



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Francesca Lamberti

Proculo e l'“*ancilla quae nupsit*”

Numero XVI Anno 2023

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Roma Tre), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Proculo e l'‘*ancilla quae nupsit*’

1. In una delle *epistulae* attribuite a Proculo è descritto il caso del (lo pseudo-)matrimonio di una schiava e del destino della *pecunia* trasferita al *vir* – per così dire – ‘a titolo di dote’. Il frammento ha interessato variamente gli studiosi, già a partire dai primi decenni del secolo scorso¹.

Procul. 7 *ep.* D. 23.3.67: *Proculus Nepoti suo salutem. Ancilla quae nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere eaque nihilo minus mansit eius cuius fuerat antequam*

* Il presente lavoro rielabora una ricerca destinata agli *Scritti in onore di Letizia Vacca*. Sono grata a Raffaele D'Alessio per averne discusso criticamente con me gli esiti.

¹ A. PERNICE, ‘*Labeo*’, II.1², 1895, 398 ss.; P. BONFANTE, *Le singole ‘iustae causae usucapionis’ e il titolo putativo*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Torino, 1918, 573 ss.; A. ERHARDT, ‘*Iusta causa traditionis*’. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht, 1930, 87 s.; E. ALBERTARIO, ‘*Possessio pro suo*’ e ‘*possessio pro alieno*’, in *SDHI*, 1, 1935, 295 s.; P. VOICI, *L'errore in diritto romano*, Milano, 1937, 167 s.; M. KASER, *Zur ‘Iusta Causa Traditionis’*, in *BIDR*, 64, 1961, 61-97; TH. MAYER-MALY, *Das Putativproblem bei der ‘usucapio’*, Graz-Köln, 1962, 45 ss.; A. M. HONORÉ, ‘*Proculus*’, in *TR*, 30, 1962, 472-509; H.H. JAKOBS, ‘*Error falsae causae*’, in *Festschrift für Werner Flubme zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, 43-99; CHR. KRAMPE, ‘*Proculi epistulae*’. Eine frühklassische Juristenschrift, Karlsruhe, 1970, 70 ss.; ID., *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt a.M., 1980, 70 ss.; A. WACKE, *Die Zahlung mit fremden Geld. Zum Begriff des ‘pecuniam consumeri’*, in *BIDR*, 79, 1976, 49-144; L. VACCA, ‘*Iusta causa*’ e ‘*bona fides*’ nell’ ‘*usucapio*’ romana a proposito del titolo ‘*pro suo*’, in ‘*Sodalitas*’. *Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1985, 1955 ss., ora in EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, 79 ss.; K. BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB*, Berlin, 1988, 145 ss.; I. BUTI, ‘*Si serva servo quasi dotem dederit*’. *Matrimoni servili e dote*, in *Index*, 27, 1999, 127 ss.; R. BOHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, München-Leipzig, 2002, 108 ss.; J. F. STAGL, *Ebegüterrecht (§ 35)*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, I, hrsg. von U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek und T. Rüfner, Tübingen, 2023, 876 ss., 880 e nt. 24.

eo nomine viro traderetur, nisi forte usucapta est. nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit. Itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per conditionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicat eam. quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, propius est, ut existimem eum lucrifecisse, utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos fieret, ita, ut nec possideat eam, nec dolo fecerit, quo minus eam possideret.

Le *epistulae* di Proculo, l'unica opera nota del giurista di I sec. d.C.², erano – come ben risaputo – una raccolta di pareri strutturata in forma dialogica, di solito introdotti da una descrizione della fattispecie per la quale al giurista si richiedeva parere, e connotati da una struttura ‘epistolare’, come appunto nel frammento in esame³. Questione non definitivamente risolta – anche in riferimento al nostro testo – è se il quesito proposto al giurista riguardasse un caso ‘di scuola’, ovvero una problematica concreta⁴: per quel che mi riguarda sarei propensa a

² Tradizionalmente lo si identifica o con il console C. Acerronius Proculus, ord. 37 d.C., o con P. Sulpicius Proculus, console suffetto intorno alla metà del I sec. d.C.: W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1967, part. 126 ss.; A.M. HONORÉ, ‘Proculus’, cit., 472 ss.; CHR. KRAMPE, ‘Proculi’, cit., 1 ss.

³ Sulle *epistulae* come genere della *iusuris prudentia* classica, per tutti F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968 (trad. it. di *History of the Roman Legal Science*, Oxford, 1953), 401 ss., che le inquadra all’interno della letteratura problematica; CHR. KRAMPE, ‘Proculi’, cit., 13 ss.

