*

[81]) *Tr. de alimentis*, tit. VI, quaest. 8, pag. 373 e seg.

obbligato — ad es. la madre dal padre dei propri figli, il fratello dagli altri fratelli e sorelle?

A questo tende il passo di ULPIANO, sopra dichiarato, cioè la L. 5 § 14 D. *h. t.*, la quale ci insegna che anche qui importa prima di tutto accertare l'intenzione colla quale la spesa fu fatta: solo che, in rapporto all'obbligato non si può ammettere l'*animus donandi* colla stessa facilità con cui le leggi vogliono ammetterla in rapporto al beneficiario. Questo *animus donandi* deve dunque essere provato, come un'eccezione, dall'obbligato al quale vien chiesto il rifacimento [82]).

---

[82]) V. MEVIUS, tom. I, parte II, decis. 18, e QUISTORP, *rechtliche Bemerkungen*, parte I, num. XCVI. Vedi anche sopra pag. 235. Di diversa opinione è però *Henr. Gottfr.* BAUER, *Responsor. ad Quaestion. ex iure vario*, vol. I, resp. 46, pag. 194 e segg.

# TITOLO IV *).

## De inspiciendo ventre custodiendoque partu

### § 1291.

*Completamento del Senatoconsulto Planciano mediante il provvedimento precauzionale adottato, contro le supposizioni e sostituzioni di parto, dai* Divi Fratres *e dal Pretore. I. Rescritto dei* Divi Fratres. *L. 1 pr.* h. t.

Due casi potevano darsi, pei quali nessuno dei Senatoconsulti studiati nel precedente titolo, nè il Planciano, cioè, nè quello reso sotto ADRIANO, offrivano alcuna norma. Tali casi ricorrevano:

1.° quando, dopo sciolto il matrimonio, il marito pretendeva che la donna fosse incinta di lui, mentre questa lo negava;

2.° quando, dopo la morte del marito, la moglie assumeva di esserne rimasta gravida.

Sono entrambi questi casi, quelli che vengono qui risoluti.

Circa il primo, i *Divi Fratres* emanarono un rescritto, su richiesta del Pretore VALERIO PRISCIANO.

L'occasione che lo determinò fu la seguente:

Un tal RUTILIO SEVERO, dal quale la moglie avea fatto divorzio, sosteneva, dopo seguìto lo scioglimento del matrimonio, che quella fosse incinta di lui. La moglie contestava l'affermazione del marito. Perciò questi chiese che fosse posto accanto alla donna un custode, come era solito per le donne pregnanti. Un nuovo e sino allora inaudito principio! Infatti, come mai la donna poteva essere obbligata ad accettare dei *custodes,* dal momento che essa

*) Tradotto ed annotato dal giudice *G.* BAVIERA.

non aveva denunziata la propria gravidanza al marito? Finchè il concepito si trova nell'utero materno, è, come dice ULPIANO [83]), una parte del corpo di lei, un viscere materno. Ora, dopo il divorzio, quale diritto può avere il marito sopra il corpo della moglie? Solo quando il fanciullo sia venuto alla luce, il marito ha ragione di sollecitare un interdetto, per ottenere che il neonato sia a lui esibito o ricondotto. A norma del Senatoconsulto Planciano, dunque, la desiderata *custodia ventris* non poteva essere accordata.

Era pertanto necessario, che la questione fosse decisa dal Sovrano. Fu perciò che il pretore Urbano si rivolse ai Cesari allora imperanti, MARCO AURELIO ANTONINO e LUCIO VERO, *Divi Fratres*. Essi rescrissero che il nuovo caso richiedeva un nuovo mezzo giuridico. E sancirono che, insistendo il marito nella sua domanda, il miglior provvedimento era di permettere che la donna fosse sorvegliata. A tal uopo conveniva scegliere la casa di una donna notoriamente rispettabile, nella quale la *Domitia* — così nella specie chiamavasi la divorziata — dovea condursi e custodirsi da tre levatrici, fide ed esperte, elette dal pretore. E se tutte e tre, o almeno due di esse avessero riconosciuta sussistente la gravidanza, allora la donna era obbligata ad accettare il custode, come se essa stessa l'avesse domandato. Se al contrario o tutte o in maggioranza non avessero riscontrato la gravidanza, allora veniva a mancare ogni fondamento alla custodia. Anzi in questo caso la donna poteva agire contro il marito per ingiuria, se questi avesse provocato una simile inchiesta giudiciale per odio o *chicane*.

Facciamo ora parlare ULPIANO, che col *liber XXIV ad Edictum* ci ha conservato questo Rescritto [84]). Ecco le parole della L. 1 pr. *h. t.*:

---

[83]) L. 1 § 1 D. *h. t.*

[84]) *Io. Ortw.* WESTENBERG in *Divo Marco*, Dissertat. X (*Operum a I. H.* IUNGIO *editor.*, tom. III, pag. 115-122) ha interpretato questo rescritto. Si vedano anche i *Basilica*, tom. IV, lib. XXXI, tit. 7, pag. 754.

« Temporibus *Divorum Fratrum* cum hoc incidisset, ut maritus quidem [85]) praegnantem mulierem diceret, uxor negaret [86]) consulti VALERIO PRISCIANO Praetori Urbano rescripserunt in haec verba.

« *Novam rem* [87]) *desiderare* RUTILIUS SEVERUS *videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat, et se non esse praegnantem profitetur, custodem apponat: et ideo nemo mirabitur, si nos quoque* NOVUM CONSILIUM *et* REMEDIUM *suggeramus. Igitur si perstat* [88]) *in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae feminae domum, in qua* DOMITIA *veniat: et ibi* TRES OBSTETRICES [89]) *probatae et artis et fidei, quae a* TE *adsumtae fuerint, eam* INSPICIANT: *et si*

---

[85]) Molte edizioni, come quelle di HALOANDER, MIRÆUS, BAUDOZA, MERLINUS leggono *quidam*.

[86]) La moglie aveva divorziato dal marito e negava che ne fosse rimasta incinta coll'odioso intendimento di privarlo del figlio. L. 39 D. *de poenis*; L. 4 D. *de extraord. criminib.*; L. 8 D. *ad leg. Cornel. de Sicar.* V. *Ant.* SCHULTING, *ad* PAULI *Sentent. Recept.*, lib. II, tit. 24, § 7 (in *Iurispr. vet. Antejustin.*, pag. 314); *Ant.* FABER, *Iurisprud. Papinian.*, tit. IV, princ. III, illat. 5, pag. 144 e WESTENBERG, *cit. loc.*, § 4.

[87]) *Nova res* i. e. *res ante inaudita et inusitata*. In questo senso la parola *novum* viene usata anche dai classici. V. CICERO *ad Atticum*, lib. III, Ep. 24; CICERO, *Pro Archia Poeta*, cap. 2; CORNEL. NEPOS in *Eumene*, cap. 8. V. WESTENBERG, *cit. loc.*, § 3 e TROTZ, *de memoria propagata*, cap. II, § 3.

[88]) I. e. *perseverat*. V. CICERO, *Pro Roscio Com.*; IDEM, *de officiis*, III, 9. Così leggono anche alcune edizioni, ad es. BAUDOZA CESTIUS.

[89]) In caso di necessità si reputa sufficiente anche una levatrice giurata; come quando nel luogo non ne esistano altre. *Arg. nov. VII*, cap. 3, § 2. V. *Io. Iac.* WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.*, parte I, Disputat. XLIX, th. 19. Si veda però *Dar.* SCHEINEMANN, *Diss. de oculari inspectione* (Tubingae 1760), § 18 e § 37; *Io. Nic.* HERT, *Diss. de inspectione oculari*, § 29 (in EIUS *Commentation. et Opusc. select.*, tom. III, pag. 254 e segg.); *Andr. Flor.* RIVINI, *Diss. de iudicio peritorum in arte, optimo litium dirimendarum iuris remedio* (Vitemb. 1755), § 9 e GÖNNER'S *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, vol. II, num. XLV, § 15 e segg. S'intende, che le levatrici, al pari dei testimoni, debbono prestare giuramento, a meno che esse abbiano già prestato un giuramento più generale, relativo al loro esercizio professionale. V. VOET, *Comment. h. t.*, § 2. L'*inspectio ventris* è diretta ad un esame accurato e ad un giudizio fondato di tutti i segni e le circostanze che valgono a far riconoscere od escludere la gravidanza. V. WESTENBERG, *cit. loc.*, § 9.

*quidem vel omnes, vel duae renuntiaverint pregnantem videri, tunc persuadendum mulieri erit* [90]), *ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset. Quod si enixa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere: ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam: si autem vel omnes, vel plures, non esse gravidam, renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit* ».

PAOLO, nelle sue *Sentent. Recept.*, lib. II, tit. 24, § 7, così riassume il contenuto di questo Rescritto:

« Si mulier se ex viro praegnantem negat, permittitur marito ventrem inspicere, et ventri custodes dari ».

§ 1291 *a*.

*Interpretazione del Rescritto secondo la L. 1 § 1-9 D.* h. t. *di* ULPIANO.

Interpretando questo Rescritto ULPIANO osserva:

1.° che i *Senatusconsulta de agnoscendis liberis*, dei quali si è trattato nel titolo precedente, non contenevano alcuna norma applicabile al caso, contemplato dal Rescritto [91]).

L. 1 § 1 *h. t.* « Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, *Senatusconsulta de liberis agnoscendis* locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnantem, vel etiam negaret: nec immerito;

---

[90]) Gl'imperatori hanno qui usato l'espressione eufemistica *persuadere* invece dell'altra *cogere*, senza dubbio per la novità del mezzo d'ispezione da essi introdotto e sino a quel momento sconosciuto, la quale espressione usarono essi anche in altri casi, quando stimavano, *postulante utilitate*, di decampare dal rigore del diritto. Ad es. nella L. 1 § ult. D. *de lib. exhib.* V. *Ger.* NOODT, *de Usufructu*, lib. I, cap. 8. Che poi questa persuasione non significhi, che la donna sia da suo canto libera di accettare o meno il custode, risulta dalla L. 1 §§ 3 e 7 D. *h. t.* V. WESTENBERG, *cit. loc.*, § 12.

[91]) La differenza tra quei Senatoconsulti e questi Rescritti è illustrata dal VOET, *h. t.*, § 1. V. anche *Ger.* NOODT in *Iulio Paolo*, cap. III (*Oper.*, tom. I, pag. 571).

partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum [92]) post editum plane partum a muliere, iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare, aut exhiberi sibi, aut ducere permitti [93]) extra ordinem. Igitur Princeps [94]) in causa necessaria subvenit ».

2.° Che prima di procedere alla ispezione fisica della gravidanza, è necessario che la donna sia chiamata davanti al Pretore e quivi interrogata, se si reputi incinta o meno. Ed a tale domanda essa deve dare una risposta ben determinata. Se non risponde o non comparisce in tribunale, secondo l'invito del Pretore, la si può obbligare con mezzi *coercitivi*. Perchè la pena del *Senatusconsultum Plancianum*, consistente nell'autorizzazione data al marito di disconoscere il figlio, non trova luogo qui, dove invece al marito interessa di assicurare la propria paternità.

I mezzi coercitivi da usare sono i pegni e le multe. ULPIANO dice:

§ 2. « Secundum quod rescriptum evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interrogari, an se putet praegnantem: cogendaque erit respondere ».

§ 3. « Quid ergo, si non responderit, aut non veniat ad Praetorem? numquid Senatusconsulti poenam adhibemus, scilicet ut

---

[92]) V. *Margu.* FREHER, Παρέργων s. *Verisimil.*, lib. I, cap. 17 (in *Thes. iur. Rom. Ottom.*, tom. I, pag. 883), e la parte II di questo *Commentario*, § 114, nota 71. Si tenga presente però che il principio, secondo il quale il nascituro finchè trovasi nel seno della madre è un viscere del corpo di lei, è vero solo in relazione ai senatoconsulti *de agnoscendis liberis* e agl'interdetti *de exhibendis et ducendis liberis*. Perchè in rapporto ad altri istituti quel principio non vale. Esso è ad esempio formalmente negato nella *usucapio partus ancillae furtivae*. L. 10 § 2 D. *de usurp. et Usucap.*, e L. 26 D. *de Verbor. Signif.* V. *Io.* GOEDDAEI, *Commentar. in Tit. Pand. de Verbor. Signif.*, ad L. 26 cit., num. 4, pag. 376 e seg. (Siegen Nassovior., 1597, 8).

[93]) V. lib. XLIII, tit. 30 D. *de liberis exhibendis item ducendis.*

[94]) *Io. Van de* WATER, *Observation. iur. Rom.*, lib. III, cap. 2, pag. 339 invece di *Princeps* vuol leggere *Praetor*. Ma infondatamente. Si consulti *B.* VOORDA, *Thes. controv.*, decad. XVI, § 1.

liceat marito non agnoscere? Sed finge, non esse eo contentum maritum: qui se patrem potius optet, quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis Praetoris et in ius venire, et si venit, respondere: pignoraque eius capienda, et distrahenda, si contemnat: vel multis coërcenda ».

3.° Che se alla domanda rivoltale la donna risponda di esser gravida, allora si fa luogo all'osservanza delle prescrizioni del Senatoconsulto Planciano. Ma se neghi, il Pretore deve, conformemente al Rescritto, nominare le levatrici per l'*inspectio*. Non dunque il marito, nè la donna hanno diritto di designare le ostetrici, ma esse debbono tutte essere elette dal magistrato. Il quale deve ancora scegliere la casa di un'onesta matrona, dove procedere alla visita.

§ 4. « Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnantem? Ordo Senatusconsultis [95]) expositus sequetur [96]): quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum Praetor debebit obstetrices adhibere ».

§ 5. « Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a Praetore adhibendae sunt ».

§ 6. « Item Praetor domum honestae matronae eligere debet, in qua [97]) mulier veniat, ut possit inspici ».

---

[95]) Parecchie edizioni leggono qui *Senatusconsulti*. Ad es. HALOANDER, MERLIN, BAUDOZA, MIRÄUS e altri. Però *Ant.* SCHULTING, in *Notis ad Dig. seu Pandect. a* SMALLENBURG *edit.*, tom. IV, ad h. §, pag. 378, preferisce la lezione fiorentina, più coerente al contenuto del § 1 *h. L.* Intanto è certo, che qui non può parlarsi altro, che del senatoconsulto *Planciano*.

[96]) *Sequetur* vale qui *servetur*, come pure alcuni vorrebbero leggere. Ma gl'interpreti sono d'accordo nel ritenere, che ULPIANO ha usato la parola *sequetur* passivamente, il quale uso non è insolito nelle *Pandette*, dove si trovano adoperate le forme *deponenti* come *passive*. Una quantità di questi esempi è stata raccolta da *Corn. Van* BYNKERSHOEK, *Observation. iur. Rom.*, lib. I, cap. 25; *Io. Ortw.* WESTENBERG, in *Divo Marco*. Diss. X, § 7. Si consulti pure *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Dig. s. Pandect.*, tom. I, pag. 253 e tom. IV, ad h. § 4, pag. 378, e *Ioach. Io.* SCHWARZ, *Specim. Observation. ad varia Iurisconsultorum veterum fragmenta* (Lugd. Batavor. 1750, 4), cap. II, § 5.

[97]) HALOANDER, BAUDOZA, MERLIN e parecchie altre edizioni, anche la

4.° Nel caso che la donna resista alla ispezione, o non si riduca nella casa indicatale, si ricorre anche qui a convenienti mezzi coercitivi.

§ 7. « Quid ergo si inspici se non patiatur, vel ad domum non veniat? Aeque Praetoris auctoritas interveniet ».

5.° Che ove, proceduto all'ispezione, le ostetrici, unanimemente o a maggioranza, abbiano giudicato che la donna non è gravida, allora il marito, se abbia agito per *chicane*, può esser chiamato a rispondere d'*ingiuria*. Ma ogni intenzione ingiuriosa viene evidentemente meno, quando egli abbia avuto fondato motivo di credere alla gravidanza della moglie, o quando sia stato indotto a promuovere l'ispezione dal cocente desiderio di avere eredi del sangue, o quando la moglie stessa gliene abbia pôrta l'occasione, fingendo durante il matrimonio di esser gravida. Queste varie circostanze è dunque equo, che esimano il marito dall'azione d'ingiuria [98]).

§ 8. « Si omnes, vel plures renuntiaverint, praegnantem non esse, an mulier possit iniuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto, agere eam iniuriarum posse: sic tamen, *si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit*. Ceterum, si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est, vel ipsa eam illexerat, ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, aequissimum erit ignosci marito ».

6.° Che all'opposto se le levatrici abbiano all'unanimità o a maggioranza dichiarato, dopo la visita, che esse ritengano gravida la donna, il marito può instare per la nomina dei *custodes* e l'altra è obbligata a riceverli, come risulta dalle sopra citate parole del Rescritto [99]).

---

recentissima di BECK, leggono *in quam* e questa lezione è sicuramente la più esatta. Non senza fondamento il GEBAUER vede qui una geminazione della lettera M.

[98]) L. 5 Cod. *de iniuriis* (IX, 35).

[99]) L. 1 pr. D. *h. t.*

7.° Che finalmente è da notare, come il Rescritto non prescriva alcun termine al marito per l'esercizio della sua facoltà. E per questo anzi esso principalmente si distingue dal Senatoconsulto Planciano, il quale alla donna divorziata assegna, per la denunzia della propria gravidanza, un periodo di trenta giorni. Nonostante, anche qui, quando il marito abbia chiesto l'ispezione dopo i trenta giorni, il Pretore usa di far precedere una delibazione della causa, prima di accogliere la domanda.

§ 9. « Meminisse autem oportet, *tempus non esse praestitutum Rescripto:* quamvis in Senatusconsultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. Quid ergo? [100]). Semper [1]) dicemus marito licerem uxorem ad Praetorem evocare? an vero et ipsi triginta dies praestituimus? Et putem, *Praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire* ».

Il Rescritto si distingue poi dal Senatoconsulto Adrianeo, *de liberis agnoscendis,* per ciò che quello trova luogo anche *post partum iam editum,* mentre in questo caso è applicabile non il Rescritto, ma l'*Interdictum de exhibendis aut ducendis liberis* [2]).

## § 1292.

### II. *Editto del Pretore. L. 1 § 10 D.* h. t.

L'altro caso ricorre, quando la donna si dichiari gravida, solo dopo la morte del marito. Per questa eventualità il Pretore emanò appositamente un Editto. E chi sa non siane stato autore quello stesso Pretore, sulla cui proposta fu emanato il Rescritto dei *Divi Fratres!* [3]).

---

[100]) Varie edizioni. ad es. quella di HALOANDER, MIRÄUS, BAUDOZA leggono: *Quid igitur est?*

[1]) L'HALOANDER e le citate edizioni hanno: *Semperne.*

[2]) V. VOET, *Comm. h. t.*, § 1.

[3]) È oggi generalmente ammesso che, almeno dopo l'*edictum perpetuum*, l'attività edittale del Pretore, se anche potè divenire più rara per l'influenza crescente dei rescritti imperiali, non ebbe però a cessare del tutto. V. *Siegm. Wilh.* ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts bis Iustinian*, vol. I, sez. I, § 40, pag. 131-133. Sembra però che i nuovi

ULPIANO ci ha conservato tale Editto, che ora leggesi alla L. 1 § 10 *h. t.* che qui si riporta:

« De inspiciendo ventre, custodiendoque partu sic Praetor ait:

« Si mulier mortuo marito praegnantem se esse dicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum [4]), bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat QUINQUE: haeque simul omnes inspiciant: dum ne qua earum, dum inspicit, invita muliere, ventrem tangat. Mulier in domo honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus [5]) custodiant. Quotiescumque ea mulier in id conclave, aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant: et eos, qui introierint, excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier, cum parturire incipiat, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque: ita ut, praeter obstetrices duas, in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem: ancillae, quam sex. Hae quae intus futurae erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnans sit. Tria lumina,

---

editti, come quello di cui ci occupiamo, siano stati piuttosto *supplendi* che *corrigendi iuris civilis gratia proposita*. V. *Chr. Frid.* MÜHLENBRUCH. *Doctrina Pandectarum*, vol. I, § 6, pag. 15.

[4]) HALOANDER, MERLIN, BAUDOZA, MIRÆUS e altri, nonchè il BECK, leggono *procuratoribusve eorum*. Con la quale lezione concordano anche i *Basilica*, tom. IV, lib. XXXI, tit. 7, Const. III., dove è detto: ἢ προκουράτωρσιν αὐτῶν. Anche nelle proposizioni che seguono è sempre usato il plurale.

[5]) Nei *Basilici*, tom. IV, lib. XXXI, tit. 7, pag. 755 è detto: καὶ δυο στρατιῶται φυλάττουσιν, i. e. *cum binis militibus custodiant*.

nec [6]) minus. ibi sint: scilicet, quia tenebrae ad subiicendum aptiores sunt [7]). Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. Apud eum educetur [8]), apud quem parens iusserit. Si autem nihil parens iusserit, aut is apud quem voluerit educari, curam non recipiet, apud quem educetur, causa cognita constituam. Is, apud quem educabitur, quod natum erit, quoad trium mensium sit, bis in mense: ex eo tempore, quoad sex mensium [9]) sit, semel in mense: a sex mensibus, quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculo, quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat. Si eui ventrem inspici, custodiri, adesseve [10]) partui licitum non erit, factumve quid erit, quominus ea ita fiant, uti supra comprehensum est, ei, quod natum erit, possessionem causa cognita non dabo: sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit. Quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit: eos, si mihi iusta causa videbitur esse. ei non dabo ».

Conformemente dunque alle disposizioni di questo Editto la donna che, dopo la morte del marito, si dichiari gravida, deve, entro il mese, avvertire due volte coloro, cui spetta, cioè

---

[6]) La lezione *nec*, accettata da HALOANDER, BAUDOZA, MERLINUS ed anche da BECK, è incontestabilmente preferibile al *ne* della lezione fiorentina.

[7]) Le parole *scilicet aptiores sunt* non appartengono all'editto, ma sono la glossa di un giureconsulto. V. *Aut.* SCHULTING, *Not. ad Dig. s. Paud.*, tom. IV, pag. 378 e VOORDA, *Thes. controv.*, dec. XVI, § 3.

[8]) Così leggono BAUDOZA e MERLINUS: e questa lezione pare più corretta dell'*educatur*, portato dall'edizione fiorentina, che, siccome ha osservato il BRENKMANN, si deve probabilmente al precedente *ostendatur*. HALOANDER, MIRÄUS e BECK hanno non pertanto seguito la lezione fiorentina.

[9]) Nella edizione fiorentina si legge *mensum* invece di *mensium*, forma che s'incontra in vari luoghi delle *Pandette* fiorentine, e non sconosciuta ai classici, come ha dimostrato con esempi *Scip.* GENTILIS, *Parerg. ad Pandectas*, lib. I. cap. 33 (in *Thes. I. R. Otton.*, tom. IV, pag. 130).

[10]) La lezione fiorentina ha: *custodirive, adesse*. Ma è di gran lunga più comprensibile la lezione Haloandrina, alla quale anche MIRÄUS e BECK hanno dato la preferenza.

gli eredi del marito o i lor procuratori, perchè prendano, volendo, le disposizioni necessarie all'*inspectio* della gravidanza, le quali consistono nei seguenti atti determinati dalla legge.

E prima di tutto è prescritto inviare cinque donne, libere, coll'incarico di procedere insieme all'osservazione della gestante, in modo però che nessuna di esse si attenti di toccarne il corpo, se quella non consenta. Lo sgravo deve poi avvenire nella casa di un'onesta matrona, da indicarsi dal Pretore. Avvicinandosi infine l'epoca del parto, e sempre trenta giorni prima che questo avvenga, la donna è tenuta darne avviso a coloro cui interessa o ai loro rappresentanti, affinchè provvedano ad un'attenta custodia, per la quale sono altresì prescritte le seguenti precauzioni.

Nella camera, in cui si verificherà il parto, non deve esistere più di una porta per l'ingresso: se altre ve ne siano, debbono chiudersi e sbarrarsi con tavole così dall'interno come dall'esterno. All'ingresso della camera staranno a guardia sei libere persone, tre uomini e tre donne, sotto la vigilanza di due militari. Questi custodi, se la donna voglia recarsi in altra camera o nel bagno, debbono in precedenza perquisire attentamente i detti luoghi, e le persone che vi si introducano.

Sopravvenendo segni di parto imminente, la donna deve ancora una volta avvertire gli aventi diritto o i loro procuratori, perchè mandino le persone, che debbono assistere allo sgravo. Queste saranno almeno cinque donne libere; però presenti al parto non debbono trovarsi in ogni modo più di dieci donne libere e di sei schiave, oltre a due levatrici. Anche queste donne, prima di venire introdotte nella camera, saranno visitate sulla persona, affinchè tra esse non ce ne sia qualcuna incinta. E per impedire sospette oscurità è prescritto, che nella camera debbono accendersi non meno di tre lumi,

Il bambino, che viene alla luce, deve essere presentato agli aventi diritto, qualora questi desiderino vederlo. L'allevamento deve venirne affidato alla persona indicata dal padre; e se il padre nulla abbia stabilito o la persona scelta non voglia prenderne cura, i necessari provvedimenti saranno demandati al magistrato.

Affinchè poi sia ulteriormente assicurata l'esistenza del fanciullo, la persona, cui è stato confidato, deve presentarlo a periodi determinati, e cioè pel primo trimestre due volte al mese; pel secondo una volta; pel terzo e quarto un mese sì e uno no; dopo l'anno, e fino a che il fanciullo abbia appreso a parlare, una volta ogni sei mesi.

Ove la donna non osservasse queste prescrizioni, non potrebbe accampare alcuna pretesa alla *Bonorum possessio ventris nomine* [11]), e il figlio perderebbe la *Bon. poss. ex Edicto Carboniano* [12]), però *cognita causa* [13]).

## § 1292 *a*.

### *Interpretazione che dell'Editto fa* ULPIANO *alla L. 1* § *11-15* h. t.

Osserva qui ULPIANO, che sebbene il tenore dell'Editto sia facile ad intendere, pure non può trasandarsene del tutto l'interpretazione. Egli perciò incomincia ad interpretare le parole: *his, ad quos ea res pertinebit,* dichiarando che questi sono coloro che, mancata la gravidanza, avrebbero diritto all'eredità del marito.

§ 11. « Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius ».

§ 12. « Denuntiare igitur mulierem oportet his scilicet, quorum interest, partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem eius, sive ab intestato, sive ex testamento ».

Per aventi diritto sono però da intendere solo coloro, che hanno un'aspettativa ereditaria immediata. Cosicchè se il marito abbia istituito un erede e a questo nominato un sostituito, la ve-

---

[11]) V. libro XXXVII, tit. 9 Dig. *de ventre in possessionem mittendo.*

[12]) Lib. XXXVII, tit. 10 Dig. *De Carboniano Edicto.* V. POTHIER, *Pand. Justin.*, tom. II, *h. t.*, num. VI, nota *g*, pag. 85, ed *Egid. von* LÖHR, *Ueber die B. P. ex Edicto Carboniano* (nel *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgeb.* di GROLLMANN, vol. II, pag. 451 e segg.).

[13]) WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, vol. 3, § 28 in fine.

dova ha da denunziare la propria gravidanza non all'erede sostituito, ma all'istituito. Se sia morto senza testamento, la denunzia va fatta al più prossimo erede intestato, e se vi siano più coeredi, a tutti.

§ 14. « Denuntiare autem oportet his, *quos proxima spes successionis contingit:* ut puta primo gradu heredi instituto: non etiam substituto: et si intestatus paterfamilias sit, his, qui primum locum ab intestato tenent: *si vero plures sint simul successuri,* omnibus denuntiandum est ».

Osserva ancora ULPIANO, interpretando le ultime parole dell'editto, che l'inesperienza o semplicità della madre non ridonda mai a danno del figlio; in quanto l'omissione di qualche prescrizione di minore importanza non è ragione sufficiente per negare al figlio la *bonorum possessio.* Come se per es. avanti alla camera destinata al parto siano rimaste a guardia due anzichè tre persone. Sebbene adunque nella *bonorum possessio* l'ignoranza di diritto non scusa neppure le donne [14]), tuttavia il rigore di questo principio qui non trova applicazione in via assoluta: ma il Pretore deve riservarsi di giudicare — *causa cognita* — se i precetti dell'editto siano stati o meno osservati [15]), ULPIANO dice:

§ 15. « Quod autem Praetor ait: *causa cognita se possessionem non daturum, vel actiones denegaturum,* eo pertinet, ut si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his, quae praetor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his, quae leviter observanda Praetor edixit, non sit factum, partui denegari bonorum possessionem? ».

Oltre a ciò, come dice ULPIANO, *mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem et partum, et infantem oportet.*

Oggi però tutte queste formalità adibite alla verifica della

---

[14]) L. 6 Cod. *Qui admitti ad bon. possession. possunt.*

[15]) V. *Caes.* COSTAE, *Variar. ambiguitatum iuris,* lib. II, cap. 3 (nel *Thes. I. R. Otton.*, tom. IV, pag. 1211) e VOET, *Comm. ad Pand.*, *h. t.*, § 4.

gravidanza di una vedova non sono più in uso. Tutti i pratici [16]) ne convengono. Ma nessun dubbio v'ha, che, anche oggi, la vedova la quale si senta incinta, debba denunziare la propria gravidanza a coloro che, come successibili del defunto, hanno interesse alla cosa.

Il LEYSER [17]) ritiene che neppure questa denunzia sia assolutamente necessaria opinando che essa sia utile alla donna solo per allontanare ogni sospetto di sostituzione ed alleggerirle il peso della prova della nascita e che solo per questo le leggi romane la consigliavano — non l'imponevano — alla vedova. Senonchè le parole dell'Editto, e le pene che esso commina contro i violatori dei suoi precetti, persuadono del contrario. Più correttamente sostiene il BERGER [18]), che la vedova, omettendo la denunzia, se non nuoce al figlio, pregiudica però certamente se stessa nei riguardi della *Bonorum possessio*.

Però se oggi non sono più osservate le formalità prescritte dall'Editto del Pretore, sono d'altra parte adottate per la verifica della gravidanza precauzioni in certo qual modo maggiori che presso i Romani.

Perchè in primo luogo l'*inspectio* non è esclusivamente confidata a levatrici, ma o a queste sotto la guida di periti medici, ovvero ad un ostetrico esperto [19]). Il diritto romano, certamente per rispetto al pudore femminile, ha creduto di dover riserbare a donne l'*inspectio* del corpo femminile, ma questa considerazione, siccome ha notato un illustre maestro di medicina legale [20]), doveva qui valere tanto meno, in quanto che il vero pudore può essere offeso soltanto dagli atti scostumati, non da quelli richiesti

---

[16]) V. SCHILTER, *Praxis iuris Rom.*, exercit. XXXVI, § 125; STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 1; LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand. h. t.*, § 2; *Mich. God.* WERNHER, *Lectissim. Commentation. in Pand.*, parte II, *h. t.*, § 1; HOFACKER, *Princip. iur. civ. R. G.*, tom. I, § 508.

[17]) *Meditat. ad Pand.*, vol. V, Specim. CCCXXVI, medit. 2 e 3.

[18]) *Oeconom. iuris*, lib. I, tit. III, th. 15, nota 16.

[19]) HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin*, § 43.

[20]) MENDE, in *Handbuch der gerichtlichen Medicin*, parte II, § 99, pag. 44.

dalla giustizia; oltre di che, data la correttezza con cui deve procedere la visita medica, è possibile di risparmiare quanto occorre il più delicato sentimento della donna.

Secondariamente è da notare che il procedimento romano dell'*inspectio*, con tutte le sue formalità, non era, dopo tutto, completo, perchè, secondo l'Editto, non era permesso agli ostetrici, durante la visita, di toccare il corpo della donna contro la sua volontà [21]).

Che poi, procedutosi all'*inspectio* e riconosciuta la gravidanza della vedova, i successibili aventi diritto possano invocare le convenienti misure di precauzione per una esatta vigilanza, la quale di solito viene confidata ad una onesta e leale gentildonna, ciò è nella natura delle cose e per questa parte il diritto romano non può essere stato abolito [22]).

## § 1292 *b*.

*Interpretazione degli altri giureconsulti*, GIULIANO, PAOLO *e* SCEVOLA: *L.* 2, *3 et 4* h. t.

Le leggi seguenti di questo titolo contengono l'interpretazione di GIULIANO, PAOLO e SCEVOLA e abbisognano di qualche chiarimento.

1.° La L. 2 *h. t.* è tratta dal *liber XXIV Iuliani*, e suona così:

« Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod *ad Carboniani decreti exemplum* comparatum est. § 1. Sed hoc aliquando remittere Praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custoditetur ».

---

[21]) V. PLOUCQUET, *Ueber die phisischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder*, § 46.

[22]) V. LEYSER, *cit. Specim.*, medit. 4 e 5, pag. 424; WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, vol. III, § 28. Si confronti anche l'*Allgemeine Preuss. Landrecht*, parte II, tit. 2, sez. I, § 26-36.

Il principio di questa legge è comunemente inteso nel senso, che nell' Editto *de custodiendo partu* il Pretore nega al figlio la *bonorum possessio ex Edicto Carboniano* quando la madre non ne abbia osservato i precetti [23]). Così il *derogatorium* viene ad avere il valore di *denegatorium*. Anzi DIONISIO GOTOFREDO [24]) osserva, che ALBERICO sembra aver letto appunto *denegatorium*.

Ma come mai, si domanda la Glossa, il *factum* della madre può nuocere al figlio? E risponde, che, se il figlio può provare la filiazione, non può nuocergli se non in quanto le omissioni della madre rendano contro di lui più grave la presunzione, che egli non sia stato generato dal marito premorto. La *bonorum possessio Carboniana* può dunque essergli negata, se egli non abbia dalla sua, almeno, una qualche verosimiglianza che militi in favore della sua legittimità.

Ma perchè, poi, GIULIANO dice: *ad Carboniani decreti exemplum?* La *bonorum possessio ex edicto Carboniano directo* compete al figlio minorenne del *de cuius*, cui si contesti lo *status* e nello stesso tempo il diritto ereditario. La Glossa spiega: « ad exemplum antiqui solennis datur hodie *utile*, cui hic derogatur ».

Altrimenti intende il CUIACIO [25]) le parole: *ad Carboniani decreti exemplum*. Il pretore CARBO, egli dice, ha da prima col suo Editto promesso d'immettere, *causa cognita*, cioè *decreto interposito*, nel possesso dell' eredità contesagli, un *impubes* di cui si impugnava lo *status* ed il diritto ereditario, per modo che la prova della filiazione legittima dal *de cuius* fosse sospesa sino al raggiungimento della pubertà ed intanto l' immesso potesse trarre dall'eredità i propri alimenti. *Ad exemplum huinis Edicti, quod erat* ANNUUM (come *annua* era la stessa giurisdizione del Pretore) [26]), i pretori che gli successero, ebbero in casi simili a promettere la stessa

---

[23]) V. la Glossa su questa L. 2 e POTHIER, *Pandect. Iustin.*, tom. II, *h. t.*, num. IX, pag. 86.

[24]) Nota 63 nell'edizione di *Van* LEEUWENSCHEN.

[25]) *Commentar. in lib. XXIV Digestor. Salvii Iuliani ad* L. 7 D. *de Carbon. Edicto*, e L. 2 D. *de ventre inspic.* (in *Opp. Postum.*, a FABROTO *edit.*, tom. III, pag. 179).

[26]) § 1 I. *de perpet. et temporalib. actionib.*

*bonorum possessio*. E siccome, posteriormente, sotto ADRIANO, dagli *Edicti Praetorum annui*, si formò l'*Edictum perpetuum*, così GIULIANO, cui l'imperatore ADRIANO diede incarico di compilare questa raccolta, dovette fondere nell'*Edictum perpetuum* anche l'Editto Carboniano. Ciò spiega, secondo CUIACIO, perchè oggi si dica che al minore la *bonorum possessio* è accordata non tanto *ex Carboniano edicto*, quanto piuttosto *ex edicto perpetuo ad exemplum et similitudinem Carboniani*.

Ma tutte queste interpretazioni sono inesatte. Qui non si tratta dell'Editto Carboniano, ma dell'*Edictum de ventre in possessionem mittendo*. Ciò risulta chiarissimamente dal fatto che GIULIANO, dopo, autorizza il Pretore ad usare indulgenza, quando l'omissione di ciò che prescrive l'Editto *de ventre inspiciendo et custodiendo partu*, sia avvenuta non per malizia, ma per ignoranza e semplicità della donna.

E questo *Edictum de ventre in possessionem mittendo* ben a ragione GIULIANO diceva, *quod* AD CARBONIANI DECRETI EXEMPLUM *comparatum est*. Perchè, per esso, il Pretore concedeva alla vedova incinta l'immissione nei beni del marito defunto per attingervi, durante il tempo della gravidanza, gli alimenti, e conservare l'eredità al futuro erede del sangue del marito, ma solo nel caso in cui il fanciullo, ch'essa porta nel seno, potesse, crescendo, chiedere l'immissione secondo l'*edictum Carbonianum* [27]). Laonde, ove si contesti che la donna sia gravida, o lo sia ad opera del marito, ben può dirsi che il Pretore interviene con un decreto *ad exemplum Carboniani Edicti*. Ciò per altro è posto fuori ogni dubbio dal seguente passo, tratto dal *liber XLI ad Edictum* di ULPIANO:

L. 1 § 14 D. *de ventre in possessionem mittendo*: « Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse, vel fuisse, vel ex eo praegnans non esse contendatur: *decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani* Edicti. Et ita DIVUS HADRIANUS *Claudio Proculo* Praetori rescripsit, ut summatim de

---

[27]) L. 1 §§ 2 e 11 in fine D. *de ventre in possess. mitt.* V. WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, vol. III, lib. V, § 205.

re cognosceret: et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeindicium fiat ei, quod in utero est: sed ventrem in possessionem mitti oportet » [a].

§ 15. « Et generaliter, *ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero Praetor dare solitus erat, ex hisdem causis ventri quoque subvenire Praetorem debere non dubitamus:* eo facilius, quo favorabilior est causa partus, quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producatur: puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est: qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur ».

A questa giusta intelligenza del testo venne infine anche la Glossa, avendo essa aggiunto alla prima, anche questa seconda interpretazione:

« Vel dic, hic loqui *de Edicto de ventre in possessionem mittendo,* cui haec derogat, ut mulier possit remitti, nisi servaverit solemnia huius Edicti, illud enim est ad exemplum Carboniani, ut infra de ventre in possessionem mittendo ».

2.° La L. 3 *h. t.* è tolta dal *liber XIV ad Plautium* di PAOLO:

« Qui ventri *substitutus* est, vel institutus, *si ventrem servare velit,* audiendus est ».

Diceva ULPIANO [28]) nella legge avanti citata esser sufficiente, quando vi sia un erede *istituito* ed un altro *sostituito*, che la denunzia della gravidanza si faccia solo al primo. Ma diversamente accade quando è stato *sostituito* un erede al *venter*, ossia al figlio

---

[28]) L. 1 § 14 D. *h. t.*

---

*a*) *Sed-oportet.* Glossema. LENEL, *Palingenesia*, II, ULPIANO, nr. 1134, n. 2.

ancora non nato [29]). Il che può verificarsi solo nel caso, già fatto dalla Glossa, che sia stato istituito erede un *postumus* e — nell'ipotesi che il nascituro non venga alla luce — gli sia stato sostituito un altro erede.

Se il nascituro è diseredato, il pretore non accorderà alla vedova alcuna *bonorum possessio ventris nomine* [30]), potendo essa ottenerla solo nel caso che la *bonorum possessio* avesse potuto competere al figlio, qualora fosse nato [31]). Ma questa il Pretore non accorda al figlio *rite* diseredato [32]). Se però la diseredazione del *venter* fosse sottoposta alla condizione della nascita di un figlio (maschio), la vedova può ottenere l'immissione in possesso, inquantochè non si può escludere che da lei nasca anche una figlia [33]).

Se dunque alcuno sia stato sostituito al *postumus*, la vedova deve denunziare la sua gravidanza al sostituito perchè questi possa tutelare il suo interesse. Perchè a lui *propter spem successionis* importa, *ut venter servetur*. Ma fra gl'interpreti si disputa nel determinare di quale *sostituito* qui si parla. *Anton.* SCHULTING [34]) intende un *vulgariter substitutum*. BARTOLO ed anche DIONISIO GOTOFREDO, un sostituto pupillare.

*Anton.* FABRO [35]) ha cercato di confutare ampiamente questa opinione. Ma senza ragione sufficiente. Perchè si può nominare un sostituto pupillare anche al *postumus* [36]) ed oltre a ciò, per una

---

[29]) La parola *venter* viene dunque usata in questo titolo in due significati differenti: 1.° per designare la donna gravida, come ad es. quando si parla della *missio ventris in possessionem*, L. 30 § 1 D. *de acquir. vel omitt. hered.*; 2.° per designare il concepito non ancora nato. Ad es. *venter est institutus vel exheredatus*, L. 30 § 2 D. *eodem; venter praeteritus est*, L. 84 D. *eodem*. V. BRISSONIUS, *de Verb. Signif.*, voc. *Venter* e *Alph.* a CARRANZA, *de partu naturali et legitimo*, cap. II, princ. num. I, pag. 66.

[30]) L. 1 § 2 D. *de ventre in possess. mitt.*

[31]) L. 1 § 11 D. *eodem;* L. 10 in fine D. *eodem.*

[32]) L. 8 D. *de Bon. poss. contra tab.*

[33]) L. 1 § 3 D. *de ventre in poss. mitt.*

[34]) *Notae ad Dig. s. Pand.*, tom. IV, ad h. L. 3, pag. 380.

[35]) *De Errorib. pragmatior.*, decad. XXXIII, err. 3.

[36]) L. 2 pr. D. *de valg. et pupill. substitut.*

costituzione degli imperatori MARCO e VERO, si ha che nelle sostituzioni degl'impuberi il caso espresso comprende sempre in sè, tacitamente, anche l'altro [37]) [i due casi sono: *sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit*]. Dicendo PAOLO: *vel institutus* si può intendere che l'erede sia stato istituito *ventre preterito,* ovvero *una cum ventre.* E quando aggiunge, *si ventrem servare velit, audiendus est,* non vuol dire altro che questo: che il sostituto qui può chiedere i provvedimenti prescritti dall'Editto per la *custodia ventris.* La Glossa dà alla parola *servare* il significato di *inspicere.* Ma qui non può più esser questione di una ispezione di gravidanza: *servare* qui piuttosto significa *custodire,* nel quale senso questa parola è molto frequentemente adoperata [38]). Così la interpreta anche DIONISIO GOTOFREDO.

