



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

La legge nel Codice Teodosiano e nel Giustiniano si trova nel titolo *de his qui parentes vel liberos occiderint*, il che potrebbe essere un indizio per mostrare come prima di Costantino il parricidio doveva essere limitato all'uccisione degli ascendenti e dei discendenti, conformemente in ciò alla legge di Modestino. Dubbio è il significato di *affectionis eius quae nuncupatione parricidii nuncupatur*, che il Gotofredo vorrebbe mutare in *parricidii parentum*. L'Interpretatio Visigotica rende *Si quis patrem matrem suam filium filiam vel alios propinquos occiderit...* senza nessun accenno al coniuge o ai fidanzati. È probabile che Costantino o i compilatori Visigoti abbiano esteso il concetto del parricidio, ma è certo che prima di essi l'uccisione del marito o della moglie doveva essere considerata non come una specie aggravata di omicidio, ma come un reato sottoposto alle sanzioni della *lex Cornelia*. Ciò è confermato dalle fonti letterarie latine, dove mai l'uccisione di un coniuge è denominata *parricidium* o comunque considerata come sottoposta ad una pena più grave (1).

Comunque, da questa lunga esposizione delle fonti abbiamo potuto constatare come tutti i testi pregiustiniani, i quali par-

(1) Cfr. invece la dichiarazione di Giustiniano nelle Istituzioni (§ 6 I. *de publ. iud.* 4, 18), dove parlando della *lex Pompeia*, afferma:

Alia deinde *lex asperrimum crimen nova poena persequitur*, quae Pompeia de parricidiis vocatur. qua cavetur, ut, si quis parentis aut filii aut omnino adfectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properavit... poena parricidii punietur... si quis autem alias cognatione vel adfinitate coniunctas personas necaverit, poenam legis Corneliae de sicariis sustinebit.

Questa fonte, rimaneggiata dai bizantini sulla base della legge di Costantino, sembra limitare il parricidio a pochi casi affermando che in tutti gli altri si applica la pena della *lex Cornelia de sicariis*. Con l'espressione *vel adfinitate coniunctas personas* che non si riscontra nella L. 1 C. Th. 9, 15, pare comprendere nel *parricidium* anche l'uccisione dei parenti del coniuge e forse anche quella del coniuge stesso. Ora è chiaro che se il catalogo contenuto nelle L. 1, 3 D. *ad leg. Pomp.* 48, 9 di Marciano fosse veramente stato in vigore, le leggi di Modestino, di Paolo e il testo delle Istituzioni, le quali si riferiscono al diritto antico avrebbero dovuto farne menzione.

lano espressamente della pena del parricidio, non l'applicano mai all'uccisione dei fidanzati o dei futuri suoceri, genero e nuora da parte di uno di essi. Solo in un testo, gravemente sospetto d'interpolazione, come la L. 3 D. 48, 9, troviamo ricordata l'uccisione della fidanzata: del resto, come abbiamo visto, non si vuole nemmeno dichiarare che l'uccisore è sottoposto ad una pena speciale, ma, riferendosi ad una legge precedente, solo affermare che *poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis*.

Qualunque sia quindi lo stato del diritto antico, il confronto della legge di Marciano con le altre citate viene a negare in modo esplicito l'affermazione dell'opinione dominante che fra i cosiddetti effetti legali del fidanzamento in diritto classico deve essere anche posta la norma, la quale sottoporrebbe l'uccisione della fidanzata o dei futuri suoceri o generi, alle sanzioni del parricidio.

Vari frammenti contenuti nella compilazione giustiniana parlano del divieto del matrimonio fra il padre del fidanzato e la *sponsa* del figlio, fra la *sponsa* del padre e il figlio, fra la madre della *sponsa* e il fidanzato.

§ 9 I. *de nupt.* 1, 10 Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua: sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen [et iure] facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint.

L. 12 § 1, 2, 3 D. *de r. n.* 23, 2 (Ulpianus libro vicesimo sexto ad Sabinum) Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum.

L. 14 § 4 D. eod. (*Paulus libro trigesimo quinto ad edictum*)
Nunc videamus, quomodo noverca et privigna et socrus et
nurus intellegantur, ut sciamus, quas non liceat ducere...
itaque socrus appellatione non tantum uxoris meae mater,
sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere
possim. nurus quoque appellatione non tantum filii uxor,
sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has
pronurus appellant. privigna quoque non solum ea mihi
intellegitur quae uxoris meae filia est, sed et neptis et pro-
neptis, ut nullam earum ducere possim. item eius matrem,
quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus
interpretatus est: fuisse enim eam socrum.

L'Arangio-Ruiz (1) riguardo alle due prime leggi ha
notato che l'impedimento matrimoniale ivi ricordato « non
trova riscontro nelle Istituzioni gaiane nè nel lib. sing. regul.:
l'attribuzione del passo alle *res cottidianae* di Gaio (Ferrini
Bull. Ist. dir. rom. XIII pag. 131) è arbitraria e la forma troppo
oscillante per potersi attribuire ad un classico ». Dal confronto
delle due leggi mi sembra che il passo delle Istituzioni, quan-
tunque modificato, e profondamente, dai compilatori di
Giustiniano, serbi tuttavia ancora la sua dizione originaria,
tanto da poterci dare la decisione classica di Giuliano e nello
stesso tempo farci comprendere il diverso concetto bizantino.
Il pensiero del giureconsulto, quale risulta dal frammento,
è in sostanza questo: le nozze fra la *sponsa* del figlio e il padre
e quelle fra la *sponsa* del padre e il figlio non sono vietate
dalla legge, tuttavia è consigliabile astenersi dal compierle.
La dichiarazione *rectius tamen... facturos eos qui huiusmodi
nuptiis se abstinerint* indica infatti chiaramente che non ope-
rano contro un'espressa norma giuridica coloro che strin-
gono tali nozze, ma contro una norma morale: il comparativo
rectius qui usato mi sembra debba togliere ogni dubbio: se co-
loro *qui se abstinerint* si comportano *rectius*, è evidente che co-
loro, i quali compiono tali unioni, operano *recte*!. L'aggiunta *et
iure*, la quale contrasta assolutamente con *rectius*, appartiene

(1) *Istituzioni*² pag. 409, n. 2.

certo ai compilatori (1) e mostra come essi volessero trasfor-
mare quello che per Giuliano era un consiglio in un vero e
proprio impedimento legale.

Interamente di fattura compilatoria appare invece la
L. 12 D. *de r. n.* 23, 2 nei paragrafi 1, 2. La dichiarazione
sponsa mea patri meo nubere non potest è troppo recisa ed
esplicita, diversamente dalla legge precedentemente esami-
nata, e risponde non già al concetto espresso da Giuliano,
ma all'aggiunta bizantina *et iure* del passo delle Istituzioni.

Il § 3 della legge parla, citando Giuliano, delle nozze
della figlia della moglie divorziata e si limita a sconsigliare
il matrimonio di questa col patrigno, pur affermando che
legalmente non è vietato, in quanto non si tratta di una
vera e propria figliastra, (*hanc quidem privignam non esse*).
Questo caso è anche esaminato nel paragrafo citato delle
Istituzioni, il quale si riferisce pur esso a Giuliano. Ciò fa
presumere che entrambi i passi attingessero ad una mede-
sima fonte. Ed allora come si spiega che Ulpiano, trat-
tando invece delle nozze della *sponsa* del padre e di quella
del figlio, si allontani così nettamente da Giuliano, espo-
nendo una dottrina diversa, senza curarsi di avvertire,
come è suo costume, la differenza?

Le osservazioni fatte acquistano maggior valore per rite-
nere non genuino il testo di Ulpiano, se noi esaminiamo
da quale opera può essere stato tratto il frammento delle
Istituzioni. Il Ferrini, basandosi sulla citazione di Giuliano,
ha indicato come possibili fonti Marciano o Gaio (2), con-
vincendosi però infine che il passo doveva originariamente
far parte delle *res cottidianae* di Gaio. (3). Quest'ultima attri-
buzione, posta in dubbio, come abbiamo già notato, dall'A-
rangio Ruiz, appare poco sicura anche per il fatto che nelle
Istituzioni di Gaio, assai adoperate dai compilatori delle *res*

(1) Si potrebbe ammettere, se il testo fosse stato genuino, *recte
et iure*, ma non mai *rectius et iure*! Del resto i due avverbi non
si riscontrano insieme in nessun luogo delle fonti classiche. L'in-
terpolazione risulta chiaramente anche dal confronto con THEO-
PHILUS, *Paraphr.* I, 10,9.

(2) FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni* (*Opere* I pag. 322).

(3) *Op. cit.*, pag. 340.

cottidianae, non si menziona affatto la norma ricordata nelle Istituzioni giustiniane. Comunque, le ultime ricerche dell'Albertario (1) e dell'Arangio-Ruiz (2) hanno posto chiaramente in luce che l'operetta, nota sotto il nome di *libri rerum cottidianarum sive aureorum* è stata composta in epoca post-classica. Quindi, sia ritenendo il passo appartenente alle Istituzioni di Marciano, sia invece attribuendolo alle *res cottidianae*, ci troviamo sempre di fronte ad un'opinione accettata da giureconsulti di epoca posteriore alla morte di Antonino Caracalla (3) o dai compilatori postclassici delle *res cottidianae*. Sia nell'uno che nell'altro caso, l'opinione così recisamente diversa di Ulpiano espressa nella L. 12 § 2 D. *de r. n.* 23, 2, appare alquanto strana, in quanto bisognerebbe ammettere che in seguito i giuristi avrebbero trasformato il divieto giuridico in divieto puramente formale, il che sembra davvero poco credibile.

