

LA TUTELA DELLA DOS E LE RETENTIONES APPUNTI PER UNA RICERCA*¹

Roberto Tofanini (Università di Siena)

1. Le cautiones e l'actio rei uxoriae come mezzi di tutela della dos.

È opinio communis² che le *cautiones* nascano come un primo strumento di tutela della posizione della donna e, più specificatamente, quale mezzo che offre la possibilità di garantire l'eventuale ritorno dei beni dotali nel patrimonio di colui che ha costituito la *dos* nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio. Con tale finalità è introdotta in prosieguo di tempo anche l'*actio rei uxoriae*, come mezzo di tutela ben più efficace.

Ci si è chiesto quale sia stata la giustificazione data al fondamento giuridico della restituzione della dote, giustificazione a cui è dovuta dapprima l'introduzione delle *cautiones* e in seguito la concessione della stessa *actio rei uxoriae*. È necessario, in proposito, dimostrare in che modo e con quale *ratio* il *reddere* della dote sia stato riconosciuto rilevante giuridicamente, sicché esso abbia potuto essere inserito a ragione nella formula dell'azione dotale.

L'*iter* che ha necessitato un tale riconoscimento non è facile da ricostruire; la dottrina romanistica³ ha cercato di farlo attraverso l'esame della formula dell'*actio rei uxoriae* ed anche noi ci ripromettiamo di seguire questa

1. * Dato il particolare carattere di questi appunti su un lavoro in corso, le note bibliografiche e le fonti citate sono semplicemente quelle strettamente essenziali per la comprensione del presente studio.

2. BRINI, *Il primo divorzio nel diritto romano*, II, Bologna 1886, p. 175 ss.; SOLAZZI, *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello 1899, p. 169 ss.; LAURIA, *La dote romana*, in *Memorie dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*, Napoli 1938, p. 20 ss.; CANNATA, *s.v. Dote (diritto romano)*, in *E.d.D.*, XIII, p. 3. Il GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1988, p. 530, ricorda come in origine la *dos* rientrasse nel patrimonio del marito o del suo *pater familias* e come «a rigor di *ius civile*, il marito non fosse tenuto a restituirla in caso di scioglimento del matrimonio, a meno che si fosse esplicitamente impegnato alla restituzione mediante una *cautio (stipulatio) de dote restituenda*».

3. Cfr. tra gli altri SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin 1840, p. 93 ss.; GIDE, *Du caractère de la dote en droit romain*, Paris 1884, p. 505 ss.; THOMAS, *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae*, in *N.R.H.*, 25, 1901, p. 541 ss.; CREMADES-PARICIO, *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malos costumbres*, Barcelona 1983, p. 75 ss.

strada. Ma sulla struttura e sulla portata di questa azione si deve notare che non è stata raggiunta una *communis opinio*, giacché la dottrina si è scissa in opinioni divergenti: alcuni⁴ hanno fatto rientrare l'*actio rei uxoriae* tra i *iudicia bonae fidei* e hanno considerato il *reddere* nell'ambito della *fides*, intesa questa genericamente come comportamento leale di una parte nei confronti dell'altra; altri⁵, invece, collocano l'*actio rei uxoriae* nell'alveo delle cosiddette *actiones in aequum et bonum conceptae*, nelle quali il *quod eius aequius melius erit* avrebbe fatto parte della *condemnatio*. Per questi ultimi la restituzione della dote dovrebbe essere garantita, giacché la dote stessa è stata costituita in funzione del matrimonio e, proprio per questo, quando si scioglie il vincolo coniugale, la donna deve essere tutelata per la sua restituzione. Tuttavia, se, come si è detto, si notano opinioni contrastanti in dottrina, tutti gli studiosi sono concordi nel ritenere stante la mancanza di testimonianze certe riguardo all'azione dotale almeno fino all'epoca adrianea — come sia improbabile che la formula tradizionale dell'*actio rei uxoriae* abbia subito delle modificazioni notevoli dai tempi delle origini fino alla prima metà del II secolo d.C.

Tale rilievo ha permesso di usufruire per la ricostruzione della sua genesi di testimonianze di epoca più recente, di cui anche noi ci avvarremo.

2. Caratteri generali dell'*actio rei uxoriae*.

Prima di parlare della struttura della formula, riteniamo utile, in questa sede, richiamare brevemente quelli che possono essere indicati come i caratteri generali dell'*actio rei uxoriae*; per essere più precisi va sottolineato che alcuni di essi poggiano con sicurezza su una *communis opinio*, mentre la presenza di altri ha dato luogo a posizioni dottrinali fra loro divergenti, che di seguito indicheremo.

⁴ L'assertore più convinto di questa tesi è il GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia', iudicium rei uxoriae*, in R.L.S.G., I, 1928, p. 39 ss. In questo senso cfr. BURDESE, *Manuale di diritto romano*, Milano 1983, p. 252 ss.; più di recente, PARICIO, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano 1986, p. 97 ss.; SOTTY, *rc. a PARICIO*, in *IURA*, 36, 1986, pp. 183-187.

⁵ THOMAS, *Observations*, cit., p. 541 ss.; BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, VII, Palermo 1918, p. 180 ss.; CIULEI, *L'équité chez Cicéron*, Amsterdam 1972, p. 8 ss.