3.° L'ultimo frammento è tolto dal *liber XX Digestorum* di SCEVOLA:

« Is, a quo, si sine liberis decessisset, quidquid ad eum ex bonis pervenisset, sorori fideicommissum relictum erat, decessit, postuma herede instituta [39]), et substitutis aliis. Quaesitum est, cum uxor, defuncti praegnantem se dicat, an sorori, procuratorive eius, secundum formam Edicti, ventrem inspicere, et partum custodire permittendum sit? Respondi, in eiusmodi specie, de qua quaereretur, posse videri ad eius, cui fideicommissum datum esset sollecitudinem perspiciendum [40]) idque causa cognita statuendum ».

SCEVOLA dà qui ancora un esempio, in cui anche il fidecommissario può chiedere la *custodia partus.* A ha istituito erede B:

---

[37]) L. 4 pr. D. *eodem;* L. 4 Cod. *de impuber. et aliis substitut.* Vedi *Claud.* CHIPLETII, *Tr. de Substitutionibus,* cap. XIV (in *Thes. Iur. Rom. Otton.*, tom. V, pag. 709 seg.) e *Ge.* D'ARNAUD, *Vitae Scaevolarum* (Traj. ad Rhen., 1767, 8), § 34, pag. 95.

[38]) BRISSONIUS, *de Verb. Signific.*, voc. *Servare*, nr. 5.

[39]) L'HALOANDER legge qui *postum herede instituto.* Ma la *Vulgata* concorda colla *Florentina.*

[40]) HALOANDER, BAUDOZA e MERLIN, nonchè BECK, leggono *prospiciendum.* BRENKMANN sostituisce *respiciendum.* Così pure *Ant.* SCHULTING in *Notis ad Dig. s. Pand.*, tom. IV, ad h. L., pag. 380.

ha però disposto che B, se morisse senza prole, dovesse restituire tutta l'eredità, come un fedecommesso, alla sorella del testatore. L'erede morì e lasciò la moglie incinta. Egli avea però istituito a suo erede il figlio non ancor nato e a questo sostituito altre persone. Sorse la questione se la sorella del testatore, per tutelare il suo diritto al fedecommesso, fosse autorizzata a chiedere l'ispezione diretta della vedova dell'erede e conseguentemente la *custodia partus*. SCEVOLA risponde che nelle esposte circostanze la sorella del testatore poteva sicuramente chiedere i provvedimenti prescritti dalla legge. Veramente una ragione di dubbio c'era, e consisteva nella circostanza della sostituzione disposta dall'erede defunto; ma, mancato il nascituro, nessuna sostituzione avrebbe potuto elidere il diritto al fedecommesso della sorella del testatore. Essa era dunque la più interessata a verificare l'avvenimento dal quale dipendeva per lei l'acquisto o la perdita del fedecommesso [41]).

---

[41]) V. POTHIER, *Pand. Iustinian.*, tom. II, *h. t.*, num. VIII, not. *i*, pag. 85.

# TITOLO V *).

## Si ventris nomine mulier in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur

---

### § 1293.

*Editto del pretore. L. 1 D.* h. t.

Un altro Editto punisce la frode di cui si renda colpevole una vedova, immessa per la sua gravidanza nel possesso dei beni del marito defunto, col cedere dolosamente ad altri questo possesso. Questo Editto è stato ricostruito da *Ger.* NOODT [42]) in questa guisa:

« Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicetur, adversus eam, eumve, in cuius potestate ea fuerit, quanti actoris interfuerit, actionem dabo. Nec minus in eum, qui per dolum in possessionem venit, ab ea decedere cogam » [a]).

---

[42]) *Commentar. ad Dig. h. t.* (*Opp.*, tom. II, pag. 535). Si veda anche WESTENBERG, *Princip. iur. secundum ord. Digest. h. t.*, § 3.

---

*) Tradotto ed annotato dal giudice *G.* BAVIERA.

*a*) La ricostruzione del NOODT è arbitraria nella forma in cui viene presentata. Il LENEL, *L'Édit perpétuel*, 1893, II, p. 32 e seg., riproduce il fr. 1 §§ 1 e 2 *h. t.* di ULPIANO, segnando in esso le parole, che dovevano far parte della clausola edittale, con diverso carattere, ma astenendosi da una ricostruzione di essa: « *Hoc edicto.... praetor.... constituit* actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. *Non solum mulierem praetor coercet, verum*, eum quoque in cuius postestate ea fuerit, *scilicet* si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, *actionemque in tantum pollicetur in eos*, quanti interfuerit eius qui experitur. *Necessario praetor adiecit, ut*, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere ».

Le formule — nota il LENEL — erano senza dubbio una semplice trasposizione dell'editto. E quindi si può ammettere con RUDORFF, *Ed. perpet.*, § 124, che la *condemnatio* del *judicium* era semplicemente attaccata al *si u. p. a.* del *iudicium directum*.

Per l'Editto del Pretore, del quale è parola in altro luogo delle *Pandette* [43]), una vedova incinta ha il diritto di essere immessa nel possesso dei beni del defunto marito, e di percepire sull'eredità di lui gli alimenti dovutile, e tutto ciò *ventris nomine*, cioè a guarentigia delle ragioni del nascituro erede del sangue: « est enim aequissimum — dice ULPIANO [44]) — partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est »; e questo possesso essa conserva, fino all'esito, quale che sia, della gravidanza [45]).

Ma questa immissione non deve porgere occasione ad inganni, nè ciò che il Pretore istituì a vantaggio dell'erede, ancora non nato, deve esser preda di estranei.

La frode avviene: 1.° Quando la vedova si fa immettere nel possesso dei beni del marito, per trasferirlo ad altra persona. 2.° Quand'essa si fa dolosamente credere incinta, mentre non lo è, per ottenere quell'immissione *ventris nomine* [46]). Al primo caso provvede appunto l'Editto del Pretore, del quale si tratta nel presente titolo.

Ai sensi dunque di questo Editto, il Pretore dà un'*actio in factum*, diretta al *quod interest*, non solo contro la donna che conseguì l'immissione e dolosamente la trasmise ad altri, ma anche contro colui nella cui potestà essa si trovi, in quanto costui sia partecipe del dolo o dell'arricchimento. L'interesse dell'attore può ad es. consistere nella consumazione, che il possessore abbia fatto in buona fede dei frutti dell'eredità, o nella insolvenza, in cui questi si trovi di risarcire i frutti che avesse consumati in mala fede. Quegli poi, al quale è stato dolosamente trasferito il possesso, non è passibile della procedura coattiva, adoperata contro colui che impedisca al *missus in possessionem* di immettersi nel possesso

---

[43]) Lib. XXXVII Dig., tit. 9 *de ventre in possessionem mittendo.*

[44]) L. 1 § 11 D. *eod. tit.*

[45]) L. 1 § 27 D. *eodem:* « Tamdiu autem venter in possessione esse debet, quamdiu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit eam non esse praegnatem ».

[46]) Si veda principalmente *Alphons. a* CARRANZA, *Tr. de partu naturali et legitimo*, cap. II, § 2, nr. 28 seg., pag. 193 seg.

stesso [47]), ma deve essere, mediante un interdetto, rimesso *ad ius ordinarium* e per questa via obbligato a restituire il possesso [48]).

L'*actio praetoria in factum* è un'*actio rei persecutoria*, che perciò può anche esercitarsi dopo il decorso di un anno: è cioè un'*actio perpetua* e non infamante. Essa compete a colui, cui interessa che il possesso, ricevuto dalla donna *ventris nomine*, non passi dolosamente ad altri, e al di lui erede: e si esperisce contro la donna o il padre, che su di lei eserciti la patria potestà, in quanto s'intende sia partecipe del dolo. Essa tende alla prestazione del pieno interesse: ma contro gli eredi o contro il padre incolpevole si esercita, pel diritto romano, solo nei limiti dell'arricchimento derivante dal fatto illecito della sostituzione del possesso, perchè questa azione nasce da un delitto [49]). Ma pel diritto canonico, oggi in uso, si esercita contro gli eredi, incondizionatamente, *intra vires hereditarias* [50]).

ULPIANO nella L. 1 *h. t.* tratta dal suo *liber XXXIV ad Edictum* ci ha conservato di questo Editto quanto segue:

« Hoc Edicto rectissime Praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebeat ».

« *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. Non solum mulierem Praetor coërcet, verum eum quoque, in cuius potestate ea fuerit: scilicet si dolo ipsorum* [51]) *alius in possessionem fuerit admissus: actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit eius, qui experitur* » [52]).

---

[47]) L. 3 pr. D. *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.*

[48]) V. *Iul.* PACIUS, Εναντιοφανων s. *Legg. conciliatur.*, centur. VII, quest. 13, pag. 508.

[49]) V. *Io.* VOET, *Commentar. ad Pand.*, tom. II, *h. t.*

[50]) KLEINSCHROD, *Doctr. de reparatione damni delicto dati*, specim. 1, § 14.

[51]) *Henr. Io.* ARNTZENIUS, *Miscellaneor. lib.*, cap. XV, pag. 171, opina che l'*ipsorum* qui, per *Enallagen*, valga *ipsius*. Ma poichè qui si parla del dolo di più persone, evidentemente l'*ipsius* sarebbe erroneo. Il plurale è usato anche nelle parole seguenti: *pollicetur* IN EOS.

[52]) L'interessato può essere non solo l'erede, — testamentario o intestato — ma anche un legatario o fidecommissario. L. un. §§ 8, 9 et 10 D. *Si mulier ventris nomine.* V. *Amad.* ECKOLT, *Compendiar. Pand. Tractat. h. t.*, § un.

§ 2. « Necessario Praetor adiecit, *ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere.* Coget autem decedere, non Praetoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilins faciet, *si eum per interdictum* [53]) *ad ius ordinarium* [54]) *remiserit* ».

---

[53]) Quale sia questo Interdetto è dubbio. La Glossa indica l'*Interdictum uti possidetis* o *unde vi* e confuta coloro i quali pretendono si tratti dell'*Interdictum ne vis fiat.* Ma neppure i due primi interdetti può dirsi che convengano al caso. Si veda *Das Recht des Besitzes* di SAVIGNY, § 38 e 40. *Ant.* SCHULTING in *Not. ad Dig. s. Pand.*, tom. IV, ad *h.* L. 1, § 2, pag. 381, immagina un interdetto, che sia stato introdotto dal Pretore *extra ordinem Edicti*, come ne dà esempio la L. 9 § 1 D. *de damno infecto.* Lo STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 2, opina che debba essere un *Interdictum adipiscendae possessionis.* Ma quale? Forse un *Interdictum fraudatorium*, come quello ad es. di cui alla L. 96 pr. D. *de solutionibus.* Ma questo interdetto tende a singole cose o pretese: qui invece si tratta di restituzione del possesso di un'eredità. Più esattamente *Inst. Heun.* BÖHMER, *Introd. in ius Dig.*, parte II, *h. t.*, § 2 pensa all'*Interdictum Quorum bonorum.* Si consulti però l'eccellente dissertazione sull'interdetto *Quorum bonorum* di SAVIGNY nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 5, num. 1. Al giorno d'oggi, dice lo STRYK, *loc. cit.*, si usano gl'interdetti *Mandata cum*, ovvero *sive clausola.* Si sostiene anche, non senza fondamento, che — data la persistente disubbidienza del possessore — può procedersi contro di lui *manu ministrorum, immo militari.* V. SCHILTER, *Prax. iuris Rom.*, exercitat. XXXVI, § 127; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, P. II., *h. t.*, § 3; *Mich. God.* WERNHER, *Lectiss. Commentation. in Pand.*, parte II, *h. t.*, § 2.

[54]) L'espressione *ius ordinarium* designa qui il *solitus iudiciorum ordo*, dato scilicet judice, procedura che un tempo era comunemente usata, anche negli interdetti. Questa interpretazione non è soltanto provata da un chiarissimo passo di FRONTINO, *de agrorum controversiis*, pag. 41 ed. Goesii: « De possessione controversia est, de qua ad Interdictum, hoc est *iure ordinario* litigatur »; ma eziandio confermata da parecchi luoghi di ULPIANO, riportati nelle *Pandette*, L. 3 pr. D. *Ne vis ei, qui in possess.*; L. 3 § 3 D. *de lib. exhib.*; L. 5 § 27 D. *Ut in possess. legator.* Essa ha ancora dalla sua la testimonianza di THEOPHILO, *Paraphr. gr. Pr. I. de Interdictis.* Si consulti pure principalmente il SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, § 54 e il HAUBOLD, *Ueber die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften* (nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch.* di SAVIGNY, GÖSCHEN e EICHORN, vol. 3, pag. 358 e segg.). La differenza fra l'azione e l'interdetto consiste unicamente nella diversa attività che vi spiega il Pretore. Nelle azioni il Pretore non prescrive che alcuno debba fare od omettere qualche cosa, ma semplicemente dice: *iudicium dabo.* Quando dunque il Pretore dalla domanda dell'attore e dalla risposta del

§ 3. « Interest autem eius, qui experitur, admissum alium in possessionem non fuisse: cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit: aut si praedo venerit in possessionem, a quo fructus consequi non possit, quia solvendo non est ».

§ 4. « Haec actio etiam *post annum* dabitur: *quia rei habet persecutionem*.

§ 5. « Et si filia familias sit, quae dolo fecit, in patrem dabit actio, si quid ad eum pervenerit ».

---

convenuto si convince, che la decisione della lite dipende dall'accertamento di circostanze di fatto, egli istituisce un *iudex* per l'inchiesta di fatto e la decisione. E colla decisione di questo, tutto era, di regola, finito. Occorrendo procedere ad esecuzione si tornava dal Pretore, il quale lasciava compierla *manu ministrorum* ed anche *manu militari*. L. 68 D. *de Rei vind.* Una tale procedura esecutiva apparteneva al *ius extraordinarium*. L. ult. D. *de iudic.* e L. 3 pr. D. *Ne vis fiat ei.* V. *Ant.* Faber, *Conjecturar. iur. cir.*, lib. XVI, cap. 20 in fine. In maniera del tutto diversa procedono le cose negli interdetti. Qui sin dal principio il Pretore interviene con una pronunzia decisiva, per mezzo della quale la lite vien definita, almeno provvisoriamente. Gaius, *Institut.*, lib. IV, § 139. Tutti gl'interdetti perciò cominciano con un nudo ordine, che emana lo stesso Pretore quando trovi in sè plausibile la domanda dell'attore. Senza quest'ordine al convenuto di fare od omettere qualche cosa, non potrebbe esistere in alcun modo la procedura dell'interdetto. Perciò negl'interdetti il Pretore non dice *judicium dabo*. Perchè qui egli non è, come nelle azioni, l'autorità semplicemente ordinatoria della lite, ma dà immediatamente norma alle parti con un *restituas*, *exhibeas*, *vim fieri veto* e così via. E l'ingiunzione del Pretore poteva subito troncare la lite. Non appena però l'opponente contraddiva, anche negl'interdetti, come nelle azioni, veniva dato un *iudex*, che pronunziava la sentenza ed avanti al quale l'attore dovea apprestare la prova della sua pretesa. Una tale procedura non poteva dunque negl'interdetti che esser considerata come accidentale. V. Savigny, *Nachträgliche Bemerkungen zur Erläuterung der Veronesischen Handschriften*, nella *Zeitschrift*, vol. III, pag. 305 in fine e Haubold, *Ueber die Stelle von Interdicten* (*Ivi*, pag. 366 e segg.). Ai tempi di Giustiniano le cose erano radicalmente mutate, non esistendo più alcuna procedura interdittale, ma in luogo di ricorrere alle ormai superflue formalità che precedevano e preparavano il decreto del Pretore, *ed erano ormai superflue*, l'attore poteva procedere immediatamente con una *extraordinaria* o *utilis actio*. § ult. I. *de Interdict.*, e Theophilus, *ivi*. V. Haubold, *loc. cit.*, pag. 387 e seg. e Savigny, *Ueber das interdict. Quorum bonorum* (*Zeitschrift*, vol. V, pag. 6 e 19 e seg.).

## § 1293 *a*.

*Interpretazione del frammento di* PAOLO, *L.* 2 h. t.

È utile anche all'interprete la L. 2 D. *h. t.*, che fu tolta al *liber XXXVII ad Edictum* di PAOLO. Essa è del seguente tenore:

« DOLO *facit mulier,* non quae in possessionem venientem non prohibet: sed *quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat* ».

§ 1 « Si et patris et filiae factum arguetur, *in alterum, quem actor velit, reddenda est actio;* quia in id, quod agentis interest, datur; ideo si id, quod ei abest, ab eo, qui in *potestate* est [55]), servari possit, praeter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei haec actio ».

PAOLO dichiara qui:

1.° In che debba consistere il dolo della donna, che è stata immessa in possesso, per renderla passibile dell'*actio in factum.* Egli dice che il dolo deve estrinsecarsi in una *azione*, non essendo sufficiente una nuda omissione, od acquiescenza. Le parole: « clam et per quandam machinationem *in possessionem introducat* » non lasciano, in proposito, alcun dubbio. PAOLO perciò esclude espressamente il caso, in cui la donna si sia limitata a non impedire che

---

[55]) La lezione fiorentina *in potestate* è manifestamente inesatta. Poichè queste parole si riferiscono alla *filia*, *quae in potestate est*, non poteva PAOLO dire *ab* EO, QUI *in potestate est*. E come poteva egli dire: *inutilis erit ei haec actio* s. *praetoria in factum* se non si supponeva il caso, che l'interessato avesse già ricevuto dal possessore l'eredità? Aveva perciò ragione CUIACIO, *Observation.*, lib. XXIII, cap. 39, di sostenere che debba leggersi *ab eo, qui in possessione est*. Così pure leggono parecchie antiche edizioni, ad es. quelle di HALOANDER, MIRÄUS. BECK ha, è vero, tenuta ferma la lezione fiorentina che è anche la *lectio vulgata*. Però a CUIACIO aderiscono WISSENBACH, in *Exercitation. ad Pand.*, parte I, disput. XLIX, thes. 20; VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* in fine; *Ant.* SCHULTING, in *Not. ad Dig.*, tom. IV, ad h. L. 2 § 1, pag. 381; *B.* VOORDA, *Thes. Controvers.*, decad. XVI, § 4 in fine e POTHIER, *Pand. Iustin.*, tom. II, *h. t.*, num. III, nota *b*, pag. 86, il quale ha accettato questa lezione anche nel testo.

il terzo prenda possesso dei beni del di lei marito, nei quali essa era stata immessa *ventris nomine.* È pertanto manifestamente erronea l'interpretazione di ACCURSIO, il quale nelle parole: « non quae in possessionem venientem non prohibet » vede un'ellissi e le spiega per « non *tantum* quae », intendendo così che PAOLO abbia qui ipotizzato due forme in cui può manifestarsi il dolo della donna. Già l'espressione *transferre,* che il Pretore ha usato, designa un'*azione,* ed anche di più la designano le parole successive: « Si et patris et filiae *factum* argnetur ». Ben a ragione perciò CUIACIO [56]) ha confutato questa interpretazione.

2.° Dato che il padre e la figlia si siano resi colpevoli di dolo, l'attore ha la scelta di convenire l'uno o l'altra. Ma non può rivolgersi contro entrambi, perchè l'*actio in factum praetoria* non è un'azione penale, ma tende alla prestazione del *quod interest,* che evidentemente si può chiedere una volta sola. Se perciò l'avente diritto è stato indennizzato dall'estraneo, cui era stato trasferito il possesso, l'*actio praetoria in factum* non è ulteriormente esperibile.

Rettamente pertanto sosteneva il VOET [57]) che l'*actio praetoria in factum* fosse in certa guisa un'azione sussidiaria, di cui è solo oggetto ciò che non si è conseguito dal possessore, contro il quale si è agito coll'interdetto per sfrattarlo dal possesso.

ULPIANO menzionava, più sopra, il caso in cui il possessore avesse consumato i frutti in buona fede, ovvero non fosse in grado, per insolvenza, di risarcirle quelli consumati in mala fede. Ma PAOLO qui aggiunge pure il caso, in cui le spese non siano state risarcite dal possessore, perchè il giudice le abbia compensate. Tutto ciò naturalmente presuppone, che si agisca contro il possessore, essendo l'*interest* dell'attore commisurato a ciò che non è stato possibile conseguire dal possessore [58]). Alla stregua di

---

[56]) *Commentar. in lib. XXXVII Pauli ad Edictum, ad h. L.* (*Opp. postum a* FABROTO *editor.*, tom. II, pag. 609 e seg.).

[57]) *Comm. h. t.*

[58]) V. CUJACII, *Comment. in lib. XXXVII Pauli ad Edictum, cit. loc.*, pag. 610.

questa, che io credo, un'opinione all'intutto esatta, non posso accedere all'interpretazione di coloro [59]), i quali pretendono intendere il frammento di PAOLO nel senso che l'azione contro il padre sia inutile, quando si sia conseguito il risarcimento dalla figlia. Imperocchè ciò equivarrebbe evidentemente ad ammettere, che si dovesse prima agire contro la figlia, e poi involgerebbe una contradizione, perchè PAOLO dà la scelta all'attore di convenire a suo talento il padre o la figlia. Nè esiste alcun motivo per cui il padre debba essere azionato solo per le spese processuali. Infatti, se la figlia è stata già convenuta per la prestazione dell'*interest*, ciò significa, per sè stesso, che anch'essa debba rifare all'attore le spese processuali. All'opposto il terzo possessore potrebbe essere un *bonae fidei possessor*, in riguardo al quale la *bona fides* come non comporta una condanna all'indennizzo dei frutti consumati, così può autorizzare la compensazione delle spese della lite: nel qual caso il rifacimento di esse può certamente dar fondamento ad un'*actio in factum* contro la figlia o il di lei padre [60]).

---

[59]) V. ad es. *Io. Lud.* CONRADI, *Ius P. R. civile* e *Digestis Imp. Iustiniani h. t.*, § 3, pag. 344.

[60]) V CUJACIUS, *Observat.*, lib. XXIII, cap. 39.

# TITOLO VI *).

## Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur

### § 1294.

*Editto del Pretore contro la simulata gravidanza. Interpretazione della L. un. D.* h. t.

Se una vedova dolosamente simuli di essere incinta del defunto marito, per ottenere l'immissione in possesso, il Pretore è tanto più severo nel reprimere un tale inganno, quanto più egli è in genere proclive a concedere la *bonorum possessio ventris nomine.* Perciò il Pretore ha introdotto contro la simulazione della gravidanza il seguente Editto:

*Si mulier ventris nomine in possessionem calumniae causa esse dicetur, adversus eam, quanti agentis interest, intra annum, quo primum agendi potestas erit, actionem dabo, etiam adversus parentem, si per eum factum sit, ut in possessionem veniret, actionem dabo.*

In questa forma *Ger.* NOODT [61]) ha ricostruito l'Editto del Pretore parte sulla rubrica di questo titolo, parte sul frammento di ULPIANO, che proviene dal *liber XXXIV ad Edictum* [a]).

---

[61]) *Commentar. ad Dig. h. t.*, pr. Si veda anche WESTENBERG, *Princip. iuris sec. ord. Dig.*, *h. t.*, § 1.

---

*) Tradotto ed annotato dal giudice *G.* BAVIERA.

[a]) La ricostruzione del NOODT è arbitraria nella forma. Il LENEL, *Éd. perpétuel*, II (1903), p. 33, non ricostruisce nulla. Si limita a constatare e indicare i materiali dell'editto, dal Comento che ne fa ULPIANO al fr. unico §§ 2-5 *h. t.* Le parole della rubrica sono oggetto del § 2; il § 3 ci dà la notizia che « *hanc*....

Esso dunque trova applicazione in questo caso: « si mulier ventris nomine in possessione *calumniae causa* esse dicetur ». Questa *calumnia* si può ipotizzare sotto due aspetti: 1.° o la donna simula di esser gravida, pur avendo la certezza di non esserlo; 2.° o essa è effettivamente gravida, ma sa che la sua gravidanza è opera non del premorto marito, ma di altri [62]).

La vedova — se nessuno la contradicesse — poteva, sulla semplice sua affermazione, di essere incinta del marito defunto, ottenere una *missio in possessionem ventris nomine.* È ciò che ULPIANO dice nella L. un. D. *h. t.:*

« Debet enim Praetor quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri VENTRIS NOMINE, ita *calumniam* eius impunitam non relinquere ».

Quali e quanti artifizii non ha inventato l'astuzia delle donne per simulare la gravidanza? [63]).

Vero è che ULPIANO, L. 1 § 1 D. *de ventre in possessionem mittendo*, dice:

« Praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, *nec dicere se praegnantem sufficit:* quare nec tenet datio bonorum possessionis, *nisi vere praegnas* fuit, et mortis tempore, et eo, quo mitti in possessionem petit ».

Ma, come lo stesso ULPIANO dice abbastanza chiaramente,

---

[62]) V. *Alph. a* CARRANZA, *Tr. de partu naturali et legitimo*, cap. II, illat. XIV, § 2, num. 29, pag. 194; *Io.* VOET, *Commentar. ad Pandect.*, *h. t.*, e *Ios.* FINESTRES et DE MONSALVO, *Hermogenianus*, tom. II, ad L. 3 D. *de Ventre in possess. mittendo*, § 10, pag. 724.

[63]) V. PLOUCQUET, *Ueber phis. Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder*, § 50.

---

*actionem praetor intra annum pollicetur* »; il § 4 ci dice: « *quanti agentis interfuit praetor actionem pollicetur* »; il § 5 aggiunge: « *in parentem etiam praetor actionem pollicetur, si modo per eum factum, sit, ut in possessionem per calumniam veniret* ». Nel § 6 del cit. fr. il comento si occupa delle due formule: nei §§ 6 11 si discute la formula *adversus mulierem* e nel § 12 quella *adversus patrem.* Sulla redazione delle formule il LENEL, loc. cit., avanza l'ipotesi che l'*intentio* si limitava a riprodurre i termini dell'editto e secondo il fr. un. §§ 6 e segg. sembra che la *condemnatio* sia basata sopra un « *quanti A.i A.i interfuit, N.am N.am* (*L. Titiam*) *in eam possessionem missam non esse* ».

qui si parla soltanto della efficacia della *Missio ventris nomine.* Perchè la possibilità, che la *Missio* possa avvenire per una gravidanza non effettiva, ma supposta, risulta letteralmente dal titolo [64]).

Se per contrario taluno vi fosse che, interessato all'eredità del defunto, contestasse la supposta gravidanza della vedova, costui potrebbe invece di una accurata ispezione, per la quale del resto gli è sempre lecito instare, seguire una via più breve: quella di deferire alla donna il giuramento sulla effettività della sua gravidanza. Di una simile delazione di giuramento parla ULPIANO nella L un. pr. D. *h. t.*

« Si de possessione *ventris nomine* quaeratur, et *deferente herede mulier iuraverit praegnatem* se esse: servandum est iusiurandum: nec tenebitur mulier, quasi *calumniae causa* fuerit in possessionem missa: nec vis ei facienda est post iusiurandum: si tamen peperit, quaeretur veritas, an ex eo praegnas fuerit: alteri enim nec prodest, nec nocet iusiurandum inter alios factum: nec partui igitur nocebit ».

Di un tale giuramento parla pure MARCELLO, citato da ULPIANO, nella L. 3 § 3 D. *de iureiurando:*

« Unde MARCELLUS scribit, *etiam de eo iurari posse, an praegnas sit mulier vel non sit: et iuriiurando standum.* Denique, ait, si de possessione erat quaestio, servari oportere: si forte quasi praegnas ire in possessionem volebat, *et cum ei contradiceretur, vel ipsa iuravit se praegnatem, vel contra eam iuratum est:* nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu, si contra eam, non ibit, quamvis vere praegnas fuerit: *proderitque,* inquit MARCELLUS, *mulieri iuranti insiurandum, ne conveniatur, quasi calumniae causa ventris nomine fuerit in possessione, neve vim patiatur in possessione.* Sed an insiurandum eo usque prosit, ut post editum partum non quaeratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, MAR-

---

[64]) V. FINESTRES, *loc. cit.*, § 8, pag. 723.

CELLUS tractat? Et ait, veritatem esse quaerendam: quia iusiurandum alteri neque prodest, neque nocet: matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, et iuretur ex eo praegnas non esse ».

Non si comprende come il dotto CARRANZA [65]) abbia potuto sostenere che l'azione dell'Editto trovi applicazione solo nel caso in cui la donna abbia confermato con giuramento la sua simulata gravidanza. Di fatti ULPIANO e MARCELLO dicono tutto l'opposto. Il giuramento vale soltanto ad assicurare la vedova, che per esso abbia conseguito la *Missio in possessionem ventris nomine,* contro ogni ulteriore pretesa. Basta leggere come lo stesso ULPIANO definisca questa *calumnia* alla L. un. § 2 D. *h. t.:*

« *Per* CALUMNIAM *autem in possessione fuisse videtur,* quae sciens prudensque se praegnatem non esse, voluit in possessionem venire ».

E con questo si colleghino anche i seguenti frammenti:

L. 15 D. *de his, qui notantur infam.* ULPIANUS, *liber VIII ad Edictum:* « Notatur, quae *per calumniam* ventris nomine in possessionem missa est, dum se *adseverat praegnatem* ».

L. 16 D. *eodem.* PAULUS, *liber VIII ad Edictum:* « Cum *non praegnas* esset, vel *ex alio concepisset* ».

L. 17 D. *eod.* ULPIANUS, *liber VIII ad Edictum:* « Debuit enim coërceri, *quae Praetorem decepit* ».

In questi passi non si accenna affatto ad un giuramento, ma solo è scolpito il concetto, che, poichè la donna ha ingannato il Pretore, e l'inganno consiste nella intenzionalmente falsa asseverazione di essere incinta del marito premorto — abbia poi giurato o no, questo non importa — per ciò essa merita di essere punita. Il giuramento piuttosto ha l'effetto di esimerla da pena, per quanto non sia d'ostacolo, quando la vedova abbia effettivamente partorito un

---

[65]) *Cit. loc.*, num. 30, § *Unde ego puto,* pag. 194.

fanciullo, a che si investighi sulla legittimità della nascita: e perciò esso tanto poco giova al nato, se la madre abbia giurato, quanto poco gli nuoce, se la madre abbia riferito il giuramento e sia stato giurato contro di lei [66]).

Le stesse indagini del medico legale spesso non sono sufficienti ad assicurare il giudice dagli inganni della donna. Di fatti i nostri medici confessano che la diagnosi della gravidanza, particolarmente nella prima metà del suo decorso, è spesso estremamente difficile per lo stesso perito, sia perchè in questo primo periodo i segni di essa sono ancora poco percettibili al senso, sia perchè possono essere prodotti anche da cause diverse [67]). Pur quei segni, che accompagnano il primo concepimento e che sembrano sintomi infallibili di gravidanza, sogliono mutare e assumere una forma indeterminata nelle gravidanze successive. Perciò, come dice un celebratissimo maestro di medicina legale [68]), la verifica della gravidanza nella prima metà del suo corso, non può riuscire ad altro che ad un risultato incerto.

A questo si aggiunga ancora la circostanza, che per l'Editto del Pretore *de inspiciendo ventre,* nessuna delle cinque ostetrici a cui fosse stato commesso di visitare la vedova che aveva chiesto di essere immessa *ventris nomine* nei beni del premorto marito, era autorizzata a toccare, contro la sua volontà, il corpo della donna [69]); laddove l'*exploratio obstetrica,* ossia l'osservazione scientifica, mediante palpamento, delle parti del corpo femminile che sono più direttamente interessate alla gravidanza, è, secondo l'unanime giudizio dei medici e periti ostetrici moderni, il mezzo d'indagine più potente al successo della ricerca [70]) [*V. nota a pag. seg.*].

---

66) V. FINESTRES, *cit. loc.*, § 8 e 9, pag. 722 e segg.

67) V. *Just. Christ.* LODER'S *Anfangsgründe der physiolog. Anthropologie*, § 400 (3.ª ediz.); *Ge. Heinr.* MASIUS, *System der gerichtl. Arzneikunde für Rechtsgelehrte*, § 216; STARK'S *Archiv für die Geburtshülfe*, vol. I, pag. 1 e segg. e *Adolph* HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin*, §§ 187 e 188 (2.ª ediz.).

68) V. *Io. Dan.* MEZZGER'S *Kurzgefasstes System der gerichtl. Arzneiwissenschaft*, § 460 e segg. (3.ª ediz.).

69) L. 1 § 2 *de inspiciendo ventre.*

Finalmente, sempre per l'Editto del Pretore, si doveva, per riguardo al pudore femminile, confidare esclusivamente a donne il còmpito dell'ispezione. Non era pericoloso affidare a levatrici un'indagine che molto spesso pone in imbarazzo i più sperimentati ostetrici? E quante sono le levatrici, che hanno le cognizioni necessarie ad un esatto giudizio delle modificazioni che, durante la gravidanza, subiscono nella donna gli organi della generazione? E che dire poi quando si tratti di dare un fondato parere sopra una gravidanza incerta? [71]). Quanto facilmente e frequentemente il Pretore non dovette essere ingannato dal parere di cotali periti donneschi, dal momento che non di rado i più esperti e intelligenti ostetrici, nelle loro osservazioni sono stati, per loro stessa confessione, tratti dall'ambiguità dei sintomi a confondere una malattia con una gravidanza? [72]).

Da queste ragioni il Pretore dovette essere indotto a colpire la supposizione e falsa dichiarazione di gravidanza, dirette a carpire una *missio ventris nomine in possessionem bonorum*, ancora più severamente che il doloso trasferimento, ad altri, del possesso ottenuto da una vedova, effettivamente gravida del proprio marito.

È ben vero che, anche in questo caso, come nel precedente — *nam et hoc Edictum*, dice ULPIANO [73]), *ex eadem causa proficiscitur, qua superius* — il Pretore concede un'*actio in factum* AD ID QUOD INTEREST contro la vedova, la quale *per calumniam* — cioè sapendo di non essere incinta, o di esserlo ad opera di altro uomo, che non il proprio defunto marito — ha carpita l'immissione nel possesso dei beni di questo, *ventris nomine,* e talvolta anche contro il di lei padre, quando il fatto si possa ascrivere a lui. ULPIANO alla L. un. § 4 *et* 5 D. *h. t.* dice:

---

[70]) V. LODER's, cit. *Anfangsgründe der phisiol. Anthropologie*, § 400, pag. 593; MASIUS, cit. *System*, § 215 ed HENKE, *Lehrbuch*, § 190 in fine.

[71]) V. MASIUS, *Syst. d. gerichtl. Arzneik.*, § 219.

[72]) V. STARK's, cit. *Archiv*, vol. I, num. 1; PYL's, *Repertorium für die öffentl. und gerichtl. Arzneiwissenschaft*, vol. I, sez. 2.ª, num. 1. Esempi adduce anche il METZGER, nel *Kurzgef. System der gerichtl. Arzneiwissenschaft*, § 463.

[73]) L. un. § 1 D. *h. t.*

« Simili autem modo et hic, *quanti agentis interfuit,* Praetor actionem pollicetur ».

« In *parentem* etiam Praetor actionem pollicetur: *si modo per eum factum sit, ut in possessionem per calumniam veniret* ».

Ma quest'azione si distingue da quella, della quale tratta il precedente editto, in ciò, che essa porta con sè infamia, quando segua la sentenza del giudice che abbia dichiarato la donna colpevole, precisamente e letteralmente, di *calunnia,* perchè è alla calunnia che la legge ha legato, per regola generale e come effetto ineluttabile, l'infamia. ULPIANO dice ciò espressamente in un passo, che è tolto dal suo *liber VIII ad Edictum* e costituisce la L. 19 D. *de his, qui notant infamia.*

« Non alia autem NOTATUR, quam ea, *de qua pronuntiatum est,* CALUMNIAE CAUSA *eam fuisse in possessionem missam* ».

Se la donna trovasi nella potestà del padre, e commise la *calumnia* col consenso del padre, il padre diviene infame.

« Idque et *in patre* erit servandum — dice ULPIANO nello stesso luogo — qui CALUMNIAE CAUSAE passus est filiam, *quam in potestate habebat,* in possessionem *ventris nomine* mitti ».

La *calumnia,* propriamente, produceva infamia, solo quando alcuno per tal titolo fosse stato condannato alla *legitima poena,* in relazione ad un *crimen iudicii publici,* come ad es. il *calumniator* secondo la *lex Remmia.* Nell'Editto pretorio *de his, qui notantur infamia* si dice espressamente [74]):

« Infamia notatur — qui *in iudicio publico* CALUMNIAE CAUSA quid fecisse indicatus erit ».

Ogni altra *calumnia* veniva punita *extra ordinem* e non produceva infamia [75]). Fa pertanto meraviglia, che produca infamia la

[74]) L. 1 D. *de his, qui notantur infamia.* Si confronti anche la L. 6 § 3 D. *de Decurionib.*

[75]) Dal rescritto di GORDIANO, L. 16 C. *Ex quibus causis infam. irrogatur* non risulta un concetto diverso, per quanto limitatamente alla *calumnia in iudicio publico,* come *Theod.* MAREZOLL ha dimostrato nella *Hist. dogmat. Abhandlung über die bürgerliche Ehre, ihre ganzl. Entziehung und theilw. Schmälerung,* vol. I, sez. IV, § 3, pag. 139 e seg.

*calumnia* che il Pretore punisce nella vedova, la quale colla simulazione di una gravidanza sia riuscita ad ottenere la *bonorum possessio* « *ventris nomine* ». ULPIANO [76]) ce ne dà questa ragione:

« Debuit enim coërceri, *quae Praetorem decepit* ».

Il Pretore vuol dunque che la condannata CALUMNIAE CAUSA sia notata d'infamia, per ciò che essa ha osato di ingannare lo stesso magistrato.

Però ULPIANO presuppone espressamente, che la donna non sia sotto la potestà del padre. Egli dice [77]):

« Sed ea notatur, quae, *cum suae potestatis esset*, hoc fecit ».

Se dunque la figlia trovisi ancora nella potestà del padre, allora non la figlia, ma il padre, col cui consenso l'inganno ebbe luogo, sarà notato d'infamia [78]).

ULPIANO [79]) dice nel nostro titolo:

« Si dolus filiae familias intervenerit, et particeps doli fuerit pater, *suo nomine tenebitur* ».

Appunto perchè produce infamia, quest'azione, sebbene tenda, come quella dell'Editto precedente, alla prestazione dell'*id quod interest*, è chiamata *actio quasi poenalis*.

Ecco poi in qual modo CUIACIO [80]) spiega perchè l'azione, che il Pretore dà per reprimere il dolo della donna che abbia trasferito ad altri il possesso dell'eredità del marito, non sia pure penale, ma una nuda *actio rei persecutoria*. È da considerare, egli dice, nelle azioni pretorie che tendono all'*id quod interest*, quale sia stata l'intenzione del Pretore. Dà egli principalmente l'azione nell'interesse dell'attore, perchè questi non soffra danno, come nell'azione di cui al titolo precedente? Allora, siamo di fronte non ad

---

[76]) L. 17 D. *de his, qui notant. infam.*

[77]) L. 17 cit.

[78]) V. *Ant.* FABRI, *Rational. in Pand. ad h. L. 17 D. de his, qui not. inf.*, tom. I, pag. 305.

[79]) L. un. § 12 D. *h. t.*

[80]) *Paratitla in libros L Digestor. ad h. Tit.*

un'azione penale, ma sempre ad un'*actio rei persecutoria*. La concede egli invece *in odium* del convenuto, per castigare il fatto illecito? Allora l'azione è penale; e tale è quella che il Pretore dà contro la vedova che ha ottenuto per *calumniam* la *bonorum possessio* « *ventris nomine* » [81]). Poichè però quest'azione, a differenza delle penali propriamente dette, non è diretta ad una pena pecuniaria, ma soltanto all'*id quod interest*, perciò vien detta *quasi poenalis* [82]). Sotto altro aspetto però essa pure appare come azione penale, in quanto cioè colpisce anche colui, che non era in possesso [83]), ad es. il padre colla complicità del quale la figlia ottenne il possesso per *calumniam*, ovvero anche la donna che abbia omesso di prendere il possesso e sia stata perciò causa della perdita di cose dell'eredità. ULPIANO dice, § 8:

« Sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate: dum hic contemplatione ventris non attigit hereditatem ».

A cagione del carattere penale quest'azione dura solo un anno, mentre quella è un'*actio perpetua*. ULPIANO dice alla L. un. § 3 D. *h. t.*:

« Hanc autem actionem Praetor *intra annum utilem* pollicetur, ultra non: videlicet *quasi poenalem* » [84]).

L'azione compete a coloro cui importava, che la vedova non fosse stata immessa in possesso. L'interessato, anche qui, può essere l'erede — testamentario, istituito o sostituito, o legittimo —, ma anche un legatario e talvolta l'erede dell'erede. Importa

---

[81]) Si veda anche VOET, *Comm. h. t.*; FINESTRES, *Hermogenian.*, *cit. loc.*, pag. 723, § 9 e *Ant.* SCHULTING, *Notae ad Dig. s. Paud.*, tom. IV, ad § 3 *h. t.*, pag. 328.

[82]) V. POTHIER, *Paud. Instinian.*, tom. II, *h. t.*, num. V, nota c, pag. 87.

[83]) V. *Inst.* MEIER, *Colleg. Argentorat.*, tom. II, *h. t.*, § 3.

[84]) Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 756 è detto: Ἡ ἀγωρὴ ποιναλία οὖσα, ἔστω ἐνιαυτοῦ δίδοται εἰς τὸ διαφέρον; i. e. *Haec actio, quum poenalis sit, intra annum datus in id, quod interest.*

poi esaminare le varie forme sotto le quali può presentarsi l'interesse dell'attore. ULPIANO dice al § 6:

« Competit autem haec actio ei cuius interfuit in possessionem missam non esse utputa, vel *coheredi* speranti partum [85]), vel ei [86]), *qui substitutus* [87]) fuit, vel qui *ab intestato,* si partus non fuisset, succedere potuit ».

L'*interest*, a cui è diretta l'azione, comprende oltre la restituzione dell'eredità anche il risarcimento di tutti gli alimenti fruiti durante il possesso. Questo risarcimento è solo una pena della *calumnia*. Infatti se la vedova ottenne il possesso *non calumniae causa,* essa nulla è tenuta a rifare di ciò che per il proprio mantenimento avesse percepito dall'eredità.

---

[85]) *Io. Guil.* HOFFMANN, *Observation. var. ad libros XXIV et XXV Pandector. Meletemat.*, Diss. XXII, § 11, in luogo di *partum* vorrebbe piuttosto leggere *partem*, perchè all'erede che è stato istituito contemporaneamente al *postumus*, si accresce la porzione ereditaria spettante al *venter*, se il postumo non viene alla luce o sia certo, per quanto l'erede l'ignori, che la vedova non è gravida. Importava dunque senza dubbio ad un tal coerede che la vedova non fosse immessa in possesso. Ma si può lasciar correre la lezione fiorentina, colla quale del resto, come confessa lo stesso HOFFMANN, concordano tutte le altre edizioni. Il coerede è sempre interessato, in quanto — senza la calunnia della vedova — avrebbe conseguito lui solo il possesso dell'eredità. V. POTHIER, *Pand. Iustinian.*, tom. II, *h. t.*, num. II, nota *a*, pag. 86, e VOORDA, *Thes. controv.*, Dec. XVI, § 2.