⁴ Il dibattito sulla natura delle *epistulae* come genere letterario diffuso fra i *iusuris periti* è sintetizzato in CHR. KRAMPE, ‘Proculi’, cit., 13 ss. Quanto alle *Proculi epistulae* Krampe ne nega la natura di raccolta di *responsa* emanati in riferimento a casi pratici; si tratterebbe piuttosto di un’opera didattica: le *epistulae*, nella sua visuale, «stellen Rechtsprobleme anhand von Fällen dar. Wir nennen die Fälle daher Schulfälle und die über sie verfassten Epistulae Lehrepisteln». In alcuni casi l’a. ammette comunque la possibilità che il ‘caso’ proposto al giurista, scarnificato negli elementi essenziali, dal quale Proculo parte per formulare *distinctiones* teoretiche, sia reale («Aus welchem Material die Darstellung schöpft, ob ihr insbesondere im Einzelfall ein individueller Briefwechsel zugrunde liegt, ist für den Charakter des Werkes ohne Bedeutung»). Critici sul punto tuttavia TH. MAYER-MALY, *Recensione* a CHR. KRAMPE, ‘Proculi’, cit., in *Iura*, 21, 1970, 298 ss. e F. HORAK, *Recensione* a CHR. KRAMPE, ‘Proculi’, cit., in *ZSS*, 90,

pensare a un interrogante specifico per il quale il Nepote destinatario dell'*epistula* facesse da tramite⁵. La risposta fornita è formulata in un articolato discorso che prende spunto da una fattispecie di partenza, esaminando possibili rimedi e alcune varianti del caso proposto.

Vorrei tentare una veloce parafrasi del frammento, alla quale far seguire una lettura più analitica che ponga in risalto 'luci ed ombre'.

L'ipotesi oggetto del quesito è la seguente: una schiava ha contratto 'matrimonio' e trasferito del denaro (del quale dispone ma con tutta evidenza non può avere il *dominium*) al compagno *dotis nomine*. Sia che la donna conosca la sua condizione di schiava, sia che la ignori, non le è possibile fare del *vir* il proprietario della *pecunia*: essa resta infatti nel *dominium* di colui che ne era titolare prima della *traditio* realizzata '*dotis nomine*'. A meno che, si precisa, il denaro stesso non sia stato usucapito (dal *vir*): *nisi forte* (scil. *pecunia*) *usucapta est*.

La donna è stata *postea* (ossia dopo il trasferimento delle somme) manomessa ed è (almeno per un periodo) rimasta presso lo stesso uomo: la convivenza, ora fra due persone libere (ed evidentemente munite di *connubium*), rende valide le *nuptiae* precedentemente nulle, ma la donna non potrà mutare la '*causa*' sulla cui base la *pecunia* era stata trasferita (vedremo a breve come può interpretarsi tale affermazione).

Successivamente i due coniugi divorziano: il denaro, si afferma, non può correttamente (*recte*) richiedersi in giudizio né mediante un'*actio rei uxoriae* né con l'esperimento di una *condictio*. Impregiudicata resta, per il proprietario della *pecunia*, la possibilità di esperire una *rei vindicatio* volta ad ottenerne la restituzione⁶.

1973, 403 ss. Evidenzia il «Mischcharakter» delle *epistulae* anche A. WACKE, *Die Zahlung*, cit., 136, affermando che esse «zwar die abstrakte Klärung bestimmter Problemfelder bezwecken» ma anche che «den Ausgangspunkt hierzu [...] in der Mehrzeit der Fragmente jeweils von der praktischen Kasuistik her nehmen».

⁵ Tre sono le *epistulae* indirizzate a Nepote e preservate nei *Digesta* giustiniane, riprodotte oltre che nel nostro frammento, in D. 31.47 e D. 50.16.125; fra gli altri corrispondenti, un certo Licinnius Lucusta (D. 31.48), e il giurista Atilicino (D. 23.4.17): A.M. HONORÉ, '*Proculus*', cit., 484 e nt. 59.

⁶ In materia di *vindicatio nummorum*, fra altri A. WACKE, *Die Zahlung*, cit., part. 91 ss.; A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*,

Ulteriore quesito riguarda l'ipotesi in cui il *vir*, entrando in possesso della *pecunia* (sia pur a causa di una invalida costituzione di dote), la abbia usucapita possedendola *pro suo*, ovviamente nella convinzione che la donna fosse libera: il giurista, con più di una esitazione (*propius est, ut existimem*), appare ammettere che si sia prodotta usucapione, soprattutto se essa sia intervenuta prima che il matrimonio acquistasse validità (*antequam matrimonium esse inciperet*).

L'ultimo periodo contiene una ulteriore variante del caso di partenza: Proculo è della stessa opinione (ossia che il *vir* divenga proprietario del denaro per usucapione), anche quando il marito abbia fatto acquisti con quella *pecunia* (prima che vi fosse una dote validamente costituita), così da non possedere più il denaro, pur non essendosi sbarazzato dolosamente delle somme.

2. Il frammento è andato soggetto, nel tempo, a più di un sospetto di manipolazione⁷. È forse possibile invece salvarne la quasi totalità del contenuto, anche se può presumersi che il testo sia andato incontro a un processo di sintesi sino alla sua 'ultima' formulazione nei *Digesta*.