I caratteri ai quali faremo riferimento sono quelli propri di un'azione strutturata in origine con una formula *in factum*, quindi è logico che la stessa azione, divenuta, in progresso di tempo, *in ius*, abbia avuto una formula con caratteri distinti da quelli della sua genesi. Gli studiosi, come meglio vedremo in seguito, non sono concordi nell'inserimento dell'azione dotale tra i *iudicia bonae fidei*⁶ o tra le cosiddette *actiones in bonum et aequum conceptae*. È naturale, comunque, al di là della *querelle* dottrinale collegata all'inserimento dell'*actio rei uxoriae* tra i primi o tra le seconde, che avremo, in relazione alla differente struttura dell'azione, una sua diversa caratterizzazione.

Date queste puntualizzazioni è possibile, ad ogni modo, affermare come, sin dall'epoca preclassica, sciolto il matrimonio, venne riconosciuto alla moglie o, in certi casi, morta l'*uxor*, al suo *pater familias* (*dos profecticia*), il diritto alla restituzione della dote in forza di un particolare e specifico mezzo processuale costituito proprio dell'*actio rei uxoriae*. E determinare con assoluta certezza come tale azione sia stata concessa non è possibile. Ciononostante, larghi settori della dottrina sono inclini a ritenere che questo sia avvenuto per opera del pretore.

Prendendo le mosse da quest'ultima considerazione sulla quale, peraltro, alcuni non concordano⁷, si è ipotizzato che l'azione dotale sia nata come *actio in factum* e solo successivamente — per intervento della giurisprudenza — si sia strutturata come un'azione con formula *in aequum et bonum* o come un *iudicium bonae fidei*.

È *opinio communis* che l'azione dotale sia caratterizzata da una parte dalla sua intrasmissibilità attiva a favore degli eredi dell'*uxor*, dall'altra dalla sua trasmissibilità passiva avverso gli eredi del marito.

Altro tratto caratteristico dell'*actio rei uxoriae* è rappresentato dal sistema delle *retentiones*, in forza del quale, in presenza di determinate ipotesi, il marito si sarebbe potuto esimere dal restituire parte del patrimonio dotale, vale a dire avrebbe potuto vantare un diritto ad una parziale *retentio* della

^{6.} In dottrina, coloro che pensano che già in piena epoca repubblicana i *iudicia bonae fidei* siano stati giudizi civilistici, ritengono che da una *formula in factum concepta*, data dal pretore, si sia potuti passare ad una *formula in ius concepta*. Per una permanenza, nell'epoca repubblicana, dei *iudicia bonae fidei* nell'ambito dei *iudicia imperio continente*, cfr. BELLOCCI, *La genesi della 'litis contestatio' nel procedimento formulare*, Napoli 1965, p. 66 ss.

^{7.} C'è invero, come ricorda il VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961 (rist. 1980), p. 691, chi avanza l'ipotesi che l'*actio rei uxoriae* sia «stata introdotta dalla giurisprudenza in base alle *cautiones* o al così detto misterioso *iudicium domesticum* o *de moribus*», oppure che «sarebbe stata creata in base ad una legge».

dos. Come ricorda il Marrone «fu certo la giurisprudenza a suggerire al giudice di tenere conto di quelle circostanze sulla base di considerazioni di opportunità e di equità; ché, a considerazioni del genere, rinviava la stessa formula con le parole *melius aequius*. Si pervenne così assai per tempo ad una articolata regolamentazione della materia, riconoscendosi al marito, in sede di *actio rei uxoriae*, e senza dovere punto modificare ogni volta la relativa formula, il diritto alle *retentiones*»⁸. Ma ci si domanda in che epoca tali *retentiones* siano state applicate all'*actio rei uxoriae*. È certo che le formule *in factum* non prevedevano la possibilità di esperimento delle ritenzioni, almeno nel loro regime originario. Infatti il giudice, chiamato a pronunciarsi sull'oggetto di un tale tipo di formula — oggetto determinato e circoscritto con assoluta precisione (*rem redditam non esse*) — non poteva riconoscere ritenzioni a vantaggio del convenuto che, chiamato in giudizio per la restituzione della cosa, nello stesso contesto chiedesse un rimborso delle spese sostenute per la conservazione della cosa stessa. Una tale situazione negativa sarebbe, comunque, da ricollegare al momento della prima apparizione dell'*actio rei uxoriae*.

A differenza del regime repubblicano, quello classico delle *retentiones* è invece determinato e conosciuto nelle sue linee essenziali. Tant'è che, nel corso dell'età del Principato, il detentore/possessore di una cosa (avuta non a titolo di garanzia), chiamato in giudizio per la sua restituzione, ha la possibilità di chiedere il rimborso o l'indennizzo, sia per le spese sostenute, sia per i danni arrecatigli dalla cosa stessa, e nell'eventualità che l'attore non abbia provveduto al rimborso o al pagamento dell'indennizzo prima della pronuncia della sentenza si sarebbe visto negare la restituzione e al convenuto sarebbe stato riconosciuto il diritto di trattenere il bene oggetto della controversia. La possibilità di ritenere la cosa era concessa dal giudice o in forza di un'*exceptio doli* o, nei *iudicia bonae fidei*, in forza dell'ampio potere discrezionale accordatogli. In una tale ipotesi l'attore non solo si vede negare la restituzione, ma anche la possibilità di agire nuovamente *de eadem re*, vale a dire la possibilità di una riproposizione dell'azione avente una uguale pretesa.

La *retentio*, in tale ambito, può essere quindi vista come un utile strumento di pressione verso l'attore, finalizzato al rimborso delle spese o all'indennizzo dei danni sofferti.

⁸ MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, p. 309.

