

**MARIO VARVARO**

**UNA CONGETTURA SULL'APPLICAZIONE  
DEL *PRAEIUDICIUM 'QUANTA DOS SIT'*\***

---

\* Il presente contributo è destinato agli Scritti in memoria di Gennaro Franciosi.

1. Del ‘misterioso’ *praeiudicium* QUANTA DOS SIT<sup>1</sup> si sa con sicurezza solamente che esisteva. L’unica informazione di cui disponiamo al riguardo proviene da Gaio, che lo menziona una volta soltanto nel quarto commentario delle *Institutiones*. Parlando del modo in cui potevano variamente combinarsi fra loro le *partes formulae*, infatti, il giurista precisa che soltanto l’*intentio*, a differenza delle altre parti del programma di giudizio, poteva talvolta trovarsi da sola, come nel caso delle *formulae praeiudiciales*:<sup>2</sup>

Gai 4.44: *Non tamen istae omnes partes simul inueniuntur, sed quaedam inueniuntur, quaedam non inueniuntur. Certe intentio aliquando sola inuenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, uel quanta dos sit, et aliae conplures rell. Demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inueniuntur, nihil enim omnino <demonstratio> sine intentione uel condemnatione ualet; item condemnatio sine demonstratione uel intentione, uel adiudicatio sine demonstratione uel intentione nullas uires habet, <et> ob id numquam solae inueniuntur.*<sup>3</sup>

Il secondo dei due esempi adottati da Gaio è proprio quello del *praeiudicium* diretto a stabilire l’ammontare della dote.

---

<sup>1</sup> Di ‘rätselhaftes praeiudicium’ parlava O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig 1927, 3<sup>a</sup> rist. Aalen 1985) 390.

<sup>2</sup> Si leggano anche le definizioni di *praeiudicium* date in PT. 4.6.13 e in *Sch. ad B. 8.2.35* (Hb. I 372).

<sup>3</sup> A giudizio di G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR.* 10 (1930) 170, l’intero paragrafo sarebbe completamente spurio. Ma per la sua classicità – almeno sostanziale – v. M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA.* 24 (1955) 365 nt. 718; ID., *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»*, in *Scritti in onore di G. Salemi* (Milano 1961) 121 [= *Jus* 11 (1960) 246], ora anche in *Scritti giuridici I* (Palermo 2003) 71. A favore della genuinità potrebbe richiamarsi, a nostro parere, la circostanza che il brano in questione risulta perfettamente incastonato in un contesto che risulta compatto dal punto di vista tanto argomentativo quanto espressivo, diretto a illustrare la redazione della formula in termini di concludenza e di efficacia, come recentemente messo in luce da G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio* (Torino 2003) 76 s.

Sulla restituzione del testo gaiano, che nel palinsesto veronese risulta sconnesso in alcuni punti, v., criticamente, C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II: Il processo formulare* (Torino 1982) 126 s. nt. 3.

Poiché le fonti di cui disponiamo non forniscono altre informazioni su tale *praeiudicium*, la dottrina si è trovata costretta a ricostruirne in via del tutto congetturale il campo di applicazione.<sup>4</sup>

2. Fra le ipotesi più antiche, sono state giudicate più convincenti quelle proposte da Lenel e da Karlowa.<sup>5</sup>

Sulla base di un frammento escerpito dal commentario all'editto del pretore di Gaio, e appartenente al titolo *De praediatoribus*,<sup>6</sup> Lenel ha pensato che il *praeiudicium* in questione potesse trovar applicazione o nel caso di *publicatio dotis*,<sup>7</sup> o, con maggior verosimiglianza, nel caso in cui il *praediator* sottoponesse a esecuzione patrimoniale i beni del *praes* che avesse garantito un'obbligazione assunta nei confronti dello Stato. In questa seconda ipotesi, infatti, il *praeiudicium* avrebbe consentito di valutare l'ammontare del complesso di beni che si trovava *dotis nomine* nel patrimonio dell'esecutato, per consentire di escluderne la vendita insieme agli altri beni del garante.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Si vedano E. I. BEKKER, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht* (Berlin 1853) 39; O. BÜLOW, *De praejudicialibus formulis* (Breslau 1859) 14 s., che conosciamo solamente attraverso le citazioni di O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 (Leipzig 1901) 1185, e J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, "Praeiudicium", in *Labeo* 8 (1962) 224 nt. 100; CH. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain* II<sup>3</sup> (Paris 1876) 630 s.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito da copiose note e confronti col Codice civ. del Regno di Italia* XXIV (trad. ital. e annotazioni di R. D'Ancona e P. Bonfante, Milano 1889) 462 e ivi nt. 52; M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung* II. *Der römische Civilprozeß* (Bonn 1865) 329; A. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht* II (Erlangen 1867) 337 ss.; ID., *Die Aktionen des römischen Privatrechts* I (Berlin 1871) 285 nt. 36; K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (Gießen 1870) 344 nt. 17; L. BOYER, *Des impenses sur la dot* (Thèse pour le doctorat, Toulouse 1890) 69 e 82-85; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II.1 cit. 1184-1186; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*<sup>9</sup> III, 1 (Leipzig 1906, rist. Darmstadt 1968) 71 e ivi nt. 60; LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 390 s. e ivi nt. 9; H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en droit romain* (Paris 1907) 214-216; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 393; ID., *Sulla funzione* cit. 141 s. [= *Scritti giur.* cit. I 91 s.]; K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht* (Salzburg-München 1976) 246 ss., su cui v. la recensione di M. MARRONE, «Praeiudicium», in *Labeo* 24 (1978) 80 e 88 nt. 28 [= *Scritti giuridici* II (Palermo 2003) 1037 e 1045 nt. 28]; CANNATA, *Profilo istituzionale* II cit. 83.

<sup>5</sup> In questo senso v. MARRONE, *Sulle «formulae praeiudiciales»* cit. 141 s. [= *Scritti giur.* cit. I 91 s.], in ciò seguito da HACKL, *Praeiudicium* cit. 255-257 e nt. 43.

<sup>6</sup> D. 23.3.54 (Gai l. ad ed. praet. (urb. ?) titolo de praediatoribus): *Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotalis esse videntur.*

<sup>7</sup> In proposito, però, HACKL, *Praeiudicium* cit. 255 e nt. 38, ha rilevato che sarebbe più corretto parlare di *publicatio* del patrimonio del marito anziché di *publicatio dotis*. E, in effetti, le fonti richiamate da LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 390 nt. 7, si riferiscono a casi di *publicatio* o di una parte dei beni del marito condannato in un *publicum iudicium*, come nel caso di D. 24.3.31 pr. (Iul. 18 dig.), o dei beni del padre della *mulier* incamerati dal fisco in seguito alla condanna di quest'ultimo, e di cui faceva parte anche la dote che il marito aveva lasciato in eredità al proprio suocero, poi condannato, come nel caso di C. 5.18.2 *Sev. et Ant. AA. Aquiliae* [a. 207].

<sup>8</sup> LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 390 e ivi nt. 8, che si richiama a Rivier.

La congettura di Lenel è stata criticata, insieme a tutte le altre avanzate in precedenza, da Karlowa,<sup>9</sup> che ha invece riconnesso il nostro *praeiudicium* al procedimento di *missio in possessionem dotis servandae causa*<sup>10</sup> richiesto dalla moglie nei confronti degli eredi del marito a garanzia del credito dotale.