Vorrei premettere all'analisi l'ipotesi diretta a sorreggerla: è stato sinora poco (o affatto) considerata la possibilità che il parere fosse stato richiesto, da Nepote, per conto di colui (o colei) cui apparteneva, o era appartenuta, la *pecunia* trasferita dalla schiava *dotis nomine*, interessato ai possibili rimedi da esperire in giudizio⁸. L'*epistula* era quindi (o doveva essere) diretta ad esplorare gli strumenti di tutela a favore del(la) titolare

99, 1982, 128 ss., part. 131 s.; L. WINKEL, *Das Geld im römischen Recht*, in *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of W. Litenski*, hrsg. von J. Sondel, J. Reszczyński und P. Ściliński, Kraków, 2003, 281-288; M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Palermo, 2008, 134 s.

⁷ Fra altri A. PERNICE, '*Labeo*', cit., 399 ss.; E. ALBERTARIO, '*Possessio*', cit., 310; nello stesso senso ancora A. WACKE, *Die Zahlung*, cit., 135 ss. (con ulteriore letteratura).

⁸ Ma si v. H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, München-Leipzig, 1937, 45, che appare supporre sia l'ex-proprietario dell'*ancilla* che «als der Geschädigte allein hinter der von Proculus beantworteten Anfrage steht», tuttavia senza ulteriori precisazioni.

del denaro⁹: se infatti il responso era reso all'intermediario Nepote, non desta meraviglia che l'indicazione del *dominus* dei *nummi* sfociasse nella perifrasi '*is, cuius pecunia est*'. Se consideriamo valide tali premesse, l'insieme del discorso si fa più comprensibile.

Una schiava dunque, avendo avviato una unione con un uomo libero, in forza di quella unione aveva trasferito della *pecunia* al compagno *dotis nomine*. Anzitutto si trattava evidentemente di un acquisto *a non domino*, ragion per cui doveva necessariamente porsi il problema dell'efficacia della *traditio* a far acquisire la proprietà del denaro al *vir*. Il quesito era risolto in senso negativo. Il proprietario della *pecunia* non era stato evidentemente coinvolto nella *traditio*. Fra l'altro la '*causa dotis*' che avrebbe dovuto sorreggere la stessa era nulla, ai sensi della regola, esplicitamente enunciata in Tit. Ulp. 5.5, per cui *cum servis nullum est conubium*¹⁰, e di quella presente in 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*)¹¹.

Un elemento di perplessità è dato dall'inciso *sive sciat se ancillam esse sive ignoret*. Certo una simile eventualità poteva verificarsi: così ad esempio nel caso in cui la schiava, destinataria di una *manumissio ex testamento*, fosse convinta di aver acquistato la libertà, e invece – essendo invalido l'atto di ultima volontà – fosse rimasta in schiavitù. La *scientia* o meno dell'*ancilla* circa la propria condizione non avrebbe tuttavia influito – mi sembra – sulla invalidità (originaria) della *traditio pecuniae*, a meno che non si volesse alludere con tale riferimento all'assenza di un *peculium* servile¹²,

⁹ Diversamente H.H. JAKOBS, '*Error*', cit. 90 ss., che reputa invece il parere rivolto a verificare le possibilità, per la (oramai) libertà, di ripetere dall'ex-marito quanto versato '*dotis nomine*'.

¹⁰ V. anche Paul Sent. 2.19.6: *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*. Per tutti R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Milano, 2014, 178 s.

¹¹ C. FAYER, *La 'familia' romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II. '*Sponsalia*', matrimonio e dote, Roma, 2005, 377 s.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., 179.

¹² Non può escludersi, in realtà, che la *scientia* della donna circa il suo *status* di schiava potesse anche riferirsi al fatto che lei consapevolmente traesse dal proprio *peculium* la somma da trasferire *dotis nomine*, essendo dunque anche a conoscenza del fatto che la sottraeva al proprio *dominus*. Quest'ultimo tuttavia avrebbe potuto apprendere la cosa

ovvero si volesse ancor più chiaramente evidenziare che era la *scientia* e/o la *existimatio* del compagno della schiava ad essere rilevante, e non quella della *ancilla*¹³.

Subito dopo si precisa che, essendo la *traditio* invalida, la schiava non aveva trasmesso la proprietà del denaro al marito. La *pecunia* restava nel *dominium* di colui (o colei) che ne era titolare prima del trasferimento ‘*dotis nomine*’ al *vir*. Già nel periodo di esordio pare alludersi anche al problema dell’*usucapio* da parte del *vir* (evidentemente in buona fede): l’inciso *nisi forte usucapta est* è reputato però da ampia parte della dottrina intervento tardoantico o giustiniano¹⁴; sinanche se ci si schierasse per la genuinità, esso parrebbe indicativo di una rielaborazione dell’originario andamento del discorso, di una sintesi piuttosto malaccorta.