[86]) La fiorentina qui legge: « *vel* IS, qui substitutus fuit ». TAURELLIUS ha però chiuso l'*is* in un semicerchio premettendovi il segno ◣. Forse con ciò egli intese dire che l'*is* è superfluo. *Christfr.* WÄCHTLER, in *Opuscul. iurid. philolog. collect. a* TROTZ, pag. 451, pensò in principio che dovesse leggersi *vel* EI, invece di *vel* IS. Ma a pag. 483 egli dice che l'*is*, già marcato da TAURELLIUS, dovesse totalmente eliminarsi. Perchè nelle parole: *vel qui substitutus fuit*, è implicito l'*ei*. *Guil.* BESI, *Rat. emendandi leges*, cap. I, num. VII, § 4, pag. 34 (edit. Neuhaus, Lips. 1745], pretende leggere in luogo di *vel* IS, SI QUIS. Questa lezione in principio è stata pure approvata da WÄCHTLER, pag. 451. I più però preferiscono la lezione *vel* EI. Così anche leggono tutte le edizioni non fiorentine: HALOANDER, BAUDOZA, MIRÄUS, CHEVALLONIUS, MERLINUS, HUGO A PORTA ed anche il recentissimo BECK. Le fiorentine chiudono l'*is* fra parentesi e così pure l'edizione di GOTHOFREDUS. Fra le fiorentine io ho confrontato quella di RUSSARD, CHARONDAS e PACIUS.

[87]) Sc. *ventri*.

§ 7. *h. t.* « Interesse autem videtur primum de *alimentis,* quae in ventrem sunt erogata: nec enim alias haec repetuntur, nisi *per calumniam* in possessionem venit: ceterum, si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, *qua* [88]) sine causa alta [89]) est sub praetextu ventris ».

In un altro luogo, alla L. 1 § 28 D. *de ventre in possess. mitt.* ULPIANO dice:

« Et si sciens prudensque se praegnatem non esse consumpserit: de suo eam id consumpsisse LABEO ait ».

La vedova dunque non è tenuta al compenso degli alimenti fruiti:

1.° Se si sia ingannata, nell'opinione della propria gravidanza [90]): è il caso menzionato da GAIO nel lib. III *ad Edictum provinciale:*

L. 18 D. *de his qui not. infam.:* « *Ea, quae falsa existimatione decepta est,* non potest videri *per calumniam* in possessione fuisse ».

2.° Se abbia suggellato con un giuramento il mendacio della propria gravidanza [91]). I luoghi concernenti questa ipotesi sono stati, innanzi, riportati.

---

[88]) Parecchie antiche edizioni, ad es. HALOANDER, BAUDOZA, MERLIN, MIRÄUS ed anche l'ultima di BECK, leggono: « *quasi* sine causa alta *sit* ». Ammettendo una geminazione della sillaba *si* del SINE, questa lezione si giustifica perfettamente. Ma noi non abbiamo affatto bisogno di ricorrere a questa ipotesi. La particella *Qua* ha, nelle *Pandette,* come presso i classici latini, molto frequentemente il significato di *quatenus* o *eo quod. Ant.* AUGUSTINUS, *Emendation. et Opinion.,* lib. II, cap. 2; *Io.* STRAUCH, *Lexic. Particular. iuris,* voc. *Qua* e *Io.* CALVINUS, *Lexic. iuridic.,* voc. *Qua* hanno addotto molti esempi di quest'uso. Che, poi, esso ricorra anche nel nostro frammento è stato già da gran tempo rilevato da BRENKMANN nel GEBAUER, *Corp. iuris civ.* Nulla si trova in BRISSONIUS.

[89]) *Alta* i. e. *alita* come legge anche BAUDOZA.

[90]) Come possano ingannarsi anche donne esperte, dimostra KLEIN, *Erfahrung in Hufelands und Harles Journal,* vol. II, 3, pag. 65 ed HENKE, *Lehrbuch der gerichtl. Medicin,* § 191.

[91]) V. VOET, *Comm. h. t.*

3.° Se abortisce o se partorisce un feto morto o mostruoso, od altrimenti incapace a succedere [92]).

Ma talvolta l'*interest* è maggiore. Può talora consistere nel rifacimento del valore di tutta l'eredità, se questa, a cagione dell'inganno della donna, sia andata perduta per gli eredi o i sostituiti. S'immagini il caso, che l'erede istituito sia stato impedito, per effetto della simulata gravidanza della donna, di adire l'eredità e sia morto prima di adirla e non abbia, così, potuto trasmetterla ai suoi eredi. O si supponga che il testatore abbia, pel caso che gli nascesse, dopo la morte, un *postumus*, istituito questo a suo erede ed a questo ancora sostituito altri; e questo sostituito che, immediatamente dopo la morte del testatore, avrebbe potuto in mancanza del *postumus* adire l'eredità, se la donna non avesse ordito la sua frode, muoia prima di adirla. Anche qui vale la regola: *hereditas non adita in heredem non trasmittitur*. In entrambi i casi, l'azione dell'Editto può essere intentata dagli eredi di colui che dalla *calumnia* della vedova fu impedito, mentre visse, di acquistare l'eredità. Infatti, qui, l'interesse riscontrasi anche nell'erede dell'erede o del sostituto [93]), siccome provano i passi seguenti del nostro titolo.

§ 8. « Nonnumquam angebitur quod interest: si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius, qui exclusus est, dandam hanc actionem IULIANUS ait: siquidem eius quoque interfuit, non fuisse calumniae causa in possessione mulierem: quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus, heredi suo locupletiorem hereditatem suam relinqueret ».

§ 9. « Idem IULIANUS *libro nonodecimo Digestorum* sic ait: si substitutus manente muliere in possessione decesserit, heres eius eadem actione pretium hereditatis a muliere exiget » [94]).

---

[92]) L. 1 § 27, L. 2 e L. 3 D. *de ventre in poss. mitt.* V. FINESTRES, *Hermogenian.*, pag. 721 e segg.

[93]) POTHIER, *Pand. Justin.*, tom. II, *h. t.*, num. IV, nota *a*, pag. 87.

[94]) V. *Iac.* CUJACII, *Commentar. in lib. XIX Digestor. Salvii Iuliani ad h. §* (*Opp. postum. a* FABROTO *editor.*, tom. III, pag. 139). Ma perchè

Che l'azione competa anche al legatario, a causa del legato, contro la vedova ingannatrice, lo attesta il § 10:

« Sed an decedant legata ceteraque onera hereditatis, videndum? Et mihi videtur posse dici, *legatarios potius cum muliere usuros hac actione:* quia et ipsorum interfuit adiri hereditatem ».

Anche i legatari dunque possono agire direttamente contro la vedova, perchè anche ad essi interessa che l'eredità sia adita, e d'altra parte, caducato il testamento, anche i legati cadono.

Solo se sia stata legata la libertà di schiavi — direttamente o per fedecommesso — l'erede risponde di ciò che in conto del loro valore abbia ricevuto dalla vedova. Ed a ciò provvedeva anche il Pretore.

§ 11. « Libertatibus plane subveniendum erit adversus eum, qui propter hereditatem hac actione egit: scilicet ut fideicommissarias cogatur is praestare, qui pretium utique etiam eorum consequitor: sed et directis credo Praetorem succurrere oportere, ut interventu suo tueatur earum libertatem ».

Contro gli eredi della vedova l'azione trova luogo, secondo i principii del diritto romano, solo in tanto, in quanto essi si sieno arricchiti per il fatto doloso della *de cuius*. Perchè questa non è un'azione *ex delicto,* ma un'*actio poenalis* [95]).

---

se la donna è insolvente l'erede dell'erede non potrebbe *ex persona defuncti heredis*, ed a riparare gli effetti della mancata adizione dell'eredità, (arg. L. 30 pr. e L. 86 D. *de acquir. vel. omitt. heredit.*) conseguire una *restitutio in integrum?* L'Höpfner, nel *Commentar. über die Institutionen*, § 546, nota 4, risponde negativamente. Si consulti però *Iac.* Voorda, *Interpretat. et Emendation. iuris Rom.*, lib. II, cap. 20.

*) Invece di *libertati* è da adottare questa forma più esatta, con Haloander, Miräus e Beck.

95) V. Voet, *Comm. ad h. Tit.* e *Iust.* Meieri, *Collegium Argentorat.*, tom. II, *h. t.*, § 2, pag. 143.

# TITOLO VII. *

## De concubinis **

### § 1295.

*Concetto del concubinato. Sua affinità col matrimonio. Differenza tra « Pellex » e « Concubina ». Distinzione tra matrimonio e concubinato.*

Dal matrimonio importa ben distinguere quella specie di unione tra i due sessi, che dicesi concubinato [96]). Il concubinato di fatti,

---

[96]) V. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO, *Schediasma de Concubinis, earumque cum similitudine, tum differentia a legitimis uxoribus* (in *Ger.* MEERMAN, *nov. Thes. iur. civ. et canon.*, tom. V, pag. 551-560); *Christ.* TOMASII, *Diss. de Concubinatu*, Halae 1713, rec., 1724; *Io. Gottl.* HEINECCII, *Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. 4 e *Antiquitat. Rom. iurisprud. Illustrant. Syntagm. Append.*, lib. I, §§ 38, 42; *Ge.* IORDENS, *Disputatio I de Legitimatione*, Traj. ad Rhen. 1742, cap. III (in *Dan.* FELLENBERG, *Iurisprud. antiqua*, tom. II, pag. 337-350); *Ge. Zach.* WINCKLERI, *Diss. genuinum concubinatus ex mente Legum Romanar. conceptum illustrans*, Lipsiae 1744 e ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, §§ 133 e 134.

---

*) Tradotto ed annotato dal giudice BAVIERA.

**) BIBLIOGRAFIA. Citiamo sull'importante argomento: PILETTE, *Lettre à M. de Roziere sur le concubinat chez les Romains*, nella *Revue hist. du droit française et étranger*, vol. XI (1865); GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, memoria letta all'Accademia delle scienze mor. e pol. nel 1880 e inserita nella 2.ª ed. degli *Études sur la condition privée de la femme*, ecc., curata da A. ESMEIN (1885), p. 545-585; GIRAUD, *Le concubinat en droit romain*, in *Journal des savants* (1880), p. 176-189; JOERS, *Die Ehegesetze des Augustus*, in *Marburger Festschrift zum 50jährigen Doctorjubiläum Theod. Mommsens*, 1893; MEYER P., *Der roemische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, 1895; BRUGI, nel *Digesto italiano*, v. *Concubinato* (1896); COSTA, *Il concubinato a Roma* nel *Bullettino dell'Istituto di dir. romano*, vol. XI (1900), p. p. 233 e segg. E nelle opere generali: COSTA, *Corso di storia del dir. romano*, vol. I (1901), pp. 264-8; VOIGT, *Roemische Rechtsgeschichte*, vol. III (1902), p. 253 seg.; GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain*, 1901, p. 185 segg.

Gli scritti riguardanti i punti speciali saranno richiamati volta per volta.

ottenuto colla *Lex Iulia et Papia Poppaea* riconoscimento legale [97]), venne ad assumere una forma strettamente affine al matrimonio libero romano, dal quale si distinse solo per la manchevole intenzione di una piena comunione di vita. Ond'esso apparve come una unione, stabile e consensuale, ma senza la dignità e i diritti del matrimonio [98]), e venne chiamato dagli imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO [99]): *matrimonium inaequale.*

La sua affinità col matrimonio si rivela particolarmente in ciò, che il concubinato è una unione dei due sessi, consensuale e monogamica. Imperocchè per le leggi romane era vietato, tanto il tenere una concubina accanto alla moglie [100]), quanto l'avere contemporaneamente due concubine [1]).

La concubina, in date circostanze, poteva godere del nome di *matrona* e, più, dell'onore della *mater familias:* e poteva perfino essere accusata di adulterio, come se fosse una moglie, quando il

---

[97]) L. 3 § 1 D. *h. t.*: « Concubinatus per Leges nomen assumpsit ». Che in questo frammento le *leges*, cui si allude, siano la *Lex Iulia et Papia Poppaea* è stato già da gran tempo notato e dimostrato da *Em.* MERILLIUS, *Observat.*, lib. III, cap. 15 e lib. V, cap. 10; da *Ev.* OTTO, in *Papiniano*, cap. 7, e da HEINECCIUS, in *Commentar.* cit., lib. I, cap. 1, § 4, e lib. II, cap. 4, § 3. Si confronti anche IORDENS, *Dissert. cit.*, cap. III, § 1.

[98]) L. 4 D. *h. t.*; L. 3 § 1 D. *de donat. inter. vir. et uxor.*; L. 49 § 4 D. *de Legat.*, III; L. 31 pr. D. *de donation.*

[99]) L. 3 C. *de nat. liber.*

[100]) PAULUS, *Recept. Sentent.*, lib. II, tit. 20, § 1: « Eo tempore, *quo quis uxorem habet*, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur ». L. 121 § 1 D. *De verbor. Obligat.*, particolarmente la L. 1 C. *de Concubinis* (V, 26). Imp. COSTANTINUS *ad Populum*: « Nemini licentia concedatur, *constante matrimonio*, concubinam penes se habere ».

[1]) Nov. XVIII, cap. 5: « Atque haec dicimus, *si unam concubinam habuerit*, etc. Sienti enim is, qui legitimam habet uxorem, alias, constante matrimonio, insuper ducere — nequit, ita nec post concubinam lege probatam, quemadmodum diximus, etc. ». Nov. LXXXIX, cap. 12, §§ 4 e 5. Nell'ultimo paragrafo si dice: « Si vero effusa eius libido fuerit, *et alias atque alias concubinas priori superinduxerit*, habeatque multitudinem mulierum fornicantium (ita enim melius dicitur) — multas concubinas simul relinquens: odio ille habendus est, et procul a lege una cum liberis et concubinis abigatur ». V. RAMOS DEL MANZANO, cit. *Schediasm.*, cap. I num. 4 e 5, e IORDENS, *Dissert. cit.*, I, cap. III, § 10.

patrono avesse assunto a concubina la sua *liberta* [2]), il che era per lui considerato più onorevole che sposarla [3]). Se il patrono avesse sposato la propria *liberta* e questa se ne fosse separata contro la di lui volontà, allora finchè il patrono non avesse manifestato chiaramente l'intenzione di abbandonarla, essa, secondo la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, non poteva diventare nè la moglie, nè la concubina di altri [4]). Lo stesso accadeva se, invece di essere la moglie, fosse stata soltanto la concubina del patrono [5]). Una

---

[2]) L. 13 pr. D. *ad Leg. Iul. de adulter.* ULPIAN., lib. II *de Adulteris*: « Si uxor non fuerit in adulterio, *concubina* tamen fuit: iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit: iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatu se dando *matronae nomen* non amisit, *utputa* quae *patroni concubina fuit* ». L. 41 § 1 D. *de Ritu nupt.* MARCELLUS, libro XXVI *Digestorum*: « Et si qua se in concubinatu alterius quam patroni tradidisset, *matris familias honestatem* non habuisse dico ». Si confronti con questa, la L. 46 § 1 D. *de Verb. Signif.*

[3]) L. 1 pr. D. *h. t.*: « quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere ». Senza dubbio queste parole si riferiscono al patrono. Così le intendono anche il BRISSONIO, *de iure connubior.*, pag. 167 (edit. Amstel. 1662) e il THOMASIO, *Diss. cit.*, § XI. Ed evidentemente ripugna all'intelligenza di essa il senso attribuitole da DIONIS. GOTHOFREDO: che cioè sia più onorevole pel patrono che la sua liberta sia concubina altrui, anzichè moglie sua. Eppure questa strana interpretazione ebbe il plauso del grande HEINECCIO in *Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam*, lib. II, cap. 12, pag. 250 e seg. Si consulti *Aut.* SCHULTING, *Notae ad Dig. s. Pandectas*, tom. IV, ad *h. L.*, pag. 383 e WAECHTER, *Ueber Ehescheidungen bey den Römern*, pag. 246 e segg., nota + + +.

[4]) L. 45 D. *de Ritu nupt.*; L. ult. D. *de divort.*; L. un. § 1 D. *Unde vir. et uxor.*

[5]) L. 1 pr. D. *h. t.* ULPIAN, *ad leg. Iuliam et Papiam*: « Quae in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat: quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matrem familias habere ». Molte difficoltà si sono incontrate nella spiegazione di questo frammento. Alcuni, come SCHARD, in *Lexic.*, voc. *Concubina*, hanno preteso perfino di ritenere la prima parte della legge come interpolata. Altri la emendano. Si deve confessare che la legge, così come suonano le parole, non rende un senso esatto: anzi appare in sè stessa contradittoria. Ma tutte le difficoltà sono rimosse, se con HEINECCIO, *loc. cit.*, si pone un punto in-

eccezione si faceva pel caso che il patrono avesse manomesso la sua liberta *ex causa fideicommissi*. A costei era lecito di divorziare a suo piacere dal patrono, e contro la di lui volontà contrarre matrimonio con altri, perchè essa era debitrice della sua libertà non al patrono, ma al testatore che gliene aveva imposto la manomissione [6]). Le altre liberte potevano divenire mogli o concubine altrui, solo dopo che il patrono avesse manifestata l'intenzione di separarsi da esse con uno dei seguenti atti: o intentando contro la concubina l'*actio rerum amotorum*, o accusandola di adulterio, o contraendo sponsali con altra donna, o altra donna scegliendo a propria concubina [7]). Nè la follia del patrono era motivo idoneo

---

terrogativo dopo le parole: *aut in concubinatum dare* [a]). Così la prima parte della legge verrebbe a contenere una domanda: la seconda, la risposta. Sono moltissimi i luoghi difficili delle *Pandette* che si lasciano facilmente chiarire in questo modo, cioè con l'inserzione di un punto interrogativo: ce ne offrono parecchi esempi il BYNKERSHOEK in *Observation. iuris Rom.*, lib. IV, cap. 25 ed *Henr. Io.* ARNTZENIO in *Specim. Observation.*, cap. 3. Si veda anche il VOORDA, *Thes. Controversar.*, dec. XVI, § 9. Quale emenda apparirà più naturale di questa, quando si pensi che, come è notorio, gli antichi codici sono stati scritti senza segni d'interpunzione? Ma senza fondamento sarebbe cambiare, come vuole il WAECHTER, *loc. cit.*, pag. 148 segg., le parole « et *alteri se* aut in matrimonium », in queste altre: « et *iterum ei* se » ed intendere la domanda che si propone ULPIANO in questo senso: che cioè era permesso ad una concubina di separarsi dal patrono, contro la di lui volontà, e dopo tornare ad essere la sua moglie o la sua concubina. Perchè il patrono non dovrebbe poter sposare la concubina, che a lui tornasse? Ma con un terzo, sì che non potrebbe, contro la volontà del patrono, passare a nozze o in concubinato, come dimostrano le leggi citate alla nota 4.

[6]) L. 50 D. *de Ritu nuptiar.*; L. 10 D. *de divort.* V. HEINECCIUS, *ad L. Iul. et Pap. Popp.*, pag. 247.

[7]) L. ult. D. *de divort.*, particolarmente § 1 in fin. Là dove è detto: « IULIANUS quidem amplius putat, nec in concubinatu eam *alterius patroni* esse posse », deve leggersi « alterius *quam* patroni ». V. *Abr.* WIELING, *Lectiones iur. civ.*, lib. II, cap. II, § 10; VOORDA, *Thes. controv.*, dec. XXVI, § 9; POTHIER, *Pand. Iustin.*, tom. II, lib. XXIII, tit. 2, nr. XXV, not. *i*, pag. 8. Così leggono pure HALOANDER, MIRÄUS, BAUDOZA, CESTIUS, MERLINUS, CHEVALLONIUS, e parecchi altri. Ha

---

*a*) Così anche LENEL, *Paling.*, II, c. 94, ULP., nr. 1985.

a sciogliere il concubinato, come non lo era per sciogliere il matrimonio colla liberta [8]).

Prima che il concubinato fosse stato legalmente riconosciuto dalla *Lex Iulia et Papia Poppaea*, sembra che i nomi di *pellex* e *concubina* siano stati dei perfetti sinonimi; i quali valevano indifferentemente a significare non solo la donna che vivesse con un uomo ammogliato, ma anche quella che, senza vincolo di matrimonio, convivesse, come moglie, con un uomo celibe. Con questo significato una legge, attribuita al re NUMA, vietava alle *pellices* di toccare l'ara di Giunone e puniva l'offesa alla *Dea pronuba* con un umiliante sagrifizio espiatorio [9]). MASSURIO SABINO e GRANIO FLACCO, e quest'ultimo, nel suo libro *de iure Papiriano*, interpretando forse precisamente la legge di NUMA [10]), ce ne rendono testimonianza certa, al pari di taluno dei classici romani. Entrambi sono citati da PAOLO nel *liber X ad legem ad Iuliam et Papiam*, dalla quale è tolta la L. 144 P. *de Verbor. Significat.* [11]). Vi si dice:

« *Libro Memorialium* [12]) MASSURIUS scribit: PELLICEM apud

---

ragione il CLOSSIUS di osservare nel *Commentat. sist. Codicum quorund. Msptorum Digesti vet. descriptionem*, pag. 243, not. *i*, che la parola *quam* sembra essere stata tralasciata, per semplice negligenza, dal copista del manoscritto fiorentino.

[8]) L. 45 § 5 D. *de Ritu nuptiar.*; L. 2 D. *de concubin.*

[9]) GELLIUS, *Noct. Atticar.*, lib. IV, cap. 3. V. *Herm.* CANNEGIETER, *Diss. ad Legem Numae Pompilii de ara Iunonis pellici non langenda*, Lugd. Batav. 1743 (in *Dan.* FELLENBERG, *Iurisprud. antiqua*, tom. I. nr. VI, pag. 331 segg.). Secondo GELLIO, la legge del Re Numa suonava così: « Pelex asam Iunonis ne tagito; si taget, Iunoni crinibous demissis agnum feminam caidito ». V. DIRKSEN'S *Versuche für Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts*, Abh. 6, pag. 328-331.

[10]) V. *Pet.* WESSELING, *Observation. variar.*, lib. I, cap. 4, pag. 13 e CANNEGIETER, *cit. Diss.*, cap. IV, pag. 362.

[11]) Un eccellente commento a questa L. 144 si trova in *Greg.* MAJANSII, *Commentariis ad Triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in I. C. Corp.*, tom. II, pag. 129-140. Si confronti però *Sal.* RENDORP, *Diss. ad L. 144 D. de Verb. Signif.*, Lugd. Batav. 1789.

[12]) Dei *libri memorialium* di MASSURIO SABINO — erano parecchi e non uno — parla tanto MACROBIO, *Saturnal.*, lib. III, cap. 6, quanto anche GELLIO. *Noct. Atticar.*, lib. IV, cap. 20 et lib. VI, cap. 7. Con

antiquos eam habitam, quae cum uxor non esset cum aliquo tamen vivebat: quam nunc [13]) vero nomine *amicam* paulo honestiore *concubinam* appellari [14]). GRANIUS FLACCUS *in libro de iure Papi-*

---

ciò viene contemporaneamente confermata l'esattezza della lezione fiorentina, in quanto che le altre edizioni leggono erroneamente, alcune, *memoralium*, altre *memoriarum*, altre ancora *memoriabilium* ed altre infine *immemorialium*. V. *Andr. Guil.* CRAMER, *De Verb. Signif. Tit. Pandect. et Cod. cum variae lectionis apparatu* (Kiliae 1811, 8), p. 71. Del resto i *libri memorialium Massurii*, come osserva *Iac.* CUIACIUS in *Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Signif. h. L.* erano, libri « eruditionis plenissimi, quibus Massurius Sabinus complexus est ἀπομνημονεύματα, seu commemorationes varias antiquitatum ». Questa osservazione è confermata dai frammenti che MACROBIO e GELLIO ci hanno conservato.

[13]) Invece di *quam nunc* parecchie edizioni, come quelle di HALOANDER, MIRÄUS e VINTIMILLIUS, leggono « *eamque* nunc ». PAUW, *Observation. iuris civ. Rom. lib. singular.* (Hagae Comit. 1743, 4), cap. XIX, p. 115: *atque eam*, per ἀναδίπλωσιν, *Guil.* FORNERIUS, in *Comment. in Tit. Dig. de Verbor. Significat.* (Aurel. 1584, 4) *ad h. L.*: VivebATquEam, e *Abr.* WIELING, *Lection. iuris. civ.*, lib. II, cap. 9, not. $\frac{1}{1}$, pag. 155 (Traj. ad Rhen. 1740): « *eam* nunc ». *Herm.* CANNEGIETER, *cit. Dissert.*, cap. IV, not. *a*, pag. 357 opina che sottintendendo la parola *ait* tutto riesce chiaro, e crede di aver trovato un esempio simigliante nella L. 51 D. *de iure dot.* La nota seguente dimostrerà come tutte queste emende sieno inutili.

[14]) PÜTTMANN, *Coniecturar. ad locos quosd. iuris civ. depravatos Decad.* (Lips. 1763) et in *Opusculor. Syll.*, pag. 93, vuol leggere *appellant* in luogo di *appellari*. Ma il CRAMER, *cit. lib.*, ci ha, su questo luogo di PAOLO, ragguagliato di una eccellente osservazione di un gran filologo, il celebrato HEINRICH, della quale non gli si sarà mai grati abbastanza. Con ragione egli si meravigliava, come, nella perfetta concordanza della lezione *Vulgata* colla fiorentina, quei grandi giureconsulti avessero potuto indursi a cercare rifugio in congetture così vane. In effetti, tutti i tentativi della critica non sono riusciti, che alla falsificazione di un testo del tutto esatto. Si deve solo all'ignoranza dello stile e della costruzione degli antichi, se si è potuto ritenere erronea la lezione vera. La costruzione usata da PAOLO è un grecismo, come chiarissimamente risulta da un passo di LICURGO, *Orat. in Leocratem*, pag. 203 (edit. Reisk): πρὸς ἃς ἀποβλέποντας συνεθίζεσθαι τὴν πατρίδα φιλεῖν, *in quas intuentes adsueescere*. E questa costruzione era imitata anche dai classici romani, e ricorre nello stesso CICERONE, *de Finib. Bonor. et Malor.*, lib. I, cap. 9, § 30, dove si legge: « *Sentiri hoc putat, ut, calere ignem, nivem esse albam, dulce mel:* QUORUM *nihil* OPORTERE *exquisitis rationibus confirmari* ». Egualmente, CORNELIO NEPOTE in *Themistocle*, cap. VII, num. 5. Come

*riano* [15]) scribit PELLICEM nunc vulgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam [16]), quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit quam παλλακήν [17]) Graeci vocant » [b]) [*Vedi note 16 e 17 e contronota* b *a pag. seg.*].

---

dunque nei migliori classici, così pure questa costruzione s'incontra in PAOLO. Data dunque una lezione così corretta si poteva fare a meno di ogni emenda. V. CRAMER, *de Verbor. Significat.*, pag. 147 e seg.

Dello stesso genere è la trasposizione di parole, proposta dal WIELING, *cit. loc.* Egli cioè opina, che si debba leggere: « eam nunc vero nomine *concubinam*, paulo honestiore *amicam* appellari. E a lui aderisce anche *Gotfr.* MASCOV. in *Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculian.*, cap. II. § 3. Ma questa emenda riposa pure sopra un errore. Si è creduto, che il nome *amica* sia stato ritenuto più confacente che il nome *concubina*. Ma, pur prescindendo dalla concordanza esistente tra la lezione fiorentina e la *Vulgata*, per la esattezza di essa depone la circostanza, che solo il nome *concubina*, ma non l'altro di *amica*, ebbe il suggello dell'uso legale. Perciò s'incontra spesso nelle antiche iscrizioni romane il nome *concubina*, mentre il nome *amica* mai si trova usato in questo senso. V. FABRETTUS, *Inscription.*, cap. I, num. 234, cap. III, num. 261 e cap. V, pag. 392. Invero il nome *amica* derivano i grammatici romani da *amor*, che poteva essere anche un *amor turpis*. V. FESTUS in voc. *Amicitiae*. Perciò era chiamata *amica* anche una *mulier vagae libidinis*, una *meretrix*, come hanno dimostrato *Alb.* GENTILIS in *Comm. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad h. L.*, pag. 278: *Andr.* ALCIATUS. *Comm. ad cand. Leg. Iul. a Beyma ad h. L. 144* e POTHIER in *Pand. Iustin.*, tom. III, lib. L, tit. 16, num. CLXV, nota *a*, pag. 679, particolarmente MAJANSIUS, in *Commentar. cit.*, tom. II, pag. 135. Quest'ultimo adduce anche due calzanti luoghi di EUSTATHIUS e DYONISIUS CATO. EUSTATHIUS dice in *Comment. ad Homeri Iliad.*, lib. VIII: « *Concubinas* habere legibus permissum erat, et concubinae nomen probrosum non erat ». DYONISIUS CATO nel *Distich. moral:*

« Cum coniux tibi sit, ne res et fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicae ».

Nella iscrizione, che WIELING riporta da REINESIUS, pag. 806, la parola *amica* ha un significato del tutto differente, come ha dimostrato *Herm.* CANNEGIETER, *cit. Diss.*, cap. IV, nota *a*, pag. 358.

[15]) Questo *liber de iure Papiniano* era un *Commentario* che GRANIO FLACCO, a quanto sembra, ha composto sulle leggi sacre dei Re. Infatti l'opera *De indigitamentis*, riguardante i riti sacri, e citata da CENSORINO, *de die natali*, cap. 3, si ritiene che sia questa stessa, e quando MACROBIO, *Saturnal.*, lib. III, cap. 11 dice: « *In Papiriano iure* evidenter relatum est, arae vicem praestare posse mensam dicatam », è senza dubbio da intendere che egli alluda a quel Commentario. V. il mio *Lib. sing. de*

Ma dal giorno in cui il concubinato fu dalla *Lex Iulia et Papia Poppaea* riconosciuto come una unione permessa, il linguaggio del diritto cominciò a distinguere la *pellex* dalla *concubina*. E si chiamò *pellex* la donna, che conviveva con un uomo ammogliato, ed accanto alla di lui moglie. *Concubina* invece quella, che conviveva

---

*iure civili Papiriano*, §§ 34 e 39 (in *Opuscul. iurid.*, fasc. II, pag. 213 e segg. e pag. 251). Si consulti anche *Hein. Ed.* DIRKSEN, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts*, Abh. 6, pag. 280 e seg. e ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian*, vol. I, sez. I, §§ 26 e 27.

[16]) Il VALLA, *de Rebus dubiis*, cap. 48, vuol leggere *secundum quosdam*. Anche *Io.* GOEDDAEUS, in *Commentar. repetitae praelect. ad Tit. Pand. de Verbor. Significat.*, *h. L. 144*, num. 6, spiegasi il *quosdam* per *quidam*, se. *Veterum*, *dixerunt*. Così CUIACIO. Ma *quosdam* vale qui quanto *quoudam*. Così legge anche IULIUS PACIUS. Perchè le lettere *s* ed *n* sono spesso dagli antichi scambiate l'una coll'altra, come con parecchi esempi ha mostrato il CANNEGIETER in *Diss. cit. ad Legem Numae*, cap. IV (in FELLENBERG, *Iurisprud. antiq.*, tom. I, pag. 360, nota *a*). *Quoudam* dunque vale quanto l'*apud antiquos* di MASSURIO SABINO. *Antiqui* qui sono coloro che lo stesso MASSURIO SABINO in *Gellius Noct. Atticar.*, lib. V, cap. 19 chiama *iuris veteris auctores*. Sono dunque i giureconsulti precedenti ad AUGUSTO, sotto di cui fu emanata la *Lex Iulia et Papia Poppaea* e che, a differenza dei giureconsulti classici, che noi siam soliti di designare col nome di giuristi delle *Pandette*, sono chiamati *Veteres*. V. DIRKSEN'S *Abhandl. über die technische Bedeutung des Ausdrucks Veteres und einiger anderer verwandter Bezeichnungen in Röm. Rechts* (Leipzig 1825), Abhandl. 2, § 2, pag. 164 e segg. GAIUS, *Commentar.*, IV, § 30 descrive i *Veteres* come quei giureconsulti che *tunc*, cioè avanti le leggi Giulie, *iura condiderunt*.

[17]) Delle parole greche παλλαξ e παλλακη ha trattato con molta dottrina il VALCKENAER in *Ammonium Animadversion.*, L. 1, cap. 12, pag. 52. Sotto questo nome va tanto la donna che convive con persona ammogliata, quanto quella che coabita con uno scapolo. V. CANNEGIETER, *Diss. cit.*, cap. IV, presso FELLENBERG, tom. 1, pag. 355 e seg.

---

*b*) Sulle leggendarie leggi di NUMA e in genere dei Re, a cui oggi non si presta più fede, tranne da pochi, più o meno fedeli alla tradizione, cfr. per tutti KARLOWA, *Roemische Rechtsgesschichte*, vol. I. Sul *ius Papirianum*, di cui è parola più giù nella nota 15, l'ultimo lavoro è del prof. G. BAVIERA, *I monumenta Manilii e il ius Papirianum*, inserito nell'*Archivio Giuridico*, vol. LXXI, fasc. 2 (1903).

con un celibe, a somiglianza di una moglie, ma senza vincolo coniugale e senza la dignità e i diritti inerenti al matrimonio [18]).

GRANIO FLACCO che, secondo CENSORINO [19]), fiorì sotto GIULIO CESARE, e, secondo l'osservazione del DUCKER [20]), potè anche benissimo aver veduto l'epoca di AUGUSTO, dice espressamente: « *Pellicem* nunc (i. e. *sua aetate*) vulgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat ». MASSURIO SABINO, che fu scolaro di CAPITONE, visse sotto TIBERIO [21]).

Che avanti la *lex Iulia et Papia Poppaea,* anche una concubina che convivesse maritalmente, ma senza vincolo matrimoniale, con un uomo celibe, fosse chiamata *pellex*, è dimostrato dalle ultime parole: « quam Graeci παλλακην vocant », designando questo termine greco tanto una *pellex*, che una *concubina* [22]): così come il termine *concubina*, avanti AUGUSTO, era anche adoperato in senso di *pellex* [23]).

Il pellicato ed il concubinato vennero in seguito distinti per ciò, che quello denotava una relazione illecita, e questo, invece, un rapporto permesso dalla legge. Però al tempo dei giureconsulti delle *Pandette* questa distinzione non sembra che fosse così nettamente

---

[18]) V. HEINECCIUS, *ad L. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. 4, § 3 e CANNEGIETER, *l. c.*, pag. 357 segg. La definzione, che leggesi nei *Basilici*, tom. I, lib. II, tit. 2, const. CXLIV: παλλακή εστιν ἥ συζῶσα τινι εν τῷ οἴκῳ αὐτοῦ νομίμως χωρὶς γάμου. ἡ δε ἧττον τιμιωτέρα, φίλη λέγεται. i. e. « PELLEX *est, quae cum aliquo in eius domo legitime vivit sine nuptiis: paulo vero honestior,* AMICA *dicitur* », non corrisponde affatto alla nostra L. 144. Difatti qui viene da una parte registrata soltanto l'antica significazione del vocabolo *pellex*, omettendo del tutto la più recente: dall'altra il termine concubina è tradotto in φίλη, *amica;* il che è un errore dei Greci, come già ebbe ad osservare anche *Io. Guil.* HOFFMANN in *Observation. var. s. Meletemat. ad Pand.*, diss. XXXII, § 5. Si consulti anche RAMOS DEL MANZANO, *ad Leg. Iul. et Papiam*, lib. IV, reliquat. 2, nr. 9 (*Th. Meerm.*, tom. V, pag. 443).

[19]) *De die natali*, cap. 3.

[20]) *Opusc. var. de Latinitate ICtor. veter.*, pag. 147.

[21]) L. 2 § 47 D. *de Origine iuris*. V. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts*, pag. 601, not. I (8.ª edizione).

[22]) V. GOEDDAEUS, *cit. Commentar.*, nr. 5.

[23]) CICERO, *de Oratore*, lib. I, cap. 40, nr. 183.

percepita. Altrimenti non si spiegherebbe perchè le matrone romane avessero cercato di difendersi dal pellicato per mezzo di una stipulazione penale, che PAPINIANO [24]) considera come una stipulazione *ex bonis moribus concepta*, la quale, violata, dà luogo ad azione. D'altra parte questa potè esser la ragione che indusse l'imperatore COSTANTINO [25]) a proibire di nuovo il pellicato.

Così si formò il concetto romano del concubinato, come quello di un rapporto sessuale — stabile e riconosciuto dalla legge — tra un uomo non ammogliato ed una donna non maritata, che ha simiglianza col rapporto matrimoniale, ma se ne distingue per la mancanza di quell'*affectio maritalis* e di quella indivisibile comunione di vita, che essenzialmente costituisce [26]) il vero carattere del matrimonio.

Quando i matrimoni romani cominciarono a concludersi senza *conventio in manum*, col semplice *consensus* [27]), e non furono più richiesti come necessari gl'*instrumenta dotis* o altre forme e solennità estrinseche [28]), ma la effettiva, seria, e volontaria unione di due libere persone di sesso diverso allo scopo di una perfetta comunione di vita e di sorte — poichè a tutto questo, compreso lo stato e il grado sociale [29]), è diretto il *consensus* [30]) — fu ritenuto sufficiente a dar vita ad un valido matrimonio, allora dovea

---

[24]) L. 121 § 1 D. *de Verbor. Obligat.*

[25]) L. un. Cod. *de Concubin.* V. IORDENS, *Diss. I de Legitimatione*, cap. III, § 4 (presso FELLENBERG, tom. II, pag. 341 e seg.).

[26]) L. 32 § 13 D. *de donat. inter Vir. et Ux.* ULPIAN. « Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio ». L. 31 pr. D. *de donat.* PAPINIAN. « An autem *maritalis honor et affectio* pridem praecesserit, personis comparatis, *vitae coniunctione considerata*, perpendendum esse respondi: *neque enim tabulas facere matrimonium* ». § 1 I. *de patr. pot.*: « *Matrimonium* est viri et mulieris coniunctio, *individuam vitae consuetudinem* continens ».

[27]) L. 30 D. *de Reg. iuris;* L. 11 D. *de Sponsal.*, L. 66 pr. D. *de donat. inter V. et. U.;* L. 15 in fin. D. *de conditionib.*

[28]) L. 22 et 24 C. *de nupt.;* Nov. XXII, cap. 3.

[29]) L. 31 pr. D. *de donat.*

[30]) V. *Ioh. Christ.* HASSE, *Güterrecht der Ehegatten*, vol. I, §§ 31-34, pag. 98 e seg.

riuscire spesso difficile, attesa la rassomiglianza dei due rapporti, distinguere il concubinato da un libero matrimonio.

La distinzione dipendeva unicamente dai segni esteriori, che potevano rivelare l'esistenza di questo *consensus matrimonialis* o *maritalis affectio*. Una formale costituzione di dote era un tacito riconoscimento del matrimonio [31]). Così pure la cerimonia, spesso assai solenne, e non disusata neppure all'epoca cristiana, della *deductio in domum mariti* [32]) (d'onde l'espressione: *uxorem ducere*) poteva esser considerata, da un punto di vista giuridico, come prova dell'*animus maritalis* [33]).

Ma indizio più significante fra tutti era considerata la formula [34]), divenuta normale nelle tavole nuziali, ma anche adoperata oralmente avanti testimoni: che, cioè, si sposava o si teneva una donna, *liberorum procreandorum* (*quaerendorum* ovvero *suscipiendorum*) *causa*; e questa efficacia non dipendeva già da ciò, che la procreazione della prole fosse tenuta come lo scopo principale del matrimonio, ma dalla considerazione che solo il matrimonio poteva essere base legale ai rapporti di paternità e filiazione [35]). E di fatti come, in senso legale, potevano dirsi *filii filiaeque* solo quei fanciulli che fossero stati generati in giuste nozze, così, solo tali figli poteva dirsi che avessero un padre al quale li rilegasse e la parentela del sangue e la patria potestà [36]). È per

---

[31]) L. 3 D. *de iure dot.* ULP.: « Neque enim dos sine matrimonio esse potest ». L. 20 C. *de donat. ante nupt.*: « Dos propter nuptias fit, et sine nuptiis nulla dos intelligitur ».

[32]) V. la parte XXII di questo *Commentario*, § 1191 e, principalmente, HASSE, *Güterrecht der Ehegatten*, vol. I, §§ 32-34.

[33]) V. ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts bis Iustinian*, vol. I, sez. 2.ª § 145, p. 531.

[34]) Si veda su ciò quel luogo di ULPIANO nel *Fragm.*, tit. III, § 3, dove chiarissimamente è detto: « Nam lege Iunia cautum est, ut si (Latinus) civem romanam, vel Latinam uxorem duxerit, *testatione interposita*, quod *liberorum quaerendorum causa* uxorem duxerit, etc. ».

[35]) V. HASSE, *l. c.*, § 35, p. 117. *Heinrich Ed.* DIRKSEN'S *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts* (Leipsig 1823), diss. I, p. 53 e seg. e ZIMMERN, *cit. Gesch.*, *l. c.*, § 145, p. 532 e seg.

[36]) L. 3 D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* GAIUS: « Item *in potestate nostra* sunt liberi nostri, quos *ex iustis nuptiis* procreaverimus »;

ciò che l'imperatore PROBO (L. 9 Cod. *de Nupt.*) rescrisse, che anche in mancanza di *tabulae nuptiales,* non si poteva tuttavia dubitare dell'esistenza di un matrimonio e della legittimità della figlia in esso generata, se i vicini od altre persone avessero potuto attestare che FORTUNATO, al quale appunto il rescritto era diretto, avesse tenuto presso di sè la donna, *liberorum procreandorum causa* [37]).

Quando l'*affectio maritalis* non risulti così manifestamente dalla formula, è lecito ricorrere alla presunzione giuridica, traendola dalla qualità della persona colla quale sia stato stabilito il rapporto.

Così, se alcuno avesse preso con sè un' *ingenua et honestae vitae mulier* e con lei avesse convissuto come con una moglie, allora si presume che fosse stato concluso un matrimonio [38]). Ad evitare la quale presunzione quegli avrebbe dovuto espressamente, avanti testimoni (*testatione*), dichiarare e far noto che prendeva con sè quella donna in qualità di concubina [39]). Chi non volesse l'una cosa e non facesse l'altra si renderebbe colpevole *criminis stupri* [40]). [*Vedi nota a pag. seg.*].

