

DIVORTIUM E TUTELA DEL CONIUGE “DEBOLE”:***MULIER, UXOR, MATER***

FRANCESCA ROSSI*

Il presente contributo propone una breve riflessione sulla tutela del coniuge “debole” nel diritto romano, alla luce degli strumenti previsti a favore della donna a seguito dello scioglimento del matrimonio. A tal fine, sono presi in esame gli istituti della dote e della donazione nuziale (ante e propter nuptias), quali apporti patrimoniali funzionali alla vita coniugale. In particolare, viene considerato il regime giuridico di entrambi in conseguenza del divorzio, attraverso un riferimento alla restituzione e alle trattenute dotali (retentiones), nonché all’usufrutto legale della donazione nuziale in favore della moglie. Il lavoro si sofferma poi sull’obbligo alimentare nei confronti della prole, come risultante dal senatoconsulto Planciano, relativo al riconoscimento dei figli nati post divortium. In ciascuno di tali istituti emerge non soltanto una logica di favor mulieris, ma anche e soprattutto di favor matris, suggerendo la conclusione che si tratti di strumenti volti alla tutela della donna in quanto mater (oltre che moglie), più che della donna in quanto (semplicemente) UXOR.

This paper proposes a brief reflection on the protection of the “weak” spouse in Roman law, in the light of the instruments provided for women following the dissolution of marriage. To this end, the institutes of dowry and nuptial donation (ante and propter nuptias) are examined, as capital contributions functional to married life. In particular, the legal regime of both is considered as a consequence of divorce, through a reference to restitution and dotal withholdings (retentiones), as

¹ Il presente contributo nasce a valle di un seminario interdisciplinare, organizzato il 29 novembre 2021 nell’ambito del corso di dottorato in Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze, dedicato alla tutela del “coniuge debole” nella separazione e nel divorzio. Obiettivo del seminario era offrire una riflessione sul tema in chiave diacronica, al fine di coglierne i profili evolutivi nel corso della storia, partendo dall’esperienza del diritto romano, passando dal diritto intermedio, con peculiare riferimento alla codificazione ottocentesca, per giungere, infine, alla disciplina civile attualmente vigente in Italia, con peculiare attenzione alle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia.

* Dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche e docente a contratto presso l’Università degli Studi di Firenze.

well as the legal usufruct of the nuptial gift in favour of the wife. The work then dwells on the alimony obligation towards the offspring, as resulting from the senatus consultum Plancianum on the recognition of children born post divortium. In each of these institutions there emerges not only a logic of favor mulieris, but also and especially of favor matris, suggesting the conclusion that these are instruments aimed at protecting women as mater (as well as wife) rather than women as (simply) uxor.

SOMMARIO: 1. Premessa: tutela della *uxor* o della *mater*? – 2. La sorte della dote dopo il divorzio: restituzione dotale e *retentiones*. – 3. La donazione *ante nuptias... post divortium*. – 4. L’obbligo alimentare nei *senatus consulta de partu agnoscendo*. – 5. In conclusione: *favor mulieris* o *favor matris*?

1. *Premessa: tutela della uxor o della mater?* – Il tema della tutela del coniuge “debole” nell’ambito dello scioglimento del matrimonio conseguente al divorzio, letto dalla prospettiva dell’odierno diritto civile, evoca immediatamente i profili legati alla solidarietà familiare, alla capacità patrimoniale dei coniugi e agli obblighi di mantenimento. Se, dal punto di vista del diritto romano, l’argomento non può essere affrontato secondo tali parametri, ciò non esclude la possibilità di intravedere, in alcuni istituti e dati normativi, elementi che lasciano emergere, più o meno direttamente e consapevolmente, forme di tutela del coniuge “debole” (nel mondo antico sempre identificabile nella parte femminile).

Un primo elemento rilevante in ordine alla posizione della donna a seguito del divorzio è individuabile nell’istituto della dote, quale conferimento patrimoniale costituito dalla moglie in favore del marito e volto a contribuire agli “oneri” connessi alla vita familiare. In particolare, rispetto alla condizione del coniuge “debole”, assume interesse il regime della restituzione dotale, che (seppur affiancato dal “correttivo” rappresentato dalle *retentiones*) consentiva di tutelare colei che, a fronte di un ripudio, si fosse trovata priva di mezzi di sostentamento. Un’analoga *ratio*, peraltro, pare fondare anche il diverso istituto, in certo modo speculare alla dote, della *donatio ante* (e poi in età postclassica *propter*) *nuptias*, effettuata dal marito verso la donna e destinata ad assicurare il mantenimento della moglie dopo l’eventuale scioglimento del matrimonio.

Accanto alla *dos* e alla *donatio*, un ulteriore ambito di interesse rispetto al tema della tutela del coniuge “debole” è rappresentato dagli obblighi alimentari a

carico dei genitori nei confronti dei figli nati dopo lo scioglimento del matrimonio. Il diritto agli alimenti, infatti, pur avendo trovato una compiuta regolamentazione soltanto nel II secolo d.C., fu oggetto già in precedenza di alcuni interventi senatori (c.d. *senatus consulta de partu agnoscendo*), che, in certa misura, anticiparono la normativa dei secoli successivi. Tra questi provvedimenti assume particolare rilievo il senatoconsulto Planciano, che, nell'affrontare il problema del riconoscimento della filiazione dopo il divorzio, sembra aver prefigurato un obbligo paterno agli alimenti, introducendo così una forma di tutela non solo dei figli, ma anche della madre, altrimenti gravata in via esclusiva degli oneri di crescita del nato *post divortium*.

Assumendo i citati istituti e provvedimenti come prioritario oggetto di analisi, può essere interessante indagare se effettivamente questi siano volti a tutelare il coniuge “debole”, e quindi la donna (*mulier*) in quanto (semplicemente) “moglie” (*uxor*), oppure se gli stessi non mirino piuttosto a tutelare la moglie in quanto “madre” (*mater*); o, addirittura, se tali istituti e disposizioni, pur coinvolgendo la moglie (coniuge “debole”), in verità siano concepiti a tutela della prole nata da un’unione legittima (*iustae nuptiae*) e, dunque, solo indirettamente e di riflesso si riverberino sulla posizione della moglie (che sia anche madre), pur determinando, in ultima analisi, un vantaggio per quest’ultima³.

2. *La sorte della dote dopo il divorzio: restituzione dotale e retentiones.* – Il primo istituto che occorre prendere in considerazione rispetto al tema della

³ L’interrogativo proposto rende opportuna una precisazione preliminare, relativa ai termini genericamente utilizzati (*mulier*, *uxor*, *mater*): com’è noto, dote e donazione nuziale sono istituti che nascono in rapporto ad un matrimonio legittimo (*iustae nuptiae*); pertanto, in assenza di unione legittima, non si avrà luogo né all’una né all’altra. Da ciò discendono due conseguenze: in primo luogo, posto che la donna è *mulier* a prescindere dal matrimonio, mentre è *uxor* se e quando sposata, ne consegue che la dote (che presuppone un matrimonio) sarà prevista nel solo caso in cui la *mulier* sia *uxor*. In secondo luogo, posto che la donna può essere madre tanto se sia *uxor*, quanto se non lo sia, la dote (in quanto istituto riservato al matrimonio) potrà servire alla tutela del figlio partorito dalla *uxor* (*iusta*), e non dalla *mulier* che *uxor* non sia. In altre parole, la questione prospettata, che ipotizza un’attitudine degli istituti legati al matrimonio a giovare ai figli, deve intendersi limitata all’ipotesi dei figli nati da *iustae nuptiae*, e non relativa ai figli di per sé.

tutela della donna a seguito dello scioglimento del matrimonio è la dote³, con particolare riferimento alla disciplina della sua restituzione⁴.

In merito all'origine di tale istituto è stato ipotizzato che essa sia sorta con riferimento al matrimonio *cum manu*, nel quale la donna, a seguito della *conventio*, entrava a far parte della famiglia del marito, perdendo ogni rapporto (e conseguentemente ogni aspettativa successoria) con la propria famiglia d'origine. È possibile, dunque, che la dote fosse funzionale a bilanciare, attraverso il conferimento di beni o diritti, lo spostamento patrimoniale conseguente all'ingresso di un nuovo membro (la moglie *in manu*) all'interno

³ Com'è stato sottolineato, l'«importanza sociale» della dote era tale da essere considerata quasi «un elemento essenziale del matrimonio» e uno «spartiacque tra il vero matrimonio e il concubinato»; tuttavia, tale affermazione riguardava soltanto le «unioni tra gli esponenti dei ceti abbienti di Roma»; al contrario, «un matrimonio tra *proletarii*» non cessava «di essere tale per il semplice fatto che la *mulier*» fosse «indotata a causa delle condizioni economiche del *pater*» (G. FRANCIOSI, *La famiglia romana: società e diritto*, Torino, 2003, p. 210). Cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 144, dove rileva che il regime patrimoniale del matrimonio si identifica nell'istituto della dote «soprattutto per quanto concerne le classi agiate». Si veda anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006, p. 227, dove rileva che la costituzione della dote per la figlia in occasione del matrimonio «nelle classi abbienti rappresentava la regola, essendo avvertito come un pressante dovere morale» e A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001, p. 586 («la costituzione della dote rappresentava, quando fosse concretamente possibile, un dovere sociale e morale»).