Anche qualora la donna sia stata successivamente manomessa (*postea*), restando presso lo stesso *vir* (cui era stata trasferita la *pecunia*), si afferma, ella non potrà mutare la *causa* (del trasferimento) della *pecunia*. La convivenza, ora fra due persone libere (ed evidentemente munite di *connubium*) rende valide le *nuptiae* precedentemente nulle, in quanto il (tacito) consenso poteva fondarsi sul comportamento concludente (del *vir* e) della donna. Tuttavia quest’ultima non può (facendo valere la validità sopravvenuta del matrimonio) mutare il titolo in base al quale il denaro era stato trasferito: esso infatti, all’atto della *traditio*, non le apparteneva¹⁵. La (prima) decisione di Proculo ribadisce dunque la inesistenza di una *causa dotis* alla base dell’acquisto della *pecunia* da parte

solo al momento della manomissione, e del *redde rationem* della donna circa l’impiego del proprio peculio. Si tratta tuttavia, sul punto, di riflessioni con un alto margine di incertezza, considerata la apoditticità delle affermazioni (o quello che potrebbe essere il risultato di una sintesi non perfettamente riuscita – v. *infra*, nel testo). Reputa l’inciso «*sive sciat – sive ignoret*» una ulteriore formulazione della regola «*nemo plus iuris transferre potest*» A. WACKE, *Die Zahlung*, cit., 135; scettico sulla classicità del tratto in analisi I. BUTI, ‘*Si serva servo*’, cit., 139 nt. 33.

¹³ TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem*, cit., 46.

¹⁴ A. PERNICE, ‘*Labeo*’, cit., 399; P. VOCI, *L’errore*, cit., 168; E. ALBERTARIO, ‘*Possessio*’, cit., 295 s.; ulteriori indicazioni in CHR. KRAMPE, ‘*Proculi?*’, cit., 74 e nt. 85; adesivi ancora H.H. JAKOBS, ‘*Error*’, cit., 99, A. WACKE, *Die Zahlung*, cit., 135 e nt. 359; R. BOHR, *Das Verbot*, cit., 112 nt. 325.

¹⁵ Per tutti R. BOHR, *Das Verbot*, cit., 111 nt. 325.

del *vir*. Vi è da rilevare come, per la fattispecie in esame, non sia parola di un *peculium* servile sulla cui base la donna avrebbe eventualmente potuto costituire ‘una sorta’ di dote: visto l’andamento del discorso e i dati forniti nel passo (fra cui la possibilità che la *ancilla* si reputasse libera), una simile ipotesi è, a mio modo di vedere, da escludere¹⁶.

3. Il caso non poteva dunque sfociare, per Proculo, in una ‘conversione tacita’ del negozio invalido (*traditio dotis nomine*): non poteva dunque ammettersi la trasformazione della *traditio* invalida in una valida *dotis datio*, come invece consentita (ma in epoca più tarda) da Ulpiano in D. 23.3.39 pr. In un caso nel quale la *quasi dos* era stata posta in essere fra due schiavi sulla base del peculio posseduto, il giurista di Tiro reputava che la convivenza – instaurata prima e persistente dopo la manomissione di entrambi – consentisse di reputare i beni ancora esistenti dopo la *manumissio* come *tacite in dotem conversa*¹⁷. La *coniunctio constans*, nel frammento ulpiano, apriva la strada alla conversione di una unione non matrimoniale in *iustae nuptiae*: in forza della considerazione che il trasferimento delle *res dotales corporales* ancora *extantes* era avvenuto dal *peculium* della schiava a quello del servo, la loro manomissione, *peculio eis non adempto*, avrebbe potuto considerarsi presupposto di una ‘tacita conversione’ di dote: Ulpiano dunque avrebbe percepito la necessità, sulla base delle relazioni di fatto, e della persistenza di una unione ormai qualificabile *iustae nuptiae*, di ‘moderare’ la durezza del principio di *ius civile* (ossia la invalidità della costituzione della dote)¹⁸. In difformità dal

¹⁶ Si v. I. BUTI, ‘*Si serva*’, cit., 139 nt. 34, che reputa tuttavia «ininfluyente» la cosa ai fini della trattazione del caso. Asseriscono invece la presenza di un *peculium* per la schiava A. PERNICE, ‘*Labeo*’, cit., 398 s.; A. WACKE, *Die Zahlung*, cit., 137 s. che reputa il *tradere* della *ancilla* sintomatico in tal senso, pur ammettendo che l’uso di donare tacitamente il peculio al manomesso sia una novità del tardo principato (e dunque difficilmente ammissibile per la fattispecie sottoposta all’attenzione di Proculo).

¹⁷ Ulp. 33 *ad ed.* D. 23.3.39 pr.: *Si serva servo quasi dotem dederit, deinde constante coniunctione ad libertatem ambo pervenerint peculio eis non adempto et in eadem coniunctione permanserint, ita res mode<re>tur, ut, si quae ex rebus corporalibus velut in dotem tempore servitutis datis exstiterint, videantur ea tacite in dotem conversa [ut earum aestimatio mulieri debeatur]*. Sul frammento *ex plurimis* I. BUTI, ‘*Si serva*’, cit., 127 ss.