È da ritenere, comunque, che la possibilità di esperimento delle *retentiones* inizi ad operare solo quando l'*actio rei uxoriae* avrà la struttura delle *formulae in aequum et bonum conceptae* o dei *iudicia bonae fidei*⁹. Diversamente da tale considerazione, una parte della dottrina¹⁰ ritiene ammissibile l'operatività della *retentio* anche in relazione alla stessa *actio in factum*. I motivi che spingono alcuni studiosi a ritenere valida una tale possibilità sarebbero da ricercare nella natura equitativa dell'azione, sembrando loro iniqua la mancanza di una qualsivoglia tutela giuridica a favore del convenuto per le spese realmente sostenute. Una tale convinzione presupporrebbe per il giudice la possibilità di concedere al convenuto una *retentio* (da considerare non strumento di autotutela ma mezzo giuridico di carattere processuale), ciò che sembra contrastare con la struttura rigida della formula *in factum*, e con lo stesso potere del giudice chiamato semplicemente a giudicare sulla restituzione¹¹.

Ci si chiede, semmai, se il mezzo giuridico grazie al quale poté operare la *retentio* in relazione all'*actio in factum*, sia stata l'*exceptio doli*¹².

Partendo dalla sicura conoscenza del periodo di nascita dell'*actio de dolo* e ritenendo che l'introduzione dell'*exceptio doli* sia riportabile alla stessa epoca dell'*actio*, è possibile fissare la prima apparizione dell'*exceptio* stessa alla metà del I secolo a.C.¹³.

Ma l'*exceptio* menzionata per questo periodo riguarda esclusivamente le ipotesi di raggio (quando cioè un soggetto viene determinato alla conclusione di un negozio giuridico dall'altrui comportamento illecito) e, quindi, non può essere di alcun ausilio. L'*exceptio doli* in questione non può essere

⁹ In riferimento specifico alle *actiones in factum* cfr. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, p. 195 ss.

¹⁰ Cfr. in tal senso FERRINI, *Opere*, 3, p. 202, n. I; PASTORI, *Il comodato*, Milano 1954, p. 364 ss.; MARRONE, *D. 14,2,2, pr. 'retentio' e 'iudicia bonae fidei'*, in *IURA*, 6, 1955, p. 176.

¹¹ Cfr. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 197.

¹² Cfr. FERRINI, *Opere*, cit., p. 202, n. 1, il quale afferma che «agendo *in factum* occorre inserire, perché si possa far valere la *retentio* ..., l'*exceptio doli*». L'*exceptio* in generale e l'*exceptio doli* in particolare hanno dato luogo, sin dal secolo scorso, a numerosi studi. Cfr., tra gli altri, SOLAZZI, *Sulle classificazioni delle exceptiones*, in *Archivio giuridico*, 1949, p. 3 ss.; BURDESE, *s.v. 'Exceptio doli'*, in *NNDI*, VI, p. 1072 ss. Sulla inerenza dell'*exceptio doli* all'*actio rei uxoriae*, cfr. KASER, *Die Rechtsgrundlage der 'actio rei uxoriae'*, in *R.I.D.A.*, 2, 1949, p. 516 ss., n. 4; ID., «*Oportere*» und «*ius civile*», in *Z.S.S.*, 83, 1966, p. 33, n. 4; più recentemente, PARICIO, *Estudio*, cit., p. 103, e lett. *ivi cit.*

¹³ MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 198. Per uno studio specifico delle fonti cfr. ancora MASCHI, *Il Diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e diritto processuale)*, II ed., Milano 1966, p. 698 ss.

confusa, perciò, con l'*exceptio doli generalis*, che rappresenta un più generale rimedio di equità e che potrebbe in tal senso costituire una forma di tutela adeguata¹⁴. La particolare struttura della formula *in factum*, quindi, stante le caratteristiche dell'*exceptio doli*, non può in alcun modo prevedere un suo inserimento.

Diverso è il caso dei *iudicia bonae fidei* nei quali l'operatività della *retentio* sembra attestata da fonti che la ricollegano all'*arbitrium locati*, uno dei più antichi giudizi di buona fede (51 a.C.)¹⁵.

Da quanto sin qui detto, risulta, ad ogni modo, che il riconoscimento dell'obbligo di restituzione della cosa, inteso come protezione del rapporto principale è stato estremamente lento.

Sempre in relazione ai caratteri dell'azione dotale, altro problema che si pone è quello dell'esperibilità della *compensatio* nell'ambito della stessa *actio rei uxoriae*. Ci si è chiesto, cioè, se la pretesa della donna, mirante alla restituzione della dote, e quella del marito, finalizzata a veder riconoscere un proprio diritto alle *retentiones*, non possano dar luogo ad un'ipotesi di *compensatio*. In altre parole, ci si domanda se la *compensatio* stessa possa costituire un carattere peculiare dell'azione dotale. Il Grosso¹⁶ ritiene che la presenza della compensazione non escluda il sistema delle *retentiones*, stante, ad avviso dello Studioso, da una parte l'inclusione dell'*actio rei uxoriae* nell'elenco gaiano dei *bonae fidei iudicia*¹⁷, dall'altra il fatto che proprio una delle caratteristiche dei *bonae fidei iudicia* sarebbe consistita proprio nella *compensatio*, attuata *officio iudicis* per gli obblighi reciproci derivanti *ex eadem causa*¹⁸.

Se, quindi, per il Grosso problemi non dovrebbero porsi per l'epoca classica altri studiosi¹⁹ hanno voluto negare, per la stessa epoca e soprattutto per quella precedente, la possibilità di compensazione dell'azione do-

14. Cfr. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 198, il quale la riferisce agli istituti del deposito e del comodato, ma a nostro parere una tale considerazione può essere estesa anche all'azione dotale.