---

L. 4 D. *eodem*; ULPIAN.: « Nam qui *ex me et uxore mea* nascitur, *in mea potestate* est »; L. 6 pr. D. *eodem*; IDEM: « *Filium* enim definimus, qui *ex viro et uxore eius* nascitur ».

37) « *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem* LIBERORUM PROCREANDORUM GRATIA *domi habuisti,* et EX EO MATRIMONIO *filia suscepta, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sint, non ideo minus* VERITATEM MATRIMONII *aut* SUSCEPTAE FILIAE *suam habere potestatem* ». Si confronti con questo il luogo, di CALLISTRATO alla L. 220 § 3 D. *de Verb. Signif.* A questo argomento ha tratto anche il luogo di QUINTILIANO, *Declamat.* CCXLVII in fin. *Sermonis:* « Fingamus, nuptias quidem fecisse nullas, *eoisse autem* LIBERORUM CREANDORUM GRATIA: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata ». Si veda *Ger.* NOODT, *Commentar. ad Dig.*, lib. XXIII, t. 2, § *Nunc rem* (tom. II, *Opp.*, p. 486) e la parte XXIII di questo *Commentario*, § 1205.

38) L. 24 D. *de Ritu nuptiar.* MODESTINUS, lib. I *Regular.*: « In liberae mulieris consuetudine non concubinatas, sed *nuptiae* intelligendae sunt ».

39) L. 3 pr. *h. t.* MARCIANUS, libro XII *Institutionum:* « In concubinatu potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit: alioquin, si *honestae vitae,* et *ingenuam mulierem* in concubinatum habere maluerit, *sine testa-*

All'opposto, se la donna colla quale alcuno convivesse, fosse una *liberta* ovvero anche una *ingenua*, ma tale che *quaestum*

---

*tione hoc manifestum faciente non conceditur:* sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere ». *Ger.* NOODT, *Comment. ad Dig. h. t.* in fin., pag. 537 spiega le parole: *sine testatione hoc manifestum faciente*, così: « id est, sine matrimonio, sive palam coram vicinis aut aliis testibus non declarato, *se illam domi habere liberorum procreandorum gratia:* id enim hac loquendi forma indigitari, idemque sequente versu fortissime evincere hanc MARCIANI sive illationem sive conclusionem: *Sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere* ». Il NOODT opina cioè, che una *mulier ingenua et honestae vitae* non si possa affatto tenere presso di sè come concubina, e ciò conformemente ad un senatoconsulto, ricordato da PAPINIANO alla L. 10 § 2 D. *ad L. Iul. de adult. coërc.*, e citato alla lettera da TACITO nel lib. II, cap. 85 degli *Annal.* D'onde il dilemma, o di sposarla, o, ricusandosi a ciò e volendo vivere con lei senza nozze, di rispondere di *stuprum*. Della stessa opinione erano stati, prima del NOODT, *Iac.* RAEVARDUS, *Varior.*, lib. IV, cap. 18, e *M. Vertran.* MAURUS, *de Iure liberorum*, cap. 30 (in *Thes. iur. Rom. Otton.*, tom. III. pag. 1043). Ma l'interpretare la *testatio* come *t. nuptialis*, scil. *uxorem duci liberorum procreandorum causa*, è manifestamente contrario al senso delle parole, come ha chiaramente dimostrato *Francisc.* RAMOS DEL MANZANO nel *Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam Popp.*, lib. IV, reliquat. 2, nn. 8-10 (in *Thes. Meerm.*, tom. V, pag. 443). In favore dell'interpretazione da me accolta predica anche lo scoliaste greco, nei *Basilici*, tom. VII, lib. LX, tit. 37, sch. *h*, pag. 639 e segg., dove si dice: *ἐὰν σεμνῆς ζωῆς ἐστὶ καὶ εὐγενὴς ἡ γυνή, οὐ δυναταί τις ἔχειν αὐτὴν παλλακίδα, εἰ μὴ ἄρα προδιαμαρτύρηται ὅπως παλλακίδα αὐτὴν ἔχει. χωρὶς γὰρ τῆς διαμαρτυρίας ταύτης ἐὰν συναφθῇ, ἢ γαμετὴν αὐτὴν ἔχειν πιστεύεται, εἰ μὴ ἔχων διάθεσιν γαμικὴν πρὸς αὐτὴν στοῦπρον ἁμαρτάνει.* i. e. *Si honestae vitae est et ingenua mulier, non potest quis eam habere in concubinatu, nisi coram testibus manifestum faciet,* SE EAM IN CONCUBINATU HABERE: *alioquin sine hac testatione si ei iungatur, vel uxorem habere creditur, vel si non habet affectionem maritalem erga eam, stuprum committit.* Una ulteriore conferma sul carattere, tutt'altro che *nuptialis*, di questa *testatio*, si trae dallo sch. *i:* *Ἤγουν ὅτι παλλακῇ τούτῃ χρᾶται, οὐ μὴν γυναικί:* cioè: *nimirum quod ea concubina utatur, non uxore.* E con questa interpretazione concorda la glossa di ACCURSIO. Come poi si eliminino tutte quelle altre contradizioni, immaginate dal THOMASIO in *Diss. de concubinatu*, § 12 colla L. 1 § 1 *h. t.* e colla L. 24 D. *de Ritu nupt.* hanno esaurientemente indicato l'HEINECCIUS *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. IV, cap. 2. § 4, pag. 172 e il IORDENS cit. *Diss.*, cap. III, § 8.

[10]) L. 34 pr. D. *ad L. Iul. de adulter.* MODESTINUS libro I *Regularum:* « Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet: *excepta videlicet concubina* ».

*corpore fecit* [41]), ovvero *damnata adulterii* [42]), o persona altrimenti abbietta che per legge non si potesse togliere in moglie [43]) ed *in quam stuprum non committitur* [44]), allora prevaleva la presunzione di concubinato, anche quando esistessero gl'*instrumenta dotalia*: perchè questi non potevano in alcun modo aver efficacia di legittimare un matrimonio fra persone, alle quali le leggi non concedeano il *ius connubii* [45]).

GIUSTINIANO in principio lasciò le cose come stavano. E anche nella Novella XXII, cap. III, disse: « Nuptias *mutuus* facit *affectus*, dotalium instrumentorum accessione non indigens ».

Successivamente però, cioè nella Novella LXXIV, cap. IV, § I e nella Novella CXVII, cap. IV, dispose che le persone « *dignitatum maiorum*, usque ad Senatores et Illustres » non potessero contrarre matrimonio, altrimenti che « *confectis dotalibus instrumentis* » [46]).

La differenza esistente tra la *concubina* e l'*uxor* si spiegava nei seguenti effetti [47]):

1.° La concubina non partecipava in alcun modo allo stato ed al grado sociale dell'uomo col quale conviveva [48]), mentre la moglie vi partecipava pubblicamente, in misura eguale al marito [49]). Vero è che la *liberta* del patrono aveva *matronae nomen et matris-*

---

41) L. 3 pr. D. *h. t.*

42) L. 1 § 2 D. *h. t.*

43) L. 3 pr. D. *h. t.* Per una *ingenua*, *obscuro loco nata*, come per una *liberta*, non occorreva alcuna *testatio*. V. ZIMMERN, cit. *Geschichte*, § 133, pag. 488, not. 19.

44) L. 1 § 1 D. *h. t.*

45) L. 16 D. *de his, quae ut indignis*. V. HEINECCIUS, *ad L. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. 4, § 4, pag. 173.

46) V. la parte XXIV di questo *Commentario*, § 1220.

47) V. RAMOS DEL MANZANO, cit. *Schediasma de Concubinis*, cap. III (in *Thes. Meerm.*, tom. V, pag. 559 e seg.); *Em.* MERILLIUS, *Observation.*, lib. III, cap. 16, e IORDEUS, cit. *Diss. I de legitimat.*, cap. III, § 9 (presso FELLENBERG, tom. II, pag. 347 e seg.).

48) L. 4 D. *h. t.*; L. 49 § 4 D. *de legat.*, III.

49) L. 32 § 13 D. *de donat. inter Vir. et Ux.*; L. 31 pr. D. *de donat.*: PAULUS, *Sententiar. Recept.*, lib. II, tit. 20, § 1.

*familias honestatem* [50]), ma essa era del tutto esclusa dalla dignità sociale dell'uomo [51]).

2.° Una prerogativa peculiare della moglie sulla concubina consisteva in ciò che, in caso di sottrazioni, si poteva contro di questa istituire l'*actio furti*, mentre contro di quella era d'uopo ricorrere ad un'azione, che meno ne compromettesse l'onore: la *rerum amotarum actio* [52]).

3.° Ad un'*uxor* il marito non poteva validamente *donare:* invece le donazioni che un romano avesse fatto alla propria concubina erano valide ed irrevocabili [53]).

4.° Una concubina poteva essere un'*ancilla:* ma l'*uxor* era sempre una persona libera [54]).

5.° Il *divortium* poteva aver luogo soltanto tra coniugi: non tra coloro che vivevano in concubinato [55]). La concubina poteva essere abbandonata senza alcuna formalità; non così l'*uxor* [56]).

6.° Un ufficiale imperiale poteva, nella provincia in cui esercitava l'ufficio, tenere una donna del luogo, come concubina, ma non prenderla come moglie [57]).

7.° Infine la differenza più importante tra il concubinato e il matrimonio si faceva palese in rapporto ai figli [58]). I nati dal

---

[50]) L. 13 pr. D. *ad Leg. Iul. de adulter.;* L. 41 § 1 D. *de ritu nuptiar.*

[51]) V. HASSE, *Güterrecht der Ehegatten*, vol. I, § 35, nota 171, pag. 116.

[52]) L. 17 D. *de act. rer. amot.* ULPIAN: « Si *concubina* res amoverit, hoc iure utimur, *ut furti teneatur* ».

[53]) L. 3 § 1 in fin. D. *de donat. inter V. et U.;* L. 31 pr. D. *de donat.* Per le concubine dei soldati (*focariae militum*) sembra però che si facesse un' eccezione. L. 2 C. *de donat. inter V. et Ux.* (V, 16).

[54]) L. 8 D. *de pignor.*; L. 38 pr. D. *de rebus auct. iud. possid.*: L. ult. Cod. *Communia de manumiss.* (VII, 15); Pr. I. *de rupt.*

[55]) L. 17 pr. D. *de act. rer. amotar.*

[56]) L. 9, L. 11 D. *de divort.* V. THOMASIUS, *Diss.* cit., § 14.

[57]) L. ult. D. *h. t.*

[58]) V. tit. Cod. Theod. et Iustin. *de naturalibus liberis, et matribus eorum.* IORDENS, Diss. I *de Legitimatione*, cap. II, §§ 3-5. Cfr. la mia *Intestaterbfolge*, §§ 127-130 (2.ª ediz.) e ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 134, p. 491 e seg.

concubinato non godevano del diritto dei figli legittimi. Non erano sotto la patria potestà del genitore. E per distinguerli da quelli del matrimonio si chiamavano *liberi naturales*.

Prima però essi eran considerati tutti come illegittimi [59]). Fu con COSTANTINO, che i figli della concubina cominciarono a chiamarsi *naturales*, in un senso proprio e particolare [60]). Nel testo greco delle *Novellae* [61]) essi son detti νόθοι, la quale espressione non è propria di ogni illegittimo, ma designa specificamente i figli della concubina: i *naturales*, in senso proprio [62]).

In rapporto alla madre e ai parenti materni i figli della concubina, come del resto tutti gli altri illegittimi, si trovano nella stessa situazione dei legittimi [63]). Ma in rapporto all'altra linea, si può dire che essi non hanno, nel senso del diritto civile, nè un padre, nè una parentela paterna [64]). Secondo le leggi delle *Pandette* essi erano, in riguardo al padre, considerati come *extranei* e potevano, come la stessa concubina, succedergli solo per atto di ultima volontà [65]). Prima di GIUSTINIANO infatti non si parlava

---

[59]) L. 45 D. *de vulgari et pupill. substitut.*; L. 17 § 4 D. *ad SCtum Trebell.* V. ZIMMERN, *l. c.*, not. 2, p. 491.

[60]) Nov. LXXXIX, *Praef.* Questo significato peculiare della denominazione *liberi naturales* sta a base di tutto il Tit. Cod. *de naturalibus liberis* e delle Novelle. In questo senso i *naturales* si distinguono nettamente dagli *spurii*. V. Iac. CUJACII, *Recitat. solemn.* in Cod. ad tit. XXVII, lib. V. *de naturalib. liberis.*

[61]) Nov. LXXIV e Nov. LXXXIX.

[62]) V. IORDENS, *c. l.*, § 3, pag. 331.

[63]) L. 5 C. *ad SCtum. Orfit.*

[64]) L'imperatore GIUSTINO nella L. 7 Cod. Iust. *de naturalib. liberis* dice: « ius nomenque patris liberis naturalibus esse denegatum. i. e. nomen iusti patris ». Poichè « Pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant ». L. 5 D. *de in ius vocando.* V. CUJACIO, *Paratitl.* in Cod. lib. V, tit. 27.

[65]) In riguardo ai figli naturali, l'affermazione è posta fuori dubbio dalla L. 45 D. *de vulg. et pupill. substit.* e dalla L. 17 § 4 D. *ad SCtum Trebell.* Che poi anche la concubina potesse essere contemplata nel testamento, ce lo attesta non solo CELSO, L. 29 pr. D. *de legat.*, II, ma anche PAPINIANO, L. 16 § 1 D. *de his, quae ut indignis.* Qui PAPINIANO dice: « Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur: *eius, qui concubinam habuit, quod testamento*

di un loro diritto di successione legittima. Solo nel Codice quel diritto fu mutato a vantaggio dei figli della concubina e della loro madre.

---

*relictum est, actio non denegabitur:* idque in testamento COCCEJI Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes nostri indicarunt, cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitum (o, come HALOANDER ed altri più correttamente leggono: *quaesitam*) apparuit ». Vero è che nell'interpretazione di questi frammenti si sono trovate tante difficoltà, che si è sentito persino il bisogno di ricorrere ad emendazioni del testo. Così, ad es., *Iac.* CUJACIUS, *Observat.*, lib. V, cap. 6, vorrebbe in fine del passo, invece di *vulgo quaesitam apparuit*, leggere piuttosto *vulgo quaestum fecisse adparuit*, e immemore della L. 1 § 3 D. *h. t.* e della L. 7 D. *de gradib. et adfin.* vuole che Cassiano, dopo la morte di Rufina colla quale egli doveva aver vissuto in legittimo matrimonio e la cui figlia quindi sarebbe stata sua figliastra, faccia di questa la sua concubina, « quia apparuerit, *eam quaestum fecisse corpore* ». Ma questa interpretazione incestuosa è stata ben a ragione rifiutata da *Petr.* PERRENONIUS, *Animadversion. et variar. Lection. iuris cir.*, lib. II, cap. 25 (in *Thes. I R. Oltonn.*, tom. I, pag. 655 e seg.), da *Em.* MERILLIUS, *Observation.*, lib. III, cap. 17 e particolarmente da HEINECCIUS, *ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam*, lib. II, cap. 1, § 2, pag. 109 e seg. e cap. IV, pag. 169. Il PERRENONIO ha veramente ragione quando opina, che Cocceio Cassiano avesse vissuto con Rufina in concubinato, ed esattamente lo argomenta dal fatto che, anteriormente, ella aveva avuto una *filia vulgo quaesita*. Ma siccome le parole: *qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat*, a lui sembrano implicare una *maritalis affectio*, così egli si permette mutarne il senso con una negazione leggendo: « qui Rufinam ingenuam *non* honore pleno dilexerat ». Ma questa emenda è superflua, come ha dimostrato il TROTZ, *de Memoria propagata*, I, 2, pag. 132. Tralascio le altre emendazioni altrettanto ingegnose quanto inutili. *Guid.* PAUCIROLUS in *Thesauro variar. Lection. utriusque iuris* (Lugd. 1617), lib. II, cap. 102, pag. 274 e seg.; *Iac.* RAEVARDUS, *Conjectaneor.*, lib. II, cap. 5 (*Opp.*, tom. II, Lugd. 1623, 8); *Greg.* MAIANSIUS, *ad triginta ICtorum omnia fragmenta*, tom. II, pag. 138 e seg.; *Ios. Fern.* de RETES, *Opusculor.*, lib. VIII, cap. 22 (in *Thes. Meerman.*, tom. VI, pag. 406), *Em.* MERILLIUS, *c. l.*, ed HEINECCIUS, *c. l.*, pag. 109 hanno provato come quel frammento possa intendersi esattamente, senza bisogno di alcuna emenda. Una donna si lascia mantenere in qualità di concubina da un uomo che non è il suo patrono. La possibilità del concubinato *cum aliena liberta* è affermata espressamente da MARCIANO nella L. 3 pr. D. *h. t.* Ma qui non è neppure necessario d'immaginare, che si tratti di una *liberta*, potendo la concubina essere anche un'*ingenua*, che non ha patrono.

L'imperatore COSTANTINO il Grande manifestò da principio la maggiore avversione contro il concubinato, vietando ai figli (e

---

alcuno. L'uomo fa testamento e con questo benefica la concubina. E qui sorge la questione, se il fisco possa annullare il legato. Nessun dubbio, che una *stupro cognita* ovvero anche una *mulier, in quam turpis suspicio cadere potest* nulla possa così acquistare, neppure da un testamento privilegiato di militari. La L. 14 D. *de his, quae ut indignis*, e la L. 41 pr. D. *de testam. milit.* parlano chiaro. Un tal legato si devolve inesorabilmente al fisco. V. ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 133, not. 25, pag. 489. Ma qui non poteva trattarsi di ciò: essendo da gran tempo ammesso (*placuit*) che non si commetteva stupro colla persona che si teneva in lecito concubinato. Per conseguenza nel caso proposto PAPINIANO non trova alcuna difficoltà a dichiarare il legato, tale da non poterglisi negare l'azione. Perocchè le *concubinae* avevano sulle *uxores* il vantaggio di poter ricevere nella sua integrità il legato che queste, secondo la *Lex Iulia de decimis et solidi capacitate* (ULPIAN., *Fragm.*, tit. 15 et 16), non potevano ricevere intero (*Solidum*). Ma PAPINIANO corrobora altresì la sua decisione con un notevole ed effettivamente controverso caso, tratto dal testamento di un certo Cocceio Cassiano, risoluto dagli imperatori SEVERO ed ANTONINO, dove è perfino dubbio se il detto Cassiano fosse effettivamente vissuto in concubinato colla persona, la cui figlia egli aveva insieme alla propria nipote considerata nel testamento. Cassiano era un senatore: essendo ai senatori attribuito il titolo di *clarissimi*. L. 8 D. *de Senatoribus*. Aveva convissuto con un'*ingenua*, chiamata Rufina e da lui amata *pleno honore*. Se la lezione di HALOANDER, *pleno amore*, fosse esatta, la questione sulla qualità di costei, se concubina o moglie, non sarebbe sorta: perchè il *plenus honor*, come lo stesso PAPINIANO dice in altro luogo (L. 31 D. *de donat.*), è certamente quel *maritalis honor et affectio*, che distingue l'*uxor* dalla *concubina*. Senonchè Cassiano potè aver avuto per la sua Rufina l'affezione di una moglie (la lezione dell'HALOANDER, sebbene vagheggiata da *Ant.* FABER, *Conjecturar. iur. civ.*, lib. III, cap. 14, non ha in suo favore la benchè minima autorità), eppure Rufina potè non essere stata la sua *iusta uxor*. Amarono anche, VESPASIANO la sua Canidia, e COMMODO la sua Marcia, così « ut paene *iustae uxoris loco* haberent »; e nonostante SUETON. in *Vespas.*, c. 3, ed HERODIAN., I, pag. 26 (cfr. la nota di MARCILIO al passo di SUETON. nell'edizione di PITISCO) ci riferiscono che l'una e l'altra furono semplici concubine dell'imperatore. La nostra Rufina era bensì un'*ingenua*, ma una *mulier vulgaris, quae quaestum corpore fecerat*. Di fatti la di lei figlia è additata come *vulgo quaesita*. Ora una tal donna non poteva, per la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, diventare la moglie di un Senatore. ULPIANUS, *Fragm.*, tit. XIII, § 1. Ma, d'altra parte, essa non era stata *stupro compressa*, perchè non era possibile commettere *stuprum* con una *ingenua, quae corpus vulgaverat*. L. 34 § 1 D. *ad Leg.*

così anche alle madri) generati dai senatori e altri alti ufficiali con donne di certe basse categorie, minutamente descritte nella stessa costituzione — senza distinguere se il padre avesse voluto considerarli come *naturales* o come *legitimi* — di ricevere qualcosa dal genitore sia per donazione che altrimenti. Le donazioni e i legati che contravvenivano a questo divieto si devolvevano ai figli legittimi, e ai fratelli e sorelle o ai genitori del padre: e, in mancanza, al fisco [66]).

Anzi noi abbiamo ultimamente saputo dal frammento di una costituzione dell'imperatore COSTANTINO il Grande dell'anno 336, ritrovata del PEYRON, che quanto fosse stato donato o lasciato per testamento dal padre naturale al figlio della concubina si de-

---

*Iul. de adult.*, cap. IV, § 4. Dunque, la Rufina non poteva essere altro che la concubina di Cassiano. L. 1 § 1, L. 3 pr. D. *de Concubin.* e Cassiano non poteva tener Rufina altrimenti che come concubina. E che questo sia il concetto di PAPINIANO, s'inferisce da vari argomenti. Anzitutto da ciò, che Cassiano chiama la figlia di Rufina non già *privigna*, ma semplicemente *alumna*. L'avrebbe invece chiamata *privigna* s'egli avesse vissuto colla di lei madre, *in modum iustae uxoris*. Osservo qui che è un errore, quello sostenuto da *Giul.* RANCHINUS, *Variar. Lection.*, lib. III, cap. I (in *Thes. Otton.*, tom. V, pag. 247), cioè, che la figlia di cui si parla fosse stata generata da Cassiano nel suo concubinato con Rufina. Se così fosse non si comprenderebbe il qualificativo di *alumna*, datole nel suo testamento. Ciò peraltro contraddice anche di più al secondo argomento, consistente in ciò, che questa figlia era una *vulgo quaesita*. Cassiano dunque non potè aver preso sul serio Rufina per sua moglie: glielo impediva la legge che, come senatore, egli dovea ben conoscere. Se dunque Cassiano avesse beneficato col suo testamento Rufina, il legato non poteva considerarsi *ereptitium* ed essa poteva benissimo raccoglierlo per intero appunto perchè non era un'*uxor*. Ben è vero, che PAPINIANO non spiega pedantemente tutto ciò, ma noi possiamo, sulle orme del PANCIROLUS, *c. l.*, e del RETES, *c. l.*, supplire convenientemente col nostro pensiero: perchè la questione principale che PAPINIANO risolveva era precisamente questa: se col testamento si potesse lasciare validamente qualcosa alla concubina. Vero è che Cassiano aveva contemporaneamente istituite eredi la propria nipote e la figlia della concubina: ma sulla validità di questa istituzione poteva ancora meno cader dubbio. Dal momento che Cassiano avrebbe potuto contemplare nel testamento la madre, perchè non poteva beneficare anche la figlia?

[66]) L. 1 Cod. *de naturalib. liberis.*

volveva solo ai fratelli e sorelle *consanguinei*, come agnati, e non agli *uterini*, secondo una analoga distinzione che questo imperatore aveva adottato, nella *querela inofficiosi testamenti*, dei fratelli e sorelle [68]).

E ciò che con questa costituzione venne disposto per l'Oriente, fu ripetuto per l'Occidente colla L. 3 C. Theod. *de natural. fil.* [69]), la quale ultima legge costituisce la L. 1 C. Inst. *eod.*

Men duri verso i figli naturali e le loro madri si mostrarono gl' imperatori VALENTINIANO, VALENTE e GRAZIANO, per ciò celebrati dallo stesso GIUSTINIANO in una delle sue Novelle [70]). Questi imperatori addolcirono la durezza della già ricordata legge del primo imperatore cristiano, disponendo, con una costituzione del 371 [71]) che, un genitore può, con atto sia tra vivi che di ultima volontà, lasciare ai suoi figli naturali e anche alla sua concubina un dodicesimo (*uncia*) del suo patrimonio, quando avesse discendenti legittimi, padre o madre, e in mancanza di questi, anche di più, ma giammai più del quarto.

Gl' imperatori ARCADIO ed ONORIO modificarono questa costituzione nel senso, che la concubina, quando fosse sola, non potesse conseguire più di un ventiquattresimo (*semiuncia*) dei beni di cui si tratta. La costituzione al riguardo esistente nel Codice giustinianeo [72]) è però fortemente interpolata, come noi stessi abbiamo potuto convincerci confrontandola col testo della costituzione di quegl'imperatori, riportato nel *Palimpsesto torinese*. Essa

---

[67]) V. *Car. Frid. Christ.* WENCK, *Cod. Theod.*, libri V priores (Lips. 1825), pag. 212. Si confronti con questa la L. 5 Cod. Theodos. *de naturalib. filiis.* Presso WENCK, p. 219.

[68]) L. 1 C. Th. *de inoff. testam.* V. WENCK, not. *z*, ad L. 2 C. Th. *de nat. fil.*, pag. 212.

[69]) Presso WENCK, *c. l.*, pagg. 214, 217.

[70]) Nov. LXXXIX, cap. 12 pr.

[71]) Presso GOTHOFREDUS, *Cod. Theod.*, tom. I, pag. 392 edit. Ritter è la L. 1: presso WENCK, *c. l.*, pag. 217 seg. è la L. 4 Cod. Th. *de natural. filiis.* Vi si parla di un *temperare leges Constantinianas.* V. *Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar.*, pag. 393.

[72]) L. 2 C. *de naturalib. liberis.*

costituisce ora la L. 6 Cod. Theod. *de naturalib. filiis*, e secondo WENCK [73]) è del seguente tenore:

« Impp. ARCADIUS et HONORIUS A. A. et THEODOSIUS A. *Anthemio* Pf. P.

« Damus patrum arbitrio, si tamen legitima prole careant, nec filios, vel nepotes ex filio matremve habeant, naturales filios, quos ex quaesito susceperint contubernio, eorumque matrem, tres bonorum suorum uncias largitate prosequi, seu ultima voluntate: matre vero, vel ceteris personis, quae ex connubio sunt, hoc est, legitimis filiis, vel nepotibus ex filio, viventibus, vel existentibus, pater bonorum suorum unam tantum unciam naturalibus filiis eorumque genitrici largiendi aut relinquendi habeat potestatem. Dat. Id. Novemb. *Costantinop.* Stilicone II et Anthemio Coss. (405)».

Questa legge ripete dunque ciò che aveva disposto la L. 4 Cod. Th. *eod.* e ripete meglio, e solo per l'Oriente, ciò che potè aver disposto per l'Occidente la lacunosa L. 5 Cod. Theod. *cod.*, dalla quale gli autori del Codice giustinianeo hanno dedotto nella L. 2 *cit.* la modificazione riguardante la concubina.

La costituzione, nella compilazione giustinianea, è interpolata perchè essa parla principalmente di nipoti e non, come la L. 6 Cod. Theod., di *nepotes ex filio* [74]); e di più contiene un'aggiunta. Oltre a ciò omette tutta la prima parte della L. 6 C. Theod. L'inscrizione e la sottoscrizione sono per altro identiche. Nel Codice di GIUSTINIANO così dunque suona la L. 2 *eodem*:

« Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus, vel pronepotibus cuiuscumque sexus, uno pluribusve existentibus, bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus, eorumque

---

[73]) *Codicis Theodos., libri V priores*, lib. IV, tit. 6, n. 6, pag. 220.

[74]) Incontestabilmente perchè, allora, il diritto era stato mutato dalla L. 4 Cod. Theodos. *de legit. hered.* (V, 1) o dalla L. 9 Cod. Iustin. *de suis et legitim. liber.* che è di 18 anni precedente alla L. 4 Cod. Th. V. WENCK, ad L. 4 Cod. Theod. *de nat. fil.*, not. *f*, pag. 218, not. *l*, pag. 219 e ad L. 6 C. Th. *eod.*, not. *r*, pag. 220. Vedi anche ZIMMERN, *Gesch. des R. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 134, not. 8, pag. 493.

genitrici, vel *si sola sit concubina, semiunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem.* Quicquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri, vel ceteris successoribus iure reddatur ».

Le ultime parole furono aggiunte da GIUSTINIANO perchè alla legge non fosse fatto quel rimprovero d'incompletezza, che ei le fa nelle sue Novelle [75]). Per quest'aggiunta quindi ciò che ai figli naturali e alla loro madre fosse stato lasciato *ultra modum* si accresceva ai figli legittimi ed agli altri parenti.

VALENTINIANO III nel 426, con una costituzione che non ci è pervenuta [76]), ristabilì la legge rigorosa di COSTANTINO il Grande: ma TEODOSIO II l'abrogò per l'Oriente sul quale imperava, e richiamò in vigore il diritto introdotto colla L. 4 e 6 C. Th. *de nat. fil.*, ma solo nei rapporti dei figli naturali, perchè, nei riguardi della concubina rispettò la costituzione di VALENTINIANO. Ciò fu fatto, secondo GOTOFREDO [77]), colla L. 2, secondo WENK [78]), colla L. 8 C. Theod. *eodem*, data a Costantinopoli l'anno 428. Ecco il testo di questa costituzione:

« Naturales liberi eorumque matres nec parentum arbitrio in successionibus ceterisque modis, quibus rei mobilis vel immobilis dominium confirmatur, passim et sine legis distinctione congrua permittantur, *nec tamen legis, quae nuper lata est, asperitate premantur,* cum satis sit, eos *secundum priorem constitutionem,* aut extantibus iustis liberis, aut etiam non extantibus, id tantum consequi, *si patris deferatur arbitrio* [79]), quod per eam iusta moderatione decretum est: ceteris, quae de eorum matribus, libertis,

---

[75]) Nov. LXXXIX, cap. 12 pr.

[76]) Il frammento Torinese della L. 7 C. Th. *de nat. fil.* sembra aver costituito (WENCK, pag. 221) il principio della stessa e la L. 3 Cod. Th. *de libertis* essere stata (WENCK, pag. 326) una parte di questa costituzione. V. la nota 4, pag. 221.

[77]) *Cod. Theod.*, tom. I, pag. 395 edit. Ritt.

[78]) *Cod. Th. libri V prior.*, pag. 222.

[79]) Ancora non si conosceva una successione legittima dei figli naturali.

libertinisque *per novam constitutionem* decreta sunt, in sua manentibus firmitate. Dat. X. Kal. Mart. Constantinop. Tauro et Felice Coss. (428)».

Nessun'altra mutazione intervenne fino a GIUSTINIANO, il quale con una costituzione dell'anno 528 non solo ampliò nei figli naturali la capacità a ricevere per testamento dal padre — insieme alla concubina e nel caso che mancassero figli legittimi e la loro madre — sino alla metà del patrimonio, invece delle precedenti tre oncie [80]), ma, in seguito, colla Novella XVIII, cap. 5 (dell'anno 536) ammise financo i figli naturali di primo grado e la concubina a succedere al padre *ab intestato* in maniera da raccogliere insieme — e sempre nel caso che il padre non lasciasse moglie e figli legittimi — la sesta parte dell'eredità [81]).

In una successiva costituzione dell'anno 539 — e cioè nella Novella LXXXIX, cap. 12 §§ 2-6 — GIUSTINIANO ricapitolò il diritto ereditario dei figli naturali e della concubina ed in parte lo migliorò, disciplinandolo nel modo seguente:

I. Se esistono figli legittimi, i figli naturali e la loro madre non possono, sia per donazione che per legato, ricevere più di una oncia ($^1/_{12}$): la concubina, sola, — che cioè non avesse figli naturali — non più di una mezz'oncia ($^1/_{24}$). Se loro è stato donato o lasciato di più, la parte che eccede la misura permessa, si accresce ai figli legittimi.

II. Se non esistono discendenti e ascendenti legittimi, il padre può lasciare ai figli naturali e alla concubina tutto il suo patrimonio o con atto tra vivi o con atto di ultima volontà. Ma se il padre ha in vita i propri genitori, allora è obbligato di lasciare a questi la porzione legittima determinata dalla legge, potendo lasciare il rimanente ai figli naturali.

III. Se il padre muore senza testamento o senza avere al-

---

[80]) L. 8 Cod. *de naturalib. lib.*

[81]) Di questo diritto di successione legittima dei figli naturali, insieme alla concubina, ho trattato nel mio scritto sulla *Intestaterbfolge*, ai §§ 127-132.

trimenti disposto dei suoi beni e non lascia moglie e figli legittimi, allora i figli naturali — quale che sia il loro numero — ereditano due oncie, ossia $^1/_6$ dell'eredità e questa quota si spartisce tra essi per capi, compresa la madre. Se però il padre lasci discendenti legittimi — senza riguardo al loro grado — o anche soltanto la moglie, in questo caso i figli naturali nulla ricevono *ab intestato*, ma possono soltanto chiedere gli alimenti, in misura equamente proporzionata all'entità del lascito paterno.

IV. In rapporto ai nipoti naturali la Costituzione lascia immutato ciò, che circa ai medesimi era stato disposto dallo stesso imperatore [82]).

V. Si capisce però che tutte queste regole valgono solo, nel presupposto che il padre abbia convissuto colla madre dei suoi figli naturali in un *vero* e *lecito* concubinato, tenendo cioè durante vita, nella sua casa, una donna libera come *unica* concubina ed effettivamente riconoscendola come tale e come figli propri riconoscendo e allevando i nati dal concubinato, anche dopo che la donna sia morta o si fosse da lui divisa.

La parte della Novella 89, cap. 12, che concerne questo argomento, così suona, secondo la traduzione di HOMBERGK:

« § 2. Ne igitur, — quod in extraneis, et ignotis facere licet, id in propriis *liberis naturalibus* homines facere prohibeamus; propterea hac lege sancimus, si quis legitimos liberos habeat, ut liberis illis, eorumque matri, *ultra unam unciam* relinquere, vel naturalibus liberis, vel concubinae donare non possit: hoc enim in priore constitutione [83]) ratum habemus. Sed et si quid amplius quocumque modo dare velit, hoc liberorum sit legitimorum. Si vero liberi quoque non adsint, sed concubina solum, huic *dimidiam unciam* dari vel relinqui permittimus.

« § 3. Quod si nec liberos legitimos, nec aliquem ascendentium habeat, quibus testatores legitimam partem substantiae suae

---

[82]) L. ult. C. *de nat. lib.*

[83]) L. 2 C. *de nat. lib.* ricordata dallo stesso GIUSTINIANO nel principio del cap. 12 di questa Novella.

relinquere necesse est, liceat etiam *in duodecim uncias* liberos naturales heredes scribere, interque eos, eo quo volunt modo, res dividere, et vel per simplicem, vel ante nuptias donationem, vel per dotem, vel alio quocumque legitimo modo, substantias suas ad eos deferre. — Si vero quosdam ascendentes habeant, legitimam illis partem relinquant, quam lex et nos constituimus: reliquum vero omne ad liberos naturales transmittendi licentiam habeant. Atque hoc de iis dicimus, qui scriptis et legitimis *testamentis* voluntatem suam consignant.

« § 4. Si tamen quis moriatur, nec legitima prole (liberis nempe, vel nepotibus, vel sequentibus successoribus) nec legitima uxore esistente, et deinde moriatur, *de substantia sua nihil disponens,* et cognati forte veniant, vel manumissor bonorum possessionem movens et intendens, vel etiam fiscus noster (neque enim illi, quantum ad hoc; parcimus) habuerit vero in domo, dum viveret, liberam mulierem, cui tanquam concubinae cohabitaverit, ex eaque liberos, (iis enim solis haec sancimus, ubi indubitata plane est, tam concubinae in domo affectio, quam etiam liberorum ibidem procreatio et educatio) concedimus illis, *ut parentibus etiam* INTESTATO *mortuis, duas uncias paternae substantiae* habeant, *una cum matre dividendas,* quotcumque sint liberi: ita ut unius filii portionem mater quoque accipiat. Et haec dicimus, *si uni concubinae cohabitet, ex eaque liberos habeat, vel si concubina morte forte, vel separatione ante seiuncta, liberos domi habeat:* tunc enim damus illis, *ut* AB INTESTATO *ad duas uncias* vocentur.

« § 6. Si quis autem (oportet enim omnem diligentiae simul pietatisque viam inire) cum legitimos liberos habeat, etiam naturales relinquat, eos *ab intestato* nihil plane habere volumus; sed sancimus, ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum, a bono viro aestimando alantur; id quod a nostris legibus *boni viri arbitratu* dicitur. Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, ut et illi a successoribus eius alantur. Nam quod ad *nepotes naturales* attinet, illa obtineant, quae iam a nobis diserte de iis disposita sunt ».

In rapporto ai nipoti GIUSTINIANO, nella 4 ult. C. *de nat. lib.* dispose, che in mancanza di discendenti legittimi l'avo può lasciare per testamento ai figli naturali del suo figlio legittimo, come anche ai figli legittimi del suo figlio naturale, tutto ciò che egli voglia.

« *Filii,* enim *naturalibus* relinqui constitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrenandum esse existimaverunt. In *nepotibus* autem non eadem observatio in praefatis speciebus custodienda est, *ubi legitima soboles minime facit impedimentum.* Ea enim subsistente, veterum Constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum, in nepotes extendimus ».

Ma non fu ai nipoti riconosciuto alcun diritto di successione *ab intestato.* « Iura etenim *ab intestato* in avi successionem nemini eorum penitus aperimus ». E di alimenti non si fa cenno, nè in questa costituzione, nè nella Novella 89, cap. 12, § 6 in fine.

## § 1296.

*Sotto quali condizioni le leggi romane permettevano il concubinato.*

È dubbio, se il concubinato sia stato permesso sin dalla *Lex Iulia de maritandis ordinibus.*

Se si ammette, che la innanzi citata legge di NUMA, la quale proibì ad una *pellex* di toccare l'ara di Giunone, si riferisse a una donna che conviveva con un uomo ammogliato, se ne può dedurre, indirettamente, che il vero e proprio concubinato fosse tollerato [84]). Ma che nella legge di NUMA la parola *pellex* avesse un significato generico, ci è fatto chiaro dalla attestazione, che PAOLO ci riporta [85]), di GRANIO FLACCO, il quale nel suo libro *de iure Papiriano* ci ha dato coll'interpretazione di quella legge regia, la significazione antica e quella recente del termine *pellex* e fatto

---

[84]) ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 133, pag. 486.

[85]) L. 144 D. *de V. S.*

con ciò intendere la frequente confusione che gli antichi facevano delle due denominazioni [86]).

Ciò che era odioso agli Dei neppur doveva avvicinarsi ai loro altari. Perciò, come era proibito agli uomini di assistere al sagrifizio della *Bona Dea* [87]), ed alle donne, a quello di Ercole [88]), così, anche, era vietato alle donne, che coabitavano senza legittimo legame con uomini, di toccare l'ara di una Dea, che era onorata come fondatrice e patrona del matrimonio e perciò venerata sotto i nomi di *Iuga* e *Pronuba* [89]).

Sole le *matronae* e le *matres familias* potevano avvicinarsi all'ara e assistere al sagrifizio, onde usavasi dire figuratamente, per quanto inesattamente: *aram Iunonis tangere,* nel senso di sposarsi [90]). Non così le *pellices* e le *concubinae*, le quali non lo potevano senza offerire alla offesa divinità della pudicizia il sagrifizio espiatorio di un agnello [91]).

I Greci e i Romani pertanto, negli antichi tempi, disapprovavano egualmente e il concubinato e il pellicato [92]).

Il tempio della *Fortuna matronarum*, la cui storia DIONISIO [93]) ci racconta coi più minuti particolari, il *Sacellum pudicitiae patriciae*

---

[86]) V. HEINECCIUS, *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. IV, § 3, pag. 165 e segg.

[87]) TIBULLUS, lib. I, Eleg. VII, v. 22; PROPERTIUS, lib. IV, Eleg. IX, v. 26.

[88]) PROPERTIUS, *c. l.*, v. 69 e 70, e PAUSANIAS, lib. III, cap. 22.

[89]) VIRGIL, *Aeneid.*, IV, v. 59 e 166; OVIDIUS, *Herord.*, epist. XII, v. 86; *Thom.* REINESIUS, *Inscript. Class.*, I, pag. 33 et 34; GRUTERUS, *Thes. inscript.*, p. 25, nr. 5.

[90]) Così ad es. *Iac.* RAEVARDUS, *de Auctorit. Prudentum*, cap. I; *Ian. Vin.* GRAVINA, *Origg. iuris civ.*, lib. II, cap. 22; HEINECCIUS, *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. I, cap. 2, § 8, pag. 29, anche ZIMMERN, *l. c.*, pag. 485.

[91]) Si veda qui principalmente *Herm.* CANNEGIETER, *Diss. cit. ad Legem Numae Pompili de ara Iunonis*, ecc., cap. 3 (presso FELLENBERG, tom. I, pag. 351 e seg.).

[92]) *Christfr.* WAECHTLER in *Opusc.*, pag. 557 e seg. ha dimostrato ciò con molta dottrina. Si consulti anche HEINECCIUS, *c. l.*

[93]) DIONYS. HALICARN., *Antiquit. Rom.*, lib. VIII, pag. 525 e seg. edit. Sylburg (Lipsiae 1691 f.).

sito accanto al tempio d'Ercole, il *Sacellum pudicitiae plebeiae*, di cui LIVIO [94]) ci dà circostanziata notizia e dice che fu fondato da una patrizia di grande sensibilità, Virginia, perchè a cagione del suo matrimonio col console LUCIO VOLUNNIO le donne patrizie non le avevano permesso di sagrificare: tutto ciò prova l'alto grado di considerazione in cui ai tempi della Repubblica erano tenuti gli onesti matrimonii. Come lo prova il fatto, che solo le matrone romane di provata pudicizia, che erano state mogli di un solo uomo — non le vedove che fossero poi passate a seconde nozze — avevano il diritto di sagrificare nei detti tempî e sacelli.

Notevole era anche la differenza intercedente nei sacrifizi delle feste matronali tra le matrone ingenue e le liberte. Quelle sacrificavano sull'ara di *Iuno* matrona, queste di *Feronia*, la quale viene talvolta chiamata *antica Iuno*. LIVIO [95]) ricorda *Feronia* già sotto TULLO e racconta [96]) come nell'anno 535 ab. U. C., incominciando il consolato di GNEO SERVILIO, il Senato, allo scopo di rimuovere certi *prodigia*, che da diversi luoghi contemporaneamente si annunziavano, deliberò di tenere per tre giorni in tutti i tempî una preghiera solenne. E allora ai sagrifici di *Giunone* e di *Feronia* portarono insieme offerte e le matrone *ingenue* e le *liberte*. Queste feste, come del resto tutto il culto religioso dei Romani, derivavano dagli Etruschi, o come crede *Ioh. Vill.* HOFMANN [97]), dai Sabini, al qual popolo fu attinto come ad una sorgente sacra tutto ciò che attiene alla santità dei matrimonî [98]).