L'affermazione contenuta in questa legge *quamvis nurus non proprie dicatur* non si accorda poi perfettamente con quanto afferma lo stesso Ulpiano in un passo del suo commento alla *lex Iulia et Papia Poppaea*.

L. 6 § 1 D. *de grad.* 38, 10 (*Ulpianus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam*) Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item socii et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur.

Come vedremo più avanti, questa norma si riferisce alle persone esenti dall'obbligo di prestare testimonianza. Ora, data la dichiarazione qui espressa dal giureconsulto,

(1) Ancora sulle fonti delle obbligazioni romane (Rend. Ist. Lomb. 59, 1926, pag. 409 sgg.)

(2) D. 44, 7, 25 e la classificazione delle fonti di obbligazione. (Mélanges Cornil I pag. 93 seg.); Ancora sulle *res cottidianae* (Studi Bonfante I, pag. 495 sg.).

(3) Le Istituzioni di Marciano furono infatti composte dopo la morte di Antonino Caracalla. Contro l'ipotesi del SAVAGNONE, (*L'autore del frammento Dositeano* in Circolo Giuridico XXVII pag. 26 sg.), il quale le vuole composte durante la vita di Antonino, cfr. FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano* (Opere I, pag. 285 sg.); *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (Opere I, pag. 316 sg.).

sarebbe logico pensare che Ulpiano dovesse far dipendere il divieto delle nozze fra la *sponsa* e il padre del fidanzato dall'estensione del significato di *nurus*: invece, nella L. 12 § 2 D. 23, 2 la dichiarazione *quamvis nurus non proprie dicatur* mostra che il divieto enunciato era indipendente dal significato giuridico di *nurus* e nello stesso tempo prova che fra la L. 6 § 1 D. 38, 10 e la L. 12 § 1 D. 23, 2 non esiste quell'unità di pensiero, la quale sarebbe naturale se entrambe le leggi appartenessero al medesimo autore.

Infine, per l'appartenenza ai compilatori della L. 12 § 1, 2 D. 23, 2 possono anche richiamarsi, per quanto assai fievoli, alcuni indizi formali, quali il *quamquam* costruito con il congiuntivo (1) e l'espressione *per contrarium* che ricorre spesso in passi interpolati (2).

Passiamo ora ad esaminare l'ultima legge citata, la L. 14 § 4 D. *de r. n.* 23, 2, in cui Paolo riporta una decisione di Augusto sul divieto delle nozze fra l'antico fidanzato e la madre della *sponsa*. Ora a me sembra che a questo testo si sia voluto attribuire troppa importanza, ritenendolo una norma di carattere generale vigente all'epoca classica. Come dimostra il verbo *interpretari* qui usato, deve trattarsi di una disposizione isolata di Augusto per un caso speciale, che ben si accorda con l'importanza data ancora agli sponsali in quell'epoca, disposizione ricordata dal giureconsulto classico, senza annettervi l'importanza di una norma ancora

(1) Cfr. BESELER, *Beiträge* III, pag. 36, 113; *Miszellen Zeitschr. d. Sav. Stiftung* 45, 1925, pag. 217 n. 1; SEGRÈ, in *Mélanges Girard* II, pag. 527 nota; V. GUARNERI-CITATI, *Indice* s. h. v. Non è però un indizio sicuro d'interpolazione, giacchè, come ha rilevato il Rotondi (*Scritti* I, 288, n. 1) l'uso del *quamquam* con il congiuntivo compare già in Cornelio Nepote ed in Livio.

(2) Già rilevato come indizio d'interpolazione dal VASSALLI, *Annali della R. Università di Perugia* XXVII 1913, pag. 231 n. 1. Per altri esempi. Cfr. L. 8 § 1 D. *de i. v.* 2, 4 (*si contra*) su cui LENEL in *Zeitschr. d. Sav. Stiftung* XXXIX 1918, pag. 123; L. 22 D. *de min.* 4,4 ritenuta sospetta dal BESELER, *Beiträge* II, pag. 25; L. 56 § 1 D. *ad leg. Falc.* 35,2 dimostrata interpolata dal BESELER, *ibid.* III, pag. 133, 134; IV, pag. 237.

effettivamente vigente. Paolo del resto non la riporta nel luogo del frammento, dove parla del significato giuridico di *socrus*, ma stranamente pone la decisione di Augusto in fondo alla legge, dopo aver parlato della *privigna* (1). Nelle *Sententiae* poi in un passo conservatoci dalla *Collatio*, (VI, 3) (2) ritroviamo enunciato nuovamente il divieto delle nozze con la suocera, ma senza nessun accenno alla madre della fidanzata. Che infatti questa norma e soprattutto la sua spiegazione *fuisse enim eam socrum* difficilmente potesse essere applicata e seguita in epoca classica, lo prova tutto il regime degli sponsali, i quali sono stretti con il solo consenso, senza bisogno di nessun'altra formalità e che possono essere liberamente sciolti a volontà dei contraenti, senza importare ad essi nessuna conseguenza. Nel diritto classico è evidente che sia vietato al fidanzato di fidanzarsi o unirsi in matrimonio con la sua futura suocera prima di aver sciolto il precedente fidanzamento, ma non si può logicamente pensare che un semplice rapporto di sponsali dovesse far sorgere un vincolo eterno di affinità fra il fidanzato e la madre della sponsa.

A questo proposito può utilmente richiamarsi una legge dello stesso Paolo.

L. 38 § 1 D. *de us. 22, 1* (*Paulus libro sexto ad Plautium*)
 Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per

(1) È interessante citare a questo proposito l'orazione di Cicerone *Pro Cluentio* cap. 5, la quale ci mostra come alla fine della Repubblica i matrimoni fra l'antico marito e la madre della moglie divorziata fossero aspramente giudicati dalla morale.

(2) Sull'interpolazione del passo della *Collatio* Cfr. LOTMAR, *Lex Iulia de adulteriis und Incestum* (*Mélanges Girard I*, pag. 6, estratto); VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano* (*Bull. Ist. Dir. Rom.* 1930, pag. 105).

mulierem stetit, quo minus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere; [ratio autem est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere fundum].

L'ultima parte *ratio autem-fundum* è stata dimostrata interpolata sin dal tempo del Fabro. Nondimeno il testo dimostra chiaramente come, una volta sciolti gli sponsali, non esista più *adfinitas* fra gli *sponsi*. Ora, se Paolo si esprimeva in tal modo in questa legge, come poteva ammettere in altra sede che fra la madre della fidanzata e l'antico sponsus dovesse perdurare un vincolo di *adfinitas* tale da impedir loro di unirsi in matrimonio? Lo stesso principio della L. 38 D. 22,1 si riscontra nella L. 8 D. 12,1 che abbiamo già esaminata. Anche Nerazio infatti con le parole... *non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dedit, donec maneat inter eos adfinitas*, conferma che il rapporto di *adfinitas* fra gli *sponsi* era considerato rotto al momento dello scioglimento del fidanzamento. Più logicamente, la norma dichiarata dalla L. 14 § 4 D. 23, 2 può pensarsi applicata nell'ultima epoca del diritto romano, quando ormai il fidanzamento è divenuto un'unione legale anteriore al matrimonio, stretta attraverso determinate formalità e considerata come un vero e proprio inizio di nozze.

La frase finale della L. 14 § 4 D. 23, 2 *fuisse enim eam socrum*, posta come *ratio* della decisione di Augusto è stata revocata in dubbio dal Beseler (1) il quale l'attribuisce ai compilatori. Tale opinione, che staccerebbe dal contesto questa sola frase, sembra alquanto dubbia, giacché un compilatore od un glossatore avrebbe presumibilmente usato *fuit* in luogo di *fuisse*.

Le osservazioni esposte e soprattutto il fatto che nè in Gaio nè in nessun altro autore classico si ritrova il divieto delle nozze fra la madre della *sponsa* e l'antico fidanzato, divieto che mal si accorda con lo spirito del diritto classico, sembrano dare una base abbastanza sicura alla nostra opi-

(1) *Beiträge* IV, pag. 195; PEROZZI, *op. cit.* I, pag. 342, n. 4.

nione che cioè la decisione augustea, ammesso che sia genuina, doveva essere stata emanata per una specie singola che a noi non è dato ricostruire: nulla però autorizza a considerarla una norma legale applicata generalmente in epoca classica. I bizantini, invece, conformemente al nuovo concetto e al nuovo sistema di sponsali, dovevano essere portati a dare ad essa questo valore.

Non classico sembra anche un altro riconoscimento concesso agli *sponsi*, dichiarato dalla L. 38 § 1 D. *de r. n.* 23, 2, secondo cui il magistrato della provincia avrebbe la facoltà di condurre in moglie la provinciale sottoposta alla sua giurisdizione, con la quale, prima di assumere l'ufficio, aveva stretto sponsali.

(*Paulus libro secundo sententiarum*) Veterem sponsam in provincia qua quis administrat uxorem ducere potest et dos data non fit caduca.

Il frammento è tratto dall'operetta conosciuta sotto il nome di *Pauli Sententiarum libri*, che, come si è sostenuto in questi ultimi anni (1), sembra non compiuta in epoca classica. Vari elementi fanno ritenere che la decisione qui espressa appartenga ai compilatori giustinianeî.