15. Il NARDI, *Studi sulla ritenzione nel diritto romano*, II, *Profilo storico*, 1957, p. 3 ss., ricorda che non è possibile escludere applicazioni anteriori di *retentiones*, che, comunque, non risulterebbero suffragate da prove testimoniali.

16. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 72 ss.

17. GAI, *Inst.*, IV, 62.

18. Cfr. GAI, *Inst.*, IV, 61.

19. Cfr. principalmente EISELE, *Die Compensation nach rom. und gem. Recht.*, p. 94 ss.; THOMAS, *Observations*, cit., p. 541 ss.; BIONDI, *Iudicia*, cit., p. 180 ss.

tale²⁰, fondandosi su alcune particolarità autonome di questa, che, ad avviso del Biondi²¹, non avrebbero avuto ragione di affermarsi in modo distinto una volta ammessa in generale la compensabilità delle reciproche pretese. In altre parole, si considererebbe inutile, se non proprio impossibile, l'applicabilità del sistema delle *retentiones*, stante una possibilità di compensazione dell'azione dotale.

Per quanto attiene più direttamente all'epoca repubblicana, accanto alle opinioni di studiosi quali il Biondi e il Thomas si sono affiancati dubbi di altri che, come il Grosso, ritengono che le argomentazioni proposte comunque non si «potrebbero riferire che all'epoca più antica, cioè ai tempi in cui quelle regole particolari dell'*actio rei uxoriae* si erano formate²². Il Grosso non nasconde la propria perplessità quando si cerca di escludere la possibilità di cointerazione tra ritenzioni e compensazione. Secondo lo Studioso, le *retentiones* «avrebbero avuto la loro ragion d'essere anche se si fosse ammessa in generale la possibilità di compensazione»²³.

In riferimento più specifico alla regola «*impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*»²⁴ c'è da ricordare come per il Biondi e per il Thomas²⁵ — con riferimento quest'ultimo, ciò è da sottolineare, esclusivamente ad un'epoca più antica — questa sarebbe stata una ripetizione superflua, qualora il giudice nell'*actio rei uxoriae* avesse avuto in generale il potere di operare la *compensatio*²⁶. *Questa regola avrebbe significato che i beni dotali nel loro insieme dovevano essere o erano idealmente diminuiti dall'ammontare delle spese necessarie*²⁷.

20. Anche il GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 72, invero, almeno per quanto riguarda l'epoca più antica, avanza delle perplessità in merito alla possibilità di compensazione dell'azione dotale, ciò che, peraltro, non gli fa minimamente dubitare della sua presenza in epoca classica.

21. BIONDI, *Iudicia*, cit., p. 186.

22. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 72.

23. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 73.

24. La regola viene dedotta in dottrina da un passo di Ulpiano tratto dal libro 36 *ad Sabinum*: D. 25.1.5. *pr.* «Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. ceterum haec efficiet desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? ...».

25. THOMAS, *Observations*, cit., p. 567 ss.

26. Biondi, *Iudicia*, cit., p. 187 ss.

Il Grosso, invece, sempre in riferimento a tale regola, sottolinea come essa, eccedendo l'ambito dell'*actio rei uxoriae*, avrebbe avuto un suo peculiare ragion d'essere, ciò che di per sé l'avrebbe resa «assolutamente indipendente dalla compensazione»²⁸. È opinione, quindi, del Grosso che dalla regola «*impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*» non sarebbe possibile trarre alcuna probante argomentazione contro l'applicabilità della compensazione all'azione dotale²⁹.

3. *Le retentiones nell'ambito dell'azione dotale.*

Oltre alla presenza o meno della *compensatio* quale carattere dell'*actio rei uxoriae*, la dottrina, sempre in relazione al regime delle *retentiones*, si è posta il problema su come esse potessero essere fatte valere. Se, cioè, le *retentiones* potessero essere dedotte *tout court* nell'ambito della formula dell'*actio rei uxoriae* o se esse, per avere rilievo, avessero richiesto come necessario mezzo un'*exceptio*. In altre parole, ci si chiede se l'*exceptio* possa essere vista quale possibile presenza all'interno dell'azione dotale.

Così come per la *compensatio*, anche per l'*exceptio* si sono avute in dottrina tendenze diverse.

Il Biondi³⁰ ha sostenuto che le *retentiones ex dote* nel diritto romano venivano fatte valere per mezzo dell'*exceptio doli*, fondando tale opinione su alcuni frammenti del Digesto e in particolare su D. 24.1.19.1³¹. La convinzione del Biondi, secondo la quale l'azione tendente alla restituzione della dote si sarebbe potuta paralizzare con un'*exceptio doli*, non trova tutti concordi e in specie il Grosso³², il quale, proprio in riferimento al passo sopra indicato, rileva come «si debba escludere che si tratti di una delle

27. BIONDI, *Iudicia*, cit., p. 189 ss. Sempre in riferimento alla regola riportata nel testo, lo SCHULZ, *Impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*, in *Z.S.S.*, 34, 1913, p. 57 ss, ha sottolineato come questa stia a significare solo che al marito sarebbe spettata una *retentio* ed ha avanzato al contempo il dubbio che la locuzione «*ipso iure*» fosse da ritenere interpolata. In dottrina questa tesi ha incontrato molteplici opposizioni, quali quelle del RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, III-IV, Palermo 1913, p. 370, n. 4; BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, XII, Palermo 1925, p. 128 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 364 ss.

28. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 73.

29. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 73.

30. BIONDI, *Iudicia*, cit., p. 186 ss.

tipiche *retentiones*». Per lo studioso ci si troverebbe in una delle ipotesi in cui l'*exceptio doli* sarebbe servita per ottenere o una controprestazione o una deduzione dall'attore. Il fatto poi che nel passo preso in considerazione dal Biondi vi sia un'esplicita menzione dell'*exceptio* non potrebbe essere addotto come prova «contro l'inerenza di tale *exceptio* all'*actio rei uxoriae*, poiché qui si contemplerebbe l'ipotesi generica che la dote sia richiesta (*si dos ab eo petetur*), senza espresso riferimento ad una delle due azioni, *ex stipulatu* o *rei uxoriae*³³.

Secondo, quindi, l'opinione del Grosso, la tesi del Biondi sul modo di far valere le *retentiones* risulterebbe mancante di un qualsiasi fondamento testimoniale certo. E, anzi, gli elementi presi in considerazione dimostrerebbero il contrario.

Il Biondi, a sostegno della propria ipotesi, evidenzia come l'*exceptio doli* nell'ambito dell'*actio rei uxoriae* possa avere un'efficacia *pro parte*. In altre parole, lo studioso afferma che l'*exceptio doli* «lungi dall'elidere l'*intentio*, faceva sì che il giudice, in forza della facoltà che la formula gli accordava di condannare '*quod aequius melius*', a differenza di tutte le altre formule che non avessero simile redazione, potesse condannare *pro parte*, pur essendo fondato sia il *dotem reddere oportere* che l'*exceptio doli*»³⁴.

Ma una simile convinzione incontrerebbe per il Grosso una grave difficoltà d'ordine generale, tale da renderla addirittura inverosimile. Infatti, egli sottolinea ancora come l'effetto parziale di un'*exceptio* possa, con ogni probabilità, essere ammesso nelle formule aventi *intentio incerta*, in quelle formule, cioè, proprie di azioni dirette al *quidquid dare tacere oportet*, ma «quando l'*intentio* aveva per scopo un *certum* l'*exceptio* la elideva completa-

^{31.} D. 24.1.19.1 (*Ulpianus libro 32 ad Sabinum*) «Idem quaerit, si ex re mariti ea ancilla comparata fuerit, an adversus agentem mulierem de dote maritus pretium possit per exceptionem retinere. Et dicendum est posse maritum et exceptionem habere, si dos ab eo petetur ...». Sempre a parere del BIONDI, *Iudicia*, cit., p. 186, a testimonianza del fatto che le *retentiones* nell'ambito dell'*actio rei uxoriae* e per tutte le ipotesi in cui esse vengono ammesse si attuino sempre per mezzo di un'*exceptio doli*, si potrebbe portare anche un altro passo del Digesto: D. 24.3.23 (*Paulus libro 36 ad edictum*) «Et si quid in eam dotem impensum est nec a muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur». Per il Biondi non vi è alcun dubbio che l'azione contemplata nel contesto del passo ora riportato sia certamente l'*actio rei uxoriae*. Sulle questioni riguardanti l'*exceptio doli*, in tale ambito, cfr. anche MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., pp. 198-199.

^{32.} GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 74 ss.

^{33.} GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 75.

^{34.} BIONDI, *Iudicia*, cit., p. 186 ss.

mente e nulla avrebbe potuto il criterio equitativo della *condemnatio*, che si esplicava solo quando l'*intentio* si era verificata e si doveva valutare la condanna»³⁵. A seguito di tali considerazioni, quindi, il Grosso non ha alcun dubbio nell'affermare che nella formula dell'*actio rei uxoriae* accolta dal Biondi non ci sia posto per un'efficacia *pro parte* dell'*exceptio*.

Le dispute sin qui riportate, sia quelle relative al rapporto tra il sistema retentivo e la compensazione, sia quelle da ultime prese in considerazione concernenti il modo con cui far valere le *retentiones* nell'ambito dell'*actio rei uxoriae*, sono tendenti, come appare manifesto, a dimostrare un'appartenenza o meno dell'azione dotale alla categoria dei *iudicia bonae fidei*, problema di cui di seguito ci occuperemo diffusamente.

È certo, comunque, che ogni ricostruzione della formula dell'*actio rei uxoriae* non potrà prescindere dalle valutazioni appena delineate e un qualsivoglia avvicinamento alle questioni riguardanti l'azione dotale che non tenga conto delle argomentazioni sin qui discusse non potrà essere ritenuto base valida per ulteriori costruzioni teoriche.

4. La ricostruzione dottrinale della formula dell'*actio rei uxoriae*.

Punto di partenza e di riferimento costante, non solo per noi ma per la totalità della dottrina, è sicuramente la ricostruzione che dell'*actio rei uxoriae* viene data dal Lenel³⁶: «*Si paret Nm. Nm. Aae. Aae. dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Nm. Nm. Aae. Aae. c.s.n.p.a.*».

Dalla formulazione dello studioso emerge come ad una *intentio certa* faccia seguito una *condemnatio incerta*, ciò che, già ad un primo sommario esame della formula stessa, la qualificherebbe come la formula di un'*actio* indubbiamente anomala.

Ad una tesi, che ricostruisce l'*intentio* con un *dotem partemve eius rendere oportere* e che afferma che l'*aequius melius* avrebbe sicuramente fatto parte della *condemnatio*, si oppone la teoria del Grosso³⁷, il quale, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, ha avanzato l'ipotesi che l'azione dotale fosse da inserire — di certo per l'epoca classica, ma con buona probabilità

³⁵. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 75.