Il timore degli Dei, la vergogna che accompagnava l'esclusione dalle are e dalle cerimonie religiose [99]), la sacra immagine della *Venus Verticordia* dovevano veramente rafforzare anche più il sen-

---

[94]) Lib. X, cap. 23.

[95]) Lib. I, cap. 30.

[96]) Lib. XXII, cap. I.

[97]) *Ad Leg. Iuliam de adulteriis coercend. Liber singular.*, cap. I, § 13 (in FELLENBERG, *Iurispr. Antiq.*, tom. I, pag. 127 e segg.).

[98]) V. FESTUS, pag. 72 e VARRO, *de L. L.*, pag. 22 edit. Bipont.

[99]) V. CANNEGIETER, *Diss. ad Legem Numae de ara Iunonis*, cap. VIII (presso FELLENBERG, tom. I, pag. 384 e segg.).

timento delle matrone romane per l'amore casto [100]): ma LIVIO [1]) ci narra, che questa religione, profanata dapprima non solo dalle matrone ma anche dalle donne delle altre classi, finì coll'essere del tutto dimenticata. I costumi della Repubblica poi, particolarmente dai tempi di SILLA, di CESARE e del triumvirato [2]), aprirono quella via per la quale, sotto AUGUSTO, si avviò la *Lex Iulia et Papia Poppaea*, quando vietando i matrimonî con donne di certe basse categorie, permise però colle medesime il concubinato, e questo proibì solo colle *ingenuae honestae*.

HEINECCIO [3]) ha così ricostruito le parole di questa legge:

*Quas personas per hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere ius esto. Ingenuam honestam in concubinatu habere ius ne esto.*

Lo stesso concetto chiarisce MARCIANO nel lib. XII *Institutionum*, dal quale è tratta la L. 3 § I D. *h. t.*:

« Nam quia concubinatus, *per leges nomen assumpsit*, extra legis poenam est: ut et MARCELLUS, *libro septimo Digestorum scripsit* ».

Ed a questo punto ancora si riferisce il passo in cui CLEMENTE ALESSANDRINO [4]) dice:

---

[100]) VALERIUS MAXIMUS, lib. VIII, cap. 15, nr. 12: « Quae cum Senatus libris Sybillinis per Decemviros inspectis censuisset, ut *Veneris Verticordiae* simulacrum consecraretur, quo facilius virginum mulierumque mentes a libidine ad pudicitiam converterentur, etc. ».

[1]) LIVIUS, lib. X, cap. 23 circ. fin.: « Vulgata dein religio a pollutis, nec matronis solum, sed omnis ordinis feminis, postremo in oblivionem venit ». Si colleghi questo passo ad OVIDII, *Fastorum*, lib. IV, v. 157-160 e si confronti con HORATIUS, lib. I, satyr. II, v. 47 e segg. Che questa satira sia stata scritta prima della *Lex Iulia de adulteriis* e *de maritandis ordinibus* ha dimostrato l'HOFFMANN, *ad Legem Iul. de adulteriis*, cap. IV, § 4, pag. 192 e seg.

[2]) VELLEIUS PATERCULUS, lib. II, cap. I; SALLUST., *Bell. Catilin.*, cap. 13; CICERO, *Orat. pro M. Coelio*, cap. 20. V. CANNEGIETER, *cit. Diss.*, cap. IX.

[3]) *Comm. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam*, lib. II, cap. IV, § 2, pag. 165.

[4]) *Paedagog.*, lib. III, cap. 3.

« At nunc, quidquid est impudicum et libidinosum, diffusum est in civitatibus, et iam PRO LEGE *habetur*: e dopo, più brevemente: ταῦτα οἱ σοφοὶ τῶν νόμων επιτρέπουσιν. Haec SAPIENTES LEGES *permittunt* ».

D'allora in poi queste donne si chiamarono *concubinae*, non più *pellices*. Perchè questo nome fu tenuto come disonorante, in quanto accennava all'unione vietata di una femmina con un uomo ammogliato [5]), mentre il concubinato era divenuto se non una *legitima*, almeno una *licita consuetudo* [6]). Onde il concubinato fu detto *inaequale coniugium* [7]), perchè non dava alla concubina nè la dignità del marito, nè i diritti di moglie: e la concubina fu detta una *uxor gratuita* [8]), non tanto in relazione alla matrimoniale *conventio in manum per coëmtionem*, come opina il MERILLIO [9]), al quale aderisce l'HEINECCIO [10]), quanto piuttosto, secondo la più esatta osservazione dell'HAUBOLD [11]), in relazione alla *dos*, che nel concubinato non aveva luogo.

All'opposto, un uomo ammogliato, finchè durasse il matrimonio, non poteva avere una concubina. Se l'avesse avuta, l'unione sarebbe stata un pellicato. Perciò PAOLO [12]) dice: *Eo tempore, quo qui uxorem habet, concubinam habere non potest.*

E il concubinato eran soliti di preferire alle seconde nozze i vedovi, che dopo aver prestato ossequio alla legge con un primo matrimonio fecondo, ripugnavano dall'affidare i propri figli ad una

---

5) GELLIUS, *Noct. Atticar.*, lib. IV, cap. 3.

6) L. 5 Cod. *ad SCtum Orfitian.* V. HEINECCIUS, *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. 4, §§ 169 et 171.

7) L. 3 C. *de natural. lib.*

8) V. GRUTERI, *Inscript.*, p. DCCCXXI, nr. 5.

9) *Observation.*, lib. II, cap. 15.

10) *Cit. loc.*, pag. 167.

11) Ad HEINECCII, *Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Syntag. Append.*, lib. I, cap. I, § 38, not. 9, pag. 260.

12) *Receptar. Sentent.*, lib. II, tit. 20, § 1. V. IORDEUS, diss. I *de Legitimatione*, cap. III, § 3 presso FELLENBERG, tom. II, pag. 339 e seg.

matrigna [13]). Del resto gli stessi imperatori ne davano l'esempio [14]). È per tutto questo che MASSURIO dice, essere il nome di concubina *honestius* [15]) che quello di *amica*.

Ma il concubinato era permesso con una sola donna, e non già, contemporaneamente, con parecchie. Il commercio contemporaneo con più concubine era tanto illecito e riprovato, quanto la poligamia, come già abbiamo innanzi osservato. Perchè, al dire di PAOLO [16]), l'*uxor* e la *concubina* si distinguono l'una dall'altra, unicamente, per l'*animi destinatio* ed il *delectus*. Tali concubine plurime, dice GIUSTINIANO [17]), sono piuttosto *mulieres fornicantes*, indegne di beneficiare dalle leggi che egli aveva dato in favore del concubinato e della filiazione naturale [18]).

Neppure era lecito stare in concubinato con una qualsiasi donna, ma solo con quelle colle quali la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* avea interdetto ai senatori, ai loro figli, e agli *ingenui*, di contrarre matrimonio [19]). E poichè coteste erano appunto quelle donne, colle quali, secondo la *Lex Iulia de adulteriis*, non si poteva commettere adulterio, nè stupro e questa legge aveva luogo solo fra persone libere, in quanto l'*adulterium* era solo possibile con la moglie d'altri e lo *stuprum* con una donna che non fosse un' *ancilla*, ma una *virgo* stimata, o una *vidua* [20]), per ciò i giuristi romani argomentarono che colle altre persone, *in quas stu-*

---

[13]) V. HEINECCIUS *ad Leg. Iul. et Pap.*, *c. l.*, pag. 171 e *Antiquitat. Rom. Append.*, lib. I, cap. I, § 11.

[14]) Esempi dell'Imperatore VESPASIANO presso SUETON. *in Vespasian.*, cap. 3, n. 4; di ANTONINO PIO presso *Iul.* CAPITOLINUS in EIUS *Vita*, cap. 29, in fine.

[15]) L. 144 D. *De Verb. Signif.*

[16]) L. 4 D. *h. t.* e *Sent. Recept.*, lib. II, tit. 20, § 1. V. IORDENS, *cit. Diss.*, I, cap. III, § 3, nota *b*.

[17]) Nov. XVIII, cap. 5.

[18]) Nov. LXXXIX, cap. 13, § 5.

[19]) L. 44; L. 47; L. 43 D. *de Ritu nupt.* V. HEINECCIUS, *ad L. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. 1 e 2.

[20]) L. 6 pr. et § 1; L. 34 D. *ad Leg. Iuliam de adulter.*; L. 101 pr. D. *de Verb. Signif.* V. *Io. Guil.* HOFFMANN, *ad Leg. Iuliam de adulter. coërcend.*, cap. IV, § 2 e segg.

*prum non committitur*, poteva viversi in concubinato, senza incorrere nelle pene della *Lex Iulia de adulteriis*. Così è da intendere il passo di ULPIANO del libro II *ad Legem Iuliam et Papiam* [21]):

« Cum ATILICINO sentio et puto, solas eas *in concubinatu* haberi posse, sine metu criminis, *in quas stuprum* [22]) *non committitur* ».

Così, entrambe le Leggi, la *Lex Iulia et Papia* e la *Lex Iulia de adulteriis coërcendis*, stanno tra loro in perfetta connessione. Ciò risulta anche più chiaramente da un luogo di MARCIANO, del libro XII *Institutionum* [23]), dove è detto:

« In concubinatu [24]) potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae oscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit: alioquin si honestae vitae, et ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, sine testatione, hoc manifestum faciente, non conceditur: sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere ».

« § 1. Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur; nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est: ut et MARCELLUS *libro septimo Digestorum* scripsit ».

Fra le persone colle quali è lecito il concubinato il passo dunque annovera:

1.° La *liberta*. Sebbene il testo accenni alla *liberta aliena*, non si deve perciò credere, che la *liberta propria* fosse esclusa. Senza dubbio, il patrono poteva avere per concubina la donna da lui manomessa [25]). MARCIANO parla soltanto dell'*aliena liberta*, perchè la liberta, che si univa in concubinato con altri che non

---

[21]) L. 1 § 1 D. *h. t.*

[22]) Il termine *stuprum* comprende qui anche l'*adulterium*. L. 6 § 1; L. 29 § 1 D. *ad Leg. Iul. de adulter.*

[23]) L. 3 D. *h. t.*

[24]) La lezione fiorentina: *in concubatu* è incontestabilmente erronea. Perchè la voce *concubatus*, siccome hanno anche osservato il BRENKMANN e lo SCHELLER, non s'incontra in alcun luogo.

[25]) L. 3 C. *Commun. de manumiss.*; L. 3 § 1 D. *de donation. inter Vir. et Ux.*

fosse il suo patrono, cessava di esser considerata una matrona e perdeva l'*honestas matrisfamilias* [26]). Con una tale *aliena liberta* non poteva dunque commettersi *stuprum*, punibile ai sensi della *Lex Iulia de adulteriis* [27]), essendo principio regolatore della materia, che le pene della detta legge si applicavano solo alle matrone [28]). All'opposto, la *liberta propria*, divenuta concubina del suo patrono, era considerata come *matrona* e *materfamilias* e poteva persino, al pari di una moglie, essere accusata di *adulterium* [29]). Una tale liberta di fatti non poteva essere costretta alla prestazione di quelle *operae*, alle quali erano altrimenti tenuti i manomessi, e godeva perciò della esenzione stessa conceduta alle liberte, che il patrono avesse effettivamente sposate [30]). Nè poteva abbandonare il patrono, contro la di lui volontà, e andar moglie ad altri. Questa norma, applicabile alla moglie-liberta, doveva tanto più valere per la moglie-concubina, in quanto, secondo l'opinione di ULPIANO [31]), era più onorevole pel patrono tenersi la liberta come concubina, anzichè prenderla come moglie. Per altro, presso i Romani era frequentissimo il caso — e PLAUTO ce ne offre parecchi esempî — di patroni che della propria liberta facevano una concubina. Nell'*Epidicus* [32]), così dice il soldato della sua Fidicina:

> « Ego illam hodie volo facere libertam meam,
> Mihi concubina quae sit ».

---

[26]) L. 41 § 1 D. *de ritu nupt.*; L. 13 D. *ad Leg. Iul. de adult.*

[27]) V. HOFFMANN, *ad Leg. Iuliam de adulter. coërc.*, cap. IV, § 4 presso FELLENBERG, tom. I, pag. 192 e segg.

[28]) L. 20 C. *ad Leg. Iul. de adult.*; SUETON., *in Tiberio*, cap. 35. La parola *matrona* è usata qui in contrapposizione a *meretrix*, e quindi nel senso di una donna libera, che vive onestamente, sia maritata che nubile, sia ingenua che manomessa. L. 46 § 1 D. *de Verb. Signif.* V. HOFFMANN, *c. l.*, pag. 193 e segg.

[29]) L. 13 pr. D. *ad Legem Iul. de adulter.*

[30]) L. 46 D. *de Operis libertor.* (XXXVIII, 1); L. 8 Cod. *eod.* (VI, 3). Lo stesso avveniva se la liberta avesse sposato altri, col consenso del patrono. L. 48 D. *eodem*; L. 2 C. *de obsequiis patrono praest.* (VI, 6). V HEINECCIUS *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, cap. 22, § 2.

[31]) L. 1 pr. D. *h. t.*

[32]) *Epidic.*, act. III, sc. IV, v. 29 et 30.

2.° L'*ingenua*, « et maxime ea, *quae obscuro loco nata est* ». Un' *ingenua honesta* non poteva, per la *Lex Iulia et Papia*, essere una concubina. Molto tempo dopo, l'imperatore AURELIANO proibì ancora una volta, di avere *concubinas ingenuas* [33]). Una tale unione equivaleva allo *stuprum* [34]). « *Stuprum* vero in virginem viduamve committitur » [35]). Perchè dunque il concubinato con una *ingenua* non desse luogo ad uno *stuprum*, si richiedeva che l'*ingenua* fosse tal donna, che l'unirlesi illegittimamente non portasse con sè le pene dello stupro o, come dice ULPIANO [36]), che fosse di quelle *in quas stuprum non committitur*. Di questi amplessi così canta OVIDIO [37]):

« Este procul vittae tenues, insigne pudoris,
Quaeque tegis medios, instita longa, pedes.
Nos *Venerem tutam*, *concessaque furta* canemus
Inque meo *nullum* carmine *crimen* erit ».

A questa categoria appartengono:

*a*) l'ingenua, *quae obscuro loco nata est:* colla quale espressione si allude ad una donna, il cui padre o la cui madre avessero esercitato l'*ars ludicra*, ossia il mestiere, dai Romani disprezzatissimo, di *mimi, arenarii, lenones* [38]). Con queste donne, che dai genitori, i quali erano dichiarati infami [39]) nell'editto del Pretore, ereditavano una macchia disonorante, era proibito ai Senatori e loro discendenti — non però agl'*ingenui* [40]) — di contrarre matrimonio [41]).

---

[33]) *Flav.* VOPISCUS, *in Divo Aureliano*, cap. 49.
[34]) L. 34 pr. D. *ad Leg. Iul. de adulteriis.*
[35]) L. 6 § 1 D. *eodem.*
[36]) L. 1 § 1 D. *h. t.*
[37]) *Artis Amator.*, lib. I, v. 31-34.
[38]) Dell'*ars ludrica* ha diffusamente trattato HEINECCIUS, *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. I, § 7, pag. 121 e segg. Si veda anche MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* [Sull'onore civile], vol. I, sez. 4.ª, I, 4, pag. 179 e seg.
[39]) L. 1 D. *de his, qui notant. infam.*
[40]) L. 44 D. *de Ritu nuptiar.*
[41]) HEINECCIUS, *cit. loc.*, § 14, pag. 134.

Il concubinato con esse era pertanto permesso, perchè appartenevano alle *personae humiles,* in *quas stuprum non committebatur.*

*b*) Quella, *quae corpore quaestum facit.* Il contrarre matrimonio con donna, *quae palam quaestum corpore facit, vel fecerit,* era dalla *Lex Iulia et Papia Poppaea* vietato non solo ai Senatori e loro discendenti, ma anche agl'*ingenui* [42]). Che significhi *palam quaestum corpore facere* ci spiega minutamente ULPIANO in quel luogo, che è tratto dal libro I *ad Legem Iuliam et Papiam* [43]). Alla indicata categoria appartengono perciò, non soltanto le pubbliche meretrici, patentate dagli Edili, cui era assegnato un posto nei lupanari [44]) o le, a queste equiparate, *mulieres cauponariae,* che stavano nelle osterie per servire ai bevitori [45]); ma anche quelle donne che si concedevano indistintamente a chiunque, per mercede od anche senza [46]). Nell'Editto del Pretore, *de his qui notantur infamia* non è fatta di esse alcuna espressa menzione. Verosimilmente l'omissione delle prostitute deriva dalla *Lex Iulia et Papia Poppaea* [47]). Perchè tutti i luoghi che le concernono si riferiscono all'interdizione che loro fece del *connubium,* la *Lex Iulia* [48]).

---

[42]) ULPIAN., *Fragm.*, tit. XIII, § 1; L. 41 D. *de Ritu nupt.* Vero è che le meretrici non sono nel testo della *Lex Iulia,* quale ci è riportato da ULPIANO alla L. 44 D. *de Rit. nupt.*, annoverate espressamente a proposito del divieto di matrimonio con alcune categorie di donne fatto ai Senatori: ma si noti che al § 8 vien detto: « Eas, quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, Senatores non ducent ». V. HEINECCIUS, *ad Leg. Iul.*, lib. II, cap. I, § 11, pag. 130.

[43]) L. 43 pr. et §§ 1-5 D. *de Ritu nupt.*

[44]) TACITUS, *Annal.*, lib. II, cap. 85. V. LIPSII, *Excurs. ad h. Leg.* in edit. Ernesti, tom. II, pag. 606 e *Io. Lud.* LANGGUTH, *Diss. de muliere quaestuaria,* praes. *And. Flor.* RIVINO def., Lipsiae 1733.

[45]) PAULUS, *Recept. Sentent.*, lib. II, tit. 26, § 11, e L. 29 C. *ad Leg. Iuliam de adult.* Si veda *Iac.* GOTHOFREDI, *Commentar. ad L. 1 Cod. Theod. ad Leg. Iuliam de adulter.*, tom. III, lib. IX, tit. 7, pag. 60 e segg., edit. Ritt., ed HOFFMANN, *ad Leg. Iul. de adult. coërcend.*, cap. IV, § 5 presso FELLENBERG, tom. I, pag. 195.

[46]) L. 43 § 3 D. *de Rit. nupt.*

[47]) V. MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre,* pag. 181 e seg.

[48]) ULPIAN., *Fragm.*, tit. XIII, § 1; L. 41; L. 43 § 4 D. *de ritu nupt.*

Sul passo di MARCIANO: « ingenua et *maxime* ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit », il BRISSONIO [49]) dà al *maxime* il valore di *utique, dumtaxat,* o *demum,* per modo che la enumerazione delle donne che possono divenir concubine diviene tassativa. Ma, come ha ricordato *Franz.* RAMOS DEL MANZANO [50]), la parola *maxime* è qui usata nel suo proprio significato di *praecipue,* principalmente, massimamente. Di fatti vi erano ancora altre *famosae mulieres,* che per la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* mancavano del *connubium* fra cogl'ingenui e che perciò potevano essere concubine.

*c*) la *lena,* ossia colei che ha avuto il governo di un lupanare [51]). Queste donne sono dall'editto del Pretore dichiarate, nominatamente, infami [52]). *Lenae* sono però chiamate anche quelle altre, che esercitano locande e tengono al loro servizio delle prostitute, per i passeggieri [53]). Costoro sono, al pari delle meretrici, chiamate *mulieres quaestuariae.* Per ciò ULPIANO [54]) dice: « Lenocinium facere *non minus est,* quam corpore quaestum exercere ».

*d*) Quella *in adulterio deprehensa.* La sorpresa *in flagranti* dell'adultera [55]) equivaleva alla condanna e produceva per se stessa infamia. ULPIANO dice:

« *Quae in adulterio deprehensa est, quasi publico iudicio damnata est* ».

Se poi intervenisse condanna, allora l'infamia s'incorrerebbe per doppio motivo, come osserva ULPIANO:

« proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum, quia deprehensa est, erit notata, sed quia et publico iudicio

---

49) *De Verbor. iur. Significat.*, voc. *Maxime.* nr. 2.

50) *Comm. ad Leg. Iuliam et Papiam*, lib. IV, reliquat. 2, nr. 5 (in *Thes. Meerm.*, tom. V, pag. 442).

51) L. 4 § 2 D. *de his, qui notant. infam.;* L. 43 § 7 D. *de Rit. nupt.*

52) L. 1 D. *de his, qui notant. infam.*

53) L. 43 § 9 D. *de Rit. nupt.*; L. 4 § 2 D. *de his, qui not. inf.*

54) L. 43 § 6 D. *de Rit. nupt.*

55) L. 43 § 12 D. *eodem.*

damnata est. Quae si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est: at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit ».

Anzi ULPIANO va più in là, e sostiene che anche quando la donna, *in adulterio deprehensa,* fosse poi *in iudicio publico* assoluta, pur sempre la raggiungerebbe l'infamia fulminatale dalla legge: cosicchè sempre apparterrebbe al novero di quelle donne, che la *Lex Iulia et Papia* dichiara *famosae* e colle quali un *ingenuus* non può contrarre matrimonio senza rendersi colpevole di adulterio [56]). ULPIANO dice:

« Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, *adhuc tamen notam illi obesse* debere: quia verum est, *eam in adulterio deprehensam:* quia factum lex, non sententiam notaverit ».

Agli effetti del divieto del *connubium* dei Senatori e degli *ingenui* colle dette *famosae mulieres* non ha importanza il luogo dove avvenne o la persona che eseguì la sorpresa: mentre queste circostanze erano molto importanti per la *Lex Iulia de adulteriis.* ULPIANO [57]) perciò aggiunge:

« Non adiicitur hic, ut *in lege Iulia de adulteriis,* a quo, vel ubi deprehensa sit *): proinde sive maritus, sive quis alius deprehendisse proponatur, videtur notata: sed et si non in domo mariti, vel patris sui deprehensa sit, erit notata *secundum verba legis* ».

Egli parla evidentemente della *Lex Iulia et Papia Poppaea* che qui interpreta, essendo tutto questo passo tratto appunto dal libro I *ad Legem Iuliam et Papiam* [58]). Or se neppure un *ingenuus,* non

---

[56]) L. 37 § 1 in fin. D. *de minorib. XXV ann.*; L. 29 § 1 D. et L. 9 C. *ad Leg. Iul. de adulter.*

[57]) L. 43 § 13 D. *eodem.*

*) La lezione *deprehensa,* seguìta da HALOANDER e dal maggior numero delle edizioni ed approvata anche da BRENKMANN, è più esatta dell'altra, *deprehensam.*

[58]) V. EINECCIUS, *ad Leg. Iul. et Pap. Popp.,* lib. II, cap. I, § 13, pag. 133 e MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre,* pag. 157 e segg.

senatore, poteva sposare una di tali donne, non era però proibito il concubinato colle medesime. ULPIANO [59]) stesso trae rettamente questa conseguenza dal principio, che colle donne colle quali la *lex Papia* proibisce il matrimonio agli ingenui, non si commette *stuprum* [60]). Egli dice nel libro II *ad Legem Iuliam et Papiam* [61]):

« Qui autem *damnatam adulterii* in concubinatu habuit, non puto *lege Iulia de adulteriis* teneri: quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur ».

*e*) Quella, *iudicio publico damnata* [62]). Perchè la condanna, *judicio publico,* di una donna producesse ai sensi della *Lex Iulia et Papia* il divieto del suo matrimonio con un *ingenuus,* occorreva che la condanna seguisse secondo una *lex iudiciorum publicorum,* perchè solo un tal *iudicium* può, in senso proprio, chiamarsi *publicum* [63]). Perciò ULPIANO dice:

« Senatus censuit, non conveniens esse ulli Senatori, uxorem ducere aut retinere, *damnatam publico iudicio:* quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas ».

Se una donna fosse stata condannata *extra ordinem* o, come qui deve intendersi, in base ad una infondata *lex iudiciorum publicorum* e ad una pena non *legitima,* potrebbe bensì derivarlene una *laesio existimationis,* una *nota,* ma giammai l'infamia [64]); e ciò perchè essa non potrebbe considerarsi *publico iudicio damnata,* tale che di lei possa dirsi: *eam populus damnavit.* ULPIANO [65]) dice:

---

[59]) L. 1 §§ 1 et 2 D. *h. t.*

[60]) V. HOFFMANN, *ad Leg. Iul. de adulteriis,* cap. IV, § 5, pag. 196.

[61]) L. 1 § 2 D. *h. t.*

[62]) ULPIANI, *Fragm.* XIII, § 2; L. 43 § 10 D. *de Rit. nupt.*

[63]) L. 1 D. *de publicis iudiciis.*

[64]) L. 7 D. *de publicis iudiciis.* V. MAREZOLL, pag. 131 e segg.

[65]) L. 43 § 11 D. *de Rit. nupt.* A questa legge bisogna connettere la L. 212 D. *de Verb. Signif.* tratta dal lib. I *ad Legem Iul. de adult.* di ULPIANO. V. HOFFMANN, *l. c.*

« Si qua *calumniae iudicio* damnata sit ex causa publici iudicii, et quae *praevaricationis* damnata est, *publico iudicio damnata esse non videtur* ».

Con la donna, così *damnata*, non era agl'*ingenui* vietato in alcun modo il *connubium*, e neanche si poteva, siccome non senza ragione sostiene l'HOFFMANN [66]), commettere sulla stessa impunemente uno stupro. In seguito, per una interpretazione estensiva della *Lex Iulia et Papia Poppaea*, rilevata da MAURIZIANO [67]), le donne condannate dal Senato [68]) vennero equiparate a quelle *in iudicio publico damnatae* [69]).

Tutte queste umili donne, colle quali la *Lex Papia* interdiceva ai Senatori e agli altri ingenui il matrimonio ed alle quali le ulteriori costituzioni degl'imperatori cristiani [70]) parecchie altre ne aggiunsero, potevano pertanto — concorrendo le altre condizioni — esser prese come concubine, senza dar luogo ad adulterio od a stupro, ai sensi della *Lex Iulia de adulteriis coërcendis*. In questo senso è certo da intendere il passo di MARCIANO [71]), là dove dice:

« Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur: nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est: ut et MARCELLUS *libro septimo Digestorum* scripsit ».

Epperò, quando a mente della *Lex Iulia et Papia Poppaea* esista un lecito concubinato, le pene stabilite dalla *Lex Iulia de*

---

[66]) *Ad Leg. Iul. de adulter.*, cap. IV, § 5, pag. 196.

[67]) Il giureconsulto romano IUNIUS MAURICIANUS scrisse un Commento di 6 libri sulla *Lex Iulia et Papia Poppaea*. V. HEINECCIUS, *cit. Comment.*, lib. I, cap. I, § 4, pag. 15.

[68]) Infatti da TIBERIO in poi, il Senato, come risulta da TACITUS, *Annal.*, lib. II, cap. 85 et lib. III, cap. 10, avocava a sè frequentemente i processi penali.

[69]) ULPIAN., *Fragm.*, tit. XIII, § 2 dice: « Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et in iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit. Adiicit MAURICIANUS, *et a Senatu damnatam* ».

[70]) L. 7 Cod. *de incest. nupt.* (V, 5); L. 1 C. *de natur. lib.* (5, 27); L. 29 C. *ad Leg. Iul. de adult.* (IX, 9).

[71]) L. 3 § 1 D. *h. t.*

*adulteriis* per l'*adulterium*, ivi compreso lo *stuprum* [72]), non trovano applicazione [73]).

MARCIANO [74]) fa altresì cenno di un caso, in cui persino una *mulier ingenuae honestae vitae* può far da concubina, e cioè quando espressamente si sia dichiarato avanti testimoni, e riconosciuto, di tenerla come tale.

Di questo caso ho già trattato innanzi [75]). Qui ne dirò la ragione, consistente in ciò, che una *ingenua*, la quale liberamente avanti testimoni si faceva prendere come concubina, rivelava per ciò stesso di essere una donna *inhonesta*, e per nulla dissimile da quelle che si prostituivano altrui come meretrici e, secondo l'antica usanza, ricevevano dagli Edili una patente per l'esercizio del loro turpe commercio [76]). E come a queste non si applicavano le pene della *Lex Iulia de adulteriis* « quia Veteres satis poenarum adversus impudicas *in ipsa professione flagitii* credebant », per usare le parole di TACITO [77]), così, neppure l'*ingenua* si volle, per una ragione analoga, colpire della pena dello stupro.

---

[72]) L. 29 § 1 D. *ad Leg. Iul. de adulter.*: « Quod ait Lex, *adulterii damnatam*, si quis duxerit uxorem, ea lege teneri: *an et ad stuprum referatur*, videamus, *quod magis est* ». Si confronti pure la L. 6 § 1 D. *ad Leg. Iul. de adult. coërc.* e la L. 101 D. *de Verb. Signif.* V. WINCKLER, *Diss. de genuino concubinatus ex mente Leges Roman. conceptu*, § 29.

[73]) V. RAMOS DEL MANZANO, *Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam*, lib. IV, reliquat. II, nr. 11 (tom. V, *Thes. Meerm.*, pag. 443); WINCKLER, *cit. Diss.*, § 28 et 30 e ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, parte I, sez. 2.ª, § 133, pag. 488, not. 20 *a*.

[74]) L. 3 § 1 D. *h. t.*

[75]) V. § 1295, not. 39.

[76]) V. DEL MANZANO, *cit. loc.*, nr. 10. Alcuni sostengono persino che la *testatio* dovesse farsi avanti agli Edili. Così *Franc.* CONNANUS, *Commentarii iuris civ.*, lib. VIII, cap. 13. Altri, avanti sette testimoni sull'esempio di un divorzio. Così *Henr.* BROUWER, *de iure connubior.*, lib. I, cap. 27, nr. 25. Ma l'opinione più esatta è che bastasse fare la dichiarazione avanti due testimoni. E poichè *testatio* non significa altro che *testium adhibitio*, per ciò non è necessario che si rediga anche una scrittura. Si veda *Ge.* IORDEUS, *de Legitimatione*, diss. I, cap. III, § 8 (in FELLENBERG, *Iurisprud. Antiqua*, tom. II, pag. 346).

[77]) *Annal.*, lib. II, cap. 85.

Col caso in esame si spiega ordinariamente un luogo di PAOLO del libro XIV *Responsorum*, così riportato nella L. 35 D. *de auro et argento legato*:

« Titiae, *amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo:* quaero; an heredes ad praestationem integrae materiae auri, an ad pretium, et quantum praestandum compellendi sint? PAULUS respondit, aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest ».

Quasi tutti gl'interpreti intendono qui per *amica*, la concubina del testatore, spiegando le parole: *cum qua sine mendacio vixi*, così: « quam ego concubinam duxi et habui, non falsa spe aut mendaci matrimonii praetexta, sed *sub testatione concubinatus*, ac proinde licite, et sine stupri crimine, quamvis ingenuam » [78]).

Il testatore, dunque, secondo la decisione di PAOLO, poteva lasciare a costei un valido legato [79]); solo, che l'erede aveva nella specie la scelta di sodisfarlo sia in natura che in valore.

In favore di questa interpretazione sembra anche predicare quel luogo di PAOLO [80]), nel quale viene riportata l'osservazione di MASSURIO SABINO: che dopo il legale riconoscimento del concubinato, una concubina vien chiamata col proprio nome di *amica*.

Ma la parola *amica* non è sempre e dappertutto usata nello stesso senso. Molto frequentemente è usata — specie nelle iscrizioni sepolcrali romane — nel proprio significato di donna, *quae*

---

[78]) RAMOS DEL MANZANO, *c. l.*, nr. 9, pag. 443; *Greg.* MAIANSIUS, *ad Triginta ICtorum omnia fragmenta, in* GRANIO FLACCO, § 8, pag. 137; *Iac.* CUIACIUS, *Commentar. in Lib. XIV Responsor. Iulii Pauli*, ad L. 35 cit. (*Oper. postumor.* a FABROTO *editor.*, tom. III, pag. 83); *Ios. Fern.* de RETES, *Opusculorum*, lib. VIII, cap. 22 (in *Thes. Meerman.*, tom. VI, pag. 406); GONZALEZ TELLEZ, *Commentar. in Decretal. Greg. IX*, ad cap. 6 *de cohabitat. clericor. et mulier.* (tom. III, pag. 71); HEINECCIUS, *Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Popp.*, lib. II, cap. 4, § 3, pag. 167; *Ernst Christ.* WESTPHAL, *System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissarten*, § 355, e parecchi altri.

[79]) L. 16 § 1 D. *de his, quae ut indignis;* L. 29 princ.; L. 41 § 5; L. 49 § 4 D. *de legat.*

[80]) L. 144 D. *de Verb. Signif.*

*amicitia iuncta fuit defuncto:* anzi perfino s'incontra a qualificare, insieme agli aggettivi *optima* o *carissima,* il sostantivo *coniux. Hermann* CANNEGIETER [81]) cita parecchie di queste iscrizioni lapidarie dalle raccolte di REINESIUS, MALVASIA, FABRETTUS, GRUTERUS, MURATORI e DONIUS. Perchè dunque non dovremmo interpretare il termine *amica,* nel suo vero significato, *pro ea, quae amicitia iuncta fuit testatori?*

Il testatore aveva legato 5 libbre di oro a Tizia, sua amica, colla quale avea, durante la vita, coltivato una sincera e pura intimità. Così interpretano il passo *Heinr.* CANNEGIETER [82]) e l'HAUBOLD [83]), ed essi sono nel vero più di *Gerh.* NOODT [84]), il quale crede che Tizia fosse stata la moglie del testatore; — interpretazione che ben a ragione fu ribattuta da *Ant.* SCHULTING [85]). Che i rapporti del testatore con Tizia fossero stati irreprensibili e per verun riguardo illeciti risulta dal fatto, che nessun dubbio si muove sulla legittimità del legato. Nè l'interpretazione del POTHIER [86]), il quale ritenendo che l'amica del testatore fosse la sua concubina, e spiega le parole *sine mendacio* per *sine querela,* merita maggiore approvazione [87]) di quella dell'IENSEN [88]), il quale crede che quelle parole rappresentano una erronea traduzione dal greco, perchè *sine mendacio vivere* avrebbe dovuto tradursi per *aperto, simplici ac candido utrimque animo agere.* Invero chi non conosce le stra-

---

[81]) *Diss. ad Legem Numae Pompilii de ara Iunonis pellici non tangenda,* cap. IV, not. *a* (presso FELLENBERG in *Iurispr. antiqua,* tom. I, pag. 358 e seg.

[82]) *Rescripta Boxhornio,* cap. 22 (adj. *Dion.* CATONIS, *Distichis dem oribus,* pag. 457, Amst. 1754, 8).

[83]) *Ad.* HEINECCII, *Antiquitat. Roman. Synt. Append.,* lib. I, cap. I, § 38, not. 10, pag. 260.

[84]) *Commentar. ad. Dig.,* lib. XXIII, tit. 2, *De ritu nuptiar.,* § *Nunc rem* (*Opp.,* tom. II, pag. 486).

[85]) *Notae ad Dig. s. Pand.,* tom. V, ad L. cit. 35, pag. 443.

[86]) *Pand. Iustin.,* tom. II, lib. XXXIV, tit. 2, nr. XV, not. *p,* pag. 418.

[87]) V. SCHELLERS, *Latein. Lexicon,* voc. *Mendacium.*

[88]) *Stricturae ad Rom. iuris Pandect.,* ad L. 35 D. *de auro, argento etc.,* pag. 292.

nezze, da gran tempo sfatate, di quest'uomo, il quale si figurò che le *Pandette* di GIUSTINIANO non ci fossero pervenute nella originale loro lingua latina? [c]).

## § 1297.

### *Divieto odierno del concubinato.*

L'avversione che gli imperatori cristiani ebbero pel concubinato traluce apertamente dalle Costituzioni, che essi emanarono circa i figli naturali e la loro legittimazione, in quanto la libertà, o all'intutto tolta o solo assai limitatamente riconosciuta, al padre, di lasciare per testamento o donazione i propri beni ai figli naturali, e la limitata efficacia conceduta alla legittimazione, evidentemente non avevano altro scopo, che l'abolizione indiretta del concubinato e la sua conversione in legittimo matrimonio: ed anche il favore attribuito al matrimonio colla concubina, cioè l'acquisto della patria potestà sui figli del concubinato, non aveva uno scopo diverso [89]). Ma non meno vivo di questa avversione fu il disinganno, che essi ebbero dall'esperienza, quando poterono constatare, che tutti i provvedimenti escogitati non erano valsi a svellere il male, che già aveva messo troppo profonde radici. Perciò in seguito si divenne indifferenti e quasi indulgenti verso il concubinato, tanto più che tra questo e il matrimonio la differenza era nella forma esterna — se non negli effetti intrinseci — così piccola, che, spesso, era praticamente difficile il distinguere l'un rapporto dall'altro [90]).

---

[89]) V. BOEHMERI, *Ius eccles. Protestant.*, tom. II, lib. III, tit. 2, § 12 e *Andr. Wittert.* a BLOEMENDAAL, *Diss. de religionis christianae vi ad emendationem iuris civ.*, Lugd. Batavor. 1775. Si confronti anche la seconda parte di questo *Commentario*, § 140.

[90]) V. *Franc.* BALDUINI, *Constantinus M.*, lib. II, § *Illud nescio*, pag. 187 e seg. (Argentor. 1612, 8) e *Corn. Wilh. de* RHOER, *Dissertationes de effectu religionis christian.* in *Iurisprud. Rom.*, fasc. I, diss. IV, § 19, pag. 133.

---

c) Su questo punto fondamentale si veda la contronota *e* in fine del paragrafo 1297.

Nè la stessa Chiesa disapprovò il concubinato. Il primo concilio di Toledo — dell'anno 400 — che ebbe carattere non provinciale, ma generale per tutta la Spagna [91]), ce ne dà un esempio calzante. Nel can. XVII di detto Concilio venne stabilito [92]):

« Si quis habens uxorem fidelem, et concubinam habeat, non communicet. Ceterum is, qui non habet uxorem, et *pro uxore, concubinam habet,* a communione non repellatur, *tantum ut unius mulieris, aut uxoris, aut* CONCUBINAE, *ut ei placuerit, sit coniunctione contentus* ».

Parecchi padri della Chiesa del quarto e quinto secolo si dichiararono bensì contro il concubinato e lo condannarono come contrario alle Sacre Scritture — notevoli fra gli altri GIROLAMO, AMBROGIO, LEONE MAGNO, AGOSTINO, dei quali tutti noi troviamo nel Decreto di GRAZIANO [93]) i passi corrispondenti —: ma tali disapprovazioni e condanne non erano state ancora tradotte in leggi dello Stato [94]). Si trattava dunque di semplici e private opinioni (*Privatmeinungen*) di quei Padri, che neppure la Chiesa aveva ancora generalmente accettato [95])

All'opposto l'imperatore GIUSTINIANO aveva non solo di-

---

[91]) V. *Io.* CABASSUTII, *Notitia ecclesiast.*, Saec. V, pag. 194 e seg. e *Car. Seb.* BERARDUS, *ad Gratiani canones*, tom. I, cap. 17.

[92]) Can. 4, dist. XXXIV; BERARDUS, *cit. loc.*, pag. 181.

[93]) Can. 2, caus. XXXII, qu. 2 (HIERONIMUS ad cap. 5 *Epist. ad Ephesios*); Can. 4, c. XXXII, qu. 4 (AMBROSIUS, *in libro de Patriarchis*, lib. I, *de Abrahamo*, c. 4); Can. 9, caus. XXXII, qu. 4 (AMBROSIUS, in *Sermone de S. Ioanne*); Can. 11 et 12, caus. XXXII, qu. 2 (LEO *Papa, ad Rusticum Narbon. Epsicop.*, Ep. XC, c. 4, 5 et 6); Can. 6, dist. XXXIV (*Augustinus*, lib. V, *Homil.* 49); Can. 5, c. XXXII, qu. 2 (AUGUSTINUS, *lib. de bono coniugali*, cap. 14) et Can. 6, *ibid.* (AUGUSTIN., *eod. lib.*, cap. 5). Si veda *Ios.* BINGHAM, *Origines seu Antiquitat. eccles.*, vol. IV, lib. XI, cap. 5, § 11 e THOMASIUS, *Diss. cit. de Concubinatu*, §§ 18, 22.

[94]) L'editto del Re ATALARICO (presso CASSIODORUS, *Variar. Epistolar.*, lib. IX, ep. 18) proibì solo il concubinato accanto al matrimonio, che era stato già proibito da COSTANTINO il Grande. L. un. C. *de concubinis.*

[95]) THOMASIUS, *cit. Diss.*, § 22.

chiarato il concubinato una unione permessa [d]), ma anche ampliato il diritto ereditario e la legittimazione dei figli naturali, siccome abbiamo altrove ricordato [96]). Egli proibì soltanto di tenere contemporaneamente più concubine [97]). Corrisponde pertanto pienamente al diritto ed al costume dell'epoca, ciò che Isidoro, vescovo di Siviglia, vissuto nella prima metà del VII secolo, dice presso GRAZIANO [98]).

« Christiano non dicam plurimas, sed *nec duas simul* habere licitum est, *nisi* UNAM *tantum*, aut uxorem, aut certe *loco uxoris*, (si coniux deest) concubinam ».

---

[96]) V. *Paganini* GAUDENTII *liber de Iustinianei Saeculi moribus* (Argent. 1654, 8), parte I. cap. 21.

[97]) Nov. XVIII, cap. 5 et Nov. LXXXIX, cap. 12.

[98]) Can. 5, dist. XXXIV. Si veda però BERARDUS, *ad Gratiani Canones*, tom. II, parte III, cap. 27, ad h. can. 5, pag. 388, edit. Venet.; GONZALES TELLEZ, in *Commentar. ad Decretales Gregori IX*, ad cap. 5 X. *de cohabitat. Clericorum et mulierum*, tom. II, pag. 74, vuole bensì sostenere, che sino « a primis Ecclesiae Saeculis » il concubinato sia stato vietato non solo agli ecclesiastici, ma anche ai laici da parecchi concilii generali e particolari, ai quali si riporta, nel suo commentario, sul *Concilium Eliberitanum*. Ma è da osservare, da una parte che il *Concilium Eliberitanum* non contiene nulla di ciò, dall'altra che esso, siccome ha dimostrato BERARDUS, *ad Gratiani Canones*, tom. I, cap. 2 con argomenti assolutamente convincenti, non è un Concilio *puro*. Per altro, non possedendo io il commentario di GONZALEZ TELLEZ sul *Concil. Eliberitanum*, non posso giudicare quali Concilii generali e particolari egli avesse invocato a sostegno della sua opinione.