⁴ Amplessima è la letteratura sulla dote e sul regime della restituzione. Nella consapevolezza che ogni tentativo di ricostruzione risulterebbe fallace, ci limitiamo a ricordare alcune essenziali voci enciclopediche: C.A. CANNATA, *Dote (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965, pp. 1 ss.; A. NICOLETTI, *Dote (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1968, pp. 257 ss.; A. SACCHI, *Dote (dir. rom.)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino, 1938, pp. 225 ss. Un fondamentale riferimento in tema di famiglia e matrimonio romano è rappresentato poi dal lavoro, in tre volumi, di Carla Fayer (*La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*). In particolare, sulla dote si veda C. FAYER, *La familia romana*, II, *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, pp. 673 ss. (cap. IV). Per alcune fonti sul tema si veda anche J. EVANS-GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire. A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London-New York, 2002, spec. cap. 2, § 4, *The recovery of dowry after marriage*, pp. 97 ss.; inoltre, J.F. GARDNER, *Women in Roman law and society*, London-Sydney, 1986, spec. cap. 6 (*Dowry*), pp. 97 ss., all'interno del quale ai presenti fini interessano le pagine dedicate a *The Recovery of the Dowry* (pp. 105 ss.); sull'argomento già EAD., *The Recovery of Dowry in Roman Law*, in *The Classical Quarterly*, 1985, XXXV, 2, pp. 449 ss. Si veda anche R.P. SALLER, *Roman Dowry and the Devolution of Property in the Principate*, in *The Classical Quarterly*, 1984, XXXIV, 1, pp. 195 ss.; ID., *Patriarchy, property and death in the Roman family*, Cambridge, 1994, spec. cap. 9, *Dowries and daughters in Rome*, pp. 204 ss. Sul tema, inoltre, A. WACKE, *Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1975, XLIII, 3-4, pp. 241 ss. Per un ultimo riferimento, si veda: N. SCHLIERKAMP, *Definition und Funktionsweise der römischen Mitgift: besonderheiten in der Digestenstelle D. 23, 4, 4*, München, 2009.

della famiglia del titolare del potere (normalmente il marito)⁵, attraverso l'assegnazione di un certo numero di beni a soddisfazione delle aspettative successorie⁶.

In ogni caso, tali beni sarebbero entrati a far parte del patrimonio del titolare della *manus* (marito o suo avente potestà), essendo destinati a sopperire alle necessità e ai bisogni della nuova unione coniugale (secondo il noto brocardo «*ad sustinenda onera matrimonii*»). Questo è, infatti, lo scopo tradizionalmente assegnato alla dote, che rimarrà tale anche quando, per la progressiva caduta in desuetudine della *manus* e il conseguente diffondersi di matrimoni *sine manu*, non sussisterà più un obiettivo di riequilibrio patrimoniale. Infatti, come ricorda Paolo, la dote era necessaria proprio in relazione alle incombenze matrimoniali: «*Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*»⁷.

Alla luce della funzione assegnata alla dote, è possibile comprendere anche le ragioni della sua possibile restituzione: essendo, infatti, la dote destinata ad essere impiegata per i bisogni della famiglia, ne consegue che, dopo lo scioglimento dell'unione coniugale, unilaterale o anche per premorienza di uno dei coniugi, la sua funzione si sarebbe dissolta o quantomeno adombrata. Come

⁵ Com'è noto, la costituzione della *manus* determinava l'ingresso della donna nella famiglia del marito (o, se questo era *alieni iuris*, del di lui *pater*) nella posizione giuridica equivalente a quella di una figlia. Al riguardo, è doveroso ricordare l'espressione *loco filiae* utilizzata da Gaio nelle sue *Institutiones*: Gai 2.139: «*Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*» e Gai 2.159: «*Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est*». Come tale, la moglie *in manu* avrebbe acquisito un'aspettativa successoria del tutto analoga a quella dei figli del costituente la *manus*, i quali, dunque, in ragione di tale ingresso avrebbero subito una diminuzione della quota ereditaria. Per questo la dote, attraverso il conferimento di beni e di diritti a favore del marito, avrebbe consentito di riequilibrare le quote ereditarie spettanti ai membri della famiglia di origine della donna e di quella del marito, della quale sarebbe entrata a far parte.

⁶ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 145, parla di beni assegnati dalla famiglia d'origine a quella del marito «a soddisfazione delle aspettative successorie»; secondo S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, p. 4, la dote era «un compenso, un'anticipazione che dir si voglia, pel diritto che essi perdevano alla successione paterna»; per V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed. riv., Napoli, 1978 (rist. 2012), p. 453, la dote rappresenterebbe una sorta di «indennizzo» della perdita «aspettativa di successione in ordine alla famiglia onde si staccava». Cfr. anche MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 225.

⁷ D. 23.3.56.1 (Paul. 6 *ad Plaut.*).

ci ricordano le fonti, «*neque enim dos sine matrimonio esse potest*»⁸.

Per questo motivo l’ordinamento giuridico romano ha previsto, fin dall’epoca più risalente, la possibilità per la donna (o, per meglio dire, per il costituente la dote) di ottenerne la restituzione⁹, sebbene tale possibilità si sia tradotta in un obbligo giuridicamente sanzionabile soltanto nel II secolo a.C. (dunque in età tardo-repubblicana) quando, per opera del pretore, fu introdotta l’*actio rei uxoriae*¹⁰.

⁸ D. 23.3.3 (Ulp. 63 *ad ed.*): «*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubi cumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*». Muovendo dalla circostanza che la dote dipende dalla presenza di un valido matrimonio, Ulpiano argomenta l’impossibilità di utilizzare il nome “dote” con riferimento a quei matrimoni che non possono esistere come tali; dunque, rispetto ad unioni non qualificabili come “matrimonio”, non può parlarsi neppure di dote.

⁹ Originariamente non era previsto alcun obbligo di restituzione, potendo tuttavia le parti liberamente introdurlo attraverso un’apposita *stipulatio (cautio de restituenda dote)*, con cui il marito si impegnavo a restituire i beni in caso di scioglimento del matrimonio. In alternativa, il marito avrebbe potuto provvedere alla moglie mediante il proprio testamento, inserendovi uno specifico legato, con cui le avrebbe attribuito *mortis causa* quanto ricevuto a titolo di dote (*legatum dotis*), o cose diverse in luogo di quelle ricevute in dote (*legatum pro dote*). Si veda TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 148; MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 635; S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur: il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, p. 138.

¹⁰ In base alla testimonianza di Gellio, fino alla metà del terzo secolo a.C. (periodo a cui risale la vicenda di Spurio Carvilio Ruga a cui l’autore fa riferimento) non vi sarebbero state né *cautiones* né *actiones rei uxoriae*: Gell. *N.A.* 4.3.1-2: «*Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur; anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio P. Valerio consulibus*»; Gell. *N.A.* 17.21.44: «*Anno deinde post Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterila esset iurassetque apud censores uxorem se liberum quaerendorum causa habere*». La vicenda di Spurio Carvilio, oltre che nelle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio, è riportata anche da Dionigi di Alicarnasso (*Ant. Rom.* 2.25.7); Valerio Massimo (*Mem.* 2.1.4); Plutarco (*Quest. Rom.* 14; *Comp. Thes. et Rom.* 6.4; *Comp. Lyc. et Num.* 3.13); Tertulliano (*Apolog.* 6.3; *de monog.* 9.8): cfr. P. GIUNTI, *Consors vitae: matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, p. 108 nt. 54 (in generale, sul divorzio di Spurio Carvilio: *ivi*, pp. 107 ss.), la quale si sofferma anche sull’inquadramento cronologico della vicenda, su cui le fonti offrono ricostruzioni in parte discrepanti (*ivi*, p. 109 nt. 55). Sull’episodio di Spurio Carvilio si vedano anche: E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma*, IV, Torino, 1989, pp. 585 ss.; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome: étude d’histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, pp. 132 ss.; R.A. BAUMAN, *Family law and Roman politics*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, pp. 1283 ss.; GARDNER, *Women in Roman law and society*, cit., p. 48 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 258 ss.; ID., *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 14, 1982, pp. 355 ss.; S. TREGGIARI, *Roman marriage: ‘iusti coniuges’ from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1991, p. 442; A.

È interessante notare che tale azione, sia per la sua denominazione (dote come *res* della *uxor*) sia per la circostanza di essere concessa in conseguenza dello scioglimento del matrimonio, denuncia «la mutata concezione della titolarità del patrimonio dotale, ritenuto di spettanza della *uxor* e funzionalmente collegato» all'esistenza dell'unione coniugale¹¹. Per questo motivo è stato osservato come (da una parte in ragione dell'obbligo di restituire la dote in caso di scioglimento del matrimonio, dall'altra per la diffusione del divorzio anche al di fuori delle ipotesi di originaria colpa della moglie) «all'iniziale scopo di costituire la dote per sopperire alle necessità del matrimonio», si sia progressivamente affiancato quello ulteriore di provvedere «alle esigenze della donna a matrimonio disciolto»¹².