In primo luogo possiamo notare che la norma appare non perfettamente conforme ai principi generali in ordine al matrimonio e al fidanzamento del magistrato della provincia. Il divieto infatti delle nozze fra questi e la donna provinciale è ispirato al timore che il matrimonio possa essere conchiuso in seguito ad imposizione e che la volontà della donna o della famiglia di lei non sia completamente libera. Nello stesso tempo, come abbiamo più volte constatato, gli

(1) BESELER, *Beiträge* I, pag. 99; IV, pag. 336; LAURIA, *Ricerche su Pauli Sententiarum libri* (Annali della R. Università di Macerata, 1930); LEVY, *Paulus und der Sentenzenverfasser* (Zeitschr. d. Savigny Stiftung L, 1930, pag. 272 sgg.).

sponsali nel diritto classico sono basati sul principio della piena facoltà da parte di ciascun contraente di scioglierli liberamente, senza essere vincolato a nessuna pena nè pubblica nè privata, principio questo che, come il precedente, dipende dal concetto di piena libertà del consenso nel matrimonio. Anche al fidanzamento si applica la presunzione di violenza da parte del magistrato, tanto è vero che nel 380 Graziano, Valentiniano e Teodosio, legiferando sul nuovo istituto dell'*arrha sponsalicia*, dispongono che la fidanzata di fronte allo *sponsus* preside o parente o comunque addetto alla persona del preside, possa rompere il fidanzamento non solo senza pagare la pena del quadruplo, ma anzi trattenendo le arre ricevute (1). Ora, la norma della L. 38 § 1 D. 23, 2 non rispetta la presunzione in ordine agli sponsali e, attraverso l'eccezione, viene a non evitare la violenza. Concedendosi infatti il matrimonio al magistrato fidanzato, si viene a rendere possibile che questi, valendosi della sua condizione, impedisca alla donna lo scioglimento del fidanzamento e quindi, dal punto di vista pratico, non si evita che la volontà della donna sia sottoposta a costrizione.

In diritto postclassico e giustiniano, quando gli sponsali sono considerati come un vincolo prematrimoniale che non si può sciogliere senza incorrere in una pena pecuniaria, si sente il bisogno di confermare mediante apposite disposizioni legislative il nuovo sistema e di permettere ai fidanzati, attraverso determinate eccezioni, di adempiere all'impegno preso. Oltre ad alcuni casi che esamineremo in seguito, vedasi ad esempio la L. un. C. Th. *si nupt. ex rescr.* 3, 10 (L. 1 C. h. t. 5, 8) degli Imperatori Onorio e Teodosio, la quale, vietando di rivolgere agli Imperatori precî scritte onde ottenere rescritti per le nozze, fa però eccezione per i fidanzati, i quali vogliono adempiere

(1) L. 2 C. *si rect.* 5, 2 V. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia* II (Riv. per le Scienze Giurid. N. S. IV, 1929 pag. 23 sgg. estratto).

gli sponsali conclusi dai genitori od ottenere la pena fissata per lo scioglimento (1).

In secondo luogo a favore della non classicità del frammento si possono rilevare alcuni indizi formali quale l'espressione *veterem sponsam* per indicare la donna fidanzata prima dell'assunzione dell'ufficio da parte del magistrato, in luogo della forma, certo più conforme allo stile dei giureconsulti, *sponsam quam ante habuit* od altra equivalente (2); inoltre la frase *in provincia qua quis administrat*, la quale manca di oggetto: un classico avrebbe probabilmente aggiunto, come Marciano nella L. 57 D. eod., la parola *officium* (3). Il frammento d'altronde, reca l'indizio chiaro del rimaneggiamento subito dai compilatori nel próemio, in cui è aggiunta la frase *quamvis-accepterat* (4).

In ultimo deve notarsi la strana dichiarazione finale *et dos data non fit caduca*, strana sia perchè non si comprende per qual ragione il testo enunci la norma nei soli riguardi della *dos data*, senza prospettare gli altri casi di costituzione dotale, sia perchè in ultima analisi in diritto classico questa affermazione, la quale appare un'eccezione di fronte alla regola, sembra inutile e superflua, in quanto il matrimonio fra il magistrato e la provinciale non è sottoposto alla pena della confisca della dote.

Riguardo alla prima osservazione, rileviamo che le norme, le quali ordinano la confisca della dote come pena per i matrimoni illeciti, parlano sempre della dote comunque costituita, senza limitarsi alla sola *dotis datio*. Vedansi le seguenti leggi.

(1) Cfr. su questa legge VOLTERRA, *Sul consenso della filiafamilias agli sponsali*. Roma, 1929, p. 13.

(2) I Basilici traducono l'espressione *veterem sponsam* con *προμνηστευθεῖσαν* (Bas. XXVIII, 4, 20 Heimb. III, 174) commentandola in uno scolio *τὴν πρὸ τοῦ ὄφφικίου μνηστευθεῖσαν*.

(3) Non comprendo perchè nelle varie edizioni non si corregge il testo del Digesto, mutando *qua* in *quam*, venendo in tal modo a far asserire al frammento cosa più logica.

(4) V. per i vari autori DI MARZO, *Lezioni*, cit. pag. 13; VOLTERRA *Studio sull'arrha sponsalicia* cit. I, pag. 69 sgg. estratto.

L. 52 D. eod. *Paulus libro sexto ad Sabinum* Incestae nuptiae neque dotem habent et ideo omne quod perceptum est licet fructuum nomine auferetur.

L. 61 D. eod. *Papinianus libro trigensimo secundo quaestionum* Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio [de dote] < rei uxoriae > (1) redditurus esset maritus solvere debet.

E più chiara di tutte la L. 3 C. Th. *de inc. nupt.* 3, 12 (L. 6 C. *de inc.* 5, 5) degli Imperatori Arcadio Teodosio, la quale prescrivendo le pene per le nozze incestuose, ci fornisce una testimonianza esplicita dell'antico diritto, nominando espressamente, accanto alla *datio dotis*, anche la *dotis dictio* e la *dotis promissio*. *Dos si qua forte solemniter aut data aut dicta aut promissa fuerit, iuxta ius antiquum* fisci nostri commodis cedat.

Il dubbio che Paolo nella L. 38 D. 23, 2 volesse riferirsi alla sola *dos data* come il caso, in cui in pratica avveniva più frequentemente la confisca della dote, mi sembra escluso chiaramente dalla legge citata.

Del resto la dizione della legge di Paolo deve essere sembrata strana anche ai traduttori dei Basilici, i quali hanno reso *dos data* semplicemente con *προξ* commentando in uno scolio (2) *Ἡ πρὸ τοῦ ὄφφικίου συμφωνηθεῖσα*.

Riguardo invece alla seconda osservazione, che cioè ai tempi di Paolo non si doveva aħatto sentire il bisogno di dichiarare la non caducità della dote nella specie in esame, dobbiamo notare che nel diritto pregiustiniano il divieto delle nozze fra il magistrato e la provinciale è basato, secondo quanto abbiamo detto precedentemente, sempre sulla presunzione che il magistrato possa influire, valendosi della sua posizione, sulla volontà della donna o della famiglia di lei. Questa presunzione è chiara ed evidente anche nell'applicazione della pena, la quale si esercita sempre nei riguardi del magistrato e non mai della donna, giacchè, come

(1) LENEL, *Palingenesia* I, 878, n. 5.

(2) Bas. XXVIII, 4, 20 (Heimb. III, 174).

è logico, egli solo viene ritenuto colpevole ove tali nozze abbiano luogo. Vedasi infatti la già citata L. un. C. Th. *si praes. prov.* 3, 6 da cui risulta come ancora all'epoca di Graziano, Valentiniano e Teodosio fosse in vigore tale concetto.

L'esame intorno alla caducità o meno della dote, fatto dalla L. 38 D. 23,2 sembrerebbe rispondere invece ad altri concetti: infatti è chiaro che la confisca costituirebbe esclusivamente una pena per la donna, non già per l'uomo, il quale, non essendo valido il matrimonico, sarebbe sempre costretto a restituire la dote.

Il pensiero classico in questa materia, appare da un frammento appartenente allo stesso Paolo che ci mostra come l'unione fra il magistrato e la provinciale costituita contro il divieto, non fosse considerata alla stessa stregua delle unioni incestuose e sottoposta alle medesime pene, ma fosse ritenuta sottoposta ad un impedimento di natura temporanea, venuto meno il quale, se gli sposi perseveravano nella medesima volontà, si aveva un matrimonio perfettamente valido.

L. 65 § 1 D. *de r. n.* 23, 2 (*Paulus libro septimo responsorum*) Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici... (1).

Questa norma non solo non si accorda affatto con la confisca delle dote, ma mostra chiaramente come in diritto classico tale matrimonio fosse considerato alla stessa stregua di quello intervenuto con una donna che non ha ancora raggiunto l'età prescritta di dodici anni, nel qual caso, come è espressamente dichiarato dalle fonti (cfr. L. 8 D. *de c. c. d.* 12, 4 già esaminata), la dote non è caduca, ma va restituita alla donna o alla famiglia di lei (2).

(1) Cfr. anche L. 6 C. *de nupt.* 5, 4 *Imp. Gordianus A. Valeriae*. Etsi contra mandata principum contractum sit in provincia consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium si in eadem voluntate perseveraverit, iustae nuptiae efficiuntur: et ideo postea liberos susceptos natosque ex iusto matrimonio legitimos esse responsum viri prudentissimi Pauli declarat.