¹⁸ I. BUTI, ‘*Si serva*’, cit., 127 ss.

parere di Proculo in D. 23.3.67, l'opinione di Ulpiano si fondava sul fatto che, avendo la schiava tratto la *quasi dos* dal proprio *peculium*, ed essendo questo rimasto presso di lei dopo la manomissione, ella poteva considerarsi '*quasi domina*' dei beni trasferiti al conservo in 'dote' all'avvio del *contubernium*: per via della persistente *coniunctio*, e del fatto che il *peculium* era rimasto a lei (trasformandosi in un suo patrimonio personale), almeno le *res corporales* ancora disponibili potevano pertanto costituire oggetto di una dote (stavolta in senso giuridico) senza necessità di una esplicita costituzione. Non reputerei dunque l'orientamento di Ulpiano espressivo di una 'qualche modificazione nell'atteggiamento della giurisprudenza' in senso più favorevole alle relazioni di fatto¹⁹, ma semplicemente un parere di segno diverso giustificato dalla diversità dei presupposti essenziali alla decisione.

4. Tornando al nostro frammento, una volta enunciati gli elementi della fattispecie e quelli assodati in punto di diritto, Proculo esprime poi la sua opinione circa la tutela processuale del titolare del denaro, una volta intervenuto il divorzio: potrebbe forse pensarsi che solo a divorzio avvenuto il giurista sia stato investito della questione, il che giustificerebbe anche la 'prospettiva' della soluzione fornita.

Dovendosi reputare invalida la costituzione della dote, non è pensabile che, per la restituzione della *pecunia*, agisca la donna (con un'*actio rei uxoriae*) *iure dotis*, né che si possa ricorrere ad una *condictio*, facendo valere l'ingiustificato arricchimento del *vir*²⁰.

¹⁹ Così invece I. BUTI, '*Si serva*', cit., 132.

²⁰ Proprio con Proculo si sarebbe verificata infatti una sorta di 'rottura' rispetto ai presupposti per un *certum condicere* come elaborati dai *veteres* secondo A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*'. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianeae*, Milano, 2002, 273 s.: non era, cioè, più sufficiente che un bene (o una somma di denaro) si trovasse presso un tale *ex iniusta causa*; era necessario che l'accipiente avesse acquistato la proprietà del bene (vale a dire che la *traditio* avesse avuto efficacia traslativa). Nel caso di D. 23.3.67 il giurista evidentemente negava tale possibilità, esplorando invece l'eventualità, per colui cui la *pecunia* fosse appartenuta, di poter agire con *rei vindicatio*. Dottrina che appare fatta propria dai giuristi di epoca successiva, come può ad esempio evincersi dalle affermazioni di Marcello in tema di *dotis datio* invalida, dalle quali traspariva chiaramente

Resta invece aperta, per colui *cuius pecunia est* (ossia – secondo la mia tesi – il diretto interessato al *responsum*), la possibilità di una *rei vindicatio*. Presa in considerazione tale ipotesi, Proculo avverte tuttavia che l'azione di rivendica potrà essere frustrata da una intervenuta usucapione della *pecunia* da parte del *vir*²¹. Nella visuale del giurista, sia pur espressa con una qualche prudenza (*propius est ut existimem*), potevano ricorrere gli elementi necessari all'usucapione, ossia la *res* (la *pecunia*), la *bona fides* (*quia existimavit mulierem liberam esse*), la *possessio* (che scaturiva dalla iniziale *traditio* e che il giurista qualifica come *possessio pro suo*, caratterizzata dall'*animus rem sibi habendi*)²², il *tempus* (là dove l'anno necessario per le *res mobiles* fosse decorso): come posto in risalto da Letizia Vacca, in alcune ipotesi di *possessio pro suo* si prescindeva dalla sussistenza di una *iusta causa* alla base della *traditio*²³. La questione concernente la possibilità di

che nel caso in esame la proprietà del denaro si reputava passata all'*accipiens* (Marcell. 7 dig. D. 23.3.59.2, su cui *infra* nel n. 6).

²¹ La possibilità di una *usucapio* ad opera dell'ex-marito (in presenza di determinate condizioni) è esplicitamente contemplata in Vat. Fragm. 111 (Paul. 8 *resp.*), con riferimento già ad un'opinione di Giuliano: sul punto da ultimo J.F. STAGL, *Eheguterrecht*, cit., 884 e nt. 76.

²² Come d'altro canto affermato in Nerazio (di una o due generazioni più giovane di Proculo) in Ner. 5 *membr.* D. 41.10.5: *Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset [...]*. Sul punto, *ex plurimis*, TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem*, cit., 54 ss. (che appare evidenziare una coerenza di Nerazio nell'ammettere, in caso di *falsa existimatio* del *tradens* o dell'*accipiens* circa il proprio o l'altrui *status* personale, la possibilità di usucapire); B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985; L. VACCA, voce *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 45, Milano, 1992, 989 ss.; sulla originaria e persistente necessità, ai fini dell'*usucapio pro suo*, solo dei requisiti di *possessio* e *tempus*, F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'usucapione romana [Vivagni. V]*, in RDR, 5, 2005, 35 ss. e ID., *Sulle origini e sulla struttura della usucapione romana [Vivagni. XVI-XVII]*, in RDR, 16-17, 2016-2017, 1 ss.