³⁶. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner wiederherstellung*, Leipzig 1927, p. 305 ss. La ricostruzione del Lenel non costituisce, tuttavia, il primo tentativo compiuto in dottrina. In precedenza cfr., tra gli altri, CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Giessen 1870, p. 365 ss.; BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, II, Erlangen 1885-1887, p. 324 ss.

³⁷. GROSSO, *Ricerche*, cit., p. 50.

anche per l'epoca preclassica — tra i *iudicia bonae fidei*, facendo leva per una tale formulazione sul passo delle Istituzioni gaiane IV.62: «*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, fidei iudicia, pro socio, tutelae, rei uxoriae ...*». Il Grosso, a differenza del Lenel, pone l'*aequius melius* della formula come facente parte dell'*intentio*, ciò che produrrebbe un *oportere aequius melius* sicuramente da porre, sempre secondo il parere dello studioso, in stretta correlazione con l'*oportere ex fide bona dei iudicia bonae fidei*.

In posizione diversa, sia da quella del Lenel che da quella del Grosso, si viene a trovare il Biondi³⁸, che non accoglie l'idea che l'*actio rei uxoriae* sia da includere tra i giudizi di buona fede, poiché certi principi caratteristici dei *iudicia bonae fidei* nel diritto classico non avrebbero potuto essere applicati all'*actio rei uxoriae*. Tale opinione sarebbe — secondo lo studioso — suffragata anche dalla considerazione che non è certa la lettura fatta del passo di Gaio³⁹ dallo Studemund⁴⁰ e che gli elenchi ciceroniani dei *iudicia bonae fidei* non inseriscono la menzione dell'*actio rei uxoriae*⁴¹.

Queste ultime considerazioni porterebbero a concludere che, in sostanza, la ricostruzione del Biondi e del Lenel siano molto simili, giacché anche il Biondi viene di fatto a negare l'inclusione dell'azione dotale tra i *iudicia bonae fidei*. Tuttavia, bisogna considerare con molta cautela questa assimilazione fra le due ricostruzioni, giacché esistono divergenze notevoli fra loro, anzi il Biondi stesso si pone in posizione critica nei confronti del Lenel, allorché rileva che, se la formula dell'*actio rei uxoriae* non può contenere un *oportere ex fide bona*, non può contenere neppure un *oportere* puro e semplice, poiché questo avrebbe impedito al *iudex* di applicare — come abbiamo visto — le *retentiones* a favore del marito.

Più aderente a quelle che sono le finalità e i caratteri dell'*actio rei uxoriae* appare allo studioso l'inserzione nella formula dell'*aequius melius* nella *condemnatio*.

Dal pensiero di questi studiosi si sono sviluppate le più moderne tendenze dottrinali, che, comunque, non si sono di troppo scostate da quei presupposti dogmatici da noi messi in rilievo.

^{38.} BIONDI, *Iudicium rei uxoriae*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, Palermo 1918, V-H, p. 178 ss.

^{39.} GAL, *Inst*, IV, 62.

^{40.} STUEMUND, *Collectio libr. iuris ant.*, I, 1905, p. XXXIII.

^{41.} *Cic. De off.*, III, 15, 65; III, 17, 70; *Top.*, 17, 16.

Di recente, il Marrone⁴², ad esempio, partendo proprio dalle valutazioni sin qui compiute, ha considerato accettabile l'ipotesi che l'*actio rei uxoriae*, nata come *actio in factum*, solo in un secondo momento si sia strutturata come un'azione con formula *in ius*. Lo studioso ritiene che la formula dell'*actio rei uxoriae* sia stata strutturata con un *oportere* e «pertanto in *personali e in ius*. In essa — continua il Marrone — si invitava il giudice a condannare il convenuto nell'*id quod aequius melius erit*. Al giudice dell'*actio rei uxoriae* era data pertanto una larghezza di poteri analoga a quella del giudice dei *iudicia bonae fidei*; ed è per ciò che, pur non facendo riferimento l'*intentio* della formula dell'*actio rei uxoriae* ad un *oportere ex fide bona*, i giuristi classici (Gaio in particolare) inclusero Fazione di cui si tratta nell'elenco dei *iudicia bonae fidei*»⁴³.

Come è possibile notare da tali considerazioni, il Marrone si pone in una posizione intermedia tra la teoria del Grosso e quella del Biondi. Infatti, pur non riconoscendo esplicitamente un'appartenenza dell'*actio rei uxoriae* ai *iudicia bonae fidei*, giustifica di fatto la sua presenza nell'elenco gaiano dei giudizi stessi fondando un tale avvicinamento proprio su quell'ampia discrezionalità concessa al giudice nell'ambito dell'azione dotale «analoga» — come apertamente sottolinea lo studioso — alla posizione del giudice nei giudizi di buona fede.

5. L'*actio rei uxoriae* e il *reddere dotem*.

Le ricostruzioni qui esposte dell'*actio rei uxoriae* ci portano, al di là delle loro peculiari differenziazioni, a ricercare nella *dos* il fondamento giuridico dell'azione dotale, poiché dell'*actio rei uxoriae* e del diverso atteggiamento del *rendere* si può compiutamente parlare solo se si ricollega ad essa.