(2) Che anche al caso del matrimonio fra il magistrato e la

È chiaro quindi, dato questo sistema vigente in diritto classico, che, se Paolo avesse affermato la facoltà del preside della provincia di contrarre nozze con la provinciale fidanzata prima dell'assunzione in carica, non avrebbe certo sentito il bisogno di aggiungere, come un'eccezione alla regola, la dichiarazione: *et dos data non fit caduca*.

La necessità invece di tale dichiarazione appare più conforme al diritto giustiniano, dove sembra che, a differenza del sistema classico, si applichi a tutte le infrazioni degli impedimenti nuziali la pena della confisca della dote e di quanto è stato donato ad uno dei contraenti. Ciò risulta in primo luogo da una costituzione di Valentiniano, Teodosio e Arcadio accolta nel Codice Giustiniano. L. 4 C. *de inc.* 5, 5 *Impp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. ad Andromachum comitem rerum privatarum*. Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignaeve sublato fisco vindicari sancimus.

In secondo luogo da alcune espressioni usate in I. 1, 10, in cui, dopo avere lungamente parlato delle nozze incestuose, Giustiniano aggiunge:

§ 11 Sunt et aliae personae, quae propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris digestorum seu pandectarum ex veteri iure collectarum enumerari permisimus. § 12 Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur.... qui autem prohibitas nuptias coeunt et

provinciale, si applicasse il medesimo principio, è del resto chiaramente confermato da uno scolio dei Basilici dell'Anonimo, il quale commentando la L. 52 D. *de r. n.* 23, 2, basandosi anche sulla L. 6 C. *de nupt.* 5, 4 (la quale, come abbiamo visto, calca esattamente, la L. 65 § 1 D. *de r. n.* 23, 2 di Paolo), afferma: Bas. XXVIII, 4, 32, 2 Heimb. III, 179 εἰ μέντοι μὴ παρακολουθήσῃ ἀθέμιτος γάμος, βεβαιεῖται τὸ δοθὲν ἐν προκί...

alias poenas patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur...

Si noti che Giustiniano parla non già di *incestae nuptiae*, ma di *prohibitae nuptiae*, la quale espressione, messa in relazione con quanto afferma nel § 11, sembra voler riferirsi a qualsiasi divieto. Fra le pene cui accenna, vi è anche quella della confisca della dote. Appare quindi logico, data questa dichiarazione generale, che i compilatori, per evitare errori d'interpretazione, sentissero il bisogno di affermare nella L. 38 § 1 D. 23,2 come un'eccezione alla norma, *et dos data non fit caduca*.

Infine, per l'appartenenza ai compilatori della L. 38 § 1 D. 23,2 può dedursi un'ulteriore prova dalla L. un. C. Th. *si rect. prov.* 3, 6, nella quale dopo aver parlato della libertà di scioglimento del fidanzamento da parte della provinciale o della famiglia di lei, si aggiunge sotto altra forma la norma esposta da Paolo nella L. 65 § 1 D. 23, 2 (*impleri autem id postea matrimonium non vetamus, quod tempore potestatis ob eas personas de quibus locuti sumus, arris fuerat obligatum, si sponsarum consensus accedat*), senza affatto parlare dell'eccezione dal medesimo giureconsulto nella L. 38 § 1 D. *de r. n.* 23, 2 che qui pure parrebbe trovare il suo posto naturale (1).

* * *

Il medesimo concetto espresso nella L. 38 D. *de r. n.* 23, 2 di considerare cioè gli sponsali conclusi prima del sorgere di un determinato impedimento come avente in certi determinati casi l'efficacia di rendere valido il matrimonio, appare anche dai seguenti passi, i quali risultano chiaramente interpolati dai bizantini.

(1) Più evidente ancora nell'Interpretatio Visigotica. « Nam si post administrationem aut parentum aut puellarum circa eos, qui sponsalia dederint, voluntas nubendi permanserit, sequatur electa coniunctio » Se veramente la norma della L. 38 § 1 si fosse trovata nelle Sententiae di Paolo, sarebbe strano che non fosse ricordata nel Codice Teodosiano.

L. 36 D. *de r. n.* 23, 2 *Paulus libro quinto quaestionum* Tutor [vel curator adultam] uxorem ducere non potest, [nisi a patre desponsa destinatave testamentove nominata condicione nuptiis secuta fuerit].

La chiusa, la quale contiene la restrizione al principio classico, è già da tempo ritenuta interpolata. Cfr. per tutti BONFANTE, *Corso* I, pag. 205, n. 9; SOLAZZI, *Minore età*, pag. 45 sg.

L. 7 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48, 5 *Marcianus libro decimo institutionum* Qui pupillam suam duxit uxorem nec matrimonium est hoc et potest adulterii accusari, qui tutor [vel curator] fuit et intra vicesimum sextum annum duxit uxorem [non a patre desponsam vel destinatam vel testamento denominatam].

L. 66 D. *de r. n.* 23, 2 *Paulus libro secundo sententiarum* Non est matrimonium si tutor [vel curator] pupillam suam intra vicesimum et sextum annum [non desponsam a patre nec testamento destinatam] ducat uxorem vel eam filio suo iungat...

Anche questi due frammenti che riproducono con quasi le medesime parole il concetto espresso nel precedente, sono considerati interpolati dal BONFANTE, *ibid.* Tutti e tre i frammenti non si accordano poi con un passo pregiustiniano.

Fragm. Vat. 202 (*Ulpianus de officio praetoris tutelaris*) Proinde si cui fuerit pupilla a patre desponsa non debet ei tutor dari, ne nuptiae impediuntur, et datus excusabitur; [et si sponsae suae curator fuerit datus, debet excusari; nisi forte a patre tutor vel curator fuerit destinatus. Aut enim ipse eam pater despondit et utrumque perficiet; aut post mortem patris desponsa est et magis est, ut voluntati patris obtemperetur in onere quam ipsius in matrimonio: quare nuptiae impediuntur].

È chiaro che se la fanciulla fosse stata semplicemente *desponsa* dal padre, lo *sponsus* non avrebbe potuto essere suo tutore o curatore, secondo quanto dichiara Ulpiano, il quale afferma esplicitamente il divieto delle nozze, malgrado il

fidanzamento stretto dal padre. Il passo seguita, facendo un'eccezione per il caso in cui lo *sponsus* sia stato destinato alla tutela dal padre: ciò non è affatto prescritto dalle leggi del Digesto citate, le quali, invece, — cosa da rilevare per mostrare l'importanza degli sponsali in diritto giustiniano — si contentano, contrariamente ad Ulpiano, del solo fatto che il padre abbia stipulato gli sponsali. Fra i *Fragm. Vat.* e il diritto delle *Pandette* vi è dunque una differenza, probabilmente dovuta ai compilatori: per gli uni l'eccezione al divieto delle nozze è basata sulla destinazione dello *sponsus* a tutore o curatore fatta dal padre della fanciulla: per gli altri sugli sponsali costituiti dal padre.

Con ogni probabilità è da ritenere col Solazzi (1) interpolato da giureconsulti postclassici il passo dei *Fragm. Vat.* da *nisi forte* alla chiusa *nuptiae impediuntur*. Oltre gli indizi formali rilevati dal Solazzi (2), e il caratteristico *nisi forte*, il quale fa dubitare della classicità dell'inciso, la spiegazione

(1) *La minore età nel diritto romano*. Roma 1913, pag. 44 sgg.; 135.

(2) *Ibid.* pag. 45. Riporto le sue stesse parole. « Motivi di forma rendono dubbia la genuinità del § 202 non solo nella prima parte, ma anche nella seconda: *nisi forte-utrumque perficiet*. Questa frase ha per soggetto *pater* ed è orribile per significare che si attuano entrambe le volontà paterne, del matrimonio e della tutela. Affinchè il testo non sia contraddittorio, bisogna ritenere che la prima parte alluda ad un tutore dato dal magistrato, la seconda ad un tutore nominato dal padre: la dazione del magistrato non deve aver corso perchè altrimenti s'impedirebbero le nozze: la nomina fatta dal padre è compatibile col matrimonio che sia voluto dal padre stesso». Precedentemente osserva che il *nisi forte-destinatus* si rivela non genuino in quanto « dei due insegnamenti: non deve essere dato come tutore, e, se dato, deve essere scusato, ripete pel curatore solamente il secondo. « Il Solazzi ritiene interpolata anche *et si sponsae-excusari*. Cfr. PEROZZI, *Istituzioni*² I. pag. 539, n. 4, il quale osserva che dal § 202 non risulta che in diritto classico il padre potesse nominare in testamento un curatore alla figlia minore da confermarsi dal magistrato. Anche del curatore *a parte destinatus* si dice che è *datus* dal magistrato e non che è *confirmatus*.

che segue prospetta un caso (*aut post mortem patris desponsa est*) che non sembra accordarsi con la specie esaminata da Ulpiano (*si cui fuerit pupilla a patre desponsa*) (1).