Tanto per Lenel quanto per Karlowa, comunque, il *praeiudicium* diretto a determinare l'ammontare della dote sarebbe stato un mezzo a carattere incidentale, che non avrebbe riguardato questioni sollevate *apud iudicem*, e non avrebbe neppure inciso sulla *datio actionis* da parte del magistrato giurisdicente.<sup>11</sup>

Più di recente, nell'ambito di uno studio specificamente dedicato ai *praeiudicia* nel diritto romano classico, Hackl ha prospettato, accanto a quelli già individuati da Lenel e Karlowa, altri casi nei quali si sarebbe potuto far ricorso a questo *praeiudicium*, anche in via autonoma;<sup>12</sup> e ha precisato che il suo campo di applicazione potrebbe essere più ampio di quanto non si fosse pensato sino ad allora.<sup>13</sup>

Senza discutere la plausibilità delle varie e più o meno articolate ipotesi sulle applicazioni del *praeiudicium* QUANTA DOS SIT finora avanzate dagli studiosi, e senza entrare nel merito delle questioni che riguardano la natura di mezzo incidentale o autonomo delle *formulae praeiudiciales*,<sup>14</sup> ci sembra che la lettura delle fonti consenta di congetturare un'altra possibile applicazione di tale *praeiudicium*.

---

<sup>9</sup> KARLOWA, *Römische Rechtsgesch.* II.1 cit. 1183-1186.

<sup>10</sup> Di questo tipo di *missio in possessionem* si trova traccia in D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 44.3.15.4 (Venul. 5 *interd.*); D. 46.3.48 (Marcell. l. s. *resp.*); D. 50.1.26.1 (Paul. 1 *ad ed.*).

<sup>11</sup> Cfr. MARRONE, *Sulle «formulae praeiudiciales»* cit. 141 s. [= *Scritti giur.* cit. I 91 s.].

<sup>12</sup> Come quello diretto a determinare il valore della dote nel caso in cui il marito, morendo, avesse disposto in favore della moglie un *praelegatum dotis* o un *legatum pro dote*: in tale ipotesi, infatti, sarebbe stato interesse tanto della moglie quanto degli eredi del marito defunto conoscere a quanto ammontasse la dote, perché la prima, in considerazione di ciò, avrebbe potuto scegliere se accettare il legato o, in alternativa, esercitare nei confronti degli eredi del marito l'azione per la restituzione della dote, mentre questi ultimi, da parte loro, avrebbero potuto rinunciare all'eredità ove il valore dell'eredità fosse inferiore a quello del legato. Anche i creditori del marito potevano aver interesse a conoscere l'ammontare della dote conferita al proprio debitore, per valutarne la solvibilità; analogo interesse potevano avere anche i creditori di soggetti i quali avevano, per così dire, una legittima aspettativa alla restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio, come la donna stessa, se *sui iuris*, o il *pater* di lei che avesse costituito in favore della propria figlia una *dos profecticia*, o, ancora, il terzo costituente che, a mezzo di apposita *stipulatio*, si fosse fatto promettere la restituzione della cosiddetta *dos recepticia*. Il *praeiudicium*, inoltre, si sarebbe potuto applicare nei casi in cui la dote fosse stata conferita all'avente potestà del marito, e questi, divenuto *sui iuris* per morte del padre, avrebbe potuto esercitare il diritto alla *praeceptio* della dote dal patrimonio del defunto, in giustificazione della connessione di questa ai *matrimonii onera*. E ancora: il *praeiudicium* QUANTA DOS SIT poteva applicarsi nei casi in cui la moglie dovesse effettuare la *collatio dotis*.

<sup>13</sup> HACKL, *Praeiudicium* cit. 246-257.

<sup>14</sup> Su tale questione, e su quella dell'efficacia pregiudiziale dei *praeiudicia*, rinviamo a MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 365 ss. (cfr. anche 270), con citazione delle più antiche opinioni non condivise; ID., *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»* cit. 121 ss. [= *Scritti giur.* cit. I 71 ss.]; ID., *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*<sup>2</sup> (Palermo

Come si vedrà, infatti, noi crediamo che a questo strumento potesse farsi ricorso anche allo scopo di determinare in via incidentale se, nell'ambito della procedura formulare, un'azione relativa alla restituzione della dote, non importa se *profecticia* o *recepticia* (e, dunque: *actio rei uxoriae* o *actio ex stipulatu*), rientrasse o meno nei limiti della competenza per valore dei magistrati municipali.<sup>15</sup>

3. Dalla documentazione epigrafica e dagli scritti dei giuristi classici risulta che i magistrati locali erano competenti a esercitare la *iurisdictio*<sup>16</sup> non solo, si direbbe oggi, *ratione loci*<sup>17</sup> e *ratione materiae*,<sup>18</sup> ma anche *ratione valoris*.<sup>19</sup>

---

1965) 147 ss.; ID., «*Praeudicium*» cit. 83 s. e 88 s. nt. 38 [= *Scritti giur. cit.* II 1040 s. e 1045 s. nt. 38], le cui posizioni sono ribadite e sintetizzate in ID., *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Palermo 1994) 85 nt. 61; M. KASER, *Rec. a Marrone, L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, in *Iura* 7 (1956) 221; G. BROGGINI, *Rec. a Marrone, L'efficacia pregiudiziale*, in *ZSS.* 74 (1957) 458, ora anche in ID., *Coniectanea. Studi di diritto romano* (Milano 1966) 575 s.; G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti III* (Milano 1962) 732 s. nt. 5; P. F. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei «praeudicia»*, in *Annali Camerino* 29 (1965) 145 ss.; F. DE MARINI AVONZO, s.v. '*Praeudicium*', in *NNDI.* 13 (1966) 542; F. LANFRANCHI, *L'impugnativa di paternità in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra IV* (Milano 1971) 113 ss.; HACKL, *Praeudicium* cit. 293 ss. [cfr., nello stesso senso, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> (München 1996) 347 nt. 27]; D. LIEBS, *Rec. a K. Hackl, Praeudicium*, in *ZSS.* 94 (1977) 467 s.; M. TALAMANCA, s.v. '*Processo civile*', in *ED.* 36 (1987) 70-72 e ivi ntt. 508-511 (cfr. anche 55 nt. 390), con discussione della precedente letteratura.