Vero è che nei canoni apostolici can. 16 è detto: *Si quis post baptisma secundis fuerit nuptiis copulatus, aut concubinam habuerit, non potest esse Episcopus, non Presbyter, aut Diaconus, aut prorsus ex numero eorum, qui ministerio sacro deserviunt.* Questo canone si trova nel Decreto di GRAZIANO, can. I, dist. XXXIII. Ma, come si vede, non contiene alcuna proibizione canonica del concubinato. V. THOMASIUS, § 22, not. *d*.

---

[d]) Si veda la nota *e* in fine. GIUSTINIANO *non vietò* il concubinato; ne stabilì le condizioni obbiettive e subbiettive per distinguerlo dalle unioni vietate o punite, e per stabilire se e quali diritti spettassero ai figli e alle concubine. Ma ciò non significa che lo permise nel senso di *autorizzarlo!* Regolò le conseguenze di un fatto sociale, che per il supremo interesse sociale dovevano andar disciplinate; ecco tutto.

Fu all'imperatore LEONE il Savio, trecento anni circa dopo la morte di GIUSTINIANO, che si dovette la prima proibizione del concubinato. Così insegnano quasi tutti gli antichi e recenti giureconsulti [99]). Ma la storia del diritto c'insegna a sua volta, che già il padre, BASILIO il Macedone, lo avea preceduto con una simile costituzione che troviamo presso LEUNCLAVIUS [100]) sotto il titolo *περί τοῦ μή εξεῖναι παλλακήν ἔχειν* ed è del seguente tenore:

« Quoniam apud priscos liberum invenimus cum concubina consortium, quicumque tandem consuetudinem habere cum ea vellet, visum est nobis, hanc quoque legem silentio minime praetereundam, ne per indecoras nuptias respublica nostra contaminetur. Quare praecipimus, ut ex hoc die nemini liceat in domo sua concubinam habere. Id enim parum vel nihil a scortatione differre putamus. Sed si vitae societatem habere cum ipsa volet, matrimonium cum ea contrahat, secundum juris subtilitatem. Quod si eam mulierem indignam se indicaverit, nihil cum ea commercii per coitum habeat: sed hac reiecta, quam convenire sibi indicarit, ducat. Sin contineuter vivere malit, sane rem nobis optatam faciet ».

Egli è perciò, osserva il BALSAMON nel suo Commentario al *Nomocanon* del patriarca FOZIO [1]), che il tit. VII del lib. XXV

[99]) *Rad.* FORNERIUS, *Rerum quotidian.*, lib. I, cap. 22 (in *Thes. iur Rom. Otton.*, tom. II, pag. 150 e seg.); THOMASIUS, *cit. Diss.*, § 23; HEINECCIUS, *Antiquitat. Rom. Synt. Append.*, lib. I, cap. I, § 43; BOEHMER, *Jur. Eccl. Protest.*, *l. c.*, § 15; IORDEUS, diss. I *de legitimatione*, cap. III, § 11; ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts*, vol. I, sez. 2.ª, § 134 in fin., pag. 495 e parecchi altri.

[100]) *Iur. Graeco-Rom.*, tom. I, pag. 87. Questa costituzione si trova pure, ma senza citazione del nome, nel *Manuale legum* di HARMENOPULUS, lib. IV, tit. 7, § 34 nell'edizione di REITZ in *Thes. Meerman.*, tom. supplem., pag. 248; *Christ. God.* HOFFMANN in *Histor. iuris Rom. Iustinian.*, vol. I, lib. III, cap. 2, § 10 e *Io. Aug.* BACH in *Histor. iurisprud. Rom.*, lib. IV, cap. II, sect. II, § 2, hanno menzionato questa costituzione tra quelle di BASILIO il Macedone. Si consulti anche principalmente *Car. Frid.* ZEPERNICK, *Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus, in primis Novellis Leonis Sapientis*, sez. I, § 2 (adj. BECKII, *libro sing. de Novellis Leonis*, pag. 216 e segg.).

[1]) Tit. XIII, cap. 5 *ad Testum*: *Dicit. vero* (in IUSTELLI et VOELLI; *Biblioth. iuris Canon. vet.*, tom. II, pag. 1108): *ὁ ξ'. τιτλ. τοῦ κέ. βιβλίου*

Dig. non fu accolto nei *Basilici*. Or l'imperatore LEONE non si appagò della legge di suo padre, ma proibì il concubinato, di nuovo, come unione ripugnante al diritto divino e alla dottrina cristiana. Ciò fece colla Novella, che è la XCI della sua raccolta, e che, nella traduzione latina di AGYLÄUS, così suona:

« Imp. LEO *Styliano* Magistro officior.

« Neque minus ea lex, quae probrose cum concubinis immisceri non erubescentibus id permittendum indicavit, honestatem susque deque habuit. Ne ergo hoc legislatori erratum dedecore nostram rempublicam afficere sinamus: itaque lex illa in aeternum sileto. Ab illa enim non modo religionis, verum etiam naturae iniuria secundum divina Christianisque convenientia praecepta prohibemur. Et quidem si, cum fontem habeas, sobrie inde haurire divino praecepto moneare; qua ratione cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis? Tum tametsi fontem non habeas, rebus tamen vetitis uti non potes. Caeterum vitae consortem invenire difficile non est ».

Il TOMASIO [2]) ha già dimostrato come gli argomenti che qui LEONE invoca a giustificazione della sua costituzione siano superficiali e tutt'altro che convincenti. Ma poichè LEONE si trovò indotto a proibire ancora una volta il concubinato, che già suo padre aveva vietato, sembra, a senso del BOEHMERO [3]), il motivo essere consistito nella circostanza, che questo imperatore appunto aveva in una precedente costituzione [4]) prescritto per una valida celebrazione di matrimonio la benedizione ecclesiastica.

---

τῶν διατάξεων, οὐκ ἐτέθη εἰς τὰ βασιλικά. Tuttavia nei *Basilici* non si trova nè la costituzione di BASILIO, nè quella di LEONE. All'opposto si trovano nei *Basilici* (tom. VII, lib. LX, tit. 37 dell'edizione di FABROT) dei passi fondamentali provenienti dal titolo delle *Pandette de Concubinis* (cioè la L. 1 §§ 2 et 3 e la L. 3 pr. et § 1) che presuppongono la liceità del concubinato.

[2]) *Cit. Diss.*, § 17, nota *e*.

[3]) *Iur. eccl. Protest.*, *c. l.*, pag. 166.

[4]) Nov. LEONIS LXXXIX.

Sembra però che da questo fatto non potesse procedere alcuna necessaria ragione di proibire il concubinato, dal momento che il concubinato e il matrimonio erano tra di loro del tutto differenti [5]). Si aggiunga, che neppure fu l'imperatore LEONE a introdurre pel primo la necessità della benedizione ecclesiastica, essendosi egli limitato a ristabilirne l'uso, caduto in dimenticanza, e per la prima volta introdotto sotto BASILIO il Macedone, siccome ho notato in altro luogo [6]). Ma ben può dirsi, che chiaramente risulta dalla Novella di LEONE, avere egli voluto abolire ogni forma di concubinato.

Ed è pertanto un manifesto errore quello del LEYSER [7]), il quale sostiene che LEONE abbia voluto abolire il *concubinatus temporarius et dividuus,* non già il *concubinatus perpetuus et individuus,* quello cioè che si stabilisce da un celibe con una nubile per tutta la durata della vita e che può equipararsi ad una unione matrimoniale.

Già da gran tempo il KOCH [8]) ha esaurientemente dimostrato l'infondatezza di una simile distinzione. Ma egli ha lasciato intatto l'argomento fondamentale del LEYSER. Questi crede di poter dedurre il concetto, che LEONE intese abolire il concubinato temporaneo, non quello perpetuo, dalle ultime parole della costituzione: *Caeterum vitae consortem invenire difficile non est.* Ma con qual diritto, può da sè stesso giudicare chiunque sia in grado di comprendere come tutto il contesto della Novella escluda assolutamente, che sotto il nome di *vitae consors* ivi possa alludersi ad una *concubina.*

Il diritto romano che permetteva il concubinato doveva essere definitivamente abrogato: esso non poteva far distinzione tra concubinato perpetuo e temporaneo, tra concubinato indissolubile o meno. Il concubinato andava abolito, perchè in contradizione colla legge di natura e la dottrina del cristianesimo. Perchè, dice

---

[5]) Si consulti ZEPERNICK, cit. *Praetermissa,* ecc.
[6]) V. la parte XXIX di questo *Commentario,* § 1220.
[7]) *Meditat. ad Pand.,* vol. IX, spec. DLXXXV, medit. 14.
[8]) *Instit. iuris crim.,* § 301. Schol. pagg. 158 163 (edit. octav).

LEONE, l'uomo che può dissetarsi alle pure sorgenti, ha da bere il fango? Dopo ciò, come sarebbe possibile intendere le ultime parole della Costituzione in altro senso che in questo: che siccome non è difficile trovare una moglie, così è doveroso astenersi dal concubinato? Non è al *lutum*, che egli assomiglia il concubinato, secondo la retta interpretazione del GODDAEUS? [9]).

L'espressione « vitae consors » non si attaglia punto alla concubina, come si vede considerando, che, secondo il concetto di MODESTINO [10]), è il *consortium omnis vitae* ossia l'unione per tutta la vita, che costituisce il carattere essenziale del matrimonio. Anche le parole greche usate da LEONE « *την κοινῶρον του βίου* » non denotano, secondo l'interpretazione degli stessi Greci [11]), altra unione che quella tra marito e moglie [12]).

Checchè ne sia di ciò, certo è che il divieto di LEONE valse solo per l'Oriente: perchè l'Occidente era di questi tempi caduto sotto il dominio dei Germani [13]), presso i quali il concubinato si conservò più lungamente in uso [14]). Nei Capitolari dei Franchi venne proibito e colpito di pene il concubinato delle persone maritate, ossia, più propriamente, il *pellicato* [15]): per le persone non maritate non esiste nei Capitolari alcuna proibizione. Anzi parecchi dei re e imperatori franchi, vissero, prima o dopo il loro

---

9) *Comment. repetitae praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Significat.*, ad L. 144 D. *de V. S.*, Axiom III, nr. 9.

10) L. 1 D. *de ritu nuptiar.*

11) V. *Basilica*, tom. IV, lib. XXVIII, tit. 4, const. 7, pag. 239. PHOTII, *Nomoeanon*, tit. XII, cap. 13 (in VOELLI, *Bibl. iuris can. vet.*, tom. II, pag. 1071); HARMENOPULI, *Manuale legum*, lib. IV, tit. 4, § 1.

12) Si veda qui, principalmente ZEPERNICK, *Praetermissa*, ecc., pag. 218.

13) V. THOMASIUS, *cit. Diss.*, §§ 23 et 24.

14) *I. H.* BOEHMER, *Iur. Eccles. Protestant.*, tom. II, lib. III, tit. 2, § 15 e seg. ed HEINECCIUS, *Elem. iuris Germ.*, tom. I, § 309.

15) *Capitulare* PIPINI *Regis Italiae* de a. 793, cap. 34 (in BALUZII *Capitularibus Regg. Francor.*, tom. I, pag. 540); *Capitular.*, lib. VI, cap. 230 (BALUZ., tom. I, pag. 962) et cap. 433 (BALUZ., pag. 1010), lib. VII, cap. 59, cap. 60 et cap. 336 (BALUZ., pag. 1039 et 1098) et addit. II, cap. 23 (BALUZ., pag. 1146).

matrimonio, in concubinato — e BOEHMERO [16]) ne reca parecchi esempî.

I papi si sforzavano, è vero, di estirpare il concubinato, ma alle loro intenzioni non rispondeva l'effetto, essendo quell'istituto profondamente radicato nell'ambiente. Essi dunque si contentarono di restringerlo [17]), almeno, per la classe dei chierici [18]). Ma anche presso di questa tutte le proibizioni emanate dai Papi e dai Concilii rimasero inefficaci [19]). Di fatti essendo agli ecclesiastici interdetto il matrimonio, si capisce che si era per così dire obbligati a tollerare in essi il concubinato, onde evitare più gravi sregolatezze [20]). Il Concilio di Basilea dell'anno 431 ingiunse bensì ai chierici, nel modo più rigoroso e sotto pena della perdita dei loro beneficî, di abbandonare le loro concubine: ma in riguardo ai laici non fece che ammonirli soltanto di astenersi egualmente dal concubinato, ovvero, se non avessero la virtù della castità, di seguire il consiglio degli Apostoli, sposandosi [21]).

Il papa NICOLÒ V riconfermò il decreto del Concilio di Basilea per ciò che riguarda i chierici [22]).

---

[16]) *Iur. Eccl. Protest.*, *c. l.*, §§ 16-20.

[17]) V. BOEHMER, *c. l.*, §§ 22 et 23.

[18]) V. Tit. *de cohabitatione clericor. et mulier.*, lib. III *Decretal. Greg. IX*, tit. 2, et cap. 55 X. *de sentent. excommun.* Nelle *Decretali* non si trova un titolo generale: *de concubinatu*. È perciò plausibile opinione quella di parecchi famosi giureconsulti, come di un ZIEGLER, di un WISSENBACH, di un HOTOMANUS e di altri menzionati dal THOMASIUS, *Diss. cit.*, § 23, nota *c*, che il diritto canonico non abbia affatto proibito il concubinato presso i laici.

[19]) BOEHMER, *c. l.*, §§ 26, 27, 28.

[20]) V. *Car.* DU FRESNE, *Glossar. med. et inf. Latinitatis*, voc. *Concubina* e THOMASIUS, *cit. Diss.*, § 27.

[21]) *Concil. Basileense*, sess. XX, decret. I in fin.: « Et cum omne fornicationis crimen lege divina prohibitum sit, et sub peccati mortalis poena necessario evitandum, MONET *omnes laicos* tam uxoratos, quam solutos, ut *similiter a concubinatu abstineant*. Nimis enim reprehensibilis est, qui uxorem habet, et ad alienam mulierem accedit. *Qui vero solutus est, si continere nolit, iuxta Apostoli consilium uxorem ducat* ». V. *Io.* CABASSUTII, *Notitia ecclesiast. Historiar. Concilior.*, *etc.*, saec. XV, pag. 551.

[22]) V. *Libr. Septim. Decretalium a Petr.* MATTHAEO *collectus*, lib. III, tit. I, cap. 3 (tom. II *Corp. iur. canon. Boehmer.*, Append. I, pag. 85.

All'opposto LEONE X proibì il concubinato, senza distinzione, tanto ai laici che agli ecclesiastici, sotto minaccia di severe censure (5.° Concilio Lateranense dell'anno 1516 [23]). Ciò però egli fece più allo scopo di colpire e chiuder la bocca ai laici, i cui lamenti sulla scostumatezza del clero si eran fatti alti, che a quello di proibire sul serio ai chierici il concubinato. Egli sapeva bene che un corvo non cava gli occhi all'altro! [24]).

Più seriamente proibirono il concubinato le leggi tedesche dell'impero. Nel Regolamento di polizia dell'impero pubblicato in Augsburg il 1530, e propriamente nel tit. XXXIII, così è disposto circa le unioni illecite [25]):

« Poichè ancora molte persone dissolute vivono maritalmente, ma fuori la divina istituzione del matrimonio, e questa pubblica violazione della fede matrimoniale, permessa anzichè punita, costituisce offesa al divino precetto ed è causa di molti scandali; perciò noi vogliamo e ordiniamo che ogni autorità cui spetti — sì laica che ecclesiastica — eserciti un' adeguata vigilanza, perchè — cessata ogni indulgenza al riguardo — un tale delitto venga punito con la meritata severità ».

Nonostante, parecchi illustri personaggi si permisero di tener concubina, e gli stessi Teologi di Vittenberga ben si guardarono dal disapprovarli, nel parere dato al Langravio FILIPPO d'Hesse l'anno 1339, e pur firmato da LUTERO e MELANTONE. Essi anzi vi dicevano [26]):

« Hinc non sequuntur alicuius momenti contradictiones, aut scandala. *Nihil enim est inusitati*, principes CONCUBINAS *alere* ».

Non molto di poi il concubinato fu, come *grave peccatum*, proibito — sotto minaccia di scomunica — dal Concilio di Trento, nel-

---

[23]) Cap. I, lib. V, tit. 16 *de Concubinariis* in *Septim. Decretal. Lib.* Per un errore di stampa, questa costituzione viene attribuita al papa LEONE V.

[24]) Si confronti principalmente THOMASIUS, *c. l.*, § 28, nota.

[25]) V. la nuova e completa *Sammlung der Reichs-Abschiede* edita a Francoforte il 1747, parte II, p. 343.

[26]) Si consulti anche qui THOMASIUS, §§ 30 et 31.

l'anno 1563 [27]): ed il papa PIO V con la sua costituzione del 1566 inculcò ai *concubinari,* sì laici che ecclesiastici, lo stretto adempimento di quel decreto [28]).

Finalmente il Regolamento di polizia, riformato dalla Dieta che la Deputazione dell'Impero tenne a Francoforte nel 1577 — al tit. XXVI rinnovò il divieto [29]), già una prima volta sancito dal precedente — e poco fa citato — Regolamento del 1530. Nell'ordinanza di procedura penale di CARLO V non si accenna al concubinato.

Oggi dunque il concubinato è un' unione illecita tanto per le leggi civili, che per le ecclesiastiche. Esso è, secondo il concetto degli odierni criminalisti, una convenzione che due persone, non maritate e di sesso diverso, fanno di vivere insieme, stabilmente, per sodisfare, senza vincolo matrimoniale [30]), il bisogno sessuale. È dunque la mancanza della determinata forma legale, richiesta per la legittimità del rapporto matrimoniale, quella che distingue il concubinato dal matrimonio civile [31]). Però il concubinato non vuol essere confuso:

1.° col *matrimonium conscientiae*, che è bensì mancante della determinata forma legale [32]), ma essendo integrato dal *maritalis affectus,* è un vero matrimonio;

2.° col *matrimonium ad morganaticam* (*der Ehe zur linker*

---

[27]) Sess. XXIV, cap. 8 *de Reformat. matrimonii* (Concil. Trident. edit. Card. de Luca. Colon. 1723, 4, pag. 387).

[28]) *Septim. Decretal. lib. Pet.* MATTHAEI, lib. V, tit. 16, cap. 2 *de Concubinariis.*

[29]) *Sammlung der Reichs-Abschiede*, parte III, pag. 393.

[30]) V. QUISTORP'S *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, § 494; KOCH, *Instit. iur. crim.*, § 302; KLEIN'S *Grunds. des peinl. Rechts*, § 391; PÜTTMANN, *Elem. iuris crim.*, § 603; FEUERBACH'S *Lehrbuch des peinlich. Rechts*, § 460; GROLMANN'S *Handbuch des gemein. deutsch. peinl. Rechts*, parte III, § 573; SALCHOW, *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen*, vol. II, § 383 e MARTIN, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminal-Rechts*, sez. 2.ª, § 278, pag. 723 e seg.

[31]) V. ROBERT'S *Rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe*, §§ 7-11.

[32]) GROLMANN, *l. c.*, nota *e*, e KONOPACK in aggiunta alla nota *a* del § 494; QUISTORP'S *Grunds. des peinl. Rechts*, vol. II, pag. 313 e seg.

*Hand*), che è pure un vero matrimonio, concluso colle forme ecclesiastiche, ma nel quale viene convenzionalmente stabilito che non debbano seguirne tutti gli effetti giuridici di un valido matrimonio civile [33]).

L'uno e l'altro possono essere permessi entro certi limiti [34]): invece il concubinato è considerato dalle leggi dello Stato e della Chiesa come una unione assolutamente illecita. Lo si annovera fra i delitti carnali. Ma siccome le leggi dell'impero non ne hanno determinato la pena, così finchè non sia colmata questa lacuna, il determinarla è rimesso al giudizio del magistrato [35]). Ordinariamente s'infligge la pena pecuniaria [36]) o la prigione [37]).

In quanto al decidere se veramente il concubinato sia contrario alla dottrina di Cristo e degli Apostoli noi lasciamo la questione — che è assai dibattuta da giuristi e teologi [38]) — a

---

[33]) SALCHOW, *l. c.*, pag. 584.

[34]) HOFACKER, *Princip. iur. civ. R. G.*, tom. I, §§ 537 e 538. *Allg. Preuss. Landrecht*, parte II, tit. I, § 835 e segg. Si veda però *I. H.* BOEHMER, *Ius eccles. Protest.*, tom. III, lib. IV, tit. 3, §§ 55-58; SCHNAUBERT'S *Grunds. des Kirchenrechts*, § 253; DANZ, *Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts*, vol. VI, § 561 e MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, vol. II, § 243 in fin.

[35]) V. KLEIN'S *Grunds.*, § 393; QUISTORP, *Grd.*, § 495; KOCH, *Instit.* cit., § 304; TITTMANN'S *Handbuch*, parte III, § 574; SALCHOW, *Darstellung*, vol. II, § 384; PÜTTMANN, *Elem.*, § 604.

[36]) FEUERBACH, *l. c.*, § 460 in f.; GROLMANN, *Crim. R. W.*, § 381; KONOPACK, aggiunta alla nota *i* del § 495, vol. II, pag. 315; MARTIN, *Lehrbuch*, *l. c.*, pag. 723 f.; TITTMANN, *l. c.*, parte III, § 574. Si veda contro *Iac. Tob.* WERNHER, *Handbuch oder Commentar des peinl. Rechts* (Hadamar 1820, 8), § 721, pag. 454.

[37]) KOCH, § 304; QUISTORP, § 495; MEISTER inn., *Princ. iur. crim.*, § 251; SALCHOW, *l. c.*, § 384, pag. 586.

[38]) Si confronti *Io.* GOEDDAEI, *Comm. repet. praelect. in Tit. 16 Lib. I Pand.*, ad L. 144 D. *de V. S.*, n. 9, pag. 957 e segg.; *Ioach. Iust.* BREITHAUPT, *Diss. theol. de concubinatu a Christo et Apostolis prohibito*, Halae 1713, 4; *Io. Wolfg.* JAEGER, *Examen disputationis Halensis de concubinatu; Io. Gustav.* REINBECK, *Natura del matrimonio e riprovazione del concubinato, desunto dalle sacre Scritture e da altri principî di ragione*, Berlin 1714, 2.ª ed. 1715; PETRI EUCRATITAE *ad ill. Abbatem Bergensem de concubinatu Epistola*, rec. Tubing. 1714, 4; *Marci Pauli* ANTONINI, *Confutatio dubiorum, quae contra Schediasma Halense de con-*

quest'ultimi non avendo la medesima interesse per la nostra trattazione [e]).

---

*cubinatu mota sunt*, Argentor. 1714, 4; *Ioh. Gust.* REINBECK, *Nuova prova che il concubinato difeso dal* THOMASIUS *sia uno stato peccaminoso e riprovevole contro* ANTONINUS, Berlin 1715; I. W. Z., *Pensieri teologici sulla santità dello stato matrimoniale contro il concubinato profano* e *Io. Andr.* GRAMMLICH, *Tractat. philosophic. theologic. de moralitate concubinatus*, Francof. et Lipsiae 1716, 4.

---

e) Il concetto fondamentale, sul quale il GLÜCK impernia tutta quanta la trattazione della materia di questo titolo è, che il concubinato presso i Romani era un istituto giuridico, disciplinato come tale da norme positive. Le vedute del GLÜCK in proposito non differiscono da quelle generalmente invalse sino ai suoi tempi e anche dopo. Già CUIACIO, per il primo formulando nettamente questa dottrina, le diceva un *semi-matrimonium* [*ad Codicem*, V, 26, VI, 57 (ed. Fabrot.)] ed EINECCIO lo assomigliava alle nozze morganatiche (*Comm. ad. leg. Jul. et Pap.*, lib. II, cap. 4). In Francia il PILETTE (scritto cit. nella bibliografia) costruiva su queste basi l'intero istituto, muovendo dal presupposto, che il concubinato fosse una unione parallela al matrimonio, sebbene di carattere inferiore.

Fu uno scritto di PAOLO GIDE dal titolo *de la condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain*, che nel 1880 attaccò vivamente questa dottrina, demolendola con validi argomenti.

Il GIDE premette, che il Digesto non tratta dei figli naturali, ma parla in un titolo speciale delle concubine. Il posto che il titolo *de concubinis* occupa nelle Pandette sembra riannodarsi all'insieme dei titoli che riguardano il matrimonio e i rapporti tra coniugi; situato dopo di essi, ne forma una specie di complemento o di appendice. Nei cinque frammenti che lo compongono i giureconsulti ricercano come può distinguersi la concubina dalla moglie legittima, indicano quali donne possono esser prese come concubine e quali sono i doveri di una liberta che vive in concubinato col suo patrono, infine affermano che il concubinato non è un delitto punito dalla legge penale, *quia per legem nomen assumpsit, extra legem poenam est* (fr. 3 § 1 DIG. *h. t.*); GIDE, *l. c.*, p. 547-8. Ora per il GIDE « il concubinato non ha nulla che possa caratterizzarlo come un istituto giuridico; i rapporti con una concubina al tempo dei Romani non erano punto diversi da quelli dei nostri tempi; esso rimaneva un semplice fatto, privo di ogni carattere e di ogni effetto legale » (p. 549). Ed egli dimostra ciò con l'esame delle istituzioni romane che si avvicinano al concubinato e con lo studio dei cinque frammenti in relazione a quelli che li completano.

Il GIDE osserva, che l'unione dei due sessi, considerata dal punto di vista giuridico, può presentare, secondo le circostanze, tre caratteri ben diversi: o è un matrimonio riconosciuto dalla legge, o un attentato ai costumi dalla medesima punito, o un atto irrilevante. L'unione legittima dà le *justae nuptiae;* l'unione vietata lo *stuprum;* l'unione giuridicamente irrilevante, non confermata nè proibita dalla legge, il *concubinatus*. La conseguenza di queste premesse è che il concubinato, pur essendo un fatto extralegale, è però definito

dalla legge, ma solo in modo indiretto, in quanto si trova tra due fatti giuridici, che debbono essere definiti e differenziati: le *justae nuptiae* e lo *stuprum*. Tracciare questi limiti e queste differenze è lo scopo dei testi che compongono il titolo *de concubinis*: infatti per dire che cosa sono le *justae nuptiae* e lo *stuprum* bisogna pur dire che cosa è l'unione giuridicamente irrilevante. E il GIDE continua (p. 550 e seg.). Le *justae nuptiae* non erano mai legate ad alcuna precisa formalità, specie dopo che la *conventio in manum* cadde in disuso: bastava che due persone, legalmente capaci di maritarsi, vivessero insieme maritalmente perchè vi fosse matrimonio. Ciò che lo costituiva era il possesso di stato, l'*affectio maritalis*, l'*honor*, la *dignitas*: senza di che si aveva non la moglie, ma la concubina: *Sane enim, nisi dignitate, nihil interest.* — *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.* — *Ab uxore solo dilectu separatur* (fr. 4 D. *h. t.*; fr. 39 § 4 D. XXXII; PAUL., *Sent.*, II, 20). Però, nella pratica, l'*uxor* e la *concubina*, pur rassomigliandosi, non si confondevano. Nelle varie ipotesi fatte dal Digesto nessun esempio di tale confusione si trova, e il GIDE afferma che allora era come oggi, in cui la differenza tra moglie e concubina non è tanto la « fuggitiva pubblicità » della celebrazione del matrimonio alla casa comunale, nè la « fittizia pubblicità » data dalla iscrizione nei registri dello stato civile, quanto la pubblicità più costante e reale del possesso di stato come moglie.

Per quanto si riferisce poi alle unioni sessuali fuori matrimonio, nota il GIDE, il diritto di Roma presentava un rigore maggiore del nostro: non il solo ratto e l'adulterio venivano puniti, ma anche il commercio carnale con una donna non maritata e ciò secondo la famosa *lex de adulteriis et pudicitia* emanata sotto Augusto. Ma se questi voleva infrenare il libertinaggio, omai dilagante, non poteva aver voluto l'impossibile, e con la *lex de pudicitia* non pretendeva rendere la continenza un dovere civico; accanto al libertinaggio punito dalla legge, che dicesi *stuprum*, rimase il libertinaggio tollerato, che dicesi *concubinatus*. Però da questo momento tale parola assume per l'opera degli interpreti della *lex Iulia* un significato più preciso del precedente; essa non designò più un qualunque concubinato, come per lo innanzi, ma quella determinata coabitazione extramatrimoniale che non è punita dalla legge. Con tale concetto si comprende benissimo il contenuto del famoso fr. 3 § 1 *h. t.*: « *Quia concubinatus per leges nomen adsumpsit, extra legis poenam est* ». Le *leges Iulia de adulteriis* e *Papia Poppaea* definito il concubinato, che punivano, hanno implicitamente definito quello che non punivano. La parola *concubinatus* ha appunto un senso giuridico nella lingua tecnica del diritto dopo le leggi di AUGUSTO e in occasione di esse: *per leges nomen assumpsit.*

Pel GIDE (p. 554) il limite che separava il concubinato lecito da quello punito è nettamente tracciato dalla condizione della donna: con la *matrona* si commetteva uno *stuprum*; con la non matrona un fatto giuridicamente irrilevante: il *concubinatus*. Ora il carattere delle *matronae* e *matresfamilias* è preciso nella lingua dei giureconsulti romani: confronta DIG. fr. 15 § 15 XLVII, 10, fr. 46 § D. L, 16. Non era necessario che la donna fosse madre o sposa: l'essenziale era che essa avesse tenuta una condotta pura: « *Matremfamiliam accipere debemus quae non inhonesta vixit* » (fr. 46 § 1, cit.). « *Cum audis matremfamilias accipe notae auctoritatis feminam* » (fr. 3 D. XLIII, 30). A queste condizioni la donna aveva il diritto di portare la tunica bianca, la *stola*, che era la nobile veste della *matrona*, come la *toga* del *civis*: « *Matronas*, dice PAOLO DIACONO (ed. MUELLER, p. 125), *appellabant eas fere quibus stolas habendi ius erat* ». Di fronte alle *matronae* vi erano le donne

*classe secundá*, dice ORAZIO (*Satir.*, I, II, v. 94 e sgg.), cui la società romana negava quel titolo di onore; in essa rientravano le donne che non avevano un cittadino romano per padre, quelle che non avevano una *familia* nel senso giuridico della parola, ad es. le schiave e le *libertae*, e infine le nate da una unione *iniusta*, che agli occhi della legge erano senza padre. Nella stessa classe la legge poneva quelle donne che, secondo le idee romane, non potevano possedere la *dignitas matronalis* a causa della loro professione: i giureconsulti ULPIANO (*lib. sing. reg.*, 13) e PAOLO (*Sent.*, II, 26, 11) (cfr. anche COD., V, 27, 1) ne fanno una enumerazione: ad es. chi tiene una bottega, chi vende al mercato, chi si presenta al pubblico nei circhi o nei pubblici spettacoli, chi tiene un albergo, ecc. Per esse la *lex de pudicitia* era assai più indulgente, e ciò agevolava il libertinaggio: « *Cum ab his feminis pudicitiae ratio requiratur quae iuris nexibus detinentur et matris familias nomen obtinent, hae autem immunes a judiciaria severitate et stupri et adulterii praestentur quas vilitas vitae dignas legum observatium non credidit* ». COD., 29 (28), IX, 9). Con tali donne non vi era pericolo di incorrere in *adulterium* o *stuprum* come per le matrone: « *Tutior at quanto merx est in classe secunda* », dice ORAZIO, *l. c.*

Ora, con questa linea di demarcazione tra la casta delle matrone e l'altra descritta, la legge separava il concetto di *concubinatus* da quello di attentato ai costumi o dal matrimonio. Con le *matronae* era impossibile il *concubinatus*, poichè la *lex* non lasciava concepire che o *justae nuptiae* o *stuprum*. Con le donne della seconda categoria era impossibile lo *stuprum*, come pure talvolta erano anco impossibili le *justae nuptiae* o per la legge o per i costumi. Era possibile, perchè non punito anzi permesso dai *mores* del tempo, il *concubinatus*: « *Puto solas eas*, dice ULPIANO, fr. 1 § 1 D. *h. t.*, *in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur* ».

Ma la vita della società rompe e sorpassa i limiti posti dalla legge alle due classi: ora è l'umile liberta che tenta elevarsi al grado di matrona; ora è la matrona che discende al livello della vile cortigiana. SVETONIO (*Tiberius 35*) ci narra come *feminae famosae, ut ad evitandas legum poenas iure ac dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri coeperant*, e TACITO (*Ann.*, II, 85) racconta, come mogli di senatori e figlie di nobile famiglia per restare impunite andavano a iscriversi nei registri degli edili come prostitute: « *Vestilia, praetoria familia genita, licentiam stupri apud aediles vulgaverat* ». La decadenza morale giunse al punto, che il giureconsulto MARCIANO — contraddicendo il rigido ULPIANO (fedele all'antica dottrina dello *stuprum*) — ammette che si possa avere una matrona per concubina, previa una dichiarazione che faccia perdere a quella il suo grado: *cum testatum hac manifestum faciente* (fr. 3 pr. *h. t.*). In questo caso la pena dello *stuprum* non si incorre: evvi il *concubinatus* come fatto irrilevante. Se a tutto questo si aggiunge l'impossibilità di riconoscere il vero matrimonio, data la carenza di forme, si spiega benissimo come ai tempi di PAPINIANO e PAOLO per distinguere la concubina dalla donna soggetto di *stuprum*, e dalla moglie legittima non bastasse più di conoscere la sua condizione di nascita: bisognava tener conto di molte circostanze costituenti il possesso di stato: *Concubina ex sola animi destinatione aestimari oportet*, dice PAOLO, fr. 4 D. *h. t.* Se ci sono nel digesto frammenti i quali sembrano determinare le condizioni alle quali si può prendere una donna per concubina essi non si riferiscono che al diritto penale, in quanto, varcando quei limiti, si cade nel reato di *stuprum*. Quando la legge dichiara che nessuno può avere per concubina la sorella, nè la figlia della sorella (fr. 56 D. XXIII, 2) nè una donna legata in *justae nuptiae* (fr. 13 § 2

D. LXVIII, 2) nè la giovane minore di 12 anni (fr. 1 § 4 D. *h. t.*); quando dichiara che il figlio non può avere a concubina quella che fu concubina del padre (fr. 1 § 3 D. *h. t.*), si ha come conseguenza che un concubinato, un'unione di simil genere è giuridicamente rilevante di fronte alla legge penale, ma non già che il *concubinatus* sia riconosciuto dalla legge come istituto giuridico. La più evidente delle prove si ha poi osservando come nessun effetto giuridico esso produce: e se qualcuno sembra scaturirne dal concubinato del patrono con la schiava affrancata, esso deriva piuttosto dalla *manumissio* e dall'*obsequium*, che incombe al liberto verso di quello, e non già immediatamente dal *concubinatus*.

La migliore dimostrazione della tesi del GIDE riposa sull'analisi della condizione giuridica dei figli nati dal concubinato, e in genere fuori del matrimonio. Per i figli naturali il diritto romano non ha posto regole speciali, essendo la loro condizione retta dal diritto comune. Infatti rispetto al padre il naturale è un estraneo; rispetto alla madre ha i diritti di un figlio legittimo. Tali principî durarono fino agli ultimi imperatori pagani. Ora i *filii* nati dal concubinato non differiscono nel diritto classico da tutti gli altri illegittimi: la distinzione tra gli *spurii* o *vulgo concepti* e i *naturales* è stata fatta dagli imperatori cristiani e si commette un anacronismo trasportandola ai tempi di GAIO e ULPIANO. La legislazione nuova sui figli naturali appartiene a COSTANTINO. È in quest'epoca che il concubinato assume di fronte al diritto un'importanza giuridica producendo alcuni effetti, ma non ricevendo riconoscimento legale, siccome vuolsi affermare. Tale è la dottrina del GIDE, la quale però per quanto si riferisce all'ultima epoca di COSTANTINO e GIUSTINIANO appare molto laconica.

Combattuta dal GIRAUD in Francia (scritto cit. nella Bibliografia), ma accolta omai, generalmente, nella parte fondamentale riferentesi al diritto classico (cfr. GIRAUD, op. cit., l. c.), accettata in Germania dal LEONHARD (recensione al lavoro del GIDE nella *Kritische Vierteljahresschrift*, N. S., vol. IV (1881), p. 345 e segg.), insegnata in Austria (cfr. CZYHLARZ, *Lehrbuch d. Institutionen d. röm. Rechts*, 6.ª ediz., 1902, p. 269), sostenuta in Italia per il primo dal BRUGI (nel *Digesto italiano*, v. *Bibliografia*) e anco insegnata senz'altro nei manuali (cfr. ad es. BONFANTE, *Istituzioni del dir. romano*, 3.ª ed., p. 178; COSTA, *Corso di storia* cit., p. 264), questa dottrina si può dire costituisca una *communis opinio*.

Senonchè recentemente un lavoro, molto più ricco e organico dei precedenti, ha ripreso in esame tutta la dottrina del concubinato. Il MEYER (v. Bibliografia) tra la teoria antica che fa del *concubinatus* un semimatrimonio, e l'altra opposta del GIDE che gli nega qualunque figura giuridica, cerca creare una dottrina intermedia. Per lui il concubinato rimane, è vero, fuori il diritto, non costituendo un istituto, ma è un supplemento di fatto al matrimonio, tollerato dal diritto e distinto dalle unioni criminose. Esso serve nei casi in cui il matrimonio è impossibile: in un primo momento per incapacità della donna, in un altro momento per incapacità dell'uomo. Il primo momento si sarebbe verificato all'epoca di AUGUSTO, che proibì con le sue leggi il matrimonio dei senatori con le libertine, e degli ingenui con le donne *famosae*, esercenti arti ludicre, o date al lenocinio, o adultere, o condannate criminalmente. Il secondo si sarebbe avuto allorchè SEVERO accordò ai militari di coabitare (συνοικεῖν, ERODIANO, III, 8) con donne, pur lasciando sussistere, secondo il MEYER intende, il divieto che avrebbe loro interdetto valido nozze. La tesi della buona monografia del M., utile per aver cercato di porre a contributo le iscrizioni epigrafiche, largamente studiate e insolitamente usufruite nei lavori storico-giuridici, ciò che gli ha

permesso di rilevare assai bene la posizione con cui nel fatto si presentava il concubinato nella vita sociale romana, la tesi, dico, del M. non si lascia accogliere perchè non sorretta dalle fonti. Molto convincenti ci sembra siano le obbiezioni mossegli dal COSTA nello scritto cit. (v. Bibliografia). Invero, che la legislazione di AUGUSTO abbia estesi gli impedimenti del matrimonio, così da provocare proprio allora la necessità, nella vita, di un rapporto che avesse a tener luogo di quello, in casi in cui fosse reso impossibile, non è probabile. Già il KUHLER, recensendo nella *Zeitschrift d. Savigny-Stiftung* (v. XVIII, p. 357 e segg.), notò, e il COSTA lo accenna, come pur avanti ad AUGUSTO esistesse, per i *mores*, il divieto delle nozze con donne disonorevoli, e come anzi AUGUSTO le avesse permesse in un caso in cui erano interdette, cioè tra ingenui e libertine. E non meno contestabile è che la famosa concessione fatta da SEVERO ai militari, e di cui fa parola ERODIANO, consistesse nella convivenza con donne fuori di ogni rapporto matrimoniale. Intorno alla dibattuta questione, sull'esistenza, o meno, di un vero e proprio divieto generale alle nozze dei gregari delle milizie stabili, si è ancor lungi dal poter dire l'ultima tranquillante parola [Cfr. in proposito STELLA-MARRANCO, *Il matrimonio dei soldati romani* in *Studi e documenti di storia e diritto*, vol. XXIV (1893)]. Checchè tuttavia voglia pensarsene, sembra ragionevole riconoscere che un tal diritto, se esistette, fu determinato dalle esigenze della disciplina e della vita militare, che rendevano intollerabile la convivenza con donne. Cessato per concessione del principe l'ostacolo a tale convivenza, non si comprende la necessità di vietar le nozze più oltre, in guisa che il concubinato si dovesse incoraggiare e diffondere pei militari, come sostitutivo di quelle. Tali osservazioni del COSTA (l. c. § 3) sembra siano decisive per non accettare la tesi sullo svolgimento storico dell'istituto, quale il MEYER lo ha concepito.

Per concludere, diremo che la nostra opinione al riguardo è, che possa con sufficiente sicurezza affermarsi che il concubinato rimase sempre fuori il diritto come istituto giuridico, nel senso che le norme positive non si curarono mai di disciplinare questo fatto della vita sociale, di cui lo scopo non era riconosciuto come necessario, condizione questa essenziale perchè venisse assunto a figura giuridica. Il concubinato costituì una unione di fatto.

Però — scrive il COSTA — tale stato di cose si ferma al periodo classico della giurisprudenza romana: poi, col dissolversi della classica *familia*, verso il V secolo, quando nel matrimonio stesso si inclina a ravvisare un istituto che dà luogo a rapporti bilaterali tra i coniugi e i figli, e nella *familia* si accentua man mano il concetto, che essa non sia più del marito unilateralmente, ma anche della moglie, benchè in modo ancor subordinato rispetto a costui; è allora che il concubinato riesce a fissarsi a poco a poco di fronte al diritto. Il suo procedere nel campo di questo ha fortuna varia e oscillante, dipendente dall'azione della compagine familiare, resistente ancora in quello avanzato momento. E ha dapprima manifestazioni soltanto negative nella varia determinazione di una quota limitata di eredità deferibile dall'uomo alla concubina e ai figli nati da lei; e solo da ultimo perviene ad averle dirette e positive con la riserva alla concubina e ai figli naturali di una quota nelle successioni intestate, subordinatamente ai legittimi, e col riconoscimento a quei figli del diritto agli alimenti anche in concorso con questi. Così dalla vita, dove era molto diffuso, il concubinato riesce a diventare un rapporto riconosciuto anche dal diritto, pur sempre subordinatamente al matrimonio, sul quale la *familia* anche dell'ultimo momento è costituita. (COSTA, scritto citato, § 12 e *Storia* cit., p. 267 e segg).