(1) L'interpolazione rilevata dal Solazzi della frase *nisi forte-destinatus*, porta a ritenere postclassica anche la decisione attribuita a Papiniano nella L. 69 § 5 D. *de i. d.* 23, 3 (*Papinianus libro quarto responsorum*) *Nuptiis ex voluntate patris puellae cum filio tutoris iure contractis dos pro modo facultatum et dignitate natalium recte per tutorem constitui potest*. Essa in diritto classico può solo spiegarsi, ammettendo che il padre, prima della morte, abbia dato il suo consenso alle nozze e designato a tutore il futuro suocero della figlia. Ciò sembrerebbe accordarsi con l'eccezione non classica del *Fragm. Vat.* 202 *nisi forte-destinatus*. Logicamente parrebbe doversi applicare per estensione il principio esposto nella prima parte del frammento 202, cioè evitare di nominare tutore il futuro suocero e, se nominato, scusarlo. Non si può infatti ritenere che in diritto classico vigesse per le nozze del figlio del tutore un regime diverso di quello applicato per il caso delle nozze del tutore (V. a questo proposito la L. 66 D. *de r. n.* 23, 2). Non è perciò affatto da escludere che anche la L. 69 § 5 D. *de i. d.* 23, 3 sia dovuta a giureconsulti postclassici. Interessante è rilevare il mutamento che vi apportano i traduttori bizantini. Soppressa la tutela muliebre, essi non possono comprendere il testo e quindi sentono il bisogno di rendere *puella* con ἀνηβος commentando poi negli scoli: (Bas. XXIX, 65, 12 Heimb. III, 410) ἠὲ γάρ. ὅτι περιὼν ἡ τῆς κόρης πατὴρ ἐμνήστευσεν αὐτήν τῷ υἱῷ τοῦ γενομένου αὐτῆς ἐπιτρόπου, ἢ κατὰ τὴν οἰκείαν διαθήκην τοῦτο παρεκελεύσατο· τούτῳ γάρ τῷ τρόπῳ συνίσταται ὁ γάμος, ὡς ἔστι μαθεῖν ἐν τῷ λς. καὶ ξς. διγ. τοῦ προλαβόντος τ.τ. φθάσας ἐτίθαψε. Qui dunque si citano precisamente due leggi interpolate dai compilatori per introdurre la nuova eccezione giustiniana. Un altro scolio, appartenente all'Anonimo, estende la norma al curatore. Νόησον τὸν ποτὲ ἐπίτροπον θεματίζων αὐτὸν καὶ κευράτωρα τῆς κόρης γενομένου. εἰ γάρ ἐπιτροπεύσιμος ἔστιν ἡ κόρη, οὔτε ὁ γάμος συνίσταται (Bas. XXIX, 1, 65, Heimb. III, 410).

È strano ad ogni modo che i compilatori riportino il frammento, riferentesi alla tutela muliebre (l'unico caso possibile), nel diritto delle *Pandette*. V. sull'argomento anche l'interpolata L. 7 C. *de don. i. v. et u.* 5, 16, (che esamineremo più avanti), dove il matrimonio fatto con la volontà del padre della donna, fra la pupilla e il figlio del tutore sembra ora ritenuto valido, ora no.

Comunque, quello che a noi preme rilevare si è che il riavvicinamento dei tre frammenti del Digesto alla L. 38 § 1 D. 23, 2 è evidente: anche qui abbiamo un divieto di matrimonio basato su di una determinata presunzione (1) che viene ad essere superato ove gli sponsali siano stati già conclusi. Questi frammenti, quindi, oltre fornirci altri esempi della nuova efficacia attribuita dai bizantini agli sponsali, aiutano a confermare la nostra ipotesi sull'interpolazione della L. 38 § 1 D. 23, 2, la quale risponde al medesimo concetto.

* * *

Sempre in tema di innovazioni operate dai bizantini nel campo degli sponsali, possono utilmente richiamarsi le seguenti leggi, da cui si rileva il nuovo concetto di volere equiparare per una serie di effetti il fidanzamento al matrimonio. Mentre da una parte i compilatori, come abbiamo visto, permettono il matrimonio quando prima del sorgere di un impedimento fossero stati contratti gli sponsali, dall'altra estendono agli sponsali alcuni impedimenti stabiliti per il matrimonio.

L. 15 D. *de spons* 23, 1 *Modestinus libro singulari de enucleatis casibus* Tutor factam pupillam suam nec ipse uxorem ducere nec filio suo in matrimonio adiungere potest. [scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere].

L. 16 eod. *Ulpianus libro tertio ad legem Iuliam et Papianam* Oratio Imperatorum Antonini et Commodi, [quae quasdam nuptias in personam senatorum inhiuit], de sponsalibus nihil locuta est. [recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest] (2).

L. 60 § 5 D. *de r. n.* 23, 2 *Paulus libro singulari ad oratio-*

(1) Cfr. L. 64 § 1 D. *de r. n.* 23, 2.

(2) Cfr. precedentemente le nostre osservazioni a proposito di questa legge.

nem divi Antonini et Commodi Quamvis verbis orationis cautum sit, ne uxorem tutor pupillam suam ducat, [tamen intelligendum est ne desponderi quidem posse: nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest: nam quae duci potest iure despondetur.]

Le interpolazioni dei tratti racchiusi fra parentesi quadre sono state già da tempo dimostrate dal Riccobono (1), la cui opinione è generalmente seguita (2). Sulla L. 16 D. *de spons.* 23, 1 abbiamo già fatto precedentemente varie osservazioni. Il Di Marzo (3), pur riconoscendo in parte le interpolazioni rilevate dal Riccobono, ritiene che esse abbiano però un valore più formale che sostanziale. Già nel diritto classico, egli sostiene, si sarebbe riconosciuto che gli impedimenti al matrimonio sono « anche di ostacolo agli sponsali, eccetto che i motivi che li giustificano non abbiano importanza quanto alla semplice promessa di matrimonio ». In altre parole, il principio contenuto nella L. 60 § 5 D. 23, 2 *nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest* sarebbe già stato riconosciuto ed applicato dai classici. L'opinione dominante, giustamente combattuta dal Di Marzo, distingue invece fra impedimenti permanenti e

(1) *Prospectus montium* (Studi Fadda I, pag. 305 sg.); Mélanges Fitting II 489 n. 80.

(2) Cfr. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* Napoli 1910 pag. 249 sg.; ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias* cit. pag. 17 (estratto).

(3) *Lezioni sul matrimonio romano* cit. pag. 13 sgg. Il PEROZZI (*Istituzioni*² I, pag. 356 n. 3) non accetta la tesi del Riccobono, basandosi sulla L. 44 pr. D. *de r. n.* 23, 2, la quale, come abbiamo visto, riporta un passo della *lex Iulia et Papia Poppaea* che vieta ai senatori non solo di contrarre matrimonio con le liberte, ma anche sponsali. Su questa legge cfr. le nostre precedenti osservazioni. In ogni modo questa legge avrebbe importanza per il sistema augusteo e non per quello classico. Il BONFANTE, (*op. cit.* p. g. 228 n. 3) riguardo alla L. 60 § 5 D. 23, 2 si limita a dichiarare « non interpolata nella parte sostanziale e dispositiva »

impedimenti temporanei al matrimonio: i primi solo sarebbero di ostacolo agli sponsali, mentre i secondi no (1).

Ci sembra invece che la critica del Riccobono abbia colto giustamente il diverso concetto dei classici e dei bizantini in materia di impedimenti agli sponsali. I primi, dato il loro sistema di fidanzamento, di cui abbiamo già visto la struttura, difficilmente dovevano essere portati ad estendere gli impedimenti matrimoniali anche agli sponsali ed in genere ad occuparsi di tale questione, la quale invece doveva interessare assai i bizantini. Ora, noi abbiamo alcune leggi classiche, le quali ci mostrano come tanto gli impuberi quanto la vedova prima del tempo prescritto per il lutto possano strin-

(1) Base di questa opinione sarebbe il divieto degli sponsali agli appartenenti all'ordine senatorio, di fronte invece alla possibilità di stringere validamente sponsali da parte del minore e della vedova prima dell'anno del lutto. Ma, oltre alle considerazioni da noi fatte precedentemente sulla L. 44 pr. D. *de r. n.* 23,2, dobbiamo qui richiamare l'acuta osservazione del Di Marzo, il quale cita la L. 27 D. *eod.* per dimostrare che i Romani consideravano il divieto delle nozze fra senatori e libertine come un impedimento di natura temporanea.

Il Perozzi (*l. cit.*) sostiene invece che tutte le cause, per le quali un matrimonio è ingiusto, tolgono validità agli sponsali. Il caso della vedova, la quale stringe validamente sponsali prima dell'anno del lutto si spiegherebbe col fatto che essa può sempre contrarre un matrimonio, pur incorrendo in una pena. Ma il Perozzi non spiega però il caso dell'impubere, il cui matrimonio non è valido, e che pure può contrarre sponsali. Non mi pare poi esatta l'osservazione che le L. 1 C. 5,2 e L. 6 C. 5,4 «provano, non che prima nel caso contemplato nella L. 38 pr. D. (23,2), gli sponsali fossero validi, ma che usava farli e se ne pretendeva una validità che gli imperatori respingono, traendo una giusta conseguenza dall'invalidità del matrimonio». Nella prima legge, la quale appartiene all'epoca del Basso Impero, non appare essere certo questo il pensiero degli Imperatori: gli sponsali sono validi, solo si dà facoltà alla donna o alla famiglia di lei di scioglierli, senza obbligo di restituire le arre. Nella seconda legge non si fa poi parola di sponsali.

gere sponsali (1). Sono precisamente queste che hanno permesso al Di Marzo di sostenere che i classici avrebbero distinto fra i motivi, i quali hanno importanza per la promessa di matrimonio e quelli che invece non ne hanno. Noi riteniamo piuttosto che tale distinzione sorge solo nel diritto giustiniano per il fatto che i compilatori hanno interpolato una serie di leggi classiche, lasciando intatte le altre citate. I bizantini, avrebbero creato la regola *cum qua nuptiae*, ecc. aggiungendovi, date le innovazioni introdotte nella L. 38 pr. e § 1 D. *de r. n.* 23,2 e date le L. 10 § 1 D. *de h. q. n. i.* 3,2; L. 14 D. *de spons.* 23,1, la limitazione del *plerumque*, appunto per accennare alle eccezioni vigenti.