²³ L. VACCA, '*Iusta causa*', cit., 107: «Il problema della *possessio pro suo* come *possessio ad usucapionem* è prevalentemente sulla buona fede, sul problema cioè se si possa, in assenza di causa del possesso, riportare l'usucapione ad un principio generale della possibilità di usucapire riconosciuta a chi possiede in buona fede, *pro suo* [...] originario potrebbe considerarsi l'acquisto di colui che, in seguito a *traditio*, si immette, senza che vi sia una *iusta causa*, nel possesso di una *res*, con la convinzione, giustificata da un errore scusabile, che la cosa gli appartenga».

usucapire dei beni ‘*dotis nomine*’, là dove il possessore presumesse un titolo valido alla base della *traditio*, e questo invece mancasse per invalidità della dote²⁴, doveva d’altro canto essere oggetto di controversie nella prima età classica. Il dato si evince in particolare da un frammento ulpiano in cui è citato il parere di Cassio:

Ulp. 31 *ad Sab.* D. 41.9.1.3-4: 3. *Constante autem matrimonio pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium; ceterum, si cesset matrimonium, Cassius ait cessare usucapionem, quia dos nulla sit. 4. Idem scribit et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem*²⁵.

Cassio negava che, in assenza di un matrimonio valido, potesse intervenire una ‘*usucapio pro dote*’ ‘*quia dos nulla sit*’: lo stesso motivo adduceva anche in caso di matrimonio putativo: non essendovi alcuna dote, non sarebbe stato possibile usucapire ‘*pro dote*’. Che Ulpiano, ancora nel III sec. d.C., sentisse il bisogno di appoggiarsi all’autorità di Cassio, potrebbe essere spia del fatto che ancora all’epoca sua (e in ogni caso nel primo principato) il tema fosse materia di *ius controversum*²⁶.

²⁴ Sarebbe, si è visto, non un problema di ‘titolo putativo’, bensì di «buona fede, fondata su una *falsa existimatio* al momento della *traditio*», per L. VACCA, ‘*Iusta causa*’, cit., 99 nt. 36.

²⁵ L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 225 nt. 89, su D. 41.9.1: «Anche a questo proposito vi doveva essere una discussione fra i giuristi, in quanto alcuni ammettevano che la buona fede, circa il sussistere della causa dotale, di chi riceveva il possesso della *res* fosse sufficiente a configurare appunto una *usucapio pro suo*»; v. altresì L. VACCA, ‘*Iusta causa*’, cit., 98, secondo cui per alcuni giuristi del principato, in date ipotesi, la «buona fede nell’acquisto del possesso» avrebbe condotto a superare «la necessità del titolo».

²⁶ M. KASER, *Zur ‘Iusta Causa’*, cit., 87 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 421: «Die Quellen zeigen ein buntes und kontroversiales Bild je nach den Umständen des Einzelfalles, ohne daß dabei eindeutig nur nach den einzelnen *causa*-Typen differenziert werden konnte. Von den Juristen neigen die früh- und hochklassischen einer Anerkennung des Putativtitels im ganzen stärker zu als die späteren». Ancora Celso (Ulp. 31 *ad Sab.* D. 41.3.27) si esprimeva d’altro canto in materia negando che in caso di errore sul titolo di acquisto (*pro legato*, *pro donato* o *pro dote*) non potesse intervenire *usucapio* in base al relativo titolo (lasciando però impregiudicata la questione

Proculo (forse in sintonia con decisioni giudiziali a lui contemporanee, o con orientamenti giurisprudenziali dell'epoca) appare invece ammettere la possibilità di usucapire (possedendo *pro suo*) sulla base della convinzione che un 'titolo' vi fosse, o che la *traditio* fosse stata realizzata *a domino*²⁷. Si trattava verosimilmente di un'opinione espressa sulla base delle peculiarità del caso (e formulata con cautela), diretta (parrebbe) a bilanciare gli interessi del *tradens* con quelli del *vir*: quest'ultimo veniva considerato da Proculo giustificato nell'errore sulla *iusta causa traditionis* e convinto di possedere *pro suo*²⁸.

5. Anche quanto affermato da Proculo in ordine alla possibilità che l'*accipiens* usucapisse prima del matrimonio (pur errando sulla fondatezza della *datio*) rifletteva valutazioni espresse in seno alla giurisprudenza (sia pur di età adrianea) in tema di ammissibilità di una *usucapio (pro suo) ante nuptias*:

Ulp. 31 *ad Sab. D.* 41.9.1.2: *Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. est quaestio volgata, an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere. et Iulianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.*

Il giurista di Tiro discettava sulla possibilità per lo *sponsus*, in caso di costituzione di dote *ante nuptias*, di usucapire *pro dote*. Nel farlo si richiamava a un'opinione di Giuliano, evidentemente ancora valida per

se invece fosse ammissibile una usucapione *pro suo*): approfondimenti, sul punto, in TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem*, cit., 30 ss.