I concetti, testè riferiti, del chiaro storico bolognese non sembra siano accettabili per ciò che riguarda la ragione sostanziale dell' affermarsi del concubinato di fronte al diritto: nè pare si possa sottoscrivere all'ultima affermazione, che il concubinato sia pervenuto a diventare 'un rapporto riconosciuto dal diritto', la quale è comune anche al BRUGI ad esempio, *Istit. di dir. rom. giust.*, p. II, 1901, p. 242 e al BONFANTE, *Istit.*, p. 178, i quali arrivano a dire, il primo che « avendo GIUSTINIANO fissato i requisiti del concubinato (Nov. 18 [42], cap. 5 e 89 [111], cap. 12 §§ 4, 5 e cap. 15) gli ha conferito un preciso aspetto di istituto giuridico », e il secondo che « sotto gli imperatori cristiani il concubinato assurse veramente al grado di istituzione giuridica ». Nè sembra che l'accentuazione del concetto che la *familia* non sia più del marito unilateralmente, ma anche della moglie, sia stata la causa efficiente — dirò — della nuova figura del concubinato di fronte al diritto: e che gli ostacoli del suo procedere nel campo di questo debbano ricondursi alle resistenze della compagine familiare. E d'altra parte nè istituzione nè rapporto giuridico il concubinato fu, sia nel diritto classico, sia nel giustinianeo, perchè come rapporto della vita sociale *non fu regolato dal diritto*. Le norme positive dettate non definiscono o regolano l'*essenza* del rapporto di concubinato — accertandolo così giuridicamente — nè i requisiti subbiettivi o obbiettivi necessarii ad esso, con lo scopo di permetterlo o autorizzarlo in qualche modo. Nello stesso diritto nuovo di COSTANTINO e nel nuovissimo di GIUSTINIANO quelle norme che concedono diritti ai figli nati dal concubinato e alle concubine, e differenziano il concubinato da altre nozioni vietate o punite, regolano gli *effetti* di un fatto sociale — che la legge non vietava nè autorizzava — si noti bene — irrilevante per essa fino a quel dato momento — e che diventa rilevante giuridicamente soltanto per le conseguenze che produce, e che sono di grande interesse sociale perchè dannose se non disciplinate. L'influenza della Chiesa del resto, che vien mano mano affermandosi grande in questo periodo da COSTANTINO a GIUSTINIANO, non poteva permettere — e non lo permise infatti — che un rapporto sociale, da lei riprovato, potesse assumere dignità giuridica. Se invece ci si limita ad affermare che potè divenire *fatto giuridico* in quanto produceva conseguenze giuridiche, allora bisogna esser d'accordo nell'ammetterlo. Ma, se ben si nota, quando il concubinato divenne *fatto giuridico* avea perduto quel carattere specifico del periodo classico di unione diretta al diletto e al piacere, di stabilità incerta, con donne disoneste o riputate tali. Col naufragio del mondo romano nella conquista di molti popoli, con lo sparire di ogni e qualsiasi forma nella conclusione del matrimonio — tanto che bisognava ricorrere a criterii estrinseci e contingenti per sapere se esisteva la *maritalis affectio* e il possesso di stato di moglie, ricorrendo per es. alla consapevolezza dei vicini (*Cod.* V, 4, 9), — l'unione maritale si ridusse a una mera *quaestio facti*, o quasi, così che veniva a coincidere di fatto con l'unione, che si era lin allora indicata col nome di concubinato, in nulla differendone omai. Se ben si pensa a questo, non sarebbe stato il concubinato come tale, con la sua essenza specifica dell'epoca classica, che sarebbe venuto a fissarsi di fronte al diritto: non era il concetto della bilateralità dei rapporti e dei diritti tra marito e moglie che operava in questo senso, dissolvendo l'antico, su cui poggiava la classica *familia* romana; la unione che viene a chiamarsi *inequale coniugium* aveva già acquistato gran parte — se non tutto — del *contenuto* di quella, cui corrispondeva il *matrimonium*, senza averne però la *forma* estrinseca, che del resto omai sopravviveva stentata nella vita, più come ricordo che come pratica.

E che il concubinato non sia stato assunto mai a istituzione giuridica lo prova

il grande favore che si accordava ai figli naturali con le facilitazioni che si concedevano loro per diventare legittimi, e i diritti successori che si accordavano ad essi e le concubine. Si cercava così trasformare il fatto giuridico del concubinato, facilitandone la conversione nell'istituto del matrimonio: la legislazione degli imperatori cristiani fino a GIUSTINIANO mirava a togliere ogni motivo che desse appiglio a far perdurare il concubinato come fatto sociale. Ma da qualunque punto si osservi, tutte queste norme non elevano il *fatto giuridico* 'concubinato' a istituto: ne disciplinano gli effetti minutamente per supremo interesse sociale, ma scopo costante fu *riassumerlo* nel matrimonio, mai però staccarlo e quasi contrapporlo a questo, come figura giuridica autonoma e indipendente, sia pure in grado subordinato. In ogni ipotesi, il fatto sociale 'concubinato' nell'epoca giustinianea è differente da quello del periodo classico: il nome è identico, ma la sostanza si presenta cambiata.

E ciò deve tenersi ben presente.

Del concubinato nel diritto greco discute a lungo il BEAUCHET, *Droit privé de la république Athénienne*, v. I, p. 82-106, sostenendo, contro l'opinione di varii scrittori, che ad Atene il cosidetto concubinato legittimo, come un'unione inferiore al matrimonio, non è mai esistito. Viceversa si trattava di relazioni che, lungi dall'essere legittimate dalla legge, neppure erano scusate dalla pubblica opinione. Il concubinato però produsse degli effetti e specie questo: la condizione di bastardi νόθοι nei figli: in sostanza un semplice fatto irrilevante per il diritto, ma severamente giudicato dal costume.

# INDICE ALFABETICO

## DELLE PRINCIPALI MATERIE TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

---

### A


*Actio ex stipulatu de dote* . . . . . pag. 81
*Actio rei uxoriae* . . . . . » 83
*Actio rerum amotarum* . . . . . » 83 seg.
» » » — concetto . . . . . » 83 seg.
» » » — Editto del Pretore . . . » 83 seg.
» » » — varie opinioni dei più antichi giureconsulti romani . . . » 83 seg.
» » » — condizioni . . . . . » 96 seg.
» » » — a chi compete . . . . » 111 seg.
» » » — contro chi si esercita . . . » 115 seg.
» » » — in quanto contro gli eredi . . » »
» » » — in quanto anche contro gli estranei » »
» » » — a che tende. . . . . » 129 seg.
» » » — mezzi di prova . . . » 133 seg.
» » » — quando si può proporre . . » 136 seg.
» » » — estinzione . . . . . » »
» » » — è una *condictio* . . . . » 140-142
(opinione contraria di *Ant.* FABRO). . . . » »
*Actio rerum amotarum utilis* . . . . . » 96 seg.
*Actio praejudicialis de partu agnoscendo* . . . . » 145, 167 seg. 188, 214 seg.
» » — Senatoconsulti che vi si riferiscono » 167 seg.
» » — se la donna può chiedere l'anticipo delle spese pel relativo giudizio » 214 seg.
» » — se la donna sedotta e resa madre possa con tale azione chiedere gli alimenti allo stupratore (Differenza fra il diritto romano ed il moderno. — Influenza del diritto canonico) . » 216 seg.
*Actio praejudicialis de partu agnoscendo utilis* . . . » 216 seg., 248
» » — *exceptio plurium concumbentium* con cui la si distrugge. . . . » 248 seg.
Affinità del concubinato col matrimonio . . . . » 364 seg.

*Agnescere liberos* (significato) . . . . . pag. 144 seg.
*Alere liberos* (significato) . . . . . » 144 seg.
*Alimenta civilia* . . . . . » 149
*Alimentariae puellae-Faustinianae* . . . . . » 302
*Alimentarii* . . . . . » 295 seg.
Alimenti — che sono. . . . . » 141 seg.
» — quando cessa l'obbligo di prestarli . . » 151 seg.
» — a chi incombe l'obbligo di prestarli ai figli . » 153 seg.
» — (certezza della paternità) . . . . . » 167 seg.
» — procedura della vedova contro l'avo del proprio figlio . . . . . » 185-187
» — Se possono reclamarsi dalla donna sedotta e resa madre allo stupratore coll'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*. — Differenza fra il diritto romano ed il diritto odierno. — Influenza del diritto canonico . . . . . » 216 seg.
» — Obbligo dello stupratore di prestarli al figlio » 241 seg.
(fino a quale età) . . . . . » 255 seg.
» — chi è obbligato dopo il padre a prestarli ai figli di lui . . . . . » 258 seg.
» — se il padre o l'avo son tenuti a prestarli al figlio illegittimo del proprio figlio o nipote, quando il patrimonio dello stupratore sia insufficiente . . . . . » 266 seg.
» — obbligo a prestarli da parte dei patrini verso i figliocei . . . . . » 272 seg.
» — ai genitori . . . . . » 274, 275
» — ai fratelli . . . . . » 276
» — se il prestarli ai fratelli e sorelle bisognosi costituisce un'obbligazione o un atto di liberalità . . . . . » 277 seg.
» — fra patroni e liberti . . . . . » 284 seg.
» — se i patroni di chiese possono chiederli alla Chiesa . . . . . » 284 seg.
» — procedura da seguirsi nelle cause relative . » 313 seg.
» — ripetizione di quelli prestati . . . . . » 313 seg.
*Annonae Praefecti* . . . . . » 308
Applicabilità ai figli illegittimi dei termini legalmente stabiliti o posti a base della presunzione di paternità nelle nascite precoci o tardive dei figli legittimi . » 241 seg.
Azione del padre per distruggere la presunzione: *pater is est quem nuptiae demonstrant* . . . . . » 207 seg.
Azione di restituzione di dote — eccezioni contrarie . » 1 seg.

## B

*Brephotrophia* . . . . . pag. 312

## C

*Canon frumentarius urbis Romae*. . . . . pag. 310
Case in cui si fa luogo alla *condictio furtiva* durante il matrimonio . . . . . » 142, 143

Casi in cui cessa l'obbligo di prestare gli alimenti . . pag. 151 seg.
Casi in cui cessa l'obbligo del seduttore di sposare o dotare la sedotta . . . . . » 222 seg.
Casi in cui cessa la facoltà nel seduttore di scegliere fra l'uno o l'altro obbligo . . . . . » 227 seg.
Chiese — obbligo degli alimenti verso i patroni . . » 284 seg.
*Cereales* . . . . . » 308
*Civilia alimenta* . . . . . » 149
Concetto delle spese utili . . . . . » 62 seg.
» delle spese voluttuarie . . . . . » 77 seg.
» dell'*actio rerum amotarum* . . . . . » 83 seg.
» del concubinato . . . . . » 364 seg.
Concubina — differenza con la *pellex* . . . . . » 364 seg.
Concubinato — concetto . . . . . » 364 seg.
» — sua affinità col matrimonio . . . » »
» — differenza fra *pellex* e concubina . . » »
» — distinzione fra esso ed il matrimonio . » »
» — differenza col *matrimonium conscientiae* . » 415
» — differenza col *matrimonium ad morganaticum* » 415
» — sotto quali condizioni le leggi romane lo permettevano . . . . . » 389 seg.
» — divieto odierno. . . . . » 406 seg.
*Condictio furtiva* — caso in cui, durante il matrimonio, vi si fa luogo . . . . . » 142, 143
Condizioni dell'*actio rerum amotarum*. . . . . » 96 seg.
» sotto le quali le leggi romane permettevano il concubinato. . . . . » 389 seg.
*Curotrophia*. . . . . » 312
*Custodia ventris* . . . . . » 323

## D

Differenza fra le leggi romane e moderne circa il diritto della donna sedotta e resa madre agli alimenti verso il seduttore. Influenza del diritto canonico pag. 216 seg.
» fra *pellex* e concubina . . . . . » 312
» fra matrimonio e concubinato . . . . » 364 seg.
» fra concubinato e *matrimonium conscientiae* . » 415
» fra concubinato e *matrimonium ad morganaticum* » 415
*Divi fratres* — loro rescritto contro le sostituzioni e supposizioni di parto . . . . . » 322 seg.
Divieto odierno del concubinato . . . . . » 406 seg.
*Domus venerabiles* . . . . . » 312
» *sacrae* . . . . . » 312
Donna sedotta e resa madre — suo diritto agli alimenti verso il seduttore . . . . . » 216 seg.
Dote — azione di restituzione . . . . . » 1 seg.
» — eccezioni contro tale azione . . . . » »
» — esonero degli obblighi assunti dal marito per essa » »
» — rifacimento delle spese, vari generi di queste e loro giuridiche conseguenze . . . . . » 2 seg.

## E

Eccezioni contro l'azione di restituzione di dote . . pag. 1 seg.
» circa l'obbligo del sedattore di sposare o dotare la sedotta . . . . . » 222 seg.
Editto del pretore circa l'*actio rerum amotarum* . . » 83 seg.
» del pretore contro le supposizioni e sostituzioni di parto . . . . . » 329 seg.
» del pretore contro la simulazione di gravidanza delle vedove . . . . . » 351 seg.
Effetti che derivano dalle spose voluttuarie . . . » 77 seg.
Epoca della vitalità del parto . . . . . » 190 seg.
Esame della congettura di Fabro sulla legge 17 D. *de act. rer. amot.* . . . . . » 107 seg.
Esonero dall'adempimento delle obbligazioni assunte per la dote . . . . . » 1 seg.
Estinzione dell'*actio rerum amotarum* . . . . . » 136
*Exceptio partus incerti* . . . . . » 250
*Exceptio plurium concubentium* . . . . . » 248 seg.

## F

*Faustinianae alimentariae* . . . . . pag. 302
Feto a sette mesi . . . . . » 190 seg.
Figli — a chi incombe l'obbligo di alimentarli . . » 153 seg.
» (certezza della paternità) . . . . . » 167 seg.
» — procedura competente alla vedova contro l'avo del proprio figlio . . . . . » 185-187
Figli illegittimi — diritto agli alimenti verso il padre . » 241 seg.
» » (fino a quale età) . . . . . » 255 seg.
» » — chi è obbligato ad alimentarli dopo il padre . . . . . » 258 seg.
Figliocci — obbligo dei patrini agli alimenti . . . » 272 seg.
*Filius iustus* . . . . . » 196, 197, 203
Fratelli — alimenti ai . . . . . » 276
» » (è obbligo o liberalità?) . . » 277 seg.
Frodi della vedova incinta immessa nel possesso dei beni » 343 seg.
*Frumentariae largitiones* . . . . . » 305
» *tesserae* . . . . . » 308
*Frumentarius mensor* . . . . . » 308, 309
» *canon urbis Romae* . . . . . » 310

## G

Genitori aventi diritto agli alimenti. . . . . pag. 274, 275
Geroconia . . . . . » 312
Gerontocomia . . . . . » 312
Gradilis . . . . . » 310
Gravidanza simulata della vedova. Editto del pretore . » 351 seg.

## I

*Impensae necessariae dotem minuunt ipso jure* (significato di tal regola) . . . . . pag. 2 seg.

*Impensae in rem ipsam factae* . . . . . pag. 3 seg.
*Impensae quaerendorum fructuum causa factae* . . . » 3 seg.
*Impensae voluptuariae* — concetto . . . . . » 77 seg.
» » — effetti che ne derivano . . » 77 seg.
*Inaequale matrimonium* . . . . . » 365
Influenza del diritto canonico circa il diritto della donna sedotta e resa madre agli alimenti verso il seduttore » 216 seg.
Interpretazione della L. 1 D. *de act. rer. amot.* . . » 83 seg.
» delle leggi 16 e 6 D. *De act. rer. amot.* . » 111 seg.
» della L. 3 § 4 D. *de act. rer. amot.* . . » 115 seg.
» del *SCto Planciano* . . . . . » 172 seg.
» della L. 1 § 1-6, 16 D. *de agnosc. et alend. liber.* . . . . . » 172 seg.
» della L. 1 § 7-15 D. *de agnosc. et alend. liber.* » 178 seg.
» della L. 3 § 2 D. *De agnosc. et alend. liber.* » 185-187
» della L. 8 D. *de agnosc. et alend. liber.* . » 258 seg.
» della L. 5 § 14 D. *de agnosc. et alend. liber.* » »
» delle leggi che si riferiscono alla questione se la prestazione degli alimenti ai fratelli e sorelle bisognosi costituisca obbligazione o atto di liberalità . . » 277 seg.
» della L. 2 D. *si ventris nom. mulier in poss.* . » 348 seg.
» della L. un. D. *Si mulier ventris nom. in poss.* » 351 seg.
*Ius liberorum* . . . . . » 197, 198, 200 202, 203
*Ius trium liberorum* . . . . . » 200
*Iustus filius* . . . . . » 196, 197, 203

L

*Largitiones frumentariae* . . . . . pag. 305
*Leges alimentariae* . . . . . » 295 seg.
Limiti entro i quali ha luogo la ripetizione degli alimenti prestati . . . . . » 313 seg.

M

Matrimonio — differenza col concubinato . . . . pag. 364 seg.
*Matrimonium inaequale* . . . . . » 365
» *conscientiae* — differenza col concubinato . » 415
» *ad morganaticam* — differenza col concubinato » 415
*Mensor frumentarius* . . . . . » 308, 309
Mezzi di prova dell'*actio rerum amotarum* . . . . » 133 seg.
Mezzi di cui dispone il convenuto contro l'azione di restituzione di dote . . . . . » 1 seg.
» giuridici di cui dispone il marito per lo indennizzo delle spese necessarie straordinarie. . . . » 54 seg.
» giuridici di cui dispone il marito per lo indennizzo delle spese utili . . . . . » 62 seg.

N

Nascite precoci o tardive. Se i termini legalmente stabiliti e posti a base della presunzione di paternità nelle

nascite precoci o tardive dei figli legittimi, sono applicabili anche ai figli generati fuori matrimonio . pag. 241 seg.
*Nosocomia* . . . . . » 311

## O

Obbligo di alimentare i figli — a chi incombe. . . pag. 153 seg.
(certezza della paternità) . . . . . » 167 seg.
» — Procedura competente alla vedova contro l'avo del proprio figlio . . . . . » 185-187
» del seduttore agli alimenti verso la donna sedotta e resa madre — Differenza fra il diritto romano e il diritto moderno. Influenza del diritto canonico » 216 seg.
» del seduttore, secondo il diritto odierno, di sposare o dotare la sedotta. . . . . » 221 seg.
» — Casi in cui cessa tale obbligo . . . » 222 seg.
» — Casi in cui cessa solo la facoltà di scelta fra i due obblighi . . . . . » 227 seg.
» — Trasmissione negli eredi del seduttore degli obblighi di costui . . . . . » 233
» — Trasmissione agli eredi della sedotta del diritto alla dotazione . . . . . » 233
» nelle stupratore di prestare gli alimenti al figlio » 241 seg.
— (fino a quale età) . . . . . » 255
» del padre od avo di alimentare il figlio illegittimo del proprio figlio o nipote . . . . » 266 seg.
» agli alimenti dei patrini verso i figliocci . . » 272 seg.
» agli alimenti verso i fratelli e sorelle bisognosi . » 276 seg.
— se tale obbligo costituisce un'obbligazione o un atto di liberalità . . . . . » 277 seg.
» agli alimenti fra patroni e liberti . . . » 284 seg.
Obblighi assunti dal marito per la dote — esonere da tali obblighi . . . . . » 1 seg.
*Oeconomi* . . . . . » 312
Opinioni dei più antichi giureconsulti circa l'*actio rerum amotarum* . . . . . » 83 seg.
*Orbitas* — pene annesse . . . . . » 197, 198, 203
*Orphanotrophia* . . . . . » 312

## P

Parto a sette mesi . . . . . pag. 190 seg.
» tardive . . . . . » 209 seg.
*Partus perfectus* . . . . . » 190 seg.
» *vitalis* . . . . . » 190 seg.
*Pater is est quem nuptiae demonstrant*. . . . . » 189, 190, 216
— azione del padre contro tale presunzione . . . » 207
— se i termini legalmente stabiliti e posti a base di tale presunzione sieno applicabili ai figli illegittimi . . » 241 seg.
Patrini — Obbligo agli alimenti verso i figliocci . . » 272 seg.
Patroni di chiese — alimenti dalle Chiese . . . » 284 seg.
Patroni — Obbligo agli alimenti verso i liberti . . » 284 seg.

*Pellex* — Differenza con la *concubina* . . . . . pag. 364 seg.
Pene dell'*orbitas* . . . . . » 197, 198, 203
Poveri — pubblici istituti pei . . . . . » 295 seg.
*Praefecti annonae* . . . . . » 308 seg.
Prestazione alimentare ai fratelli e sorelle bisognosi — se sia un'obbligazione e un atto di liberalità . . . » 277 seg.
Presunzione: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (V. più sopra: *pater is est, ecc.*).
Pretore — Editto contro le supposizioni e sostituzioni di parte . . . . . » 392 seg.
» — Editto contro la simulazione di gravidanza della vedova . . . . . » 351 seg.
» Editto circa l'*actio rerum amotarum* . . . » 83 seg.
Procedura nelle cause alimentari . . . . . » 312
*Ptochia* . . . . . » 311
*Ptochotrophia* . . . . . » 311
Pubblici istituti pei poveri . . . . . » 295 seg.
*Puellae alimentariae* . . . . . » 302

## Q

Quando si può proporre l'*actio rerum amotarum* . . pag. 136 seg.
Quando cessa l'obbligo di prestare gli alimenti . . » 151 seg.
Quando cessa l'obbligo del seduttore di sposare o dotare la donna sedotta . . . . . » 222 seg.
Quando cessa nel seduttore la facoltà di scegliere fra l'obbligo di sposare e quello di dotare la donna sedotta » 227 seg.
Quando si fa luogo alla *condictio furtiva* durante il matrimonio . . . . . » 142, 143

## R

Regola: *impensae necessariae minuuntur dotem ipso jure* (significato) . . . . . pag. 2 seg.
Rescritto dei *divi fratres* contro le supposizioni e sostituzioni di parto . . . . . » 322 seg.
Restituzione di dote — azione . . . . . » 1 seg.
» » — eccezioni contro l'azione . . » 1 seg.
Ripetizione degli alimenti prestati . . . . . » 313

## S

Seduzione — obbligo del seduttore agli alimenti verso la donna sedotta e resa madre — Differenza fra il diritto romano ed il diritto odierno — Influenza del diritto canonico . . . . pag. 216 seg.
» — Obbligo del seduttore, secondo il diritto odierno, di sposare o dotare la sedotta . » 221 seg.
» — Casi in cui cessa tale obbligo . . . » 222 seg.
» — Casi in cui cessa la sola facoltà di scelta fra l'uno e l'altro obbligo . . . . . » 227 seg.
» — Obbligo del seduttore di alimentare il figlio » 241 seg.
(fino a quale età) . . . . . » 255

Seduzione — Trasmissione negli eredi del seduttore degli obblighi di costui. . . . . pag. 233
» — Trasmissione negli eredi della sedotta dei diritti di costei. . . . . » 233
» — Obbligo nel padre ed avo di alimentare il figlio illegittimo del proprio figlio o nipote. » 266 seg.
*Senatoconsultum sub Hadriano factum de agnoscendo partu* . » 188
— completamente di tale *SCto* mediante le prescrizioni dei *Divi fratres* e del Pretore . . . . . » 322 seg.
*Senatusconsulti Planciani caput de fatsu partu supposito* . » 187, 188
— completamente di tale *SCto* mediante le prescrizioni dei *Divi fratres* e del Pretore . . . . . » 322 seg.
Senatoconsulti che si riferiscono all'*actio praejudicialis de partu agnoscendo* . . . . . » 167 seg.
Settimo mese — vitalità del parto . . . . . » 190 seg.
Significate da darsi alla regola « *impensae necessariae dotem minuunt ipso jure* ». . . . . » 1 seg.
» delle espressioni: *alere liberos, agnoscere liberos, alimenta* . . . . . » 144 seg.
Simulazione di gravidanza da parte delle vedove. Editto del pretore . . . . . » 351 seg.
Sorelle — alimenti alle — costituiscono obbligazione e liberalità? . . . . . » 277 seg.
Sostituzione di parto. . . . . » 187, 188, 322 seg.
Spese sostenute per la dote . . . . . » 1 seg.
» — risarcimento di esse . . . . . » »
» — varii generi . . . . . » »
» — loro giuridiche conseguenze . . . . . » »
» — significato da darsi alla regola: *impensae necessariae dotem minuunt ipso jure* . . . . » »
» necessarie. . . . . » 9 seg.
» ordinarie . . . . . » 13
» straordinarie . . . . . » 14
» necessarie straordinarie — mezzi giuridici di cui dispone il marito per lo indennizzo di esse . » 54 seg.
» utili — concetto . . . . . » 62 seg.
» » — mezzi giuridici accordati in vista di esse » 62 seg.
» voluttuarie — concetto . . . . . » 77 seg.
» » — effetti che ne derivano . . » 77 seg.
Stupro — V. *Seduzione*

## T

*Tabula trajana* . . . . . pag. 295 seg.
Termini stabiliti legalmente e posti a base della presunzione di paternità nelle nascite precoci o tardive dei figli legittimi — se sono applicabili ai figli nati fuori matrimonio . . . . . » 241 seg.
*Tesserae frumentariae* . . . . . » 308

Trasmissione negli eredi del seduttore degli obblighi di costui verse la sedotta . . . . . pag. 233
Trasmissione negli eredi della sedetta del diritte di costei alla dotazione verso il seduttore. . . . . » 233

V

Vedova incinta immessa nel possesso dei beni — frodi . pag. 343 seg.
Vedova che simula gravidanza — Editto del pretore . » 351 seg.
*Ventris custodia* . . . . . » 323

X

*Xenodochia* . . . . . pag. 312
*Xenones* . . . . . » 311

# INDICE DELLE FONTI

## A. Fonti giuridiche.

### 1. *Istituzioni.*


Libro I.

Tit. 9. — *De patr. pot.*

§ 1 pag. 373

Tit. 10. — *De nuptiis.*

pr. pag. 378
§ 12 » 160

Libro II.

Tit. 20. — *De legatis.*

§ 13 pag. 75

Tit. 24. — *De sing. rebus per fideicomm. relict.*

§ 2 pag. 287

Libro III.

Tit. 4. — *De SCto Orphit.*

§ 3 pag. 268

Tit. 5. — *De success. cognat.*

§ 4 pag. 160, 244
§ 5 » 268

Tit. 7. — *De success. libert.*

pag. 286

Libro IV.

Tit. 1. — *De obligat. quae ex delicto nascunt.*

§ 12 pag. 93

Tit. 6. — *De actionibus.*

§ 13 pag. 157, 168
§ 37 » 6, 18, 19, 25, 48, 70, 71.
§ 40 pag. 153

Tit. 12. — *De perpet. et tempor. actionib.*

§ 1 pag. 337

Tit. 15. — *De interdictis.*

§ ult. pag. 347


### 2. *Digesto.*


Libro I.

Tit. 2. — *De origine juris.*

L. 2 § 47 pag. 372

Tit. 3. — *De legibus.*

L. 15 pag. 30
L. 16 » 30, 93
L. 32 § 1 » 93

Tit. 5. — *De statu hominum.*

L. 7 pag. 185
L. 11 » 159
L. 12 » 159, 190, 196, 197, 207
L. 14 » 197
L. 19 » 217, 243, 253, 268

L. 23 pag. 160, 164, 217, 244, 248
L. 24 » 160, 253, 268
L. 25 » 178

Tit. 6. — *De his qui sui vel alieni juris sunt.*

L. 3 pag. 160, 374
L. 4 » 375
L. 6 pr. » 189, 375
L. 6 » 189, 207, 244, 250

Tit. 7. — *De adopt.*

L. 12 pag. 159, 203

Tit. 9. — *De Senatoribus.*

L. 8 pag. 381

LIBRO II.

Tit. 4. — *De in ius vocando.*

L. 5 pag. 160, 189, 216, 245, 379
L. 6 » 258
L. 9 » 287, 288
L. 10 » 288

Tit. 8. — *Qui satisd. cog.*

L. 15 § 3 pag. 56, 57

Tit. 13. — *De edendo.*

L. 6 § 3 pag. 318

LIBRO III.

Tit. 2. — *De his qui notant. infamia.*

L. 1 pag. 357, 397, 399
L. 4 § 2 » 399
L. 15 » 354
L. 16 » 354
L. 17 » 354, 358
L. 18 » 361
L. 19 » 357

Tit. 4. — *Quod cuiusque univ. nom.*

L. 1 pr. pag. 309

Tit. 5. — *De negot. gest.*

L. 9 § 1 pag. 6
L. 27 § 1 » 320
L. 34 » 155, 264
L. 44 » 155, 317, 320

Tit. 6. — *De calumniator.*

L. 5 pag. 121

LIBRO IV.

Tit. 2. — *Quod metus causa.*

L. 16 § 2 pag. 123
L. 17 » 121
L. 18 » 121
L. 19 » 121
L. 20 » 121

Tit. 3. — *De dolo malo.*

L. 11 § 1 in fin. pag. 101
L. 26 » 121

Tit. 4. — *De minor XXV annis.*

L. 3 § 5 pag. 56
L. 27 pr. » 114
L. 37 § 1 » 400

Tit. 5. — *De cap. min.*

L. 7 § 1 pag. 143

Tit. 6. — *Ex quib. caus. major.*

L. 15 § ult. pag. 25

Tit. 7. — *De alienat. ind. mut. causa facta.*

L. 4 § 6 pag. 119
L. 5 » 119
L. 6 » 119
L. 7 » 119

LIBRO V.

Tit. 2. — *De inoff. testam.*

L. 2 pag. 318
L. 27 § 3 » 150, 215

Tit. 3. — *De heredit. petit.*

L. 20 § 3 pag. 28
L. 40 § 3 » 2

LIBRO VI.

Tit. 1. — *De rei vindicat.*

L. 8 pag. 51
L. 19 » 2
L. 23 § 5 » 51
L. 27 § 5 » 75
L. 32 » 66
L. 38 » 76
L. 48 » 75
L. 68 » 347
L. 70 » 131

Tit. 2. — *De publ. in rem act.*

L. 3 § 1 pag. 56

LIBRO VII.

Tit. 2. — *De usufructu.*

L. 7 § 12 pag. 13
L. 7 § 3 » 13
L. 12 pr. » 10
L. 13 § 4 » 77
L. 45 » 146

LIBRO VIII.

Tit. 1 — *De servitutibus.*

L. 15 § 1 pag. 77

LIBRO IX.

Tit. 2. — *Ad Leg. Aquil.*

L. 13 § 2 pag. 90
L. 27 § 30 » 105

Tit. 3. — *De his qui effud. vel deiecer.*

L. 1 § 7 pag. 126

Tit. 4. — *De noxal. act.*

L. 1 pag. 75

LIBRO X.

Tit. 2. — *Famil. ercisc.*

L. 20 § 2 pag. 158
L. 50 » 149, 155, 319

Tit. 3. — *Comm. divid.*

L. 14 § 1 pag. 75

LIBRO XI.

Tit. 3. — *De servo corrupto.*

L. ult. pag. 105

Tit. 7. — *De religios.*

L. 14 § 7 pag. 319

LIBRO XII.

Tit. 1. — *De reb. cred.*

L. 9 pr. pag. 130

Tit. 2. — *De jureiurando.*

L. 3 § 3 pag. 353
L. 7 » 136
L. 23 § 7 » 86
L. 28 § 7 » 96, 136
L. 28 § 9 » 134
L. 34 § 6 » 135

Tit. 3. — *De in litem jurando.*

L. 5 § 4 pag. 75
L. 6 » 75
L. 8 » 131

Tit. 4. — *De condict. causa data.*

L. 7 pr. pag. 81

Tit. 5. — *De condict. ob turp. vel iniust. caus.*

L. 6 pag. 103

Tit. 6. — *De condict. indebiti.*

L. 1 § 1 pag. 317
L. 14 » 102
L. 15 § 1 » 102
L. 26 § 2 » 317
L. 32 pr. » 236
L. 32 § 2 » 317
L. 50 » 61
L. 51 » 61

Tit. 7. — *De condict. sine causa.*

L. 5 pag. 81

LIBRO XIII.

Tit. 1. — *De condict furt.*

L. 1 pag. 134
L. 7 § 1 » 119

L. 7 § 2 pag. 123
L. 8 § 1 » 130
L. 9 » 117, 118, 119, 121, 123, 124
L. 19 » 127, 142
L. 20 » 131

Tit. 4. — *De eo quod certo loco.*

L. 2 § 3 pag. 236

Tit. 7. — *De pign. act.*

L. 25 pag. 66

LIBRO XIV.

Tit. 1. — *De exercitor. act.*

L. 1 § 18 pag. 308

LIBRO XV.

Tit. 1. — *De peculio.*

L. 3 § 12 pag. 127, 143
L. 3 § 12 in fin. » 125
L. 33 » 28
L. 34 » 28
L. 40 » 28
L. 47 § 6 » 56

LIBRO XVI.

Tit. 2. — *De compensat.*

L. 4 pag. 30, 32
L. 10 pr. » 30
L. 21 » 32

LIBRO XVII.

Tit. 2. — *Pro socio.*

L. 56 pag. 105

LIBRO XVIII.

Tit. 1. — *De contr. emt.*

L. 58 pag. 10

LIBRO XIX.

Tit. 1. — *De act. emt. et vendit.*

L. 30 pag. 19

LIBRO XX.

Tit. 1. — *De pignor.*

L. 8 pag. 378

LIBRO XXII.

Tit. 1. — *De usuris.*

L. 33 pag. 300
L. 38 » 69

Tit. 3. — *De probat.*

L. 9 pag. 153
L. 25 pr. » 61

LIBRO XXIII.

Tit. 1. — *De sponsal.*

L. 11 pag. 373

Tit. 2. — *De ritu nupt.*

L. 1 pag. 89, 412
L. 19 » 261
L. 24 » 376
L. 32 » 261
L. 33 » 261
L. 39 » 69
L. 41 » 398
L. 41 § 1 » 366, 378, 396
L. 43 » 394
L. 43 pr. » 225, 398
L. 43 § 1-3 » 225
L. 43 § 1-5 » 398
L. 43 § 3 » 398
L. 43 § 4 » 398
L. 43 § 6 » 399
L. 43 § 7 » 399
L. 43 § 9 » 399
L. 43 § 10 » 401
L. 43 § 11 » 401
L. 43 § 12 » 399
L. 44 » 261, 394, 397, 398
L. 44 pr. » 261
L. 45 » 366
L. 45 § 5 » 368
L. 47 » 394
L. 49 » 261
L. 50 » 367
L. 56 » 419
L. 57 pr. » 108
L. 59 » 108
L. 61 » 6, 18, 19, 75
L. 63 » 108

Tit. 3. — *De jure dotium.*

L. 3 pag. 81, 374
L. 7 § 3 » 56, 81
L. 9 § 1 » 56
L. 10 pr. » 5
L. 10 § 6 » 33
L. 18 » 5
L. 21 » 239
L. 26 » 28
L. 32 » 28
L. 54 » 28
L. 56 » 69
L. 56 § 3 » 18, 19, 25, 34, 35, 46, 47, 71
L. 59 § 2 » 81
L. 69 § 4 » 241
L. 69 § 5 » 239
L. 72 pr. » 29
L. 73 § 1 » 145, 276, 277
L. 75 » 56, 57, 59
L. 76 in fin. » 81
L. 78 § 2 » 99
L. 79 » 270

Tit. 4. — *De pact. dotal.*

L. 5 § 1 pag. 62
L. 5 § 2 » 6, 18, 19, 21, 24

Tit. 5. — *De fund. dotal.*

L. 3 § 1 pag. 50
L. 4 » 50
L. 5 » 58
L. 7 » 58

LIBRO XXIV.

Tit. 1. — *De donat. inter vir. et uxor.*

L. 3 § 1 pag. 365, 378, 395
L. 4 » 365
L. 28 § 1 » 17, 66
L. 32 § 13 » 373, 377
L. 66 pr. » 373

Tit. 2. — *De divort.*

L. 9 pag. 378
L. 10 » 367
L. 11 pag. 378
L. ult. » 366, 367
L. ult. § 2 » 97, 109

Tit. 3. — *Solut. matrim.*

L. 2 § 1 pag. 24
L. 7 » 9
L. 7 pr. » 9
L. 7 § 6 » 9
L. 7 § 16 » 3, 6, 17, 18
L. 7 § 16 in fin. » 61
L. 7 § ult. » 12
L. 8 § ult. » 53
L. 20 » 276, 277
L. 21 » 17, 75
L. 22 § 1 » 24
L. 22 § 12 » 114
L. 22 § ult. » 82
L. 23 » 81
L. 25 § 1 » 132
L. 29 pr. » 24
L. 55 » 1
L. 56 » 69
L. 64 § 5 » 24

LIBRO XXV.

Tit. 1. — *De impens. in res dotal. fact.*

L. 1 pag. 3, 5
L. 1 pr. » 9
L. 1 § 1 » 6, 10, 12. 24
L. 1 § 2 » 6, 18, 24
L. 1 § 3 » 6, 10, 17
L. 1 in fin. » 4
L. 1-15 » 3
L. 2 » 4, 11, 17
L. 3 » 4, 6, 11, 19
L. 3 pr. » 18
L. 3 § 1 » 8, 18
L. 4 » 4, 5, 6, 11, 65
L. 5 » 19, 35
L. 5 pr. » 3, 6, 18, 22, 24, 71
L. 5 » 1 » 26
L. 5 § 2 » 54, 61
L. 5 § 3 » 62, 76

L. 6 pag. 17, 62
L. 7 pr. » 78
L. 7 § 1 » 61, 64, 68
L. 8 » 76
L. 9 » 79
L. 10 » 78, 80
L. 10 pr. » 5
L. 11 » 79
L. 12 » 17, 18, 62, 76
L. 13 » 9
L. 14 pr. » 4, 6
L. 14 § 2 » 78
L. 15 » 4, 6, 13, 18, 19, 53, 64
L. 15 pr. » 25
L. 15 in fine » 18
L. 16 » 5, 6, 8
L. 79 » 6
L. ult. » 7, 53

Tit. 2. — *De act. rer. amotar.*

L. 1 pag. 83 e seg., 91, 96, 128, 141
L. 2 » 86, 93
L. 3 » 86, 128
L. 3 pr. » 101
L. 3 § 2 » 101, 142
L. 3 § 3 » 130
L. 3 § 4 » 86, 125
L. 3 § ult. » 119
L. 4 » 129
L. 5 » 125
L. 6 » 111 e seg.
L. 6 § 2 » 129
L. 6 § 3 » 111, 123
L. 6 § 4 » 116, 119, 123, 124
L. 6 § 5 » 97, 100, 102
L. 6 § ult. » 99
L. 7 » 111, 138
L. 8 § 1 » 86, 131
L. 9 » 131
L. 10 » 132
L. 11 » 91, 97
L. 11 pr. » 111
L. 11 § 1 » 96, 133
L. 11 § 2 pag. 134
L. 11 § 3 » 134, 135
L. 13 » 135
L. 14 » 136
L. 15 § 1 » 114
L. 16 » 111 e seg.
L. 17 » 96, 107, 108, 378
L. 17 pr. » 97, 378
L. 17 § 1 » 86, 96, 108, 109, 110
L. 17 § 2 » 102, 125, 130, 142
L. 17 § 3 » 141
L. 19 » 97
L. 21 pr. » 86, 98, 100
L. 21 § 1 » 86
L. 21 § 3 » 137
L. 21 § 4 » 133
L. 21 § 5 » 104, 111, 117, 120, 124, 126, 130, 141
L. 21 § 6 » 129, 133
L. 21 §§ 3-6 » 86
L. 21 § ult. » 104
L. 22 » 132
L. 22 § 1 » 100
L. 22 § 2 » 98
L. 23 » 86, 103, 138
L. 24 » 104, 141
L. 25 » 86, 100, 101, 104, 125, 140, 141
L. 26 » 141, 143
L. 27 » 139
L. 28 » 115, 141
L. 29 » 86, 130, 131, 141
L. 30 » 138
L. ult. » 124

Tit. 3. — *De agnosc. et alend. liberis.*

L. 1 » 170, 172
L. 1 pr. » 173, 187
L. 1 § 1 » 172, 185
L. 1 § 2 » 172

L. 1 § 3 pag. 172, 179
L. 1 § 4 » 157, 172
L. 1 § 5 » 172
L. 1 § 6 » 159, 172
L. 1 § 7 » 178
L. 1 § 8 » 178
L. 1 § 9 » 178
L. 1 § 10 » 178
L. 1 § 11 » 178
L. 1 § 12 » 168, 178
L. 1 § 13 » 168, 178
L. 1 § 14 » 24, 168, 178
L. 1 § 15 » 168, 178
L. 1 § 16 » 168, 169, 172
L. 2 » 177
L. 3 » 170
L. 3 pr. » 177
L. 3 § 1 » 168, 172, 188
L. 3 § 2 » 168, 185, 265
L. 3 § 3 » 168, 265
L. 3 § 4 » 168, 265
L. 3 § 6 » 24
L. 4 » 145, 156, 165
L. 5 » 157, 260, 262
L. 5 pr. » 153, 156, 259, 313
L. 5 § 1 » 153, 156, 158, 259, 274
L. 5 § 2 » 259, 262, 265, 266, 269, 274
L. 5 § 3 » 259
L. 5 § 4 » 164, 248, 259
L. 5 § 5 » 265, 268
L. 5 § 6 » 160
L. 5 § 7 » 151, 154, 155, 156
L. 5 § 8 » 24, 314
L. 5 § 9 » 313
L. 5 § 10 » 151, 155, 156
L. 5 § 12 » 150, 152, 155, 156
L. 5 § 13 » 154, 274
L. 5 § 14 » 258 seg., 274, 321
L. 5 § 15 » 274
L. 5 § 16 pag. 153, 274
L. 5 § 17 » 153, 274
L. 5 § 18 » 145, 286
L. 5 § 19 » 24, 151, 154, 254, 286
L. 5 § 20 » 286
L. 5 § 21 » 286
L. 5 § 22 » 286
L. 5 § 25 » 151
L. 7 » 159, 250, 255, 314
L. 8 » 152, 153, 258 e seg.

Tit. 4. — *De inspic. ventre.*

L. 1 pag. 323
L. 1 pr. » 328
L. 1 § 1 » 323, 325
L. 1 § 2 » 326, 355
L. 1 § 3 » 176, 225, 326
L. 1 § 4 » 326
L. 1 § 5 » 326
L. 1 § 6 » 326
L. 1 § 7 » 325, 328
L. 1 § 8 » 24, 328
L. 1 § 9 » 329
L. 1 § 10 » 329 e seg.
L. 1 § 11 » 333
L. 1 § 12 » 333
L. 1 § 13 » 187
L. 1 § 14 » 334, 338, 339
L. 1 § 15 » 335, 339
L. 2 » 336 e seg.
L. 3 » »
L. 4 » »

Tit. 5. — *Si ventr. nom. mulier in poss.*

L. 1 pag. 343 e seg.
L. 1 § 2 » 346
L. 1 § 3 » 347
L. 1 § 4 » 347
L. 1 § 5 » 347
L. 2 » 348 e seg.
L. 2 § 1 » 318

Tit. 6. — *Si mulier ventr. nom. in poss.*

L. un. pag. 351 e seg.

L. un. § 1 pag. 356
L. un. § 2 » 354
L. un. § 3 » 359
L. un. § 4 » 356
L. un. § 5 » 356
L. un. § 6 » 360
L. un. § 7 » 361
L. un. § 8 » 362
L. un. § 9 » 362
L. un. § 10 » 345
L. un. § 11 » 363
L. un. § 12 » 358

Tit. 7. — *De concubinis.*

pag. 364 e seg.
L. 1 pr. » 366, 396
L. 1 § 1 » 376, 377, 382, 395, 397, 401, 419
L. 1 § 2 » 377, 402, 410
L. 1 § 3 » 380, 410, 420
L. 1 § 4 » 420
L. 2 » 368
L. 3 » 395
L. 3 pr. » 375, 377, 380, 382, 410, 419
L. 3 § 1 » 365, 392, 395, 402, 403, 410, 417, 418
L. 3 in fine » 159
L. 4 » 377, 394, 417, 419
L. ult. » 378

LIBRO XXVI.