<sup>15</sup> Su tale competenza v. F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino* (Milano 1954) 158 e nt. 6; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, II. Il processo formulare*, I (Milano 1963) 139 ss.; A. TORRENT, *La «iurisdictio» de los magistrados municipales* (Salamanca 1970) 148, 157 ss., 183, 187; F. J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina* [= *Studia Gaiana* 5] (Leiden 1972) 168 s.; W. SIMSHÄUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (München 1973) 186 ss., con rimandi bibliografici in nt. 2; ID., *La jurisdiction municipale à la lumière de la 'lex Irnitana'*, in *RHDFE.* 67 (1989) 622 ss.; ID., *Rec. a GONZÁLEZ, «The Lex Irnitana», A. D'ORS, «La ley Flavia municipal (Texto y Comentario)», A. e J. D'ORS, «Lex Irnitana» (Texto bilingüe)*, in *ZSS.* 107 (1990) 557; M. TALAMANCA, *Rec. a W. SIMSHÄUSER, Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien*, in *BIDR.* 77 (1974) 511 ss.; A. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, in *SDHI.* 49 (1983) 29 s.; U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum* 74 (1986) 24 s., ora anche in ID., *Studi di storia romana e di diritto* (Roma 2001) 265; G. MANCINI, «*Ius Latii*» e «*ius adipsendae civitatis Romanae per magistratum*» nella «*lex Irnitana*», in *Index* 18 (1990) 377 s. nt. 5; M. DE BERNARDI, '*Lex Irnitana*' LXXXIV - LXXXV - LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla 'sponsio' nel processo romano, in *Testimonium amicitiae. Scritti in onore di F. Pastori* (Milano 1992) 116 s. e 119; F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e «ius Romanorum»* (Napoli 1993) 148 s. e 153; EAD., *La «maggiore età» della «Lex Irnitana». Un bilancio di diciotto anni di studi*, in *MEP.* 3 (2000) 245-247; J. G. WOLF, *Iurisdictio Irnitana*, in *SDHI.* 66 (2000) 29 ss.; M. L. PELUSO, *Die sponsio in probrum facta im Jurisdiktionskatalog der Lex Irnitana*, in *ZSS.* 120 (2003) 43.

<sup>16</sup> In età classica i magistrati municipali non potevano emettere i cosiddetti atti *magis imperii quam iurisdictionis*, come la *in integrum restitutio* o la *missio in possessionem*: cfr. D. 50.1.26 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 2.1.4 (Ulp. 1 *ad ed.*), dove fra tali atti è ricordata, accanto alla *missio in possessionem*, anche la *stipulatio praetoria*, e D. 26.1.6.2 (Ulp. 38 *ad Sab.*), dove si precisa che la *tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis*. Per tali provvedimenti sembra che fosse competente il pretore, che avrebbe potuto autorizzare la *missio in possessionem* di beni che si

È noto che i singoli statuti municipali potevano stabilire limiti massimi di valore delle controversie, superati i quali la competenza sarebbe spettata al pretore oppure al governatore provinciale, a seconda che il municipio si trovasse, rispettivamente, in Italia o in una provincia.<sup>20</sup>

La documentazione a nostra disposizione, per quanto esigua e frammentaria, ci fornisce qualche dato indicativo per la metà I sec. a.C. e per la fine del I sec. d.C. La *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*<sup>21</sup> e

---

trovavano in provincia. Sul punto v. PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 156; LAFFI, *La lex Rubria* cit. 26 ss. [= *Studi* cit. 267 ss.], con richiami ad altra letteratura.

Il magistrato municipale, comunque, aveva il potere di imporre al convenuto di prestare il *vadimonium*, che era una *stipulatio praetoria*: Gai 4.184-187; D. 45.1.115 pr. (Pap. 2 *quaest.*). In argomento v. A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»* (Napoli 1960) 42-44, e la letteratura ivi citata alla nt. 56; SIMSHÄUSER, *La jurisdiction* cit. 623 e nt. 17; v. anche J. G. WOLF, *Das sogenannte Ladungsvadimonium*, in *Satura Roberto Feenstra oblata* (Fribourg 1985) 61 s., con altri richiami bibliografici alla nt. 9; LAFFI, *La lex Rubria* cit. 28 nt. 64 [= *Studi* cit. 270 nt. 64].

<sup>17</sup> Cfr. D. 2.1.20 (Paul. 1 *ad ed.*): *Extra territorium ius dicenti impune non paretur. idem est et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere; Lex Irnitana* cap. 84, l. 2: *Qui... privatim intra fines eius municipi agere... volent.* In argomento v. PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 153 ss.; SIMSHÄUSER, *La jurisdiction* cit. 622.

<sup>18</sup> La competenza dei magistrati municipali risulta esclusa in relazione alle controversie nelle quali alla condanna del convenuto consegue l'*infamia*, secondo quanto risulta dal *Fragm. Atestinum* [FIRA I<sup>2</sup> 176 s. = *Roman Statutes* I 319] l. 4; o anche per altre materie, come è stabilito dal cap. 84 della *Lex Irnitana*, per esempio, in relazione ai processi di libertà e al *praeiudicium de capite libero*, o all'azione nascente da una *sponsio praeiudicialis*. A questo limite si poteva però derogare quando il convenuto fosse d'accordo a devolvere la controversia al magistrato municipale: cfr. *Fragm. Atest.*, ll. 4-5: *... sei is, a quo petetur quomue quo agetur, d(e) | e(a) r(e) in eo municipio colonia praefectura iudicio certa|re [uolet] et si ea res HS ((I)) minorisue erit; Lex Irnitana*, cap. 84, l. 17 s.: *si uterque inter quos ambigetur (aes: ambigeretur) | uolet.* Sul punto v. PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 144 e 146 nt. 56; 160 ss.; WOLF, *Iurisdictio Irnitana* cit. 31 e 34 s. (cfr. anche 45), il quale, diversamente dall'opinione espressa della dottrina precedente, ha precisato che l'accordo derogatorio delle parti in causa poteva riguardare solamente le azioni escluse dalla competenza dei duumviri di Irni, e non il limite massimo di mille sesterzi entro cui tali magistrati erano competenti a esercitare la propria *iurisdictio*.

<sup>19</sup> Di questioni attinenti ai limiti della competenza per valore si occuparono sicuramente Ofilio, Sabino, Cassio, Proculo e Pegaso, i cui pareri sono riferiti, insieme alla *sententia* di un rescritto di Antonino Pio, in D. 2.1.11 (Gai. 1 *ad ed. prov.*), dove si parla di *iurisdictio iudicantis*: per una spiegazione di questa terminologia nel passo gaiano, che appare rimaneggiato, v. PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 149 ss.

<sup>20</sup> Per quanto concerne l'individuazione del periodo in cui tali limiti sarebbero stati introdotti v. gli autori citati in PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 145 s. ntt. 52-55. Sulla base di D. 50.1.28 (Paul. 1 *ad ed.*), si ritiene generalmente che ai limiti di valore si potesse derogare per accordo delle parti. Secondo WOLF, *Iurisdictio Irnitana* cit. spec. 57, però, ciò valeva solamente per i municipi dell'Italia, e non potrebbe ammettersi in ogni caso per la competenza dei magistrati del municipio Irnitano. Nei confronti di questa conclusione si mostra scettica LAMBERTI, *La 'maggiore età'* cit. 245 s.