Da ciò discendono tre considerazioni:

a) se il fondamento giuridico dell'azione è da ricondurre alla costituzione della *dos*, dovremo concludere che l'istituto stesso della dote debba necessariamente includere il *reddere*;

b) se invece si dimostra che il *quod aequius melius* fa parte della formula, come principio regolatore della prestazione, allora tale principio dovrebbe far parte dell'*intentio* dell'*actio rei uxoriae* e non della *condemnatio* e costituirebbe il fondamento giuridico di questa azione;

⁴² MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 309.

⁴³ MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 309.

c) se, infine, il *quod aequius melius* serve come principio regolatore dell'*aestimatio dotis* in caso di scioglimento del vincolo coniugale, dovrà essere inserito nella *condemnatio*, nella determinazione della quale sono da prendere in considerazione anche le *retentiones*. Questo permetterebbe di giustificare in modo abbastanza agevole la presenza dell'«*erib*», che indica l'indeterminazione dell'ammontare della condanna.

Da quanto abbiamo fin qui evidenziato, emerge che i problemi da affrontare riguardano l'inserimento dell'*actio rei uxoriae* o tra i giudizi di buona fede o tra le *actiones in bonum et aequum conceptae*.

Alcuni studiosi — come abbiamo detto — hanno cercato di trovare analogie tra gli uni e le altre per lo strettissimo vincolo che lega il principio di equità alla discrezionalità. Le questioni inerenti all'*actio rei uxoriae* e alla sua collocazione riguarderanno, quindi, oltre alla struttura della sua formula, proprio il suo rapporto specifico con il concetto di *aequitas*, sulla cui determinazione ci siamo altrove soffermati⁴⁴.

6. L'inserimento dell'*aequius melius* nella formula.

Considerato questo aspetto, l'*actio rei uxoriae* appare come strumento più idoneo per scongiurare un incremento ingiustificato del patrimonio del marito per la dazione della dote, dazione alla quale non avesse fatto seguito un matrimonio, o qualora questo fosse venuto meno. Si potrebbe, pertanto, avanzare l'ipotesi che, proprio in base a questo incremento, da considerarsi come ingiustificato arricchimento⁴⁵, sarebbe motivata l'*intentio* dell'azione dotale. Un'*intentio certa*, dunque, collegata all'ammontare della dote, quantificato nella realtà pratica dall'incremento patrimoniale del ricevente. Ad essa avrebbe poi corrisposto la *condemnatio* che avrebbe dovuto contenere il *quod aequius melius*, a cui doveva essere sottoposto colui che aveva avuto la dote; *condemnatio* caratterizzata da un'ampia discrezionalità del giudice nell'*aestimatio* della dote stessa.

Una ricostruzione di tal genere sarebbe in armonia con quelli che sono i caratteri peculiari dell'*actio rei uxotiae*. Inoltre, la volontà di evitare — almeno teoricamente — l'indebito arricchimento trova una sua esplicita particolare giustificazione nel sistema delle *retentiones*⁴⁶, mediante le quali si è

⁴⁴. Facciamo qui riferimento al nostro lavoro di prossima pubblicazione, *Aequa libertas ed aequa societas. Considerazioni intorno all'aequitas nell'antica Roma*.

⁴⁵. Si rinvia per tale argomento a p. 13 del presente studio.

voluto perseguire un duplice intento equitativo: da una parte l'ingiustificato arricchimento del marito determinato dal permanere dei beni dotali presso il suo patrimonio, qualora fosse venuto meno il matrimonio; dall'altra l'ingiustificato arricchimento anche dell'*uxor* a scapito del marito o del suo avente potestà qualora, sempre venuto meno il matrimonio, la donna o il costituente avessero preteso in forza dell'*actio rei uxoriae* la restituzione dei beni conferiti in dote.

Un risultato equitativo, quindi, che, di per sé, non solo non avrebbe vanificato gli effetti di una restituzione della dote, ma al contrario avrebbe equilibrato gli interessi opposti delle parti.

7. L'impossibilità d'inserimento delle retentiones nell'*actio in factum*.

In relazione al regime delle ritenzioni c'è da rilevare che l'*actio rei uxoriae*, come si è già detto almeno nel suo regime originario, data la sua struttura di *formula in factum* il cui oggetto era tassativamente delinútato (*dotem redditam non esse*), non poteva contemplare la possibilità di esperimento delle *retentiones*, né, d'altro canto, è pensabile la possibilità di una *compensatio*, né tanto meno dell'esperibilità di un'*exceptio* che non sia stata rilevata dal convenuto al momento della concessione del *iudicium*, da parte del pretore⁴⁷. In altri termini è difficilmente accettabile l'ipotesi che l'*index privatus*, quanto meno in una fase iniziale, possa riconoscere uno *ius retentionis* a favore del marito che, ad esempio, chiamato in giudizio per la restituzione della *dos* chieda, a sua volta e nello stesso contesto, il rimborso di spese sostenute per il mantenimento e per la conservazione del patrimonio dotale in costanza di matrimonio. Ciò almeno — vale la pena di ripeterlo — in riferimento ad un primo tempo, vale a dire al momento della prima apparizione dell'*actio rei uxoriae*.

Se per l'epoca preclassica il parlare di un vero e proprio regime retentivo articolato e consolidato è, dunque, improprio se non impossibile, ciò lo diviene per l'età del Principato. In realtà, la conoscenza della struttura e della specifica applicazione delle *retentiones* pone meno problemi per l'epoca classica, epoca per la quale il regime retentivo è conosciuto nelle sue linee es-

^{46.} Cfr. tra gli altri LEVY, *Les impensas dotales en droit romain classique*, Paris 1937, p. 5 ss.; NARDI, *Studi sulla ritenzione*, I, 1947, p. 146 ss.; LATORRE, «*Voluntas mulieris*» y reembolso de las impensas utiles dotales, in *IURA*, 5, 1954, p. 209 ss.