Per quanto concerne il regime dell'*actio rei uxoriae*, la cui natura è ancora oggi controversa¹³, possiamo ricordare che, almeno nel periodo

WATSON, *Rome of the XII Tables: Persons and Property*, Princeton-London, 1975, p. 32; ID., *The Divorce of Carvilius Ruga*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1965, XXXIII, 1, pp. 38 ss.; I. PIRO, *Unioni confarreate e 'diffarreatio'. Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index*, 1997, XXV, pp. 274 ss., 297 ss.; H. VAN DEN BRINK, *Ius fasque*, in *Labeo*, 1970, XVI, pp. 161 ss.; G. LOBRANO, *'Uxor quodammodo domina'*, *Riflessioni su Paul. D. 25.2.1*, Sassari, 1989 (cap. 2 par. e); I.G. MASTROROSA, *Matronae e repudium nell'ultimo secolo di Roma repubblicana*, in *Matronae in domo et in re publica agentes: spazi e occasioni dell'azione femminile nel mondo romano tra tarda repubblica e primo impero*, a cura di F. Cenerini e F. Rohr Vio, Trieste, 2016, pp. 66 ss.; SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., pp. 117 ss. Peraltro, occorre rilevare che, secondo la ricostruzione di FRANCIOSI, *La famiglia romana*, cit., p. 211, la citata testimonianza gelliana lascerebbe «intravedere il carattere non arcaico della dote»; su questa base, unita agli altri dati desumibili dal quadro storico dell'antica Roma (quali la posizione della donna in età arcaica e l'assenza della dote nelle Dodici Tavole), l'A. argomentava la tesi della «non risalente origine dell'istituto dotale».

¹¹ I. PIRO, *La familia*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI *et alia*, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica: per una introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 2021, pp. 229 ss.

¹² A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Milano, 1993, p. 246. Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 145: alla «funzione di contribuire all'economia della famiglia», si aggiungerà, «dentamente, quella di far fronte alle necessità economiche della donna dopo lo scioglimento del matrimonio».

¹³ F. GIUMETTI, *Prime riflessioni sulla 'culpa discidi' e sul regime giuridico delle 'retentiones'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2018, XI, p. 6, il quale richiama, in particolare, le posizioni di A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo*, 1962, VIII, pp. 7 ss., spec. pp. 11 ss. (ora in ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, p. 21 ss.) e di M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote nel diritto romano*, I. *Sulla formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2003, spec. pp. 62 ss., i quali «mettono in discussione la riferibilità dell'azione a quelle *in bonum et aequum conceptae*».

classico¹⁴, l'obbligo di restituzione della dote seguiva un diverso andamento in ragione – oltre che del soggetto costituente la dote¹⁵ – anche dell'evento che avesse causato lo scioglimento del matrimonio. I casi erano sostanzialmente due: lo scioglimento per morte di uno dei coniugi oppure – ipotesi che qui maggiormente interessa – lo scioglimento per divorzio, in particolar modo unilaterale (*repudium*).

La circostanza che la donna ripudiata dal marito potesse chiedere e ottenere la restituzione di quanto conferito a titolo di dote in occasione del matrimonio potrebbe indurre, sulla scia della moderna impostazione del diritto di famiglia, ad avanzare un'interpretazione improntata al *favor mulieris*, concludendo che la restituzione dotale rispondeva ad esclusive esigenze di tutela del coniuge che oggi definiremmo "debole".

Tuttavia, è noto che l'eventualità della restituzione dotale trovava un importante temperamento nella possibilità, parimenti prevista dall'ordinamento e frutto dell'elaborazione "creativa" della giurisprudenza di età classica, che il marito trattenesse per sé una parte della dote di cui la moglie avesse chiesto la

¹⁴ Per quanto riguarda la sorte della dote negli ultimi secoli della storia giuridica di Roma, e in particolare sull'evoluzione del regime dotale in età giustiniana, si veda G. VIARENGO, *Il caso e la legge in Nov. 97.5*, in *Diritto@Storia*, www.dirittoestoria.it, 2007, VI, *passim*, dove è presa in esame la Novella 97 di Giustiniano del 539, mirante ad «un riesame unitario della normativa concernente la dote e la sua restituzione». L'A. ricorda che la legge era suddivisa in sei capitoli, che disciplinavano i diversi profili dell'istituto dotale, effettuando così «una sorta di completo coordinamento delle diverse fonti che regolavano la materia», ma introducendo al contempo anche «significative riforme».

¹⁵ Per i diversi soggetti legittimati a costituire la dote e per la differenza tra *dos profecticia*, *adventicia* e *recepticia* si veda Tit. Ulp. 6.2-7. Sulla *dos profecticia* cfr. anche: D. 23.3.5.pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*): «*Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius*». Nei successivi paragrafi (D. 23.3.5.1-8) segue una esemplificazione delle ipotesi in cui, ad avviso del giurista, può parlarsi di *dos profecticia*. Nel caso del § 9, relativo alla donazione di una certa quantità di denaro effettuata da un terzo al padre, affinché questi la attribuisca in dote alla figlia, la corretta qualificazione, secondo Ulpiano (che cita Giuliano), è invece *dos adventicia*: «*Si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret, non esse dotem profecticiam Iulianus libro septimo decimo digestorum scripsit [...] Esse igitur dotem istam adventiciam Iulianus ait: et ita utimur*». Nel successivo § 11, inoltre, Ulpiano spiega che a rendere profectizia la dote è non il diritto di potestà, ma la qualità di ascendente: «*Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit: sed ita demum, si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventicia dos est*».

restituzione¹⁶. In merito alle *retentiones*, con riferimento all'oggetto della presente riflessione, è interessante notare che, alla base dei diversi motivi legittimanti la richiesta di trattenuta¹⁷, può essere individuato anche un obiettivo di riequilibrio patrimoniale dei coniugi, per evitare che il sacrificio economico dell'uno fosse indebitamente superiore a quello dell'altro.

Tale finalità risulta particolarmente evidente nelle *retentiones propter impensas*¹⁸, *propter res donatas* e *propter res amotas*¹⁹, nelle quali la logica della trattenuta è ispirata ad un criterio di natura economica: attraverso la decurtazione della restituzione dotale il marito mirava ad ottenere il rimborso delle spese sostenute nell'esclusivo interesse della moglie, il recupero dei donativi effettuati verso la stessa o la restituzione di quanto da essa sottratto durante il matrimonio.

Una finalità patrimoniale può però rinvenirsi anche nelle altre due tipologie di trattenute, di carattere morale, quella *propter mores*²⁰ e quella *propter liberos*²¹: infatti, sebbene queste ultime appaiano dettate prioritariamente da

¹⁶ Sulla individuazione, non unanime, del momento in cui il regime delle *retentiones* trovò effettiva operatività, si veda R. TOFANINI, *La tutela della dos e le retentiones. Appunti per una ricerca*, Scandicci, 1993, p. 5, che riporta in sintesi le diverse teorie.

¹⁷ Le varie tipologie di *retentiones* sono descritte in Tit. Ulp. 6.9: «*Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas*».

¹⁸ Sulle diverse specie di *res impensae*: Tit. Ulp. 6.14: «*Inpensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae*». Tit. Ulp. 6.15: «*Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, veluti si quis ruinosas aedes refecerit*». Tit. Ulp. 6.16: «*Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit*». Tit. Ulp. 6.17: «*Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus*».

¹⁹ Sulla *retentio propter res amotas* si veda A. GUARINO, *Res amotae*, Napoli, 1964, p. 109, il quale si interroga sui rapporti tra *retentio propter res amotas* e *actio rerum amotarum (ara.)*, ipotizzando che i due mezzi non si riferissero a fattispecie diverse, ma che «la sfera di applicazione della *retentio propter res amotas*» fosse in «un rapporto di contenente a contenuto» rispetto a quella dell'*ara.*, «perché riguardava ogni possibile ipotesi di *res amotae* dalla moglie durante il matrimonio, ivi compresa l'ipotesi (caratteristica dell'*ara.*) delle *res amotae divortii causa*».

²⁰ Tit. Ulp. 6.12: «*Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulterium tantum; leviores omnes reliqui*».

²¹ Tit. Ulp. 6.10: «*Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt non in petitione*».

ragioni di ordine etico²², nondimeno anche qui è individuabile un'attenzione al profilo economico. In particolare, nella *retentio propter mores* la scelta dell'ordinamento di diminuire la restituzione imposta al marito esprime, da un lato, l'intento morale ed afflittivo di sanzionare la condotta uxoria, la cui minore o maggiore gravità incide, infatti, sull'entità della trattenuta; dall'altro, però, mira a ristorare il marito dell'offesa subita per il comportamento disdicevole della moglie, "addebitando" a quest'ultima le conseguenze economiche dello scioglimento del matrimonio, in ragione della "imputabilità" (per utilizzare espressioni della moderna civilistica²³) alla stessa della crisi coniugale²⁴.