<sup>21</sup> Questa legge viene datata a un periodo compreso fra il 49 a.C., anno in cui fu concessa da Cesare la cittadinanza romana agli abitanti della Gallia Cisalpina, e il 42-41 a.C., periodo in cui la provincia fu soppressa, per essere incorporata nell'Italia, probabilmente per effetto della *Lex Roscia*: sul punto v. LAFFI, *La lex Rubria* cit., 10 ss. Sulla denominazione del provvedimento v., da ultimo, G. MAININO, «*Confessio*» e «*indefensio*» nella «*Lex Rubria de Gallia Cisalpina*». *Spunti per l'interpretazione di un testo legislativo epigrafico*, in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di A. Biscardi* (estr., Milano 2004) 10 ss., e la letteratura ivi citata.

il *Fragmentum Atestinum*,<sup>22</sup> infatti, si riferivano rispettivamente a un limite massimo di quindicimila sesterzi e, per le azioni infamanti, di diecimila sesterzi.<sup>23</sup> La *Lex Irnitana*,<sup>24</sup> invece, fissava il limite di competenza della *iurisdictio* dei magistrati locali per le liti fra privati azionate entro i confini del municipio in mille sesterzi,<sup>25</sup> preoccupandosi anche di vietare di frazionare la pretesa in più controversie allo scopo di eludere la disposizione che imponeva tali limiti di valore.<sup>26</sup>

Ora, secondo un principio generale, analogo a quello previsto dal vigente codice di procedura civile italiano (art. 10, 1° comma c.p.c.), nel processo formulare la competenza per valore del magistrato giudicante andava individuata – lo ricorda Ulpiano – avendo riguardo alla domanda dell'attore.<sup>27</sup> E poiché i magistrati municipali, come si è visto, erano competenti a esercitare la propria *iurisdictio* entro ben determinati limiti di valore, si può pensare che quando si agisse con un'azione la cui formula non consentisse di stabilire agevolmente l'ammontare del valore della domanda (perché l'*intentio* era *incerta*), fosse concesso alle parti di servirsi di uno strumento che consentisse

---

<sup>22</sup> Secondo alcuni studiosi, il testo tramandato dal frammento atestino farebbe parte del medesimo contesto normativo della *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* pervenutoci grazie al frammento veleiate, al quale dovrebbe dunque esser correlato: v., in questo senso, LAFFI, *La lex Rubria* cit. 19 ss., con citazione delle opinioni contrarie alla nt. 34. Per la datazione della incisione del frammento v., invece, U. LAFFI, *Nota minima sulla divisio vocabulorum nel fragmentum Atestinum*, in *Athenaeum* 92 (2004), 567; ID., *Osservazioni sulla Lex municipii Tarentini*, in *Rendiconti degli Atti della Accademia nazionale dei Lincei* 151 (2004) 637.

<sup>23</sup> Cfr. *Lex de Gallia Cisalpina* (FIRA I<sup>2</sup> 173 s. = *Roman Statutes* I 465 s.), cap. 21, ll. 2-3: ... *quae res non | pluris HS XV erit*; cap. 22, l. 27: ... *quae res non pluris HS XV erit*; *Fragm. Atestinum* (FIRA I<sup>2</sup> 177 = *Roman Statutes* I 319), l. 5: ... *et si ea res HS ((I)) minorisve erit*. Questi due diversi limiti di valore sono stati considerati un indizio contro l'appartenenza dei due frammenti alla stessa legge: v., per esempio, W. KUNKEL, *Epigraphik und Geschichte des römischen Rechts*, in *Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik* (München 1973) 198. Ma per una diversa spiegazione v. LAFFI, *La lex Rubria* cit. 19 e 25.

<sup>24</sup> Databile, forse, al 91 d.C. È stata proposta, però, anche una datazione più alta: v., di recente, LAMBERTI, *La 'maggiore età'* cit. 242. Per un quadro dell'imponente bibliografia che si è andata formando sulla *Lex Irnitana* e sui problemi sollevati dal suo testo rinviamo alla rassegna approntata da LAMBERTI, *La 'maggiore età'* cit. 248 ss.

<sup>25</sup> *Lex Irnitana*, capp. 84 e 89.

<sup>26</sup> *Lex Irnitana*, cap. 84, l. 4: ... *neque ea res diuidua quo fraus huic legi fieret facta sit fiatue*. Come sappiamo da Gai 4.56, invece, nel processo formulare era consentita all'attore, in linea di massima, la possibilità di chiedere in giudizio meno di quanto gli spettasse, con l'unico limite di non agire per il residuo *intra eiusdem praeturam*, potendogli altrimenti opporre il convenuto la cosiddetta *exceptio litis diuiduae*. Un limite di mille sesterzi è stabilito in relazione al *iudicium pecuniae communis* anche dalla *Lex Malacitana*, cap. 69, ll. 68-69 (FIRA I<sup>2</sup> 219).

<sup>27</sup> D. 2.1.19.1 (Ulp. 6 *de fideic.*): *Quotiens de quantitate ad iurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur*.

di accertare, prima di compiere la *litis contestatio*,<sup>28</sup> la competenza per valore del magistrato innanzi al quale si voleva agire.<sup>29</sup>

Alla luce di queste considerazioni, ci sembra che si possa ragionevolmente congetturare che, quando si agiva per la restituzione della dote con l'*actio rei uxoriae*, che aveva *intentio incerta*,<sup>30</sup> lo strumento che poteva essere impiegato per quantificare il valore della domanda dell'attore fosse, appunto, il *praeiudicium* QUANTA DOS SIT. In questo caso, difatti, la determinazione pregiudiziale del valore della dote avrebbe assunto rilevanza ai fini di stabilire se il magistrato adito fosse competente per valore o se, invece, dovesse *denegare actionem* perché il valore della causa superava i limiti della sua competenza.

4. Un indizio a sostegno di questa idea può trarsi, se vediamo bene, da quel che si legge in un brano delle *Pauli sententiae* dove vengono menzionati due *praeiudicia*.<sup>31</sup> Si tratta di

P.S. 5.9.1: *Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione inscriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit,*

---

<sup>28</sup> Cfr. LAFFI, *La lex Rubria* cit. 40.

<sup>29</sup> Sulla base di quanto si legge nella *Lex de Gallia Cisalpina*, si è pensato che nelle formule relative a un *incertum* il problema venisse risolto limitando l'importo della *condemnatio* con una *taxatio*: così PUGLIESE, *Il proc. priv. rom.* II, 1 cit. 148.

<sup>30</sup> In realtà, la dottrina romanistica ha sinora manifestato varie opinioni sulla ricostruzione del programma di giudizio dell'*actio rei uxoriae*. Ciò perché le nostre fonti, purtroppo, non hanno conservato molti elementi utili. Un ampio consenso si è formato intorno alla ricostruzione della formula con *intentio certa* suggerita da LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 305, e recentemente riproposta anche da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Padova 1999) 60. Fra quanti, invece, hanno pensato a una formula con *intentio incerta*, alcuni l'hanno fatta precedere da una *demonstratio*, come, per esempio, H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*<sup>2</sup> (Heidelberg 1868) 101 s.; A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt* (Lipsiae 1869) 126; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II.1 cit. 221 s. e ivi nt. 2; V. ARANGIO RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, ora anche in *Scritti di diritto romano I* (Napoli 1974) 38-41; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*. I. *Iudicium rei uxoriae*, in *RISG* 3 (estr., Roma 1928) 15; A. MAGDELAIN, *Les actions civiles* (Paris 1954) 4 e 88 ss.; J. PARICIO, *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»* (Milano 1986) 105 s.; ID., *Rec. a Mantovani, Le formule*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Suplemento 1992-93* (Madrid 1994) 98; e, con modifiche, ID., *Sobre la formula de la 'actio rei uxoriae*, in *Status familiae. Festschrift für A. Wacke zum 75. Geburtstag* (München 2001) 371; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam 1999) 352. Altri autori, invece, hanno pensato a una formula con *intentio incerta* ma non preceduta da una *demonstratio*, come BECHMANN, *Das röm. Dotalrecht* II cit. 319-326; CZYHLARZ, *Das röm. Dotalrecht* cit. 363 e 365; C. STERNBERG, *Beiträge zur Lehre des römischen Rechts von der Restitution der dos nach aufgelöster Ehe* (Breslau 1880) 90 s.; P. NOAILLES, *Les origines de la restitution de la dot. Cours de droit romain approfondi* (Paris 1934-35) 262. A nostro avviso, come abbiamo sostenuto in una indagine specifica in corso di pubblicazione, è da credere che l'*actio rei uxoriae* avesse una formula con *intentio incerta* e munita di *demonstratio*.