²⁷ *Infra*, nel testo.

²⁸ M. KASER, *Zur 'Iusta Causa'*, cit., 91: «Soweit man einen sog. Putativtitel anerkannt hat, handelt es sich stets nur um vereinzelte, mit aller Vorsicht gewagte Lockerung des Prinzips, das vom gültigem Zuwendungsverhältnis ausgeht». Più possibilista lo stesso autore in M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., nt. 23.

l'età severiana. Le ipotesi avanzate erano due: là dove la fidanzata avesse trasferito le *res dotales* allo *sponsus*, con l'intenzione che costui ne acquistasse la proprietà solo a matrimonio avvenuto (e lo sposo fosse consapevole della cosa), l'usucapione non avrebbe iniziato a decorrere *ante nuptias*; se tuttavia il fidanzato non fosse stato a conoscenza dell'intenzione della donna (perché non esplicitata all'atto del trasferimento), la *traditio* delle *res dotales* era efficace a trasferirgli la proprietà, o (in caso di *res alienae*) a costituire un atto valido ai fini dell'*usucapio*. Una usucapione, secondo Giuliano, non *pro dote*, ma *pro suo*: essa si sarebbe fondata infatti su un errore giustificabile circa il fatto che le cose gli fossero state trasferite con l'intenzione che entrassero immediatamente (e non *secutis nuptiis*) nella sua proprietà²⁹. Ipotesi dunque non eccessivamente distante da quella discussa da Proculo e per la quale la soluzione fornita si atteggiava in senso analogo.

6. Il dibattito sulla efficacia di una costituzione di dote *ante nuptias* e sulle possibilità accordate al proprietario delle somme (o delle cose) *in dotem datae*, per il caso di matrimonio invalido o di *nuptiae non secutae*, doveva essere piuttosto diffuso fra i giuristi del principato. Ne è indizio, fra l'altro, una fattispecie vicina a quella descritta da Proculo, menzionata nei *libri digestorum* di Marcello. Quest'ultimo riservava, a colui che avesse perso la disponibilità della *pecunia* dotale, in luogo di una *rei vindicatio*, una *condictio*:

Marcell. 7 *dig.* D. 23.3.59.2: *Eius nomine quae libera videbatur decem in dote <m> dedisti: eo casu habebis <eam> condictioem, quo habere potuisses, si mulieris liberae nomine dedisses nec nuptiae secutae essent. Si manumissa nupserit, ita demum dos erit, si ea mente dedisti, ut quandoque secutis nuptiis dos esset [...].*

Nel caso in esame è ancora in favore di una *ancilla* (*quae libera videbatur*) che è operata la *dotis datio* (di *pecunia*). E ancora una volta la schiava, una

²⁹ Così L. VACCA, *'Iusta causa'*, cit., 98 s. e ntt. *ivi*, in adesione a H. HAUSMANINGER, *Die 'bona fides' des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1964, 55 ss.

volta manomessa, sposa il *vir* cui è stata costituita la dote. Tuttavia nell'ipotesi discussa da Marcello è il costituente la dote che opera la *traditio* (*dotis datio*) del denaro: il giurista accorda al richiedente la *condictio*³⁰ così come se la dote fosse stata costituita in favore di una donna libera e il matrimonio non fosse intervenuto. Nell'ipotesi considerata non è questione di usucapione, ma della validità, si diceva, della costituzione di una dote antecedentemente al matrimonio: la *dotis datio* resta valida se il matrimonio, successivamente, interviene (analogamente a quanto già osservato su D. 41.9.1.2³¹), e se il *dans* non abbia frattanto revocato la sua decisione (e in tal caso quest'ultimo non ha possibilità di azione); nel caso in cui le *nuptiae* non siano *secutae* resta aperta per il costituente la possibilità di esperire una *condictio*, per recuperare il denaro che è stato trasferito *per errorem*³². Marcello accordava una *condictio*, in luogo di una *rei vindicatio*, perché la *dotis datio*, potendo validamente realizzarsi anche prima delle nozze, era efficace a trasferire la proprietà del denaro (là dove nel caso di Proculo, come si è visto, la *traditio* operata dalla schiava non valeva invece a trasferire la proprietà su *pecunia* altrui): non era necessario che la volontà di costituire la dote fosse espressa, essendo sufficiente (come in D. 41.9.1.2) una volontà presunta o presumibile (*ea mente*)³³.