Una logica duplice, morale ed economica, è parimenti rinvenibile nella *retentio propter liberos*, con cui il marito avrebbe potuto trattenere una quota della dote di misura variabile in relazione al numero dei figli nati dal rapporto coniugale che, per quanto ormai non più esistente, almeno con riferimento alla prole continuava a proiettare la sua efficacia anche all'indomani dello

²² Il profilo etico che connota queste *retentiones* è stato esaminato in dottrina anche per contestare la tesi (sostenuta in primo luogo da Lenel) secondo cui l'*actio rei uxoriae* avrebbe avuto una *intentio certa*, essendo una *intentio incerta* incompatibile con la dettagliata disciplina delle *retentiones*, fissate già nel loro ammontare. La tesi non è condivisa da VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, cit., pp. 23 ss. il quale, oltre a rilevare che la misura delle *retentiones* non sarebbe stata in origine fissata per legge e che avrebbe potuto essere modificata convenzionalmente, sottolinea inoltre che la circostanza che le c.d. *retentiones* di carattere morale (*propter liberos* e *propter mores*) «richiedessero, per loro natura, una valutazione discrezionale, anche di tipo etico», «mal si concilierebbe con un programma di giudizio provvisto di *intentio certa*» (ivi, p. 26).

²³ Com'è noto, in base all'art. 151 cod. civ. (come sostituito dalla L. 151/1975), «il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio». Nell'ambito dell'ampia giurisprudenza in materia, ricordiamo che, secondo la Cassazione, la dichiarazione di «addebito implica l'imputabilità al coniuge del comportamento lesivo dei doveri coniugali» (Cass. civ. n. 25843/2013).

²⁴ La ricostruzione della *culpa viri e mulieris* nei processi aventi come oggetto la restituzione della dote è oggetto del recente contributo di GIUMETTI, *Prime riflessioni sulla 'culpa discidii'*, cit., pp. 1 ss., dove l'A. si sofferma sui «parametri decisionali assunti dal giudice privato nel vagliare, all'interno dell'agone processuale, l'imputabilità dello scioglimento del vincolo matrimoniale e la conseguente applicazione della normativa sulle *retentiones* dotali», con attenzione anche al c.d. *iudicium de moribus* (per la ricostruzione di questo «oscuro» istituto e dei suoi rapporti con il *iudicium domesticum* cfr. ivi, pp. 11 ss. e, per le relative fonti giuridiche e i principali riferimenti bibliografici, ivi, nt. 27). Cfr. anche E. VOLTERRA, *Iudicium de moribus*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1968, p. 344); SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., p. 266.

scioglimento.

Tale “ultrattività” del matrimonio non investiva soltanto il profilo etico, legato al ruolo genitoriale e, in particolare, alla funzione educativa che la società romana attribuiva *in primis* alla madre, chiamata a crescere i figli secondo il sistema valoriale che ispirava la *res publica*; essa aveva anche un’importante ricaduta economica, poiché chiamava entrambi i genitori – e non soltanto il padre – a contribuire alle spese necessarie per il mantenimento della prole, alle quali la parte femminile della coppia era tenuta a provvedere parimenti a quella maschile.

La volontà di tutelare la donna attraverso il regime della restituzione dotale deve essere, quindi, interpretata tenendo conto della possibilità di una sua riduzione in ragione delle *retentiones* richieste dal marito. L’ordinamento romano sembra dunque muoversi, più che in un’ottica di pura tutela del coniuge oggi definito “debole”, in una logica di riequilibrio patrimoniale²⁵, con un’attenzione, da un lato, al profilo della condotta di *vir et uxor* in costanza di matrimonio, che incide sull’aspettativa della donna alla restituzione della dote, potendo determinarne una diminuzione nel caso in cui lo scioglimento del vincolo sia a lei imputabile; dall’altro, al profilo delle spese connesse ai figli, alle quali entrambi i coniugi sono tenuti a contribuire.

Peraltro, è interessante osservare come la logica appaia invertita rispetto al nostro tradizionale modo di intendere la separazione e il divorzio – quantomeno nel suo modello ancora statisticamente prevalente, pur a valle delle riforme che hanno coinvolto anche nell’ultimo decennio il diritto di famiglia, introducendo tra l’altro la regola dell’affido condiviso – per cui i figli nella maggioranza dei casi rimangono con la madre, e il padre è tenuto a versare periodicamente loro

²⁵ Ciò parrebbe confermato anche dal fatto che il regime della restituzione dotale «avrebbe costituito al giudice la previsione di dilazioni al marito nella restituzione dei beni», nonché, «in virtù del c.d. *beneficium competentiae*, anche una limitazione dell’entità della condanna, misurata sulle effettive condizioni economiche del coniuge» (I. PIRO, *La famiglia*, cit., p. 230). Cfr. D. 24.3.12 (Ulp. 36 *ad Sab.*): «*Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est [...]*». Sul *beneficium competentiae* legato al carattere di buona fede dell’*actio rei uxoriae* si veda anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 149; BURDESE, *Manuale*, cit., p. 252; SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., p. 457.

un assegno.

Rispetto alla moderna impostazione, nell'esperienza romana il rapporto sembra ricostruito in modo quasi opposto, quanto meno sotto il profilo potestativo: è noto, infatti, che i figli sono sottoposti al potere paterno e tale situazione permane anche a seguito dello scioglimento coniugale. Tale condizione è, almeno fino ad una certa epoca²⁶, necessaria: i figli rimangono inevitabilmente in potestà del *pater*, in quanto unico possibile titolare della *patria potestas*, che mai potrebbe essere esercitata da una donna²⁷.

²⁶ Si veda M.G. ZOZ, *Scioglimento del matrimonio. Riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli*, in *Iura*, 2006-2007, LVI, pp. 124 ss., dove, in relazione ai «criteri seguiti dal magistrato nella scelta del soggetto a cui affidare la prole» nata da una coppia divorziata, rileva che, secondo l'opinione prevalente, «precedentemente ai provvedimenti imperiali citati da Ulpiano» in D. 43.30.1.3 e D. 43.30.3.5 (risalenti all'epoca degli Antonini), i figli erano «destinati a rimanere sotto la *patria potestas* e a vivere presso il padre». Soltanto in seguito a tali pronunce, «pur rimanendo inalterata la posizione giuridica dei figli, in presenza di determinati dati di fatto poteva variare la loro situazione materiale di affidamento, in quanto si sarebbe reso possibile consegnare ed affidare i figli alla madre». Sul punto P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale*, in *Index*, 2012, XL, p. 363, sottolinea, però, che «le fonti non sembrano prospettare situazioni che vadano oltre il riconoscimento di un affidamento materno probabilmente temporaneo, sicuramente non diminutivo di *patria potestas*», in quanto tale «di mero fatto» e «possibile soltanto *causa cognita* per la nequizia del padre», «eccezionale» e «attivabile in via incidentale mediante opposizione di *exceptio* all'interdetto esibitorio paterno». Sull'eccezionalità dell'affidamento: M. MASSAROTTO, *In merito ai decreti di Antonino Pio sull'affidamento della prole alla madre*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 1977, LXXX, pp. 354 ss. Sui frammenti ulpiane contenuti in D. 43.30.1.3 e D. 43.30.3.5 si sofferma anche C. CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 2011, LXXVII, pp. 60 ss. Sugli interdetti a tutela della *patria potestas* si veda inoltre G. GRECO, *Brevi osservazioni sui rapporti tra onorabilità dei litiganti e processo privato*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2018, XI, pp. 24 s., dove ricorda che, «per effetto di un principio stabilito dall'imperatore Antonino Pio e confermato, via rescritto, da Marco Aurelio e Settimio Severo» l'*interdictum de liberis ducendis*, richiesto dall'esercente la potestà, poteva essere negato «se, a seguito di divorzio, la madre fosse ritenuta meritevole di godere di una legittimazione preminente a tenere presso di sé i figli, senza che però ciò ledesse le altre prerogative connesse alla *patria potestas*». Il diniego era possibile anche quando, pur avanzando il richiedente una pretesa fondata, si trattasse «di persona abietta e dissoluta», risultando così «opportuno che i figli permanessero presso l'altro genitore». Tali strumenti, prima «impiegati ad esclusivo beneficio del *pater*», iniziarono ad essere concessi a seguito di decisioni «ponderate sulla scorta dell'interesse del minore». Cfr. anche F. FASOLINO, *L'affidamento dei figli a Roma*, in *'Civitas et civilitas'. Studi in onore di F. Guizzi*, I, a cura di A. Palma, Torino, 2013, pp. 323 ss. Sull'emersione del criterio dell'interesse della prole si veda, inoltre, il saggio di P. GIUNTI, *The best interest of the child. Una conquista del presente in dialogo con il passato*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiele*, II, Mantova, 2017, pp. 73 ss.

²⁷ GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana*, cit., pp. 361 ss.: «È dato incontrovertibile che la relazione genitore-figlio si costruisca in diritto romano secondo il parametro della *patria potestas*, prerogativa esclusivamente virile». Tale «esclusione della donna dalla *patria potestas*»

Di conseguenza, se il matrimonio viene meno, il marito potrà essere chiamato a restituire la dote, mantenendo, però, la potestà sui figli, al cui sostentamento sarà tuttavia tenuta anche la madre attraverso la decurtazione di una parte dello stesso conferimento dotale, il quale rimane in parte acquisito al marito attraverso la *retentio propter liberos*²⁸.

In sostanza, attraverso il regime della dote, l'ordinamento romano riesce a salvaguardare le posizioni di entrambi i coniugi: quella della moglie, interessata a recuperare quanto conferito a titolo di dote al momento del matrimonio, e quella del marito, che in questo modo non sarà tenuto a sostenere in via esclusiva le incombenze economiche connesse alla prole.