<sup>31</sup> Uno solo, invece, per F. BUONAMICI, *La storia della Procedura civile romana I* (Pisa 1886, rist. anast. Roma 1971) 192.

*ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructos praestare compellitur. Huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.*<sup>32</sup>

Sulla scia di Lenel,<sup>33</sup> Hackl ha ipotizzato che il primo dei due *praeiudicia* cui si allude in questo testo servisse a stabilire il valore dell'eredità e del doppio dei frutti con riferimento al tempo in cui sarebbe venuta a mancare la condizione apposta alla *heredis institutio*: sarebbe stato possibile, in questo modo, determinare l'importo per il quale colui che era stato istituito erede sotto condizione, legittimato a richiedere la *bonorum possessio*, avrebbe dovuto prestare la *cautio* in favore del sostituito, per il caso di diminuzione del patrimonio ereditario.

A noi interessa, però, il secondo *praeiudicium* menzionato nel passo, di cui viene anche riferita la *formula*. Secondo alcuni studiosi, esso avrebbe avuto lo scopo di determinare il valore attuale dell'eredità per individuare la competenza dell'organo giudicante in materia ereditaria: *centumviri* oppure *iudex unus*.<sup>34</sup> Questa interpretazione ha come presupposto la convinzione che il tribunale centumvirale fosse competente a giudicare esclusivamente le cause di valore superiore ai centomila sesterzi.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Su questo passo v., nella prospettiva che ci interessa, gli autori citati da MARRONE, *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»* cit. 143 nt. 82 [= *Scritti giur.* cit. I 93 nt. 82], ai quali adde anche R. SANTORO, *XII Tab.* 12, 3, in *AUPA*. 30 (1967) 19 s. e nt. 33; nella letteratura più recente, L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'Centumviri'. Origini e funzioni* (Milano 2002) 330 ss., e gli autori ivi citati alle ntt. 553-554.

<sup>33</sup> LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 525 ss.

<sup>34</sup> HACKL, *Praeiudicium* cit. 75 s. e 283 ss. (sui cui v. la rec. di MARRONE, *«Praeiudicium»* cit. 81 s. [= *Scritti giur.* cit. II 1038 s.]; v., nello stesso senso, KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 54 nt. 23 e 348 nt. 39, con citazione di altra letteratura. In senso contrario v. MARRONE, *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»* cit. 143 nt. 82 [= *Scritti giur.* cit. I 93 nt. 82], con critica delle altre opinioni avanzate in dottrina (Bülow; Huschke; Stintzing) sulla funzione del *praeiudicium* menzionato in PS. 5.9.1; GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'Centumviri'* cit. 326 ss.

<sup>35</sup> Risale a M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Ueber die Kompetenz des Centumviralgerichts*, in *ZgRW*. 5 (1825) 386 ss., l'idea secondo cui dopo la *lex Iulia iudiciorum privatorum* i *centumviri* avessero una competenza limitata alle cause ereditarie. Sulla sua scia G. W. WETZEL, *Der römische Vindicationsproceß* (Leipzig 1845) 38 s., ipotizzò che essa fosse superiore ai centomila sesterzi, argomentando dalle notizie che si desumono da Gai 4.186 e P.S. 5.9.1. Questa idea è stata seguita da A. A. F. RUDORFF, *Ueber die Litisrescenz*, in *ZgRW*. 14 (1848; rist. 1968) 361 s. nt. 92; ID., *Römische Rechtsgeschichte II* (Leipzig 1859) 121 e 212 nt. 8; LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 525 ss.; P. KOSCHAKER, *Rec. a F. Bozza, Sulla competenza dei Centumviri*, in *ZSS*. 50 (1930) 684; A. BERGER, s.v. *Centumviri*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953) 386; M. KASER, *«Vindicia falsa» und «fructus duplio»*, in *Iura* 13 (1962) 39 s.; ID., *«Controversiam movere»*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo II* (Milano 1982) 242 nt. 22; HACKL, *Praeiudicium* cit. 75 s. e 283 ss.; KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 53 s.; M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der*

Sennonché, l'idea secondo cui la ripartizione delle competenze fra il *iudex unus* e i *centumviri* dipendesse dal valore della controversia non risulta direttamente provata nelle fonti, ed è solamente un'ipotesi, peraltro discutibile.<sup>36</sup> Su tale presupposto, dunque, non pare metodologicamente corretto costruire altre congetture.

Il passo, inoltre, non solo non fa alcun riferimento diretto alla competenza del tribunale centumvirale, ma parla di cento, e non di centomila sesterzi.<sup>37</sup> E per di più, non è nemmeno così sicuro, come ritiene generalmente l'opinione divenuta tradizionale, che a questo *praeiudicium* si facesse ricorso in materia ereditaria.<sup>38</sup>

Neppure le altre ipotesi formulate in dottrina per chiarire la funzione del *praeiudicium* diretto a stabilire se la *res de qua agitur* fosse superiore a cento sesterzi possono dirsi pienamente convincenti.<sup>39</sup>

Ma qualunque sia il modo in cui si voglia intendere questo brano delle *Pauli sententiae*, non certo chiaro e probabilmente corrotto nella forma,<sup>40</sup> a noi interessa richiamare l'attenzione sul fatto che in esso è

---

*römischen Erbschaftsklage* (Köln-Weimar-Wien 1998) 32 s. In senso contrario v. gli autori citati nella nt. seguente.

<sup>36</sup> Cfr. M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens* I (Leipzig 1888) 227 ss.; F. BOZZA, *Sulla competenza dei Centumviri* (Napoli 1928) 87 ss.; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 41 nt. 51; ID., *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»* cit. 143 nt. 82 [= *Scritti giur.* cit. I 93 nt. 82]; J. M. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic* (Oxford 1976) 15 ss. In argomento v. ora, criticamente, anche GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'Centumviri'* cit. 326 ss., con citazione della precedente letteratura alla nt. 542.

<sup>37</sup> Sul punto v. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'Centumviri'* cit. 336 e 339.

<sup>38</sup> Così già O. MARTIN, *Le tribunal des centumvirs* (Paris 1904) 68 s. e ivi nt. 1; BOZZA, *Sulla competenza* cit. 91 ss., seguita da KELLY, *Studies* cit. 17. In senso contrario all'opinione tradizionale v., adesso, anche le osservazioni di GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'Centumviri'* cit. 337 (con citazione dell'opinione della Bozza, che – richiamandosi a un'idea formulata da Bülow – riferiva il passo alla materia dei *vadimonia*).