L'argomento principale citato dal Di Marzo per sostenere la classicità del principio dichiarato nella L. 60 § 5 D. 23,2 è dato dalle parole della L. 32 § 28 D. *de don. i. v. et u.* 24,1 ...*Sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupillam ...et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? et putem etiam sponsalia improbanda...* «Qui, soggiunge l'illustre scienziato, gli sponsali del tutore con la pupilla sono proprio trattati da Ulpiano alla stessa stregua degli sponsali di un senatore con una libertina. Come è possibile dunque non vedere nell'ultimo tratto del fr. 15 (D. 23,1) il ricordo di una nozione essenzialmente classica, interpolata dai commissari giustiniani col solo proposito di includerla nel titolo de sponsalibus?»

(1) L. 10 § 1 D. *de his qui not. inf.* 3,2; L. 14 D. *de spons.* 23,1; ULP. *Reg. Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet.* Cfr. anche i numerosi passi più volte citati, i quali ammettono di poter stringere validamente sponsali anche prima dell'età prescritta per il matrimonio. La dichiarazione della nota L. 38 pr. D. *de r. n.* 23,2 *quamvis sponsare non prohibeatur* a proposito degli sponsali del magistrato della provincia sembrami invece posta dai compilatori allo scopo di poter richiamare, subito dopo il divieto delle nozze fra il magistrato e la provinciale, la disposizione che concede alla donna di ritirarsi dall'impegno, senza restituire al doppio le *arrae: ita scilicet ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditus quas acceperat.* Cfr. del testo DI MARZO, *op. cit.* pag. 32.

Ma dal confronto con altri frammenti ed in specie col § precedente della medesima legge, il § 28 risulta interpolato dai compilatori: esso quindi costituisce una nuova prova del diverso concetto introdotto da Giustiniano di fronte alla decisione originaria classica.

La questione ci porta a prendere in esame vari testi.

L. 32 §§ 27, 28 D. *de don. i. v. et u.* 24, 1 (*Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum*) Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum [quasi] mariti inmatra sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. sed est verius quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis [iam uxorem esse putet qui duxit], < *in domo loco nuptiae esse coeperit* > si vero non praecesserint neque sponsalia esse quoniam non fuerunt neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. [ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit] § 28 Sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupillam [vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur], et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? [et putem etiam sponsalia improbanda et quasi ab indignis ea quae donata sunt ablata fisco vindicari].

La prima parte del § 27 mostra che gli sponsali potevano sussistere anche in casi, in cui erano vietate le nozze: le parole *Si quis sponsam habuerit deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant* sono ben chiare in questo senso. La risoluzione finale invece che il giurista dà alla questione propostasi: *ideoque si sponsalia — sed quasi ad uxorem fecit*, la quale fa dipendere dall'esistenza degli sponsali la validità delle donazioni, è in contrasto con i principi vigenti in ordine alle donazioni fra coniugi e sembra rispondere prettamente a concetti giustiniane.

Anzitutto notiamo che Labeone, qui citato da Ulpiano, riteneva, come ci dimostra una sua decisione fortunatamente conservataci in altro frammento, esser valide le donazioni fatte dall'uomo alla donna unitasi in matrimonio prima di aver compiuta l'età prescritta per le nozze.

L. 65 *eod.*. *Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum* Quod vir ei, quae nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo.

In secondo luogo, un altro passo del Digesto, la L. 9 D. *de spons.* 23, 1 che abbiamo già precedentemente esaminato, appartenente al medesimo Ulpiano, ci mostra quale fosse la specie discussa da Labeone e Giuliano, riportando con quasi le medesime parole quanto è esposto nella L. 32 § 27 D. 24, 2. Come vedremo più innanzi, la decisione *si quidem praecesserint sponsalia durare ea, quamvis in domo loco nuptiae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta*, non autorizza affatto la decisione in merito alla validità o meno delle donazioni *ideoque* ecc. Dal confronto fra i due passi risulta un'importante innovazione bizantina che rivela come il testo sia stato rimaneggiato dai compilatori. Dove infatti il giureconsulto classico, il quale ha di mira l'elemento obiettivo per l'esistenza del matrimonio, parlava di *quamvis in loco nuptiae esse coeperit*, i compilatori, invece, preoccupati di porre in risalto l'elemento subbiiettivo per l'esistenza del matrimonio, l' *affectio maritalis* (1), mutano nella L. 32 § 27 in *quamvis iam uxorem esse putet qui duxit*.

Tale preoccupazione, squisitamente bizantina, della ricerca dell'elemento subbiiettivo si riscontra anche nell'ultima parte della L. 32 § 27 D. 24, 1, dove, per decidere

(1) Per la dimostrazione dell'antitesi in questo campo fra classici e giustiniane cfr. i notissimi lavori dell'ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis* (Rend. Ist. Lomb. LXII, 1929) e *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso giustiniano* (Studi Ascoli).

Il confronto dei due passi in questione mi sembra costituire un nuovo argomento a favore della tesi dell'Albertario.

sulla validità o meno della donazione, ci si basa sull'intenzione, l'*animus* del donante, se cioè questi abbia inteso fare una donazione ad una *extranea* oppure ad un'*uxor*. I classici, invece, si sarebbero basati esclusivamente sull'elemento obiettivo, vale a dire sull'esistenza o meno di un matrimonio valido al momento della donazione, come del resto ci è dimostrato dalla legge di Labeone precedentemente riportata e dagli esempi citati. La dichiarazione *neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt*, doveva portare logicamente alla conclusione che, dunque, la donazione era valida, in quanto interceduta fra persone non ancora unite in matrimonio. Infine nel passo in esame appare fin troppo chiara la contraddizione fra l'ultima parte del paragrafo e quanto precede. Infatti non si comprende come, dopo aver affermato *si minus nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit* si possa giungere, mediante un *et ideo*, alla dichiarazione *nec oratio locum habebit*!

La contraddizione è stata avvertita sin dai tempi del Fabro, il quale attribuisce il passo a Triboniano (1), anche

(1) *De erroribus pragmaticorum* decad. LXXIX err. VI Credo opportuno riportare il ragionamento del grande critico: « Facile mihi persuadeo eiusdem Triboniani esse quicquid est in § praecedente (*scil.* 27) a primis illis verbis, si quis sponsam usque ad finem... Tum ibi od maxime quod non puto defendi posse distinctionem eo loco positam, ut si sponsalia praecesserint nuptias puellae nondum voripotentis, et in quam tamen sponsus donationem contulerit, valeat donatio. Si vero nulla praecesserint, nullius quoque momenti donatio sit... Magis ergo prodesse debet ad validandam donationem, quod illa uxor nondum fit, quam nocere quod non fit penitus extranea. Quod vero sequitur *et ideo nec oratio locum habebit* valde indiget explicatione. Nam quemadmodum cum ab initio valet donatio, non est tractandum de oratione divi Severi, ut donatoris morte confirmetur, quia ea solummodo confirmantur ex oratione donationes quae moribus et iure civili impediuntur... Ita et omnes illae, quae ne valeant impediuntur ob matrimonium, valent ex oratione... Sed quae ex alia quam matrimonii causa impediuntur, id est quae inter alias etiam personas quam inter coniuges factae non valerent, eae ad orationem Severi non pertinent... At quae nulla est cum nihil fit, confirmari nullomodo potest. Et ad hoc

in base a rilievi formali come il *facere donationem ad* che egli ritiene non essere forma classica. Ultimamente l'interpolazione del passo è stata sostenuta dal Beseler (1) e dal Dumont (2), il quale crede che Ulpiano nel testo originale si domandasse non se le donazioni *quasi in sponsalibus factae valeant*, ma se le donazioni fatte dopo la conclusione di un matrimonio vietato, potessero essere ripetute mediante una *condictio*, come se fatte in un matrimonio valido.

A nostro modesto avviso la decisione bizantina finale deve certo avere qualche rapporto con la nuova importanza giuridica assunta negli ultimi tempi del diritto romano dalle donazioni intervenute fra fidanzati. Quello che a noi preme di rilevare si è che nella legge in esame il principio di far dipendere la validità della donazione dal fatto che abbiano avuto luogo o meno gli sponsali è bizantino e non classico. Ora, nel paragrafo seguente che a noi soprattutto interessa, si rileva lo stesso principio, giacché anche qui le parole *et putem etiam sponsalia improbanda* sembrano mostrare che la validità della donazione dipende da che essa sia stata data in sponsali validi o meno.

L'interpolazione del § 27, oltre mostrarci un nuovo effetto attribuito dai bizantini agli sponsali, ci avverte della non genuinità del § 28: del resto anche da altri indizi si rileva che esso nella sua seconda parte non fu scritto da Ulpiano. L'unione di un senatore con una liberta dava luogo ad un concubinato e quindi la donazione in questo caso doveva

Tribonianus respexisse videbitur cum ita scripsit *si minus, nulla est et ideo nec oratio locum habebit*. Non dixit nullis praecedentibus sponsalibus non valere donationem. Inepta enim fuisset consecutio illa *et ideo nec oratio locum habebit* ».