In definitiva, se la restituzione della dote sembra ispirata alla necessità di tutelare la donna, la quale altrimenti, a seguito del divorzio, potrebbe rimanere priva di mezzi di sostentamento (in questo senso dunque qualificabile come “coniuge debole”), occorre altresì rilevare che tale tutela non pare incondizionata, poiché, da un lato, tiene conto dell'eventuale condotta (in primo luogo adulterina) della moglie *constante matrimonio* e, dall'altro, viene sempre temperata con gli interessi della prole, a cui la madre deve contribuire parimenti al padre.

3. *La donazione ante nuptias... post divortium.* – Un'analoga attenzione alla protezione dei figli nati dal matrimonio è rinvenibile in un altro istituto,

comporta che «tutto il peso giuridico del rapporto risulti spostato sull'asse padre-figlio» e determina, inoltre, «a cascata, ulteriori discriminazioni ed incapacità nei rapporti con i figli». Sul punto basti ricordare quanto affermato in Gai 1.104: «*Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*». L'impossibilità per la donna di essere titolare della situazione potestativa è anche alla base dell'affermazione ulpiana secondo cui «*mulier autem familiae suae et caput et finis est*» (D. 50.16.195.5, Ulp. 46 *ad ed.*).

²⁸ Una conferma che il regime della restituzione dotale non fosse diretto a provocare un vantaggio incondizionato per la donna è offerta anche dal c.d. *edictum de alterutro*, con cui, in caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito, il pretore imponeva alla moglie di scegliere tra il lascito testamentario del marito e la restituzione dei beni dotali (che la donna poteva richiedere agli eredi del compagno defunto). Si veda BURDESE, *Manuale*, cit., p. 251; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 149; PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, cit., p. 138 nt. 501; SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., pp. 148, 385 ss.; MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 635 ss.

speculare rispetto alla dote, rappresentato dalla *donatio ante nuptias*²⁹, ossia la donazione effettuata in vista delle nozze, a cui poi sarà affiancata, con Giustiniano, la possibilità, entro certi limiti, anche di una donazione obnuziale dopo l'inizio del matrimonio (c.d. *donatio propter nuptias*)³⁰.

²⁹ La *donatio ante nuptias*, in quanto precedente al matrimonio, è distinta dalla donazione tra coniugi, che presuppone un'unione già conclusa (*donatio inter virum et uxorem*), rispetto alla quale, in base a quanto ci riportano le fonti, pare esistesse una preclusione. Sul divieto di donazioni tra coniugi la bibliografia è amplissima. Tra i molti contributi, ricordiamo (partendo dai più recenti): C. DE CRISTOFARO, *Iav. 6 ex post. Lab. D. 24.1.64. La simulazione della crisi coniugale*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio, P. Pasquino, Torino, 2018, pp. 207 ss.; A. SALOMONE, *Le donazioni inter virum et uxorem tra successio ed accessio possessionis*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2015, LXII, pp. 365 ss.; R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione': origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2009, pp. 225 ss., spec. n. 25; F.J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 2000-2001, CIII-CIV, pp. 317 ss.; U. VINCENTI, *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in *Index*, 1997, XXV, pp. 451 ss.; A. GUARINO, *Trebazio ed il caso di Terenzia*, in *Labeo*, 1992, XXXVIII, pp. 137 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, pp. 98 ss.); A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazione tra coniugi*, in *Labeo*, 1991, XXXVII, pp. 345 ss.; V. GIUFFRÈ, *Vicende del divieto di 'donatio inter virum et uxorem'*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere ed arti in Napoli*, 1972, LXXXIII, pp. 3 ss.; A. D'ORS, *'Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita': una exégesis de D 24, 1, 11, 7-8 (Ulp. 32 and Sab.)*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, pp. 471 ss.; A. MASI, *Retroattività della condizione e 'donatio mortis causa' fra coniugi*, in *Annali di Storia del Diritto*, 1963, VII, p. 19 s.; L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, *passim*; F.M. DE ROBERTIS, *La convalidazione delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, Bari, 1937, *passim*; M. LAURIA, *Il divieto di donazioni fra coniugi*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II, Padova, 1935, pp. 513 ss.; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, *passim*; S. CUGIA, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24.1 'de don. inter vir. et ux.': saggio preventivo*, Napoli, 1922, *passim*; A. DE MEDIO, *Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano*, Modena, 1902, *passim*; S. PEROZZI, *Intorno alla donazione*, in *Archivio Giuridico*, 1897, LVIII, pp. 135 ss. (= ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, pp. 705 ss.); C. FADDA, *La nullità delle donazioni fra coniugi*, Città di Castello, 1893, *passim*; I. ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 1892, XIII, pp. 65 ss. (= ID., *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, pp. 595 ss.). Sul tema si veda anche: FAYER, *La familia romana*, II, cit., pp. 738 ss. Per ulteriori riferimenti a tale divieto nell'ambito di lavori dedicati alle donazioni: G.G. ARCHI, *La donazione: corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 195 (cap. XI); ID., *Donazione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 942 ss. (§ 14); P. GIUNTI, *Donazione (storia dir. rom.)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VII, Torino, 1991, pp. 170 ss. (§ IV); B. BIONDI, *Donazione (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1968, pp. 227 ss. (§ 7); A. ASCOLI, *Donazione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino, 1938, pp. 192 ss. (§ 4); F.M. DE ROBERTIS, *Sul concetto di donazione nel diritto romano*, Bari, 1939, pp. 4 ss. e 26 ss.; ID., *La convalidazione delle donazioni fra coniugi nelle 'orationes' di Severo e Caracalla*, in *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1936, *passim*.

³⁰ La diversa denominazione *propter nuptias*, in luogo di quella *ante nuptias*, dipende dal momento nel quale la donazione è stata effettuata: C. 5.3.20: «[...] sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem». Cfr. anche I. 2.7.3: «[...] tales donationes non augeantur tantum sed et constante

Com'è noto, si tratta della prassi – introdotta nel periodo postclassico, probabilmente anche a seguito di influenze culturali esterne – per cui il futuro marito (*sponsus*) o il *pater* di questi (o, eventualmente, anche altri per suo conto) effettuava alla futura moglie, in previsione della loro unione, un donativo, nell'immediatezza del matrimonio e subordinandolo alla sua conclusione: la donazione, infatti, avrebbe acquisito efficacia soltanto a seguito delle nozze.

La precisa origine dell'istituto non è chiara: tenuto conto che di esso non risulta traccia nella giurisprudenza classica, è stato ipotizzato che derivi da usanze orientali³¹ o da istituti semitici e germanici³². Tuttavia, è pur vero che già in età classica era diffusa la donazione tra fidanzati, compiuta dal futuro marito alla promessa moglie in occasione degli sponsali e dunque prima delle nozze³³. La *donatio ante nuptias* potrebbe, dunque, rappresentare uno sviluppo di tale prassi, considerato che sia le *donationes ante nuptias* sia quelle tra fidanzati coinvolgono due soggetti che ancora non sono coniugi³⁴.

matrimonio initium accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur [...]. Si veda FAYER, *La familia romana*, II, cit., pp. 748 ss. Confrontando tali passi, F. TERRANOVA, *Sui nomina 'consequentia ... rebus' in I. 2.7.3*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2019, LXII, pp. 322 ss. ha rilevato la fedeltà dei «redattori del manuale imperiale» rispetto «all'esposizione seguita in C. 5.3.20, ove, sin da subito, già nella seconda parte del *principium* è esplicitata la prima novità della riforma», relativamente alla modifica del precedente nome dell'istituto. Sul tema si veda inoltre F. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della 'donatio propter nuptias'*, Bologna, 1892 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, Bologna, 1931, pp. 117 ss.), *passim*; G. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto romano*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, *passim*. Per uno sguardo all'evoluzione dell'istituto nei secoli successivi si veda, infine, R. BRACCIA, *'Uxor gaudet de morte mariti': la 'donatio propter nuptias' tra diritto comune e diritti locali*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 2000-2001, XXX, pp. 76 ss.

³¹ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 459 fa riferimento al mondo assiro-babilonese o all'Egitto antico.

³² In particolare, è stata ipotizzata una connessione con la «Morgengabe» germanica, ossia un «dono del mattino», quale «*praemium pudicitiae*» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150). Per una definizione dell'istituto si veda P. VACCARI, *Morgengabe*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino, 1964, pp. 921 ss.

³³ BURDESE, *Manuale*, cit., p. 254.

³⁴ Sulle donazioni tra fidanzati: P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, *passim*; si veda, inoltre, H. KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 1978, XXIX, pp. 114 ss., il quale ricorda che la discussione sui rapporti patrimoniali intercorrenti tra i futuri coniugi prima del matrimonio fu avviata da E. ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias*, in *Rivista dell'Istituto lombardo di Scienze e Lettere*, 1925, LVIII, pp. 247 ss. (= *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pp. 319 ss.). Sulla *dotis datio ante nuptias* si veda anche G.G. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, Milano, 1950, pp. 235 ss.