<sup>39</sup> Così MARRONE, *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»* cit. 143 nt. 82 [= *Scritti giur.* cit. I 93 nt. 82]. Per le altre interpretazioni suggerite dalla dottrina meno recente (Schulting; Bülow; Stintzing; Bozza; Lenel; Huschke; Pissard) sulla funzione di questo *praeiudicium* v., oltre agli autori citati da Marrone, anche quelli richiamati al riguardo da GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'Centumviri'* cit. 338 ss., il quale, collegando il passo paolino con quello che si legge nella prima parte – l'unica considerata genuina – di P.S. 1.12.8 [= D. 5.1.54 (Paul. 1 *sent.*)] e D. 44.1.21 (Ner. 4 *membr.*), ha ipotizzato, per suo conto, che il secondo *praeiudicium* menzionato in P.S. 5.9.1 potesse trovare applicazione nel caso in cui innanzi a un magistrato pendesse già una causa, allo scopo di valutare se un'altra causa fosse «maggiore» rispetto a quella già pendente, e di determinare, così, «una gerarchia tra cause connesse». Su P.S. 1.12.8 v. la letteratura citata in KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 250 nt. 68.

<sup>40</sup> Il testo, infatti, appare sconnesso, ed è stato bollato come 'molto oscuro', 'dunkel', 'unklar': cfr. BUONAMICI, *Proc. civ. rom.* cit. I 191 s.; LENEL, *EP*<sup>3</sup> cit. 526; ID., *Kritisches und Antikritisches*, in *ZSS.* 49 (1929) 17 s.; BOZZA, *Sulla competenza* cit. 91; G. BESELER, *Miszellen* [«*Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*»], in *ZSS.* 45 (1925) 457; U. RATTI, *'Dupli fructus'*, in *Studi in onore di S. Riccobono* II (Palermo 1936) 426; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Köln-Graz 1957) 140; HACKL, *Praeiudicium* cit. 283; MARRONE, «*Praeiudicium*» cit. 81 [= *Scritti giur.* cit. II 1038]; ID., *L'efficacia pregiudiziale* cit. 395 nt. 811. In effetti, non si capisce bene a cosa vada riferito il

testualmente riferita la *conceptio* di una *formula praeiudicialis* diretta a stabilire *An ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis*. Ebbene, senza entrare nel merito del dibattito che riguarda la competenza per valore dei *centumviri*, a noi basta rilevare, nella prospettiva che ci ha indotto a considerare P.S. 5.9.1, che una *formula praeiudicialis* così concepita si sarebbe prestata a esser impiegata anche per casi diversi da quello al quale si riferiva Paolo nel passo di cui ci siamo occupati, e in particolare per risolvere questioni attinenti non solo alla individuazione dell'organo giudicante competente, ma anche alla verifica della competenza per valore del magistrato giurisdicente al quale era stata richiesta la *datio iudicii*.

5. In un analogo ordine di idee, si può pensare che il *praeiudicium* QUANTA DOS SIT svolgesse una funzione non dissimile da quella da noi appena ipotizzata per il *praeiudicium*, testimoniato in P.S. 5.9.1, diretto a stabilire se la *res de qua agitur* fosse superiore a un determinato ammontare.

Poteva accadere, infatti, che nella fase *in iure* colui che fosse stato convenuto innanzi a un magistrato locale con un'azione per la restituzione della dote (*actio rei uxoriae* o *actio ex stipulatu*), prima ancora di *accipere iudicium*,<sup>41</sup> avesse interesse a far determinare il valore della dote, in modo tale da stabilire se esso rientrasse nei limiti della competenza per valore del magistrato adito,<sup>42</sup> e, in caso negativo, chiedere la *revocatio* della causa innanzi ad altro magistrato competente (il pretore o il governatore provinciale).<sup>43</sup>

---

pronomi dimostrativo *huius* con cui si apre il periodo, né quale sia il soggetto del verbo '*concipitur*', che peraltro è frutto di un'emendazione del testo. Non può escludersi, tuttavia, che il brano potesse esser genuino nella sostanza: in questo senso v. MARRONE, *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»* cit. 143 nt. 82 [= *Scritti giur.* cit. I 93 nt. 82]; KASER, «*Vindicia falsa*» und «*fructus duplio*» cit. 39 nt. 47; SANTORO, *XII Tab. 12, 3* cit. 19 nt., 33. Sul punto v. anche GAGLIARDI, '*Decemviri*' e '*Centumviri*' cit. 336, e gli autori ivi citati alle ntt. 571-572. Hanno giudicato spuria, anche per la sostanza, la prima parte del testo: RATTI, '*Dupli fructus*' cit. 426; BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit. 140 s. nt. 79. Anche G. BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento II* (Milano 1930) 62-64, non ha risparmiato critiche al passo di Paolo; v. già ID., *Miszellen* cit. 457. Sulla riconducibilità del testo delle *Sententiae* al pensiero di Paolo v., nella recente letteratura, D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen*, in *ZSS.* 112 (1995) 151 ss.

<sup>41</sup> Colui che sia stato convenuto innanzi a un magistrato incompetente, infatti, non può esser costretto a compiere la *litis contestatio*: cfr. O. BÜLOW, *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen* (Gießen 1868) 88.

<sup>42</sup> Chi sia stato chiamato a comparire innanzi al pretore o a un altro magistrato munito di *iurisdictio* deve presentarsi in giudizio, allo scopo di verificare se tale magistrato sia competente o meno. Ciò risulta chiaramente da quanto si legge in D. 2.5.2 pr. (Paul. 1 *ad ed.*): *Ex quacumque causa ad praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit.*

<sup>43</sup> Il magistrato incompetente, infatti, non avrebbe potuto *ius dicere* né comminare sanzioni nei confronti del convenuto che si fosse rifiutato di partecipare alla *litis contestatio*. Su tali questioni, sulla *revocatio*, e sul *ius domum revocandi* – per cui si legga D. 5.2.1.3 (Ulp. 3 *ad ed.*) – v. BÜLOW, *Die Lehre* cit. 87 ss. e 92, con fonti; TH. MOMMSEN, *Ein zweites Bruchstück des rubrischen Gesetzes vom Jahre 705 Roms*, in *Gesammelte Schriften*, I. *Juristische Schriften*

A tale scopo, dunque, avrebbe potuto sollevare *in iure* tale ‘questione pregiudiziale’<sup>44</sup> concernente il valore della dote di cui si trattava,<sup>45</sup> sollecitando un apposito *praeiudicium*. In questo modo il magistrato adito, prima di concedere l’azione per la restituzione della dote, avrebbe invitato le parti a effettuare la *litis contestatio* sulla *formula praeiudicialis* con la quale si demandava al giudice il compito di stabilire *quanta dos sit*, denegando l’azione principale o sospendendone l’esercizio<sup>46</sup> sino a quando quest’ultimo non avesse stabilito l’ammontare della dote. Solo una volta definita la questione sollevata con il *praeiudicium*, il magistrato sarebbe stato in grado di stabilire se concedere l’azione oppure denegarla. Nel primo caso, avrebbe invitato le parti presenti *in iure* a compiere la *litis contestatio* sulla formula dell’azione concessa. Nel secondo caso, invece, si può pensare che il magistrato incompetente per valore,<sup>47</sup> denegata l’azione, facesse promettere al convenuto di obbligarsi con apposito *vadimonium*<sup>48</sup> a comparire nuovamente a data e ora fissa innanzi al magistrato competente.<sup>49</sup>

---

(Berlin 1905) 191; PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 172 s.; WOLF, *Das sogenannte Ladungsvadimonium* cit. 61 nt. 9, con fonti; KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 245 e ntt. 26-29.