(1) *Miszellen* (Zeitschr. d. Savigny Stiftung 45, 1925, pag. 470).

(2) *Les donations entre époux en droit romain*. Paris 1928, pag. 30 n. 2 (31, 32). Per i vari tentativi di conciliazione Cfr. ASCOLI, *Trattato delle donazioni* pag. 506. L'interpolazione dell'inciso *et a nobis* è sostenuta dal PAMPALONI, *Archivio Giuridico LV* (1895) pag. 516; BESELER, *op. cit.*

dichiararsi valida, come troviamo deciso nel *Fragm. Vat.* 253 b (L. 31 D. *de don.* 39, 5).

Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit, nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere quod ante iure valuit. an autem maritalis honor [et affectio] (1) pridem praecesserit... personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi.

Più chiaramente la validità delle donazioni fra persone cui è vietato contrarre matrimonio, è espressa in forma generale dallo stesso Ulpiano nella L. 3 § 1 D. *de don. i. v. et u.* 24, 1.

(*Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum*) Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatusconsultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. [sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt].

L'aggiunta *sed fas-deliquerunt*, già da tempo riconosciuta come un'interpolazione compilatoria (2), rivela nella sua maldestra appiccatura al resto del testo e nel suo contrasto logico con quanto precede, il nuovo concetto giustiniano, il quale nega validità alle donazioni intercedute in matrimoni proibiti e le confisca. Tale concetto appare anche in un'altra interpolazione bizantina.

L. 7 C. *de don. i. v. et u.* 5, 16 *Imp. Alexander A. Theodotae*. Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata

(1) Per l'interpolazione Cfr. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, cit. pag. 10-11 estratto.

(2) BONFANTE, *Corso I*, pag. 218, n. 1; BESELER, *Miszellen Zeitschr. d. Savigny Stiftung* 45, 1925, pag. 420; VOLTERRA, *Delinquere nelle fonti giuridiche romane* (Rivista Ital. per le Scienze Giuridiche N. S. V 1930, pag. 27 estratto).

in maritum donatio ipso iure irrita est. sed si matrimonium iure non valuit, licet ipso iure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt.

Il Solazzi (1) rileva chiaramente il rimaneggiamento del frammento, ponendo in risalto le contraddizioni in esso contenute: non si comprende infatti perchè il matrimonio contratto *ex voluntate patris*, ora debba essere valido, ora nullo. Non mancano nemmeno indizi formali: *super revocandis his* non si accorda con *donatio*; *utiles actiones competunt* è prettamente bizantino.

È chiaro quindi che anche la chiusa della L. 32 § 28 D. *de don. i. v. et u.* 24, 1, in contrasto con il diritto classico, rispecchia il principio giustiniano e non può certo appartenere ad Ulpiano. Anche questa interpolazione è avvistata dal Fabro (2), il quale non esitava a dichiarare... *quod pertinet ad §. ult., totum Triboniani esse docuimus*. Il Beseler (3) limita invece l'interpolazione alle *rasi quis-prohibentur e putem-vindicari*; il Dumont (4), invece, è d'opinione che la parte interpolata dai compilatori si riduca alla frase finale *et quasi ab indignis-vindicari*, posta allo scopo di richiamare la disposizione accolta nel Codice Giustiniano di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio (5) e — aggiungiamo noi — nella già richiamata L. 3 § 1 D. *de don. i. v. et u.* 24, 1.

(1) *La minore età nel diritto romano* cit. pag. 50 n. 1.

(2) FABRO, *De erroribus pragmaticorum* decad. LXXIX error. VI. Cfr. le osservazioni che al Fabro muove il DUMONT, *op. cit.*, pag. 32, 33 n.

(3) *Op. cit.* L'ALBERTARIO, *Rend. Ist. Lombardo LVIII* (1925) pag. 30 n. 1 reputa interpolata *quis-prohibentur*. Il SOLAZZI (*op. cit.*, pag. 50, n. 1) *putem-vindicari*. Cfr. anche BONFANTE, *op. cit.*, pag. 218, n. 1.

(4) *Op. cit.*

(5) L. 4 C. *de i. et in. n.* 5, 5 riportata precedentemente. In essa la norma è espressa con quasi le medesime parole della chiusa della L. 32 § 28 D. 24, 1: *ut indigno indignaeve sublatum fisco vindicari sancimus*.

In conclusione, l'esame delle leggi sopra riportate, non solo ci conferma luminosamente l'interpunzione della L. 60 § 5 D. 23, 2 e l'appartenenza ai compilatori del principio ivi dichiarato, ma ci fornisce altri e significativi esempi di come i bizantini abbiano tentato, attraverso il rimaneggiamento dei testi classici, di attribuire una nuova importanza agli sponsali, applicando loro una serie di disposizioni speciali.

* * *

Per quanto riguarda la norma richiamata da quasi tutti gli autori sul diritto del fidanzato ad agire per l'ingiuria fatta alla sponsa, basta leggere la legge citata in proposito per vedere come essa in realtà enunci un principio ben diverso.

L. 15 § 24 D. *de in. 47, 10* (*Ulpianus libro septuagesimo septimo ad edictum*) *Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.*

Ulpiano, commentando le parole dell'editto *qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse diceretur quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo* afferma che lo sponsus era ammesso ad agire per l'ingiuria fatta alla sponsa. Come risulta dalla seconda parte del testo *etenim spectat ecc.*, egli è ammesso ad agire, non già in nome della fidanzata per l'ingiuria che abbia colpito la donna, ma solo in quanto si considera che l'attentare alla pudicizia della fidanzata sia un'ingiuria fatta anche contro il fidanzato, con l'intenzione di offendere la sua onorabilità (1).

(1) Giova a questo proposito ricordare un'altra illazione che alcuni cultori del diritto romano hanno voluto trarre dalle leggi, le quali affermano la concessione dell'*a. iniuriarum* per le offese contro lo schiavo. Ci si è basati su questa concessione come argomento per sostenere il riconoscimento giuridico della personalità dello schiavo. Ma è invece chiaro che è il padrone, il quale viene ad essere offeso nel suo decoro attraverso lo schiavo. V. L. 25 D. *de in. 47, 10* di Ulpiano e L. 6 pr. D. *ad l. Jul. de ad. 48,5*. Sull'argomento cfr. BONFANTE, *Corso I*, pag. 150-151.

In altre parole, l'atto si considera commesso con lo scopo di colpire, attraverso la donna, l'uomo. Le parole *spectat ad contumeliam eius iniuria...* non lasciano dubbio su ciò. Infatti, come ha dimostrato brillantemente l'Huvelin (1), mentre in un primo tempo la nozione dell'ingiuria in diritto romano comprende solo gli atti di violenza fisica (esclusi naturalmente i più gravi), i quali sono repressi senza tenere conto se vi sia o meno l'intenzione di offendere, dopo il VII secolo compare una nozione nuova e più larga dell'ingiuria, e più conforme ai concetti del tempo, la *contumelia*. Essa, che corrisponde all'*ὕβρις* greca (2), deriva dal verbo latino *contemnere* e, come provano i numerosi esempi delle fonti letterarie e giuridiche, può definirsi precisamente il disprezzo della personalità di taluno e quindi la volontà di oltraggiare quella determinata persona. Essa aggiunge alla nozione di *iniuria* un nuovo elemento, l'*animus iniuriandi*. Questo nuovo concetto trasforma il diritto anteriore, sia in quanto porta a reprimere alcuni atti non ancora sanzionati dalla legge, sia in quanto tende a raccogliere insieme tutti i reati che implicano il disprezzo della personalità altrui, fondendoli in una nozione unica. Nel diritto classico tale fusione è avvenuta ed i due concetti distinti dell'*iniuria* (offesa fisica) e della *contumelia* (offesa morale) sono compresi nella vastissima denominazione di *iniuria*, la quale dal significato originale si è esteso sino a comprendere questo ordine diverso di rapporti.

Non vi è quindi dubbio che Ulpiano, dichiarando nella seconda parte del frammento in esame *spectat etenim ad contumeliam eius iniuria quaecumque sponsae eius fit*, esprime ben chiaramente le ragioni per cui si concede l'azione al fidanzato: esso è legittimato in quanto si considera l'offesa al pudore della fidanzata come commessa allo scopo e con la volontà di oltraggiare la personalità morale dello sponsus. Ciò risponde

(1) *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* (Mélanges Ch. Appleton, pag. 269 sgg.).

(2) HUVELIN, *op. cit.*, pag. 763.

pienamente al punto di vista sociale e, dato che nella repressione dell'ingiuria si ricerca l'intenzione di oltraggiare, è logico che il Pretore e la giurisprudenza si basino in questo campo su concetti sociali più che su concetti giuridici. Lo *sponsus*, teniamo a ripeterlo, agisce per reprimere una propria ingiuria, non già perchè il suo rapporto di sponsali gli dia il diritto di agire per un'ingiuria commessa contro la fidanzata.

Del resto, basta considerare che nel diritto classico in caso di stupro commesso sulla *sponsa* al fidanzato non è concessa nessuna accusa speciale contro la fidanzata o il suo complice, per comprendere subito che nemmeno in casi di attentati meno gravi al pudore doveva essergli concesso un diritto speciale sulla base del suo rapporto di sponsali.