Quale che fosse la sua origine, la donazione nuziale sembra rivelare il suo significato in rapporto all'istituto dotale, col quale condivide la funzione: lo scopo di sostentamento della futura famiglia, nonché di mantenimento del coniuge superstite (in caso di premorienza) e degli eventuali figli.

La differenza tra i due istituti risiede, dunque, nel soggetto che ne è autore: mentre la dote rappresentava un apporto patrimoniale in vista del matrimonio versato dalla futura moglie, la *donatio propter nuptias* era un contributo alla vita matrimoniale offerto dal futuro sposo. Tale donazione rappresentava, «in pratica, quasi una dote costituita dal marito»³⁵ e, infatti, aveva il medesimo valore della dote conferita dalla donna³⁶. In particolare, assume interesse la circostanza che, in entrambi i casi, l'apporto patrimoniale fosse destinato ad assicurare il mantenimento della moglie (e degli eventuali figli) nell'ipotesi dello scioglimento del matrimonio.

Peraltro, un dato da cui può desumersi la vicinanza tra i due istituti, dal punto di vista del fondamento e della funzione, è rappresentato dall'evoluzione del regime dei beni donati *ante* o *propter nuptias*, i quali, analogamente alle *res* conferite in dote, a seguito degli sviluppi di età postclassica, erano spesso considerati inalienabili, a conferma ancora una volta della loro natura di beni destinati a fronteggiare le necessità della donna a seguito dello scioglimento dell'unione coniugale.

Come per la dote, anche in questo caso interessa valutare la sorte di tale donazione "funzionale" al matrimonio in caso di scioglimento dello stesso, distinguendo a seconda che fosse conseguente al divorzio o alla morte di uno dei coniugi.

In caso di divorzio, la donazione sarebbe stata acquistata dal coniuge senza colpa. Analogamente a quanto visto per la dote, dunque, emerge anche qui

³⁵ MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 233.

³⁶ È verosimile che nella prassi il donativo fosse amministrato dal marito, analogamente al patrimonio dotale. Anzi, secondo un'autorevole opinione è individuabile una «tendenza nel senso che la donna, la quale riceve la donazione, la restituisca al marito, costituendola in dote» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150).

un'attenzione al profilo della condotta dei coniugi in costanza di matrimonio, che si traduce di fatto nella "imputabilità" della separazione all'uno o all'altro, con "addebitabilità" delle relative conseguenze economiche.

Nel caso, invece, di scioglimento per morte di uno dei coniugi, la donazione sarebbe spettata al coniuge superstite: dunque, in caso di premorienza del marito, la donazione sarebbe rimasta alla vedova. Tuttavia, successive disposizioni³⁷ introdussero un'importante distinzione, considerando la presenza o meno di prole³⁸: soltanto la vedova senza figli avrebbe conseguito la proprietà della donazione, altrimenti avrebbe dovuto lasciare ai figli tutti i suoi beni, compresa la donazione nuziale. La madre, dunque, avrebbe ottenuto di norma non la piena proprietà, bensì l'usufrutto legale³⁹.

D'altra parte, secondo un'opinione ampiamente condivisa⁴⁰,

³⁷ Nov. 6. Impp. Leo et Maioranus AA. Basilio p(raefecto) p(raetori)o (a. 458); Nov. Impp. Leo et Severus AA. Basilio p(raefecto) p(raetorio) et Patricio (a. 463).

³⁸ La novella dell'imperatore Maiorano distingue, infatti, tra «*vidua nulla prole suscepta*» e «*vidua suscepta prole*» (Nov. Maiorani 6.5). Cfr. FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 745.

³⁹ È interessante osservare che la novella dell'imperatore Libio Severo, nell'abrogare alcune disposizioni della legge di Maiorano, ritenute ingiuste, ribadisce invece che proprietari della donazione nuziale sono i figli, spettando alla madre soltanto l'usufrutto legale («*in usumfructum tantum mater habeat*»), essendo peraltro irrilevante che si sia o meno risposata («*sive in alias nuptias venerit sive non venerit*»); (cfr. Nov. Severi 1 pr.: «*Abrogatis capitibus iniustus legis divi Maioriani A. ad locum. Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit [...]*»). Al riguardo si veda FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 745; E. PEZZATO, *Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile*, in *Fundamentos romanisticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, II, Madrid, 2020, p. 134. Cfr. anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150, dove rileva che una conclusione analoga era prevista anche nell'ipotesi inversa, ossia in caso di morte della moglie: la donazione era infatti restituita al marito, che però, in presenza di figli, ne otteneva soltanto l'usufrutto legale. La stessa soluzione, peraltro, valeva in età postclassica per la dote, sulla quale, alla morte della moglie, il marito «acquista soltanto l'usufrutto legale, in quanto la nuda proprietà è destinata ai figli nati dal matrimonio che li acquistano come *bona materna*» (ivi, p. 149).

⁴⁰ G. PUGLIESE, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XX, 1975, p. 316; A. DE DOMINICIS, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XII, 2, Torino, 1940, p. 776; N. SCAPINI, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Milano, 1992, p. 1089; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 14, M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, 1. *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 20; R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini (c.d. servitù personali)*, Napoli, 1913, p. 39; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 58; BURDESE, *Manuale*, cit., p. 363; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 461; MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 362; F. LAMBERTI, *Diritti reali parziari*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI *et alia*, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., p. 364. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*

l'origine dell'usufrutto sarebbe legata ad esigenze di carattere alimentare, identificabili «proprio nella tutela successoria della vedova sposata *sine conventio in manum*»⁴¹, che «non sarebbe rientrata fra gli eredi *ab intestato* del defunto marito»⁴². Attraverso il legato di usufrutto il marito avrebbe potuto bilanciare gli interessi dei figli (unici eredi) con la tutela della moglie (usufruttuaria): avrebbe, cioè, potuto provvedere ai bisogni alimentari di quest'ultima, senza tuttavia privare i figli della proprietà del patrimonio ereditario, essendo la limitazione del loro diritto destinata a dissolversi alla morte della madre.

Anche alla luce di quest'ultima considerazione, pare ragionevole ritenere che il regime di tale forma di donazione (che sarà consacrato da Giustiniano), certamente volto a tutelare i diritti della famiglia, serbasse però una particolare attenzione al futuro dei figli (sempre, s'intenda, nati da *iustae nuptiae*) più che a quello della madre (che fosse anche *uxor*)⁴³.

4. *L'obbligo alimentare nei senatus consulta de partu agnoscendo*. – Accanto al regime della dote e a quello della donazione nuziale, un terzo ambito di rilevanza rispetto al tema della tutela del coniuge "debole" è rappresentato dagli obblighi alimentari a carico dei genitori nei confronti dei figli nati dopo il divorzio. La tematica è complessa e, peraltro, frutto di una lunga evoluzione⁴⁴.

«Vittorio Scialoja», 1910, XXII, pp. 109 ss.; R. AMBROSINO, *'Usus fructus' e 'communio' (Profilo storico dell'usufrutto)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1950, XVI, pp. 183 ss.

⁴¹ PEZZATO, *Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile*, cit., p. 132. Si veda ivi, nt. 4, per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema.

⁴² LAMBERTI, *Diritti reali parziari*, cit., p. 364.

⁴³ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150: «Giustiniano esplicita definitivamente questo regime, che tutela i diritti dei figli più che quelli della madre».

⁴⁴ La questione del diritto agli alimenti è complessa, in quanto coinvolge non soltanto gli obblighi dei genitori nei confronti dei figli, ma anche quelli di questi ultimi verso i *parentes*. Tra i molti contributi sul tema, ricordiamo: E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pp. 251 ss.; D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 2006, LXXII, pp. 157 ss. (spec. pp. 169 ss. sugli *alimenta* nell'esperienza giuridica romana); ID., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2013, VI, pp. 1 ss.; L. D'AMATI, *Parentes alere. Imperatori, giuristi e declamatori*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 2017, VII, pp. 143 ss.; EAD., *Ancora su parentes alere*, in *Roma e America*, 2018, XXXIX, pp. 289 ss.; A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e*

Ai presenti fini interessa, però, rilevare che, nella prima fase della storia di Roma e probabilmente fino a tutta l'età repubblicana, non pare esservi traccia di un obbligo giuridico agli alimenti tra i soggetti della stessa famiglia. La sua comparsa sembra doversi collocare nel contesto del principato, essendo verosimilmente collegata al crescente numero di divorzi registratosi in quest'epoca, il quale determinò il sorgere dell'esigenza (morale e soprattutto politica) di tutelare la prole generata da coppie divorziate⁴⁵.

L'urgenza di un intervento pubblico in tale ambito è testimoniata dalla presenza di alcuni provvedimenti senatori, volti a disciplinare le problematiche legate alla dissoluzione della famiglia, in relazione sia al riconoscimento della prole (*agnoscere*), sia ai rapporti alimentari fra genitori e figli (*alere*).