<sup>44</sup> Impieghiamo qui, soltanto per comodità espositiva, l’espressione ‘questione pregiudiziale’ con cui il vigente codice di procedura civile italiano si riferisce alle questioni preliminari al giudizio, che investono non il merito, ma il rito, come, per l’appunto, quella che riguarda la competenza del giudice adito (art. 187, 3° comma c.p.c.: Il giudice provvede analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali, ma può anche disporre che siano decise unitamente al merito). In argomento si può vedere, per tutti, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*<sup>13</sup>, II. *Il processo di cognizione* (Torino 2000) 98 ss.

<sup>45</sup> Tale questione, infatti, non poteva esser sollevata *apud iudicem*: cfr. KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 348 s. e nt. 42.

<sup>46</sup> In relazione a questa seconda ipotesi si parla di *sustinere* (o *differre*) *iudicium* (o *actionem*): in argomento, v. HACKL, *Praeiudicium* cit. 128 ss.; KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 248, e ivi nt. 49, con fonti e altre indicazioni bibliografiche.

<sup>47</sup> Il processo fondato su una formula concessa da un magistrato incompetente sarebbe stato nullo, e la sentenza pronunciata dal giudice invalida, come si può leggere in D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*): *...si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, ... pro nullo hoc habetur nec ulla est sententia* rell.; v. anche D. 49.1.23.1 (Pap. 9 *resp.*). Lo stesso principio può ricavarsi pure dalla lettura di P.S. 5.5a.1, dove, con specifico riferimento alla competenza per valore, si dice che può considerarsi valida come *res iudicata* la sentenza emessa dal giudice solamente se il magistrato municipale fosse competente entro i limiti di valore (*usque ad summam*) entro cui gli era riconosciuta la *iurisdictio*.

<sup>48</sup> Sul *vadimonium* v. la letteratura citata in MOZZILLO, *Contributi* cit. 42 nt. 56, cui *adde*, nella letteratura più recente, I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare* (Napoli, 1984) 313 ss.; WOLF, *Das sogenannte Ladungsvadimonium* cit. 60 ss.; A. RODGER, *Vadimonium to Rome (and Elsewhere)*, in ZSS. 114 (1997) 160 ss.

<sup>49</sup> Nel caso in cui il valore della controversia eccedesse i limiti della competenza del magistrato municipale, il convenuto doveva promettere con apposito *vadimonium* di *Romae sistere* – per cui v. Cic. *pro Tull.* 8.20; *Verr.* 2.5.13.34; *Prob.* 6.63 [FIRA II 459]: *V.F.I. uadimonium fieri iubere; Lex de Gallia Cisalpina*, cap. 21, ll. 21 ss.; D. 5.1.2.6 (Ulp. 3 *ad ed.*) – o di presentarsi innanzi al governatore provinciale – per cui v. *Lex Irnitana*, cap. 84. In argomento si possono consultare PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.* II, 1 cit. 157 e 168; CANNATA, *Profilo istituzionale* II cit. 138 e nt. 4; SIMSHÄUSER, *Iuridici* cit. 218 s.; ID., *Rec. a F. J. Bruna, Lex Rubria*, in ZSS. 93 (1976) 391 s.; ID.,

6. A questo punto ci si potrebbe chiedere come mai, anziché far ricorso a uno strumento generale per verificare il valore della richiesta dell'attore, fosse stato escogitato un apposito *praeiudicium* diretto a stabilire l'ammontare della dote. Noi crediamo che la risposta a tale quesito possa darsi richiamando il particolare regime proprio della restituzione della dote, sia *profecticia*, sia *recepticia*.<sup>50</sup>

Il marito convenuto, o il suo avente potestà, infatti, avrebbero potuto opporre in sede di *actio rei uxoriae* alcune *retentiones*, di cui il giudice avrebbe dovuto tener conto ai fini della determinazione della condanna. Alcune di queste, come quella relativa alle spese necessarie<sup>51</sup> erogate sulla dote, avrebbero diminuito direttamente la dote, secondo la regola, più volte enunciata nelle fonti,<sup>52</sup> in base alla quale *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*.<sup>53</sup>

---

*La jurisdiction* cit. 623 s.; WOLF, *Das sogenannte Ladungsvadimonium* cit. 61 s. nt. 9; KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> cit. 230, e ivi nt. 35; LAFFI, *La lex Rubria* cit. 28 e nt. 64.

<sup>50</sup> Secondo gli studi di E. ALBERTARIO, «*Dos profecticia*» e «*dos adventicia*», in *Studi di diritto romano* I cit. 283-291; ID., *La concessione della dote con gli oneri del matrimonio*, in *RIL*. 58 (1925) 85 ss. [= *Studi di diritto romano* I cit. 295 ss.], dovrebbe considerarsi estranea al diritto classico la distinzione fra la cosiddetta *dos profecticia* di cui si discorre in Tit. Ulp. 6.4 e gli altri generi di dote, ossia *dos recepticia* e *dos adventicia*: cfr. D. 39.6.31.2 (Gai. 8 *ad ed. prov.*); Tit. Ulp. 6.3 e 6.5. I risultati di Albertario sono condivisi da C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote*, I (Catania s.d., ma 1959) 57-61; A. NICOLETTI, s.v. 'Dote', in *NNDI*. 6 (1960) 258 nt. 10; KASER, *Das röm. Privatrecht* I<sup>2</sup> cit. 334 s., e nt. 21. In argomento v. pure S. SOLAZZI, «*Servus recepticius*» e «*dos recepticia*», in *SDHI*. 5 (1939) 222 ss., ora in *Scritti di diritto romano VI* (Napoli 1972) 514 s. In senso contrario v., invece, G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*<sup>2</sup> (Roma 1953) 198, e ivi nt. 3. Tale distinzione, com'è risaputo, rilevava essenzialmente ai fini della individuazione del tipo di azione con la quale si sarebbe potuto chiedere la restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio: *actio rei uxoriae* in caso di *dos profecticia*, e *actio ex stipulatu*, invece, in caso di cosiddetta *dos recepticia*.

<sup>51</sup> La definizione delle *impensae necessariae* si ritrova in vari testi, come Tit. Ulp. 6.15: *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit*; Sch. Sin. 8.17: [N]ecessaria ἐστὶν δαπανήματα, ὧν μὴ γινομένων κατεδικάζετο ὁ ἀνὴρ ἐναγόμενος τῇ *rei uxoriae* [Baviera: *Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus*]; in Sch. Sin. 8.18 viene parafrasato il passo di Ulpiano che conosciamo grazie a D. 25.1.5.1 e 3 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25.1.1.1 (Ulp. 36 *ad Sab.*): *Necessariae hae dicuntur quae habent in se necessitatem impendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur*; D. 25.1.14 pr. (Ulp. 5 *reg.*): *Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur*; D. 50.16.79 pr. (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Impensae necessariae sunt quae, si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*.