In conclusione quindi, lo stesso ragionamento esposto dal giureconsulto romano nella L. 15 § 24 D. 47, 10 prova in modo ben evidente che la concessione dell'*actio iniuriarum* al fidanzato può illuminarci sulla nozione attribuita dalla giurisprudenza alla *contumelia* ed all'*iniuria* e sulla loro applicazione pratica basata su concetti sociali, può anche mostrarci l'importanza sociale degli sponsali in Roma all'epoca di Ulpiano, ma non può certo citarsi come un vero e proprio effetto giuridico degli sponsali riconosciuto dal diritto classico.

Terminato questo lungo esame di testi, passiamo ad esaminare quali sono veramente gli effetti del fidanzamento nell'epoca classica. Della lista che comunemente presentano i trattati rimangono ben pochi larvati riconoscimenti, i quali ci confermano anch'essi del carattere più che altro sociale dell'istituto degli sponsali.

Un passo di Ulpiano ci apprende che il Pretore nel suo editto dichiarava infame colui che nel medesimo tempo stringeva doppi sponsali.

L. 1 D. de h. q. n. i. 3, 2 *Iulianus libro primo ad edictum*

Praetoris verba dicunt : « Infamia notatur... (1) quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit ».

L. 13 §§ 1, 2, 3, 4 D. *cod. (Ulpianus libro sexto ad edictum*
Si quis alieno nomine bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi eius nomine constituat, quem quamve in potestate haberet: certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisse. Quod ait praetor « eodem tempore » non initium sponsaliorum eodem tempore factum accipiendum est, sed si in idem tempus concurrant. Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia edicti punitur. Cum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est, erit notatus.

Tale norma va naturalmente considerata, tenendo conto del valore che ha l'*infamia* nel diritto romano. In origine, come è noto, l'*infamia* è la dichiarazione di escludere un determinato individuo dal *postulare pro alio*: quindi non è una vera e propria pena, ma più che altro un'affermazione di diminuita stima sociale. Nell'editto non si accompagnava tale dichiarazione con una condanna morale, ma si lasciava alla voce pubblica di pronunciarla. È chiaro quindi che le norme soprariportate rispecchiano più che altro l'importanza sociale degli sponsali nell'epoca classica. Se teniamo poi conto che Giustiniano ha convertito la categoria sociale degli infami in una categoria legale, trasformando quelle che erano le antiche incapacità in conseguenze dell'infamia, vediamo che i medesimi frammenti, considerati non dal punto di vista classico, ma come facenti parte del diritto della compilazione, assumono un diverso valore.

Altra norma che noi troviamo applicata nel diritto classico è quella che esenta i fidanzati, il futuro socero e il futuro genero a testimoniare gli uni contro gli altri.

(1) Il LENEL, (*Palingenesia* Ulp. 277) ritiene interpolata la frase *praetoris-notatur*.

L. 5 D. *de test.* 22, 5 *Gaius libro quarto ad legem Iuliam et Papiam* In legibus quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem.

Le leggi, alle quali accenna Gaio, sono, come rivela il frammento precedente di Paolo, le *leges Iuliae iudiciorum* (1).

Alla stessa materia e non già alla disposizione relativa agli orbi, si riferisce con ogni probabilità anche la L. 6 § 1 D. *de grad. et adf.* 38, 10.

(*Ulpianus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam*) Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item socii et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur.

L'opinione, sostenuta da Cuiacio (2), ha a suo favore non solo la quasi identità di espressione usata da Gaio e da Ulpiano, ma anche il fatto che, come ci mostra un altro frammento tratto dal libro quinto del commento alla *lex Iulia et Papia* di Ulpiano, il giureconsulto si doveva in questo luogo occupare delle persone *exceptae* dall'obbligo della testimonianza (3).

(1) *Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* Lege Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum generum... ecc.

(2) *In lib. XVI de verb. signif. lib. L. Digest* (ad l. CXXXVI) (Opera ed. Venezia t. VIII, 559) Lex 136 pertinet ad illud caput legis Iuliae et Papiae, quo cavetur, ne gener aut socer invitus testimonium dicat... Ad quod caput etiam referri debet l. 6 *de gradib. et adfin.* et haec lex, quae generi appellationem interpretatur latissime, ut gener dicatur non tantum maritus filiae, sed et maritus neptis ex filio, vel filia, vel maritus pronepotis, quae interpretatio adhibetur d. l. 6.

(3) L. 136 D. *de verb. signif.* 50,16 *Ulpianus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam* Generi appellatione et neptis et proneptis tam ex filio quam ex filia editorum ceterarumque maritos contineri manifestum est. Inoltre possiamo anche aggiungere quanto dichiara Paolo sullo scopo che ha il giureconsulto di conoscere i vari gradi di parentela e di affinità. L. 10 pr. D. *de grad. et adf.* 38,10 *Iuris consultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia*

Del resto che questo significato dei termini di *socer* e *gener* fosse riferito dai giureconsulti classici nei commenti alla *lex Iulia de publicis iudiciis*, (ove, come apprendiamo dalle L. 4 D. *de test.* 22, 5 e dalla L. 10 pr. D. *de grad. et adf.* 38, 10 di Paolo, erano dichiarate le persone esenti dalla testimonianza), lo mostra chiaramente anche la L. 4 D. *ad leg. Pomp. de parr.* 48,9, tratta dal libro primo *de publicis iudiciis* di Marciano, della quale, come abbiamo visto, i bizantini si servono per spiegare una loro norma sugli sponsali.

Marcianus libro primo de publicis iudiciis... pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur (1).

Anche la norma dichiarata da Gaio si basa più che altro sull'importanza sociale degli sponsali ed è emanata più nell'interesse della giustizia che per volere attribuire un determinato effetto al fidanzamento ed equiparare i fidanzati ai coniugi. È chiaro infatti che gli stessi motivi pratici i quali portano ad escludere dall'obbligo della testimonianza il genero ed il suocero, debbano valere anche nei riguardi dei

legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consuerunt: sed et edicto praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem: praeterea lege iudiciorum publicorum contra adfines et cognatos testimonium inviti dicere non cogimur.

(1) Riferendo la L. 6 D. *de grad. et adf.* 38,10 all'esenzione dalla testimonianza, cade l'opinione della dottrina dominante, la quale afferma (Perozzi, Di Marzo) che Ulpiano in questa legge impartiva il suo insegnamento a proposito dell'eccezione concessa dalla *lex Papia* agli orbi, ammettendo che essi potessero ottenere per successione più della metà delle sostanze da una persona legata ad essi per semplice rapporto di sponsali. Tale opinione, completamente arbitraria e priva di indizi a suo favore, sembra negata sia dal fatto che in nessun luogo delle fonti si afferma mai questa norma nei riguardi degli sponsali, sia dal fatto che il libro quinto dell'opera di Ulpiano *ad legem Iuliam et Papiam* non doveva riferirsi alla parte della legge eriguardante gli orbi (il terzo frammento che ci è conservato, la L. 14 D. *de i. p.* 37, 14 si occupa della qualità di patrono). La L. 4 D. *ad leg. Pomp. de parr.* 48,9 e la L. 5 D. *de test.* 22, 5 mostrano invece chiaramente che il medesimo insegnamento fatto da Ulpiano nella L. 6 D. *de grad. et adf.* 38, 10 si applicava alla testimonianza.

futuri suoceri e generi, i quali possono avere le medesime ragioni per non prestare una testimonianza conforme a verità.

I bizantini, invece, riportando isolata nelle L. 6 D. 38, 10 e L. 4 D. 48, 9 l'interpretazione sul significato di genero e suocero, tendono a trasformare tale interpretazione in una norma di carattere generale e a porre il più possibile in rilievo l'importanza giuridica degli sponsali.

* * *

Siamo così giunti al termine della nostra ricerca, la quale, attraverso questo esame dei singoli testi, ci ha permesso di assistere ad un aspetto dell'evoluzione subita dall'istituto degli sponsali nel diritto romano. Sorpassata la prima epoca, nel diritto del tempo degli Antonini e dei Severi gli sponsali appaiono essere un istituto eminentemente sociale. Il diritto postclassico e giustiniano gli ricollega parecchi effetti legali, alcuni dei quali assai importanti, e viene sempre più ad equiparare per una serie di casi i fidanzati ai coniugi. Anche in questo campo la trasformazione del diritto di famiglia sotto l'impulso delle nuove concezioni sociali è vasto e profondo. Dal fidanzamento descritto dai giureconsulti classici siamo passati al nuovo tipo, il quale, oltre che per l'applicazione di istituti orientali propri degli sponsali cristiani, risponde sempre più anche per gli effetti ad esso attribuiti al tipo del fidanzamento applicato nel rituale e nel diritto della Chiesa orientale (1). Le nuove norme da noi esaminate, poste nel Digesto e nel Codice accanto ad altre che rispecchiano invece il carattere eminentemente sociale del fidanzamento classico, confermano ancora una volta l'esistenza nel diritto della compilazione di due tipi di sponsali, gli uni in uso all'epoca pagana, i quali nel VI secolo hanno un'importanza più che altro storica, gli altri sorti all'epoca cristiana, a cui gli Imperatori, sotto l'influsso delle norme ecclesiastiche, attribuiscono una sempre maggiore importanza.

(1) Per il ricordo e l'applicazione di varie delle norme sopra esaminate negli scrittori ecclesiastici orientali. Cfr. ZHISHMAN, *op. cit.*, pag. 387 sgg.