³⁰ Gai 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest si «paret eum dare oportere», ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione [...].* Infinita ovviamente la letteratura sul punto. Si rinvia, per tutti, a L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre (Roma 24 e 25 ottobre 2003)*, a cura di V. Mannino, Torino, 2005, 7 ss., ora in EAD., *Appartenenza*, cit., 571 ss.; C.A. CANNATA, *'Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores'*, in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC (Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2005, 13 ss.

³¹ *Supra*, nel n. 5.

³² Il tenore del passo è sostenuto dall'affermazione per cui se la donna, divenuta libera, consente alle *nuptiae* (precedentemente invalide) il trasferimento del denaro può considerarsi una *dos*, se il *dans* vi ha provveduto con l'intenzione di costituirla «*quandoque secutis nuptiis*», ossia «una volta che le nozze siano intervenute»: siamo in tal caso in una ipotesi di convalescenza.

³³ I. BUTI, *'Si serva'*, cit., 138 nt. 30.

7. Le fonti passate in rassegna forniscono, nell'insieme, la sensazione che i giuristi, sia pur nelle specifiche dei singoli casi sottoposti alla loro attenzione, tentassero un bilanciamento tra le ragioni del proprietario e quelle dell'*accipiens* delle *res 'dotis nomine' traditae*, là dove alla base della *traditio* non fosse rinvenibile una *iusta causa*. In particolare nel caso dell'*ancilla* affrontato da Proculo, il bilanciamento si incentrava su riflessioni 'preprocessuali' dirette a esaminare le possibilità di tutela per il proprietario della *pecunia*: il rimedio a portata di mano era evidentemente una *rei vindicatio*; inutile il ricorso alla rivendica, tuttavia, se il destinatario del denaro lo avesse frattanto usucapito; e neppure era immaginabile (parrebbe) una *condictio*, visto che non era stato il proprietario della *pecunia* a trasferirla al *vir* e considerato che il denaro non era certo nella proprietà dell'*ancilla* al momento in cui era stata realizzata la (pseudo-) *dotis datio*.

Con prudenza («*propius est ut existimem*») Proculo si risolveva ad ammettere un'usucapione dello (pseudo-)marito, in buona fede quanto alla validità della *traditio*: le specificità del caso concreto non consentivano, palesemente, una tutela delle ragioni dell'(ex-) *ancilla*. Il comportamento della donna, che aveva dato vita ad un matrimonio 'putativo' con illegittimo trasferimento di denaro altrui al compagno, successivo divorzio, e ad un eventuale tentativo di recuperare denaro non suo, del resto, non doveva apparire propriamente conforme al contegno che si era soliti attendere da una *mater familiae*³⁴. Non improbabile dunque che, al di là del dato di fatto che la *pecunia* non le era mai appartenuta, per i motivi indicati né il richiedente, né il giurista, fossero inclini a concederle margini di manovra.

³⁴ Sul punto, per tutti, F. LAMBERTI, 'Meretricia vicinitas'. *Il sesso muliebre, a Roma, fra rappresentazioni ideali e realtà 'alternative'*, in *El Cisne III. Prostitución femenina en la experiencia histórico-jurídica*, al c. de E. Höbenreich, V. Kühne, R. Mentxaka y E. Osaba, Lecce, 2016, 35 ss.

ABSTRACT

Il saggio si occupa della testimonianza di Procul. 7 *ep.* D. 23.3.67: nel frammento, un'*epistula* attribuita al giurista Proculo, si prende in esame il caso di una schiava che, essendo ancora tale, trasferisce a titolo di dote al proprio compagno del denaro. Il quesito posto al giurista verteva sulla possibilità di considerare valido il trasferimento della *pecunia* là dove la schiava fosse stata liberata e avesse poi contratto validamente matrimonio con il destinatario della pecunia. Proculo – nell'interpretazione che qui si fornisce del passo – esplorava gli strumenti a disposizione del proprietario originario del denaro per poterlo recuperare. In parallelo vengono considerate le testimonianze di Ulp. 33 *ad ed.* D. 23.3.39 *pr.*, Ulp. 31 *ad Sab.* D. 41.9.1, e di Marcell. 7 *dig.* D. 23.3.59.2.

The essay deals with Procul. 7 *ep.* D. 23.3.67: in this fragment, an *epistula* attributed to the jurist Proculus, the case of a woman slave is examined who, still being a slave, transfers 'as a dowry' her own partner money. The question submitted to the jurist concerned the possibility of considering the money transfer valid where the slave had been freed and then validly married the recipient of the *pecunia*. Proculus – in the interpretation here given of the passage – explored the actions available to the primary owner of the money to recover it. In parallel, the testimonies of Ulp. 33 *ad ed.* D. 23.3.39 *pr.*, Ulp. 31 *ad Sab.* D. 41.9.1, e di Marcell. 7 *dig.* D. 23.3.59.2 are considered.

PAROLE CHIAVE

Schiavitù; matrimonio; dote; trasferimento di proprietà; usucapione

Slavery; marriage; dowry; ownership transfer; adverse possession

FRANCESCA LAMBERTI

Email: francesca.lamberti@unisalento.it