Se, in base all'opinione prevalente⁴⁶, una vera e propria regolamentazione

accertamento della filiazione, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, pp. 93 ss.; EAD., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, 2001, XLVII, pp. 28 ss.; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano classico*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1940, VI, pp. 5 ss.; E. QUINTANA ORIVA, *En torno al deber legal de alimentos entre cónyuges en el derecho romano*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2000, XLVII, pp. 179 ss.; A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, in *Roma e America*, 2014, XXXV, pp. 3 ss.; L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent*, in *Rivista di Diritto Romano*, 2013, XIII, spec. pp. 6 ss. per i doveri alimentari tra padri e figli; A.A. SCHILLER, *'Alimenta' in the 'Sententiae Hadriani'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, pp. 399 ss.; M.G. ZOZ, *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in *Melanges F. Sturm*, I, Liège, 1999, pp. 595 ss. Inoltre, le voci di R. ORESTANO, *Alimenti (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1, Torino, 1957, pp. 482 ss.; ID., *Alimenta*, in *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino, 1937, pp. 327 ss.; G. LAVAGGI, *Alimenti (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, pp. 18 ss. Infine, un cenno all'obbligo agli alimenti come «debitum naturale» anche in L. DI CINTIO, *'Natura debere'. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 225 ss.

⁴⁵ Al riguardo, è stato sottolineato che il problema di tutelare i figli nati da genitori separati sorgeva a valle di «quella sorta di 'epidemia di divorzi'» che si verificò soprattutto a partire dalla fine della repubblica e poi nel principato. Si veda P.L. CARUCCI, *Tutela della madre dopo il divorzio nel I secolo d.C. spunti di riflessione*, in *Iura & Legal Systems*, 2018, V, p. 63, che richiama l'espressione dello storico francese J. CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, Paris, 1939, p. 120. Al riguardo emblematica è l'affermazione senecana, secondo cui in quest'epoca le donne «contano gli anni non con i consoli, ma con i mariti» e che «escono per sposarsi e si sposano per divorziare» (Sen. *de ben.* 3.16.2: «[...] *inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii [...]*»).

⁴⁶ CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 63, la quale, a sua volta, richiama l'opinione di ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 251 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 291; ORESTANO, *Alimenti*, cit., p. 483. Cfr. anche SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., p. 9.

dell'*alere* – quale nucleo originario dell'obbligo giuridico agli alimenti – si avrà solo con l'imperatore Antonino Pio (e poi con i *divi fratres*, Marco Aurelio e Lucio Vero), tale profilo trova però già in precedenza talune anticipazioni.

I primi segnali di una simile attenzione sono rinvenibili, infatti, nei c.d. *senatus consulta de partu agnoscendo*⁴⁷. Con tale denominazione sono individuati due diversi provvedimenti senatori: il primo, di datazione incerta, ma probabilmente collocabile nel I secolo d.C. (all'epoca dell'imperatore Vespasiano)⁴⁸, è ricordato con il nome di *senatus consultum Plancianum de agnoscendis liberis* e concerne il problema del riconoscimento dei figli nati dopo il divorzio; il secondo, successivo (risalente all'epoca adrianea), contempla invece il caso della prole nata *constante matrimonio*, introducendo verosimilmente regole analoghe a quelle del S.C. Planciano⁴⁹.

Ai due provvedimenti citati effettua un esplicito riferimento il seguente testo ulpiano, riportato all'interno del Digesto, nel quale il giurista ricorda che il secondo senatoconsulto, risalente ai tempi di Adriano, fu emanato proprio per consentire il riconoscimento dei figli nati in costanza di matrimonio, ampliando così la portata applicativa del Planciano, limitato al caso della prole nata in seguito allo scioglimento:

⁴⁷ F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I. *L'agere ex SC de partu agnoscendo*, Bologna, 1953, pp. 3 ss.; cfr. P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano: cronologia, disciplina, estensione*, Napoli, 2018, pp. 6 ss.; EAD., *Questioni di paternità nel diritto d'età imperiale*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 2012, LXXVIII, p. 45.

⁴⁸ Sulla datazione del senatoconsulto Planciano si veda CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., pp. 3 ss., ove ricorda che, secondo l'opinione prevalente, tale provvedimento sarebbe collocabile nell'età imperiale (per i riferimenti bibliografici si veda ivi, nt. 2), pur essendo stata da taluno ipotizzata una sua «eventuale risalenza repubblicana» (cfr. G. SCIASCIA, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti del Seminario romanistico internazionale*, Perugia, 1972, pp. 249 ss.). Secondo Carucci, autore del senatoconsulto sarebbe «un tale M. Plancius Varus, uomo politico vissuto nel I secolo d.C., che percorreva il suo *cursus honorum* negli anni di Vespasiano» (CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 62). Sulla data del senatoconsulto Planciano si veda anche EAD., *Questioni di paternità*, cit., pp. 45 ss. Cfr. inoltre GARDNER, *Women in Roman law and society*, cit., p. 52 e 142.

⁴⁹ CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., p. 2 ss.; EAD., *Questioni di paternità*, cit., pp. 68 ss.; S. TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, III, a cura di A. Palma, Napoli, 2009, p. 1283.

D. 25.3.3.1 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.*

Tra i due provvedimenti, in questa sede interessa in particolare il senatoconsulto Planciano, che pare avesse introdotto una procedura speciale, a favore della gestante e del concepito, contro il presunto padre, volta ad ottenere da quest'ultimo il riconoscimento e l'alimentazione del figlio che sarebbe nato dopo il divorzio⁵⁰.

A tal fine, la donna aveva l'onere di notificare la propria gravidanza al marito⁵¹; dopodiché, al presunto *pater* che, a fronte della *denuntiatio*, fosse rimasto inerte⁵², il senatoconsulto avrebbe attribuito la paternità del figlio che la donna dichiarava di aver concepito con lui in base a giuste nozze⁵³, con ogni relativa conseguenza⁵⁴.

⁵⁰ Occorre rilevare che il S.C. Planciano era applicabile solo nel caso in cui i figli fossero nati 30 giorni dopo il divorzio; pertanto, rimaneva aperta una lacuna «relativa al figlio nato entro i 30 giorni dall'avvenuto scioglimento», che «non fu superata nemmeno dal successivo senatoconsulto emanato sotto Adriano, ricordato in D. 25.3.3.1», che «atteneva soltanto al nato in costanza di matrimonio, e probabilmente stabiliva regole analoghe al Planciano in tema di gravidanza e di riconoscimento coattivo» (ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 336).

⁵¹ In caso di donna *alieni iuris*, l'iniziativa processuale sarebbe spettata al soggetto che esercitava su di lei la *potestas*; analogamente, se il presunto padre del bambino fosse stato *alieni iuris*, la denuncia sarebbe stata notificata al di lui *pater*. Così è previsto in D. 25.3.1.1 (Ulp. 34 *ad ed.*): «*Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat.*»

⁵² CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., pp. 72 ss. (per le ulteriori possibili reazioni del *denuntiatus* cfr. *ivi*, pp. 69 ss.).

⁵³ Il presupposto per la costituzione della *patria potestas* era, infatti, la nascita nell'ambito di un matrimonio legittimo (*matrimonium iustum* o *iustae nuptiae*).

⁵⁴ È stato, però, osservato (CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., pp. 72 ss.) che, secondo parte della dottrina, solo l'elaborazione dei giuristi avrebbe condotto ad intendere l'accertamento della qualità di *filius* a fini alimentari; secondo questa teoria, «gli effetti dell'*agnoscere* discendenti *ex Planciano* miranti all'*alere* non sarebbero originari, e non appartenerebbero al testo senatorio, ma sarebbero il portato della successiva interpretazione giurisprudenziale», confermata poi «dal rescritto di Antonino Pio». Al riguardo l'A. cita DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, cit., p. 117 nt. 48, la quale a sua volta riprende la tesi di J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*, in *Mélanges Girard*, I, Parigi, 1912, pp. 342 ss. Di diverso avviso Lanfranchi, secondo cui l'obbligo in questione, pur riferito all'*agnoscere*, avrebbe avuto «un prevalente contenuto di *alere*» (LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato*, cit., p. 54 nt. 170; cfr. anche *ivi*, pp. 23 ss.).

In sostanza, il silenzio valeva «come riconoscimento della prole futura»⁵⁵: l'inattività dell'uomo era interpretata «alla stregua di un'ammissione della paternità, quasi un'implicita confessione»⁵⁶.

Provando ad interrogarci sulla *ratio* di tale disciplina, possiamo ritenere che il senatoconsulto fosse verosimilmente volto, in via primaria, a regolare l'accertamento del *partus* per evitare l'abbandono del neonato. Tuttavia, è pur vero che, indirettamente, tale regime era in grado di garantire una tutela alimentare del figlio nato *post divortium*, sgravando così la madre (ed eventualmente la famiglia di lei) dagli oneri esclusivi di crescita del nato.

Per questo motivo, da un lato, è stato sostenuto che tale provvedimento, in virtù degli effetti relativi all'*agnoscere* e soprattutto all'*alere*, manifesterebbe «la presenza di un *favor mulieris* e un *favor matris*»⁵⁷. Dall'altro, è stato rilevato che, attraverso questo senatoconsulto, l'obbligo di sostentamento del padre biologico nei confronti della prole generata, fino a quel momento considerato un semplice dovere morale, avrebbe acquisito un primo nucleo di giuridicità⁵⁸. Infatti, l'originaria struttura potestativa della *familia*, costruita attorno a vincoli agnatizi, non consentiva di immaginare un'obbligazione patrimoniale del genitore nei confronti delle persone a lui sottoposte. Il *pater* provvedeva «ai bisogni delle

Analoga la posizione di B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 262.