<sup>52</sup> Cfr. D. 23.2.61 (Pap. 32 *quaest.*); D. 23.3.56.3 (Paul. 6 *ad Plaut.*); D. 23.4.5.2 (Paul. 7 *ad Sab.*), dove in luogo di 'ageretur' bisogna leggere 'retineretur'; D. 25.1.5 pr. (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 33.4.2 pr. (Ulp. 5 *disp.*); D. 33.4.5 (Marcian. 3 *reg.*); I. 4.6.37; B. 28.10.15 (Hb. III 299); B. 29.1.52 (Hb. III 391); B. 29.1.119 (Hb. III 451). Cfr. anche D. 25.1.1.2 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25.1.7 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 25.1.15 (Ner. 2 *membr.*); C. 5.13.1.5e *Iust. A. ad pop. urbis Constant. et univ. prov.* [a. 530].

<sup>53</sup> Secondo F. SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuuntur. Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht*, in *ZSS*. 34 (1913) 57 ss., per diritto classico al marito convenuto per la mancata restituzione della dote sarebbe spettata esclusivamente una *retentio* tanto per le spese necessarie quanto per quelle utili: le parole *ipso iure* che si leggono nelle fonti, dunque, sarebbero state inserite da parte dei commissari giustinianeî. La diagnosi di alterazione formulata da Schulz è stata criticata da S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*. 3-4 (1917) 370-372 nt. 4, seguito da B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei'

Si può allora pensare che qualora insorgesse contestazione sul valore della dote, allo scopo di calcolarne l'ammontare in considerazione delle spese effettuate dal marito, si potesse chiedere *in iure* un apposito *praeiudicium*.

Lo stesso può ripetersi per il caso in cui la restituzione della dote fosse stata promessa con *stipulatio*. Dal commento di Taleleo alla costituzione di Giustiniano con cui si riformò l'azione per la restituzione della dote, infatti, si apprende che anche nel caso in cui la restituzione della dote fosse stata promessa con *stipulatio*, le parti avrebbero potuto convenire che il regime della restituzione della dote fosse quello tipico dell'*actio rei uxoriae*.<sup>54</sup> In questo caso, la restituzione dei beni fungibili andava effettuata a rate,<sup>55</sup> e in favore del marito convenuto avrebbero potuto trovare applicazione le *retentiones* e il *beneficium competentiae*,<sup>56</sup> di cui altrimenti non si sarebbe potuto tener conto.<sup>57</sup>

---

cit. 189 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* (Roma 1925, rist. Milano 1963), 495; GROSSO, *Ricerche* I cit. 37 nt. 2; J.-PH. LEVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (Paris 1937) 211.

<sup>54</sup> Sch. 1 ad B. 29.1.119 (Hb. III 449): Θαλαλαίου. Τὸ παλαιὸν ἢ κινουμένη τῆς γυναικὸς ἀγωγή πρὸς ἀπαίτησιν τῆς προικὸς rei uxoriae ἐκαλεῖτο. εἰ δὲ ἐπρωτήσεν ἢ γυνὴ τὴν ἐπανάδοσιν, ἢ ἕτερός τις προίκα ἐπιδιδούς, τότε ἢ ἐξ στιπουλάτου ἐκινεῖτο, καὶ ἦν αὕτη ἢ ἐπερώτησις διπλῆ. εἰ μὲν γὰρ ἀπλούστερο ν ἐπρωτήσεν ἢ γυνὴ ἢ ὁ ἐπιδιδούς τὴν προίκα, οἶον, ὁμολογεῖς λυομένου τοῦ γάμου τὴν προίκα ἀποδιδόναι μοι, ἐλέγετο ἢ ἐπερώτησις βουλγαρία. εἰ δὲ οὕτως ἐπρωτήσεν, ὁμολογεῖς, ἐὰν διαλυθῇ ὁ γάμος, ἀναδιδόναι μοι τὴν προίκα, ὡς ἂν εἰ ἔδωκας αὐτὴν κινουῦντι πατρὶ τὴν rem uxoriam, ἕτερα νόμμου εἶχεν ἢ ἐπερώτησις κτλ. [Heimbach: *Thalelaii. Olim actio, quae ab uxore intendebatur ad repetendam dotem, vocabatur rei uxoriae actio. Sin autem mulier dotem reddi stipulata fuerat, aut alius quis, cum dotem daret, tunc intendebatur actio ex stipulatu, et erat haec stipulatio duplex. Nam si simpliciter stipulata fuerat mulier, quive dotem dabat, puta: Promittis, soluto matrimonio dotem mihi reddere? dicebatur stipulatio vulgaris. Sin autem sic erat stipulata: Promittis, si solum fuerit matrimonium, dotem mihi reddere, ac si eam dedisses patri rei uxoriae actionem instituenti? alia iura habebat stipulatio rell.].*

In argomento v., con opinioni fra loro non sempre coincidenti, BECHMANN, *Das Röm. Dotalrecht* II cit. 358 (v. anche 350 s., nt. 4); CZYHLARZ, *Das röm. Dotalrecht* cit. 367 s.; S. SOLAZZI, *La restituzione della dote* (Città di Castello 1899) 440 s.; V. ARANGIO RUIZ-G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanenses* 5, in *PdP.* 10 (1955) 475 s.; A. WACKE, *Actio rerum amotarum* (Köln-Graz 1963) 27. Cfr. pure DERNBURG, *Geschichte und Theorie*<sup>2</sup> cit. 99 nt. 2, ad avviso del quale la seconda forma di *stipulatio* riferita da Taleleo non sarebbe classica; M. LAURIA, *Matrimonio-dote. Lezioni di diritto romano* (policop., Roma 1936) 227. Un esempio di questo secondo tipo di *stipulatio* si potrebbe scorgere in TH. 87: v., in questo senso, ARANGIO RUIZ-PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanenses* 5 cit. 475 s.; *FIRA* III 613.

<sup>55</sup> Cfr. Tit. Ulp. 6.8: *Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi si ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur.* La notizia è confermata, in prospettiva storica, da C. 5.13.1.7-7a *Iust. A. ad pop. urbis Constant. et univ. prov.* [a. 530].

<sup>56</sup> D. 24.3.12 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 24.3.13 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 24.3.14.1 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 24.3.15 pr. (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 24.3.17.2 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 24.3.32 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*); D. 24.3.43 (Scaev. 2 *quaest.*); D. 42.1.20 (Mod. 2 *diff.*); D. 49.17.7 (Ulp. 33 *ad ed.*); C. 5.18.8 *Diocl. et Maxim. AA. Sallustiae* [a. 294]; Sch. Sin. 6.12. V. anche C. 5.13.1.7 *Iust. A. ad pop. urbis Constant. et univ. prov.* [a. 530] e I. 4.6.37.

<sup>57</sup> In proposito v. SOLAZZI, *La restituzione della dote* cit. 441 s.; K. CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*<sup>7</sup> (Wien 1920) 241; LAURIA, *La dote romana* cit. 46; SANFILIPPO, *Corso di dir. rom. La dote* I cit. 143 s.; nella letteratura recente v. F. GORIA, *Bona*

---

*fides' ed 'actio ex stipulatu' per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese I (Padova 2003) 248 ss. L'impossibilità di tener conto delle retentiones in sede di restituzione della dote richiesta a mezzo di actio ex stipulatu è ancora ricordata, in prospettiva storica, in C. 5.13.1.5f Iust. A. ad pop. urbis Constant. et univ. prov. [a. 530]: ...ex stipulatu actio secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.*