^{47.} Cfr., sulle diverse opinioni della dottrina, *supra* p. 3 ss.

senziali anche se una tale conoscenza procede «da soluzioni di casi già risolti nell'ultimo secolo della repubblica»⁴⁸.

Ciò porterebbe a escludere l'applicazione del regime delle ritenzioni fino all'epoca augustea. Invero, pur nella mancanza di prove testimoniali, parte della dottrina ritiene che siano possibili, o quanto meno da non escludere, *retentiones* già prima della metà del I secolo a.C.⁴⁹. Il ricollegandole all'attività giurisprudenziale, a quella stessa attività interpretativa che i *prudentes*, già prima dell'epoca di Augusto, andarono compiendo anche intorno a quelle parole «*quod eius aequius melius erit*» che, con sicurezza, ricorrevano nella formula dell'*actio rei uxoriae*.

L'*actio rei uxoriae*, come abbiamo detto, per sua stessa natura poteva essere esercitata solamente dall'*uxor*, autonomamente o congiuntamente al *pater* costituente. Ci si può chiedere se la possibilità per il marito di far valere eventuali *retentiones* a proprio favore sia connessa all'esercizio dell'azione dotale. In altre parole, se il meccanismo delle *retentiones* abbia potuto scattare solo dal momento in cui sia stata esperita un'*actio rei uxoriae* e se solo da questa fosse motivato e di conseguenza posto in essere; cioè come rapporto equitativo da inserire per un giusto computo, un equilibrio tra dare e avere da calcolare in caso di restituzione. Le *retentiones* in tal caso, pur esplicandosi e concretizzandosi processualmente come *exceptiones*, di fatto avrebbero svolto la stessa funzione di *actiones* pur naturalmente non essendolo.

8 — *Le retentiones*.

Il sistema retentivo prevedeva *retentiones propter impensas, propter res donatas, res amotas, propter liberos e propter mores*.

La nostra analisi tende a dimostrare proprio come tali *retentiones* debbano essere intese quale argine ad un iniquo e ingiustificato arricchimento della donna ed evidenze come, in realtà, solamente tre delle cinque intenzioni, quelle *propter res donatas, propter impensas e propter res amotas*, possano meglio far emergere quella specifica funzione di protezione nei confronti del marito e siano, quindi, le prime ad essere state dedotte in giudizio.

⁴⁸. Cfr. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 195; in precedenza, NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 11, p. 3 ss.

⁴⁹. Cfr. più ampiamente NARDI, *Studi sulla ritenzione*, II, cit., p. 3 ss.

Ci si può a tal punto domandare se la stessa *actio rei uxoriae* abbia avuto in sé insita un'idea di reciprocità. In altri termini, se l'*actio* abbia di per sé bilanciato gli opposti interessi delle parti, riconoscendo all'*uxor* il diritto alla restituzione della dote e al *vir* un *ius retentionis* connesso strettamente al *modus agendi* dell'azione.

Secondo la ricostruzione che si vuole proporre, sarebbero proprio le *retentiones* che assolverebbero questo compito, venendo così a far parte di un congegno molto complesso, in cui al meccanismo equitativo generale dell'*actio rei uxoriae* i più piccoli ingranaggi danno una scansione più minuta e attenta al particolare.

In riferimento specifico alla formula dell'*actio rei uxoriae* le *retentiones* avrebbero avuto la loro giustificazione proprio nell'*aequius melius*. L'ampia discrezionalità offerta al *iudex* è in questo caso una garanzia di sicurezza per una valutazione che, non fossilizzata astrattamente in rigidi schemi, si articolava nel giudizio secondo una flessibilità più aderente alle realtà divergenti delle due parti.

Quello che emerge è la completezza di questo microcosmo, perché l'intenzione di salvaguardare le aspettative della donna, tutelandola con l'*actio* a sua disposizione, porta con sé anche la finalità complementare di non sfavorire la parte antagonista, che abbia diritti altrettanto validi.

9 — *Riflessioni conclusive.*

Date queste precisazioni è certo che l'*actio rei uxoriae* ha avuto origine proprio per evitare le inique conseguenze, che almeno inizialmente si potevano verificare, derivanti da una mancata tutela dell'*uxor*, qualora il marito, o il suo *pater*, non si fosse esplicitamente impegnato alla restituzione mediante una *cautio (stipulatio) de dote restituenda*, *cautio* che avrebbe regolato solo particolari casi ed in via del tutto eventuale.

L'introduzione dell'*actio rei uxoriae* avrebbe stravolto questo regime originario, caratterizzato da un'estrema rigidità: la *dos*, infatti, sarebbe rientrata *tout court* nel patrimonio del marito o del suo *poter familias*, e non avrebbe potuto prevedere il *reddere*; inoltre non avrebbe contemplato neppure che il marito fosse tenuto ad impiegare la dote effettivamente *ad opera matrimonii ferendo*.

Come poi si sia passati da questo regime secondo il quale la *dos* veniva a far parte del patrimonio del marito o del di lui avente potestà, ad un regime

più elastico che tutelava la donna in caso di scioglimento di matrimonio mediante la concessione dell'*actio rei uxoriae* e come, in prosieguo di tempo, cambiata la struttura dell'*actio*, si sia passati a tener conto anche delle esigenze del marito mediante l'introduzione delle *retentiones*, tutto ciò costituisce il punto focale della nostra indagine.