⁵⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, ristampa corretta delle lezioni a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1979, p. 305, ove considera le circostanze in cui il diritto romano assegnava al silenzio il valore di assenso. Cfr. anche L. SOLIDORO, *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, II, Soveria Mannelli, 2010, p. 338.

⁵⁶ CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., p. 73.

⁵⁷ CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 62. A conferma di ciò l'A. ricorda che la *denuntiatio* poteva essere promossa solo dalla donna (D. 25.3.1.5, Ulp. 34 *ad ed.*: «[...] *denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere*»), non solo in quanto era l'unica consapevole dello stato di gravidanza, ma anche perché era «colei che unitamente al figlio *in visceribus*» avrebbe ricevuto beneficio dal riconoscimento del nato (ivi, p. 63). Sulla disciplina procedurale della *denuntiatio* si veda anche EAD., *Il senatoconsulto Planciano*, cit., pp. 65 ss. Cfr. inoltre TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, cit., pp. 1281 ss.

⁵⁸ Secondo CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 63, il S.C. Planciano avrebbe "giuridicizzato" «l'obbligo etico di provvedere agli alimenti dei figli nati dopo un divorzio», includendo «tale *obligatio* alimentare nel più generale e onnicomprensivo vocabolo '*agnoscere*', in attesa che la giurisprudenza separasse i concetti di *agnoscere* e *alere*». Sul rapporto tra *agnoscere* e *alere* si ricordi, però, quanto già osservato *supra* (nt. 53).

persone *alieni iuris* nella esplicazione di un potere-dovere elementare inerente alla sua potestà»⁵⁹. La configurazione giuridica di tale obbligo emerse in seguito, come risultato della progressiva trasformazione della «famiglia, intesa come un gruppo di persone che si devono reciprocamente particolari riguardi anche sotto il profilo giuridico»⁶⁰.

In sostanza, questo provvedimento avrebbe realizzato, per quanto *in nuce*, una prima forma di tutela alimentare, contribuendo alla configurazione e alla progressiva emersione della relativa *obligatio* di *alere* tra padre e figlio, che poi avrebbe trovato un compiuto sviluppo solo a partire da Antonino Pio.

Su questa base, è stato affermato che il senatoconsulto Planciano testimonierebbe «l'esigenza dello 'Stato romano' di intervenire nello sconvolgimento intrafamiliare determinato da un divorzio»⁶¹ e che, avendo configurato in capo al *pater* un primo obbligo giuridico di riconoscimento (con le relative conseguenze dell'*agnoscere partum*, tra cui il dovere alimentare nei confronti del nato), potrebbe essere considerato «il punto di partenza» dei principi di «solidarietà familiare»⁶².

Al contempo, però, è stato anche osservato che, durante i primi secoli dell'età imperiale, «il programma solidaristico del senato» sembra espressione non tanto di «una mera esigenza 'filantropica' di solidarietà intrafamiliare», ma piuttosto di finalità «redistributive del reddito», volte a «mantenere elevato il *quantum* delle nascite»⁶³. La legislazione familiare disvela così un legame con la politica demografica, a sua volta funzionale a quella militare, nell'ambito della

⁵⁹ LAVAGGI, *Alimenti*, cit., p. 19. Fino a che, infatti, «da *patria potestas*, assoluta e perpetua, è il cardine della *familia*», non è possibile immaginare l'«attribuzione di diritti e doveri reciproci di contenuto patrimoniale, tra il capo della casa e i suoi sottoposti, suscettibili di trovare, attraverso il processo, attuazione coattiva nell'ordine giuridico statale». Cfr. anche CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 63.

⁶⁰ SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., p. 8; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 259. Si veda anche CORBO, *Genitori e figli*, cit., pp. 87 ss.

⁶¹ CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 65.

⁶² M.P. BACCARI, *'Curator ventris'. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, p. 137.

⁶³ CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 65.

quale rientrano gli obiettivi di incremento della popolazione⁶⁴.

Pertanto, alla base di un simile provvedimento, in cui la modernità tende immediatamente a leggere una finalità di tutela della donna e del figlio da lei generato, è probabile che (tenuto conto anche dell'epoca in cui il senatoconsulto verosimilmente si colloca), soggiacessero più che altro ragioni politiche, legate alla sicurezza e alla difesa dello Stato.

Dunque, anche in questo caso – come già verificatosi con la legislazione familiare augustea – attraverso la tutela della famiglia si intendeva probabilmente assicurare la salvaguardia della *civitas* nel suo complesso, confermando ancora una volta la convinzione che proprio all'interno del contesto privato e familiare (rappresentato dal matrimonio e dai figli) la cosa pubblica trovasse la sua vitalità e il suo «*seminarium*»⁶⁵.

Quest'ultima considerazione non esclude, tuttavia, che simili provvedimenti, pur nati con questa finalità, abbiano comunque determinato, quanto meno di riflesso, un primo nucleo di tutela *post divortium* della madre (moglie) e soprattutto dei figli. Così, in modo non necessariamente consapevole, avrebbero posto le basi per la configurazione del diritto agli alimenti, il quale avrebbe trovato una più compiuta affermazione nel corso dei successivi secoli⁶⁶.

5. *In conclusione: favor mulieris o favor matris?* – Per concludere queste brevi pagine, è possibile provare ad avanzare una risposta all'interrogativo prospettato in apertura, valutando se gli strumenti considerati fossero volti alla tutela della donna in quanto (soltanto) moglie o, piuttosto, in quanto (anche)

⁶⁴ La connessione tra politica demografica e obiettivi bellici era già presente nella legislazione augustea in tema familiare, volta alla promozione dei matrimoni e della procreazione. Tale obiettivo, peraltro, sarà oggetto di aperta contestazione da parte della poesia elegiaca. Ricordiamo i celebri versi di Propertio, che denunciano la finalità militare del *princeps*: «*nullus de nostro sanguine miles erit*» (Prop. *Eleg.* 2.7).

⁶⁵ Cic. *de off.* 1.17.54: «[...] *prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis [...]* id autem est *principium urbis et quasi seminarium rei publicae* [...]».

⁶⁶ È stato ipotizzato che su tale processo abbia inciso anche la diffusione dei valori e dei principi di solidarietà proclamati dalla religione cristiana (M. ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, in *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935, pp. 25 ss.), ma l'opinione non è da tutti condivisa (si veda, ad esempio, SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., p. 8 nt. 9).

madre. A favore di quest'ultima soluzione militano alcuni degli elementi sinteticamente ricordati. In particolare, con riferimento alla dote e alla donazione nuziale, è emerso come entrambe, pur con operatività diverse, fossero dirette soltanto in parte alla tutela della donna, in quanto soggetto "debole" del rapporto coniugale. Se la loro funzione era verosimilmente quella di assicurare il sostentamento della moglie dopo lo scioglimento del matrimonio, è però individuabile una finalità ulteriore, ad essa parallela e forse prevalente.

Come visto, questo secondo obiettivo coinvolgeva la prole. Infatti, i beni conferiti per sopperire alle necessità della vita familiare, inevitabilmente dipendenti dalla presenza di figli, sarebbero stati destinati a questi ultimi, o attraverso la specifica trattenuta dotale o mediante la costituzione di un diritto di usufrutto sui beni donati *propter nuptias*.

Pertanto, sia la dote sia la particolare forma di donazione considerata sembrano poter essere interpretate come forme di garanzia, più che degli interessi del coniuge "debole", di quelli della *familia* e soprattutto dei figli. Di conseguenza, può forse affermarsi che esse fossero dirette alla tutela non tanto della donna che fosse semplicemente "moglie", quanto della moglie che fosse anche "madre".

Un'analogia conclusione pare ipotizzabile anche con riferimento al terzo ambito considerato, relativo all'obbligo alimentare dei genitori nei confronti della prole in occasione di un divorzio. Come si è visto, alla base del riconoscimento della filiazione e del conseguente mantenimento che i provvedimenti imperiali citati imponevano al *pater*, sembra potersi individuare una finalità di natura politica.

L'obbligo del *pater* di contribuire economicamente alla crescita dei figli, se in via immediata consentiva alla madre di non esserne gravata in maniera esclusiva, in via mediata realizzava però anche un obiettivo più ampio, assicurando la salvaguardia delle nascite (sotto il profilo non solo dell'*an*, ma anche del *quantum*). Accanto all'interesse privato della donna emergeva così anche un fine pubblico, legato ai noti obiettivi di politica demografica.

Anche in questo caso, dunque, il *favor mulieris* lasciava il campo ad un *favor matris* (nel presupposto che la *mater* fosse anche *iusta uxor*) il quale, attraverso la tutela della famiglia e della filiazione (legittima), garantiva in ultima analisi anche la protezione della dimensione pubblica.

In definitiva, le suggestioni che il tema della tutela del coniuge “debole” evoca, con riferimento al periodo storico considerato, devono forse essere mitigate, suggerendo la conclusione che la tutela discendente dagli istituti giuridici esaminati fosse prioritariamente rivolta alla donna in quanto *mater* (oltre che moglie), più che alla donna in quanto (semplicemente) *uxor*.