Tit. 2. — *De administrat. tut.*

L. 12 § 3 pag. 148, 149, 276, 278, 279
L. 13 § 2 » 276

Tit. 4. — *De legitim. tutor.*

L. 1 pr. pag. 285
L. 3 » 285
L. 3 § 1 » 287

LIBRO XXVII.

Tit. 1. — *De excusat.*

L. ult. pag. 309

Tit. 2. — *Ubi pupillus educari debeat.*

L. 3 pr. pag. 314
L. 3 § 4 » 314
L. 4 » 148, 149, 276, 279
L. 34 » 317

Tit. 3. — *De tut. et ration. distrah.*

L. 1 § 2 pag, 276, 280

Tit. 4. — *De contrar. tut. act.*

L. 1 § 3 pag. 61

LIBRO XXVIII.

Tit. 6. — *De vulg. et pupill. substitut.*

L. 2 pr. pag. 340
L. 4 pr. » 341
L. 45 » 379

LIBRO XXIX.

Tit. 1. — *De testam. militis.*

L. 41 pr. pag. 381

Tit. 2. — *De acquir. vel omitt. hered.*

L. 30 pr. pag. 363
L. 30 § 1 » 340
L. 30 § 2 » 340
L. 84 » 310
L. 86 » 363

LIBRO XXXI.

II. — *De legatis.*

L. 29 pr. pag. 379
L. 41 § 1 » 51
L. 49 § 1 » 308
L. 87 pr. » 308

LIBRO XXXII.

III. — *De legatis.*

L. 29 princ. pag. 404
L. 29 § 4 » 418
L. 41 § 5 » 404
L. 49 § 4 » 365, 377
L. 94 » 284

LIBRO XXXIII.

Tit. 4. — *De dote prelegata.*

L. 1 pr. pag. 75
L. 1 § 4 » 18, 19, 28, 29, 35, 75
L. 2 » 19
L. 2 pr. » 29, 75
L. 5 » 18, 19, 75, 76

Tit. 7. — *De instruct. vel instrum. leg.*

L. 8 § 1 pag. 4

Tit. 8. — *De pec. leg.*

L. 6 pr. pag. 36
L. 8 pr. » 36

Tit. 10. — *De supellect. leg.*

L. 11 pag. 78

LIBRO XXXIV.

Tit. 1. — *De aliment. vel cibar. legat.*

L. 6 pag. 146, 147, 148
L. 8 in fine » 315
L. 14 » 301
L. 14 § 1 » 256, 303
L. 16 pr. » 153
L. ult. » 146

Tit. 9. — *De his quae ut indignis.*

L. 14 pag. 381
L. 16 » 377
L. 16 § 1 » 379, 404

LIBRO XXXV.

Tit. 1. — *De condic. et demonstr.*

L. 15 in fine pag. 373
L. 71 § 3 » 59, 60
L. 108 » 284

Tit. 2. — *Ad leg. Falcid.*

L. 1 § 14 pag. 95

LIBRO XXXVI.

Tit. 1. — *Ad SCtum Trebell.*

L. 17 § 4 pag. 379
L. 18 » 113
L. 21 » 75

Tit. 4. — *Ut in possess. legator.*

L. 5 § 27 pag. 346

LIBRO XXXVII.

Tit. 4. — *De bonor. possess. contra tab.*

L. 3 § 5 pag. 159, 203
L. 8 » 340

Tit. 6. — *De coltat.*

L. 6 pag. 270

Tit. 7. — *De dotis coltat.*

L. 1 § 5 pag. 53, 65

Tit. 9. — *De ventre in poss. mitt.*

pag. 333, 344
L. 1 § 1 » 352
L. 1 § 2 » 338, 340
L. 1 § 3 » 340
L. 1 § 11 » 338, 340, 344
L. 1 § 19 » 151, 156
L. 1 § 27 » 341, 362
L. 1 § 28 » 361
L. 2 » 362
L. 3 » 362
L. 5 » 156
L. 10 in fine » 340

Tit. 10. — *De Carbon. Edicto.*

pag. 333
L. 1 § 11 » 188
L. 3 § 4 » 167
L. 6 § 5 » 148, 149

Tit. 14. — *De jure patronat.*

L. 5 § 1 pag. 291
L. 6 § 1 » 290
L. 20 » 289

Tit. 15. — *De obsequiis parent. et patron. praest.*

pag. 286
L. 2 » 289
L. 5 § 1 » 105
L. 6 » 105
L. 7 pr. » 105
L. 9 » 284

LIBRO XXXVIII.

Tit. 1. — *De operis libertor.*

L. 7 pag. 257
L. 7 § 4 » 287
L. 18 » 291
L. 20 » 291
L. 21 » 291
L. 32 » 290
L. 33 » 291
L. 41 » 289
L. 46 » 396
L. 48 » 396
L. 50 » 291

Tit. 2. — *De bonis libertor.*

L. 3 § 4 pag. 290
L. 29 pr. » 287
L. 29 § 1 » 287
L. 37 pr. » 289

Tit. 5. — *Si quid in fraud. patr.*

L. 1 § 10 pag. 271

Tit. 8. — *Unde cognati.*

L. 4 pag. 268, 269
L. 8 » 268

Tit. 10. — *De gradibus.*

L. 4 § 8 pag. 269
L. 7 » 380

Tit. 11 — *Unde vir et uxor.*

L. un. § 1 pag. 366

Tit. 16 — *De suis et legit. hered.*

L. 3 § 9 pag. 209
L. 3 § 11 » 209
L. 3 § 12 » 195, 198, 200, 207, 210

Tit. 17. — *Ad SClum Tertull.*

L. 2 § 1 pag. 202

LIBRO XXXIX.

Tit. 2. — *De damno infecto.*

L. 9 § 1 pag. 346
L. 19 § 1 » 2
L. 24 § 2 » 2

Tit. 5. — *De donation.*

L. 31 pr. pag. 365, 373, 377, 378, 381

LIBRO XL.

Tit. 1. — *De manumiss.*

L. 4 pr. » 288
L. 4 § 2 » 288
L. 4 § 7 » 288

Tit. 9 — *Qui et a quib. manumissi.*

L. ult. § 1 pag. 290
L. ult. § 2 » 290

Tit. 12. — *De lib. causa.*

L. 3 § 1 pag. 171
L. 27 § 1 » 202

LIBRO XLI.

Tit. 1. — *De acquir. rer. dom.*

L. 61 pag. 90

Tit. 3. — *De usurp. et usucap.*

L. 10 § 2 pag. 326
L. 23 pr. » 28

Tit. 4. — *Pro emptore.*

L. 1 » 131
L. 2 § 6 » 28
L. 3 » 131

Tit. 9. — *Pro dote.*

L. 1 pr. pag. 56
L. 1 § 1 » 28

LIBRO XLII.

Tit. 1. — *De re judic.*

L. 17 pag. 153, 257
L. 19 » 69
L. 21 » 69
L. 23 » 69
L. 25 » 258
L. 52 » 90, 133

Tit. 5. — *De rebus aucl. iud. possid.*

L. 38 pr. pag. 378

LIBRO XLIII.

Tit. 4. — *Ne vis fial ei, qui in poss. missus erit.*

L. 3 pr. pag. 345, 346, 347

Tit. 16. — *De vi et vi armata.*

L. 1 § ult. pag. 121, 122
L. 2 » 121
L. 3 pr. » 121
L. 3 § ult. » 121
L. 9 » 121

Tit. 24. — *Quod ei aut clam.*

L. 8 pag. 28

Tit. 30. — *De lib. exhib.*

pag. 326
L. 1 § ult. » 325
L. 3 » 418
L. 3 § 3 » 346

LIBRO XLIV.

Tit. 4. — *De doli mali et metus except.*

L. 4 § 9 pag. 75
L. 5 § 1 » 75
L. 7 » 75
L. 8 » 75

Tit. 7. — *De oblig. et act.*

L. 36 pag. 104, 141
L. 39 » 125

LIBRO XLV.

Tit. 1. — *De verbor. oblig.*

L. 83 § 5 pag. 138
L. 121 § 1 » 365, 373
L. 137 § 4 » 138

Tit. 3 — *De stipul. servor.*

L. 91 § 3 pag. 93

LIBRO XLVI.

Tit. 3. — *De solut.*

L. 95 § 1 pag. 230, 236
L. 96 pr. » 346
L. 98 § 8 » 138

LIBRO XLVII.

Tit. 1 — *De privat. delict.*

L. 1 pr. pag. 233

Tit. 2. — *De furtis.*

L. 16 pag. 94
L. 17 » 94
L. 56 § 1 » 235

Tit. 8. — *Vi bonor. raptor.*

L. 2 § 27 pag. 123

Tit. 10. — *De injur.*

L. 1 § 5 pag. 234
L. 6 » 235
L. 9 § 2 » 224
L. 9 § 4 » 224
L. 15 § 15 » 418
L. 39 » 51

Tit. 11. — *De extraord. crimin.*

L. 4 pag. 324

Tit. 19. — *Expilat. heredit.*

L. 5 pag. 90

LIBRO XLVIII.

Tit. 1. — *De judiciis.*

L. 1 pag. 401
L. 4 » 94
L. 7 » 401
L. 49 pr. » 157
L. 52 § 1 » 308
L. 58 » 138
L. ult. » 347

Tit. 2. — *De accusat.*

L. 14 pag. 235

Tit. 5. — *Ad leg. Juliam de adult.*

L. 6 pr. pag. 394
L. 6 § 1 » 394, 395, 397, 403
L. 10 § 2 » 376
L. 11 § 9 » 190
L. 13 » 396
L. 13 pr. » 366, 378, 396
L. 29 § 1 » 395, 403

L. 34 pag. 394
L. 34 pr. » 376, 397
L. 34 § 1 » 382
L. 43 § 13 » 400

Tit. 8. — *Ad leg. Cornel. de Sicar.*

L. 8 pag. 324

Tit. 10. — *De lege Cornel. de falsis*

L. 19 § 1 pag. 188
L. 30 § 1 » 188

Tit. 19. — *De poenis.*

L. 39 pag. 99, 324

LIBRO XLIX.

Tit. 5. — *De appellat. recip. vel non.*

L. ult. pr. pag. 314

Tit. 14. — *De jure fisci.*

L. 46 § ult. pag. 112

LIBRO L.

Tit. 1. — *Ad Municipal.*

L. 6 § ult. pag. 285
L. 17 § 8 » 285
L. 22 pr. » 285

Tit. 2. — *De Decurionib.*

L. 6 § 3 pag. 357

Tit. 5. — *De vocat. et exensat. muner.*

L. 9 § 1 pag. 309
L. 10 § 1 » 309

Tit. 16. — *De verbor. signif.*

L. 9 pr. pag. 201
L. 26 » 326
L. 43 » 146
L. 44 » 146
L. 46 § 1 » 366, 396, 418,
L. 79 » 12, 75
L. 79 pr. » 44
L. 79 § 1 » 17, 66, 69, 76
L. 79 § 2 » 78
L. 101 » 403
L. 101 pr. » 394
L. 134 » 207
L. 135 » 197
L. 144 » 216, 368, 389, 394, 404
L. 183 » 65
L. 195 § 1 » 285
L. 196 § 1 » 260
L. 208 » 28
L. 212 » 401
L. 220 § 3 » 375
L. 222 » 201
L. 234 § 2 » 147

Tit. 17. — *De div. reg. juris.*

L. 15 § 2 pag. 121
L. 30 » 373
L. 58 » 126, 128
L. 173 § 3 » 75
L. 203 » 235
L. 207 » 178

## 3. *Codice.*

LIBRO I.

Tit. 2. — *De sacrosant. ecclesiis.*

L. 17 pag. 312
L. 17 § 1 » 311
L. 19 » 311
L. 22 » 311
L. 23 » 311

Tit. 3. — *De episcop. et clericis.*

L. 18 pag. 312
L. 33 § 7 » 311, 312
L. 35 » 311, 312
L. 42 § 6 » 311
L. 46 pr. » 311
L. 46 § 1 » 311
L. 46 § 9 » 311

L. 49 § 3 pag. 311
L. 49 § 5 » 311
L. 49 § 6 » 311
L. 49 § 7 » 311
L. ult. » 311

LIBRO II.

Tit. 11. — *Ex quib. caus. infam. irrogat.*

L. 16 » 357

Tit. 18 — *De negotiis gestis.*

L. 1 » 317, 320
L. 11 » 155, 319
L. 13 » 316
L. 15 » 149, 320

Tit. 54. — *De alienat. iud. mut. caus. facta.*

L. un. pag. 85

LIBRO III.

Tit. 31. — *De petit. hered.*

L. 12 pr. pag. 3

LIBRO IV.

Tit. 5. — *De condict. indeb.*

L. 9 pr. pag. 317

Tit. 17. — *Ex delict. defunct.*

L. un. pag. 120-122

Tit. 19. — *De probation.*

L. 5 pag. 319
L. 6 » 319

Tit. 28. — *Ad SCt. Macedon.*

L. 5 pag. 155

Tit. 31. — *De compensat.*

L. 3 pag. 315
L. 4 » 30, 32
L. ult. » 30

Tit. 34. — *Depositi.*

L. 9 pag. 90

LIBRO V.

Tit. 3. — *De donat. ante nuptias.*

L. 20 pag. 81, 374

Tit. 4. — *De nupt.*

L. 9 pag. 375
L. 15 » 203
L. 22 » 373
L. 24 » 373
L. 26 » 272
L. 29 » 261

Tit. 5. — *De incest. nuptis.*

L. 7 pag. 402

Tit. 12. — *De jure dot.*

L. 4 pag. 28
L. 5 » 32
L. 10 » 32
L. 11 » 56
L. 30 » 56

Tit. 13. — *De rei uxor. act.*

L. un. § 5 pag. 3, 6, 18, 19, 64, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 79, 83, 144
L. un. § 9 » 9

Tit. 16. — *De donat. inter vir. et uxor.*

L. 2 pag. 378

Tit. 21. — *Rer. amot.*

L. 2 pag. 84, 96, 104, 129, 141
L. ult. » 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123

Tit. 25. — *De alendis liberis ac parent.*

L. 1 pag. 274
L. 2 » 153, 274
L. 3 » 156, 254
L. 4 » 156
L. ult. » 171

Tit. 26. — *De concubinis.*

L. un. pag. 365, 373, 407

Tit. 27. — *De natural. liber.*

L. 1 pag. 378
L. 1 » 382, 383, 402, 419
L. 2 » 383, 384, 387
L. 3 » 365, 393
L. 5 » 161
L. 7 » 160, 379
L. 8 » 386
L. 8 e seg. » 162
L. 11 » 243
L. 12 » 164, 269
L. ult. » 387

Tit. 62. — *De excusat. tutor.*

L. 26 pag. 309

LIBRO VI.

Tit. 2. — *De furtis.*

L. ult. § 4 pag. 94
L. ult. § fin. » 106, 115

Tit. 3. — *De operis libert.*

L. 1 pag. 290
L. 2 » 287, 288
L. 3 » 288
L. 4 » 289
L. 5 » 287
L. 8 » 288, 396

Tit. 4. — *De bonis libertor.*

L. 1 pag. 288
L. 4 » 288

Tit. 6. — *De obseq. pat. praest.*

L. 2 pag. 286
L. 2 » 396

Tit. 9. — *Qui admitti ad bon. possess. possunt.*

L. 6 pag. 384

Tit. 13. — *De bonor. poss. contra tabul. libert.*

L. 2 pag. 289

Tit. 26. — *De impub. et aliis substitut.*

L. 4 pag. 341

Tit. 38. — *De verbor. signif.*

L. 5 pag. 285
L. ult. » 278

Tit. 55. — *De suis et legit. liber.*

L. 9 pag. 384

Tit. 57. — *Ad SCtum Orphit.*

L. 5 pag. 268, 379, 393

Tit. 61. — *De bonis quae liberis.*

L. 8 § 3 pag. 114
L. 8 § 5 » 154, 260, 274
L. ult. § 5 » 152

LIBRO VII.

Tit. 4. — *De fideicomm. libertat.*

L. 7 pag. 287

Tit. 15. — *Comm. de manumiss.*

L. 3 pag. 395
L. ult. » 378

Tit. 16. — *De liberali causa.*

L. 9 pag. 284

Tit. 19. — *De ordine cognit.*

L. 7 pag. 150, 151
L. ult. » 215

Tit. 53. — *De execut. rei indic.*

L. 1 pag. 151

LIBRO VIII.

Tit. 46. — *De patr. potest.*

L. 5 pag. 274
L. 9 » 155, 157, 168, 171

LIBRO IX.

Tit. 9. — *Ad leg. Juliam de adult. coërc.*

L. 9 pag. 400
L. 20 » 396
L. 29 » 398, 402, 419
L. 29 § 1 » 400

Tit. 22. — *Ad leg. Cornel. de falsis.*

L. 1 pag. 187, 188

Tit. 31. — *Quando civ. actio crim. praeiudic.*

L. 1 pag. 235

Tit. 32. — *De crimin. expilatae heredit.*

L. 4 pag. 90

Tit. 35. — *De iniuriis.*

L. 5 pag. 328

Tit. 47. — *De poenis.*

L. 22 pag. 269

LIBRO X.

Tit. 38. — *De Municip. et Origin.*

L. 2 pag. 285

LIBRO XI.

Tit. 24. — *De annonis civil.*

L. 1 pag. 308

Tit. 33. — *De debit. civitat.*

L. 2 pag. 300

## 4. *Novelle.*

Nov. 7 c. 3 § 2 pag. 324
» 12 c. 2 » 275
» 18 c. 5 » 162, 365, 386, 394, 408, 422
» 18 c. 12 § 4 » 422
» 18 c. 12 § 5 » 422
» 18 c. 15 » 422
» 18 c. 89 » 422
» 22 c. 3 » 373, 377
» 22 c. 26 » 152
» 22 c. 27 » 152
» 39 c. 2 » 210
» 74 » 379
» 74 c. 4 § 1 » 377
» 88 c. 2 » 308
» 89 » 379
» 89 praef. » 161, 162, 379
» 89 c. 8 § 1 » 243
» 89 c. 12 » 408
» 89 c. 12 pr. » 383, 385, 387
» 89 c. 12 § 2-6 » 386
» 89 c. 12 § 2 » 387
Nov. 89 c. 12 § 3 pag. 387
» 89 c. 12 § 4 » 163, 365, 388
» 89 c. 12 § 6 » 151, 164, 276, 283, 388
» 89 c. 12 § 6 i. f. » 269
» 83 c. 13 § 5 » 394
» 89 c. 15 » 165
» 111 c. 1 » 311
» 115 c. 3 » 152
» 115 c. 4 » 152
» 117 c. 2 » 167
» 117 c. 4 » 377
» 117 c. 7 » 266, 274
» 120 c. 1 » 311, 312
» 120 c. 2 » 312
» 120 c. 3 » 312
» 120 c. 4 » 312
» 120 c. 6 » 312
» 120 c. 7 » 312
» 123 c. 23 » 312
» 131 c. 15 » 312
» 160 » 300

### *Novelle di Leone.*

Nov. 89 pag. 410
» 91 » 410

## 5. *Basilici.*

Tom. I, lib. 2, tit. 2, const. 79, pag. 67
» » » const. 144, pag. 372
Tom. II, lib. 17, tit. 1, const. 34, pag. 318
Tom. II, pag. 835 pag. 72
Idem pag. 978 pag. 68

Tom. IV, lib. 27, tit. 2, const. 6 § 2 pag. 124
» » lib. 28, » 2, const. 3, pag. 101
» » » » » 2, const. 28, pag. 115
» » » » » 2, pag. 430, pag. 92
» » » » » 4, const. 7, pag. 412
» » » » » 10, const. 1, pag. 6, 10
» » » » » 10, const. 5, pag. 30
» » » » » 10, const. 9, pag. 80
» » » » » 10, const. 15, pag. 16
» » » » » 11, const. 6, pag. 113
» » » » » 11, const. 9, pag. 132
» » » » » 11, const. 17 § 1 pag. 110
» » » 29 » 1, const. 52 § 2 pag. 46
» » » 29 » 1, pag. 600, pag. 44
» » » 31 » 6, const. 1 § 9, pag. 179
» » » » » 6, const. 3, pag. 186
» » » » » 6, const. 5, pag. 150
» » » » » 6, const. 7 § 9, pag. 175
Tom. IV, lib. 31, tit. 7, const. un. pag. 330
» » » » » 7, pag. 754, pag. 323
» » » » » 7, pag. 755, pag. 330
» » » » » C, pag. 751, pag. 184
Tom. IV, p. 751, const. 3, pag. 186
» » p. 416, » 10
» » p. 417, » 8, 11, 12
» » p. 420, » 24, 26, 33, 66
» » p. 422, » 14, 15
» » p. 423, » 128
» » p. 426, » 130, 134
» » p. 428, » 137, 138
» » p. 429, » 141
» » p. 431, » 128
» » p. 432, » 114, 124
» » p. 435, » 110
» » p. 437, » 137
» » p. 439, » 105
» » p. 440, » 107
» » p. 441, » 121
» » p. 599, » 45
» » p. 600, » 42, 46
» » p. 750, » 180
» » p. 751, » 181, 182
» » p. 752, » 274
» » p. 754, » 150, 264
» » p. 756, » 359
Tom. VI, p. 9, » 210
Tom. VII, lib. 60, tit. 37, pag. 410
» » » 60, » 37, sch. *h*, pag. 376

## 6. *Diritto Canonico.*

Cap. 1 X, *De cohabitat. clericor.* pag. 284, 413
» 1, 2 X, *De adult. et stupro* pag. 218, 221
» 2 X, *De convers. infid.* pag. 158
Cap. 4 X, *De donat. inter. vir. et uxor.* pag. 140
» 5 X, *De raptor.* pag. 124, 233
» 5 X, *De eo qui duxit in matrim.* pag. 166, 241, 269

Cap. 9 X, *De usuris* pag. 124
» 10 X, *De probat.* pag. 167
» 11 X, *De accusation.* pag. 150
» 12 X, *De praesumt.* pag. 242
» 14 X, *De sepultur.* pag. 124
» 28 X, *De sentent. excommunicat.* pag. 124
» 55 X, *De sentent. excommunicat.* pag. 413
» ult. X, *De sentent. excommunicat.* pag. 233

Can. 1, caus. 30, qu. 3 pag. 272
» 2, » 32, » 2 » 407
» 3, » 16, » 6 » 124
» 4, » 32, » 4 » 407
» 5, » 32, » 4 » 407
» 6, » 32, » 4 » 407
» 9, » 32, » 4 » 407
» 11, » 32, » 4 » 407
» 12, » 32, » 4 » 407

Can. 1, dist. 30 » 274
» 1, » 33 » 408
» 4, » 34 » 407
» 5, » 34 » 408
» 6, » 34 » 407
» 105, » 4 *De consecrat.* » 273
» Apostol. LXVI » 219

Decretal. GREGORIO IX, Lib. III, Tit. 2 pag. 413

Concil. di Basilea a. 431, Sess. XX, decreto 1 in fin. . pag. 413
Concil. Eliberitanum . . . . . » 408
Concil. Lateranense a. 1516, Cap. 1, Lib. V, Tit. 16 *de Concubinariis* » 414
Concil. di Toledo a. 400, Can. 3 . » 293
Can. 17 . . » 407
Concil. di Trento a. 1563, Sess. 24, Cap. 8 . . » 415

Riforma di Lutero, sec. XIII pag. 220

Costituzione di Pio V, a. 1566 pag. 415

Parere dei teologi di Vittemberga dato al Langravio Filippo d'Hesse circa il concubinato (1339) pag. 414

## 7. *Codice Teodosiano.*

L. 1. — *De alim. quae inop. parent. de publico petere debent* pag. 304
L. 2. — Idem » 304

*Tit. de natural. fil.* » 378
L. 1. — » » » 161
L. 2. — » » » 161, 385
L. 3. — » » » 383
L. 4. — » » » 162, 383 384, 385
L. 5. — » » » 384
L. 6. — » » » 162, 384, 385
L. 7. — » » » 385
L. 8. — » » » 385
L. 1. — *De inoff. testam.* » 383

L. 4. — *De legitim. hered.*, V, 1 pag. 384
L. 7 pr. — *De testam.* VI, 4 » 289
L. 2. — *De pictoribus* XIII 3 » 309
L. 7. — Idem » 309

*Tit. de canon. frument. Urbis Romae*, XIV, 15 pag. 310

*Tit. de annon. civ. et pane gradili* XIV, 17 pag. 310
L. 3. — Idem » 310
L. un. — *De mensis olearii*s XIV, 24 pag. 311
L. 9. — *De suariis* » 310
L. 3. — *De libertis* » 385

## 8. *Ulpiano.*


Tit. III § 3 pag. 374
Tit. VI § 10 » 144
» § 15 » 6, 12
» § 16 » 62
» § 17 » 77
Tit. XI § 3 » 285
Tit. XII § 3 pag. 285
Tit. XIII § 1 » 381, 398
» § 2 » 401, 402
Tit. XV » 381
Tit. XVI » 381


## *Paolo (Sententiae Receptae).*


Lib. II, tit. 20 pag. 418
» » » 20 § 1 » 365, 377, 393, 394
» » » 24 § 5 » 182
» » » 24 § 7 » 325
Lib. II, tit. 24 § 9 pag. 187
» » » 26 § 11 » 398, 419
Lib. IV, » 9 § 5 » 191
» » » 10 § 1 » 202
Lib. V, » 25 § 1 » 187
Lib. sing. *De cognitionibus* pag. 309


## *Gajo.*


Lib. III *Ad edict. prov.* pag. 309
Instit. IV, § 30 » 371
» IV, § 139 » 347


## 9. *Leggi.*


*Lex Apuleja* pag. 306
» *Clodia frument.* » 307
» *Julia* » 49, 50
» *Julia de maritandis ordinibus* » 366, 381, 389, 394, 399
» *Julia de adulteriis coercendis* » 394, 395, 400, 402, 418
*Lex Julia de decimis et solidi capacitate* pag. 381
» *Papia Poppea* » 159, 196, 197, 261, 365, 368, 392, 397 seg., 418
» *Remnia* » 357
» *Sempronia* » 307
» *Terentia et Cassia* » 307
» *Voconia* » 282


## *Senatoconsulti.*


*SCt. Plancianum* pag. 167, 187, 327
*SCt. sub. Hadriano factum* pag. 167 seg., 188
» *Tertullianum* » 202


## 10. *Diritto Mosaico.*


Vol. 2.°, cap. 22, v. 15 pag. 218
» » » 22, v. 16 » 218, 221
Vol. 5.°, cap. 22, v. 28 pag. 218, 221
» » » 22, v. 29 » 218, 221

### 11. *Capitolari dei Franchi.*


PIPINI - *Regis Italiae de a.* 793, cap. 34 pag. 412
Lib. VI, cap. 230 » 412
» » » 433 » 412
Lib. VII, cap. 59 pag. 412
» » » 60 » 412
» » » 336 » 412
Addit. II, cap. 23 » 412


### 12. *Regol. di polizia dell'impero tedesco* (a. 1530).


Tit. XXXIII pag. 414


### *Regol. di polizia dell'impero tedesco* (a. 1577).


Tit. XXVI pag. 415

Ordin. di proced. pen. di Carlo V. pag. 415


### *Diritto prussiano.*


Parte I, tit. 2, sez. 1 § 1 pag. 205
» I, » 2, » 1 § 4 » 205
» II, » 1, § 1089 » 247
» II, » 1, § 1090 » 247
» II, » 2, sez. I, §§ 1 seg. » 247
Parte II, tit. 2, sez. 1, § 19 pag. 211
» II, » 2, » 9, § 626 » 254
» II, » 2, » 9, § 628 » 272
» II, » 2, » 9, § 629 » 272


### *Codice austriaco.*


Parte I, cap. 3 § 138 pag. 205, 211


### *Codice Napoleone.*


Lib. I, tit. 7 cap. 1, art. 317 pag. 206


## B. FONTI NON GIURIDICHE.


ALCIATUS - *Disparnction.*, libro 4, cap. 3 pag. 285
ALCIATUS - *Comm. ad leg. Jul. a Beyma* » 370
ARISTOTELE - *De animal. hist.*, lib. VII, » 194
CAPITOLINO - *In vita Antonini Pii*, cap. 8 » 296
302
cap. 29 in fine » 394
CICERONE - *Bruto*, cap. 62 » 306
— *Ad Herennium*, lib. I, capitolo 12 » 307
— *De legibus*, lib. II, cap. 6 » 307
» » II, » 19 » 201
— *Verrem*, III, cap. 70 » 307
— *De officiis*, lib. II, cap. 1 » 306
» » III, cap. 9 » 324
— *Orat. pro domo sua*, » 13 » 201
— *De natura deorum*, lib. II, cap. 27 » 194
CICERONE - *De oratore*, lib. I, cap. 39 pag. 285
— *De Oratore* lib. I, cap. 40 » 372
— *Orat. pro Sextio*, cap. 25 » 307
» » » » 48 » 366
— *Topicor*, cap. 6 » 285
— *Epist. ad Atticum*, lib. III, Ep. 24 » 324
— Idem, lib. X, Epist. 18 » 190
— *Pro Archia poeta*, cap. 2 » 324
— *Pro Roscio Com.* » 324
— *De finibus bonor. et malor.* lib. I, cap. 9 § 30 » 369
— *Pro M. Coelio*, cap. 20 » 392
COLUMELLA - *De re rustica*, lib. III, cap. 18 » 12
CORNELIO NEPOTE - *Eumen*, cap. 8 » 324
— *Temistocle*, cap. 7, n. 5 » 369
CUIACIO - *Comm. Lib. 14 Resp. Julii Pauli ad l. 35*

*D. de auro et argento legato* pag. 404
CUIACIO *Ad Cod.* V, 26, VI, 57 » 417
DIONISIO - *Distich. morae* » 370
EINNECIO - *Elem juris Germ.*, tom. 1 § 309 » 412
— *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.*
Lib. II, cap. 1 § 2 » 380
» » » 1 § 7 » 397
» » » 1 § 11 » 398
» » » 1 § 13 » 400
» » » 1 § 14 » 397
» » » 2 » 394
» » » 4 § 2 » 392
» » » 4 § 3 » 372
390
» » » 4 § 4 » 377
» » » 4 § 169 » 393
» » » 4 § 171 » 393
» » » 4 § 417 » 376
» IV, » 2 § 4 » 376
ERODIANO - III, 8 » 420
EUSTAZIO - *Comm. ad Homeri Iliad.*, lib. VIII » 370
FESTO - v. *Amicitiae* » 370
FLAVIO VOPISCO - *Divo Aureliano*, cap. 35 e 47 » 311
» 49 » 397
GELLIO - *Noct. Attic.*, lib. 3, cap. 16 » 200
210
Lib. IV, cap. 3 » 368
393
» » » 20 » 368
» VI, » 7 » 368
GIOVENALE - VI, 145 » 93
IPPOCRATE - *De partu septimestri* » 193
195
— *De carnibus* » 193
ISIDORO - *Origin.*, lib. IX, cap. 3 » 160
LICURGO - *Orat. in Leocratem* » 369
LIVIO - Lib. I, cap. 30 » 391
LIVIO - Lib. X, cap. 23 pag. 391
392
Lib. XXII, cap. 1 » 391
MACROBIO - *Saturnal*, lib. III, cap. 6 » 368
— Idem, cap. 11 » 370
OMERO - *Iliade*, parte II, 19, v. 117 e seg. » 194
ORAZIO - *Odi*, I, 32, 22 » 88
» II, 2, 5 » 88
— *Satyr.*, lib. I, Satir. II, v. 47 e seg. » 392
Idem, v. 94 e seg. » 419
OVIDIO - *Ortis amator*, LI, v. 31-34 » 397
— *Fast*, lib. IV, v. 157-160 » 392
— *Herord.*, Epist. 12, v. 86 » 390
PALLADIO RUTILIO - *De re rustica*, lib. II, cap. 10 » 12
PAUSANIA - Lib. III, cap. 22 » 390
PLATONE - *Civitas*, lib. V, p. 461 » 197
PLAUTO - *Epidic.*, act. III, sc. IV, s. 29-30 » 396
PLINIO - *Panegyric.*, cap. 26 » 296
» cap. 28 » 297
— *Hist. Nat.*, 36, 183 » 88
» » 7, 4 » 190
» » 7, 4 in fine » 212
» » 18, 4 » 306
PLUTARCO - *Mario* » 306
— *Probl. Quaest. Roman.* » 160
PROPERZIO - Lib. IV, eleg. IX, v. 26 » 390
Idem, idem, v. 69 » 390
» » v. 70 » 390
QUINTILIANO - *Declamat.*, CCXLVII in fine *Sermonis* » 375
SALLUSTIO - *Hist.*, lib. III, cap. 7 » 307
— *Bell. Catil.*, cap. 13 » 392
SENECA - Epist. 94, n. 38 » 199
— *De Beneficiis*, lib. I, c. 2 » 318
SVETONIO - *Augusto*, c. 37 » 308
Idem, cap. 40 » 308

SVETONIO - *Augusto*, cap. 41 pag. 302, 308
— *Tit. Flav. Vesp.*, cap. 3 » 381 394
Idem, cap. 8-12, 23 » 187
— *Tiberio*, cap. 35 » 396 419
TACITO - 4, 40 » 88
— *Annal.*, lib. I, cap. 2 » 308
Idem, lib. II, c. 85 pag. 376, 398, 403, 419
Idem, » III, c. 10 pag. 402
TIBULLO - Lib. I, eleg. VII, v. 22 » 390
VALERIO MASSIMO - Lib. II, Lib. 8, cap. 15 » 392
VELLEJO PATERCULO - cap. 1 » 392

MOSÈ - Vol. II, c. 22 v. 15 » 218
MOSÈ - v. 16 pag. 218, 221
» vol. V, c. 22, v. 28 » 218, 221
» » V, c. 22, v. 29 » 218, 221

AMBROSIUS - *De Patriarchis*, lib. I pag. 407
— *De Abrahamo*, c. 4 » 407
— *Sermo de S. Joanne* » 407
AUGUSTINUS - *Epist. 23 ad Bonifacium* » 273
— Lib. V, *Homil.*, 49 » 407
— Idem, cap. 5 » 407
HIERONIMUS - cap. 5, *Epist. ad Ephesios* » 407
LEO - Papa, *Ad Rusticum Narbon. Episcop.* Ep. XC, c. 4, 5 e 6 » 407
PAOLO - I, *Thimoth.*, V, v. 14 » 89

# INDICE DEL VOLUME

TIT. I. — *De impensis in res dotales.*

§ 1280. Mezzi di difesa di cui il convenuto può valersi contro l'azione di restituzione di dote. Come si possa essere esonerati dallo adempimento delle obbligazioni assunte per questo titolo. Pag. 1
§ 1281. Rifacimento delle spese. Varii generi di spese e loro giuridiche conseguenze. Spese accessorie. Significato da darsi alla regola « *Impensae necessariae dotem minuunt ipso jure* » . . . 2
§ 1281 *a*. Quali mezzi giuridici abbia il marito per essere indennizzato delle spese necessarie straordinarie . . . . . 54
§ 1282. Spese utili. Loro concetto. Mezzi giuridici accordati in vista delle medesime . . . . . 62
§ 1283. *Impensae voluptuariae*. Concetto. Effetti che ne derivano . . 77
§ 1283 *a*. Osservazione finale e generale . . . . . 81

TIT. II. — *De actione rerum amotarum.*

§ 1284. Concetto di quest'azione. Editto del Pretore. Varie opinioni dei più antichi giureconsulti romani. Interpretazione della L. 1 *h. t.* 83
§ 1284 *a*. Condizioni dell'*actio rerum amotarum*. *Actio rerum amotarum* inutilis 96
§ 1284 *b*. Esistenza di un matrimonio valido. Esame della congettura di FABRO sulla L. 17 *h. t.* . . . . . 107
§ 1284 *c*. A chi compete l'azione? Interpretazione della L. 16 e L. 6 D. *h. t.* 111
§ 1284 *d*. Contro chi si esercita l'*actio rerum amotarum*? In quanto contro gli eredi? In quanto anche contro gli estranei? Interpretazione della L. 3 § 4 D. *h. t.* . . . . . 115
§ 1284 *e*. A che tende l'*actio rerum amotarum*? . . . . . 129
§ 1284 *f*. Mezzi di prova di quest'azione . . . . . 133
§ 1284 *g*. Quando si può proporre l'azione. Sua estinzione. È esercitabile anche oggi? . . . . . 136
§ 1284 *h*. L'*actio rerum amotarum* è una *condictio*: opinione contraria di *Ant.* FABRO . . . . . 140
§ 1284 *i*. Caso in cui, durante il matrimonio, si fa luogo alla *condictio furtiva*. L. 3 § 2 D. *h. t.* . . . . . 142

Tit. III. — *De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.*

1285. Che significa: *agnoscere liberos*? Che: *alere liberos*? Che sono gli *alimenta*? Quando cessa l'obbligo di prestarli? . . . 144
§ 1286. A chi incombe l'obbligazione di alimentare i figli? . . . 153
§ 1287. Certezza della paternità: 1.° pei figli legittimi. *Actio praeiudicialis de partu agnoscendo*. Senatoconsulti che vi si riferiscono. *Planciannm* e *sub Hadriano factum* . . . . . 167
§ 1287 *a*. Interpretazione del Senatoconsulto Planciano, particolarmente della L. 1 §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 16 *h. t.* . . . . . 172
§ 1287 *b*. Completamento del Senatoconsulto Planciano, mediante l'interpretazione dei giureconsulti romani. L. 1 §§ 7-15 *h. t.* . 178
§ 1287 *c*. Procedura competente alla vedova contro l'avo del proprio figlio. L. 3 § 2 D. *h. t.* . . . . . 185
§ 1287 *d*. *Senatusconsulti Planciani. Caput de falso partu supposito* . . 187
§ 1287 *e*. *Senatusconsultum sub Hadriano factum de agnoscendo partu* . 188
§ 1287 *f*. Se la donna può, coll'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo*, chiedere l'anticipo delle spese del giudizio . . . . 214
§ 1288. Se la donna, sedotta e resa madre, possa coll'azione pregiudiziale *de partu agnoscendo* chiedere gli alimenti allo stupratore.

Differenza tra il diritto romano e il diritto moderno. Influenza del diritto canonico . . . . . Pag. 216
§ 1288 *a*. Obbligo dello stupratore di prestare gli alimenti al figlio. I termini, legalmente stabiliti e posti a base della presunzione di paternità nelle nascite precoci o tardive dei figli legittimi, sono applicabili anche ai figli generati fuori del matrimonio? 241
§ 1289. Chi sia, successivamente al padre, obbligato a prestare gli alimenti ai di lui figli. Interpretazione della L. 8 D. *h. t.* Esattezza della lezione della L. 5 § 14 D. *h. t.*, ed interpretazione di essa mediante gli scolii dei *Basilici* . . . 258
§ 1289 *a*. Il padre e l'avo sono anche obbligati ad alimentare il figlio illegittimo del proprio figlio o del proprio nipote, quando a ciò non sia sufficiente il patrimonio dello stupratore? . 266
§ 1289 *b*. I padrini sono, in caso di bisogno, tenuti ad alimentare i fanciulli che hanno tenuto a cresima? . . . . . 272
§ 1290. Alimenti ai genitori . . . . . 274
§ 1290 *a*. Alimenti verso i fratelli . . . . . 276
§ 1290 *b*. La prestazione degli alimenti ai fratelli e alle sorelle bisognose è una vera e propria obbligazione, ovvero un atto di liberalità? Interpretazione delle leggi che si riferiscono alla questione 277
§ 1290 *c*. Patroni e liberti. Patroni di chiese. Se possono chiedere gli alimenti alla Chiesa . . . . . 284
§ 1290 *d*. Pubblici istituti pei poveri — specialmente presso i Romani. — *Alimentarii. Leges alimentariae. Tabula Traiana* . . . . 295
§ 1290 *e*. Procedura nelle cause alimentari. Entro quali limiti ha luogo la ripetizione degli alimenti già prestati . . . . 313

TIT. IV. — *De inspiciendo ventre custodiendoque partu.*

§ 1291. Completamento del Senatoconsulto Planciano mediante il provvedimento precauzionale adottato, contro le supposizioni e sostituzioni di parto, dai *Divi Fratres* e dal *Pretore*. I. Rescritto dei *Divi Fratres*. L. 1 pr. *h. t.* . . . . . 322
§ 1291 *a*. Interpretazione del Rescritto secondo la L. 1 §§ 1-9 D. *h. t.* di ULPIANO . . . . . 325
§ 1292. II. Editto del Pretore. L. 1 § 10 D. *h. t.* . . . . . 329
§ 1292 *a*. Interpretazione che dell'Editto fa ULPIANO alla L. 1 § 11-15 *h. t.* 333
§ 1292 *b*. Interpretazione degli altri giureconsulti, GIULIANO, PAOLO e SCEVOLA. L. 2, 3 e 4 *h. t.* . . . . . 336

TIT. V. — *Si ventris nomine mulier in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.*

§ 1293. Editto del pretore. L. 1 D. *h. t.* . . . . . 343
§ 1293 *a*. Interpretazione del frammento di PAOLO, L. 2 *h. t.* . . 348

TIT. VI. — *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur.*

§ 1294. Editto del Pretore contro la simulata gravidanza. Interpretazione della L. un. D. *h. t.* . . . . . 351

TIT. VII. — *De concubinis.*

§ 1295. Concetto del concubinato. Sua affinità col matrimonio. Differenza tra « Pellex » e « Concubina ». Distinzione tra matrimonio e concubinato . . . . . 364
§ 1296. Sotto quali condizioni le leggi romane permettevano il concubinato 389
§ 1297. Divieto odierno del concubinato . . . . . 406
Indice delle principali materie trattate nel presente volume . . . 424
Indice delle fonti giuridiche . . . . . 434
Indice delle fonti non giuridiche . . . . . 452