



- ◆ 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)

---

---

## RICERCHE INTORNO AGLI SPONSALI IN DIRITTO ROMANO

---

L'istituto degli sponsali nel diritto romano presenta nella sua lunga e svariata evoluzione un apparente ricorso storico, dovuto in realtà al nuovo concetto del fidanzamento cristiano, che, in contrasto con gli sponsali classici, dall'ambiente sociale penetra lentamente e faticosamente nella legislazione mediante indiretti riconoscimenti di nuovi istituti e principi. Se infatti mettiamo a confronto il sistema degli antichissimi sponsali quiritari, quale ci appare dai vaghi ed incerti ricordi letterari e giuridici, con il sistema che troviamo applicato nel diritto giustiniano, ritroviamo alcuni punti di somiglianza, ma un attento esame ci fa subito scorgere che i due sistemi sono fondati su basi del tutto distinte e che rispondono ad esigenze e motivi profondamente diversi, per non dire addirittura a contrasto fra loro. È precisamente questo stato di cose, il quale si rispecchia anche nella confusione fra antico e nuovo diritto delle fonti giustiniane, che ha reso sempre difficile e poco sicura la ricostruzione dell'istituto in diritto romano.

In uno studio precedente sull'arrha sponsalicia ho tentato di porre in luce l'evoluzione degli sponsali romani, rilevando come essa presenti una caratteristica propria di fronte agli altri diritti dell'antichità. Mentre il regolamento giuridico degli sponsali emerge sempre in epoca primitiva e cade in epoca civile, in diritto romano invece, superata la prima

fase, il passaggio dal diritto classico (dove il fidanzamento, perduta l'antica sua importanza, privo di forme e basato su di un sistema di completa libertà, è ormai un istituto sociale più che giuridico) al diritto giustiniano, presenta due caratteri salienti. In primo luogo la penetrazione di una serie di istituti di origine straniera, come l'arrha sponsalicia, la donazione nuziale, la stipulazione penale, i quali mirano a mutare sempre più il libero fidanzamento classico in un fidanzamento formale a cui si accompagna un sistema di coazione volto ad impedirne lo scioglimento. In secondo luogo il riconoscimento di una serie di nuovi ed importanti effetti giuridici, i quali contribuiscono sempre più a renderlo un vero istituto legale e, seguendo in ciò il concetto orientale che considera gli sponsali un matrimonio iniziato, avvicinano per molti elementi i fidanzati ai coniugi.

Per fissare chiaramente questa evoluzione rimane ancora da studiare le varie norme attribuite agli sponsali classici conservateci nei testi giuridici e letterari, distinguendo fra esse quelle che si riferiscono all'antico sistema e quelle dovute ad innovazioni giustiniane, in modo da poter avere le basi per tratteggiare la struttura e la funzione del fidanzamento classico. Solo quando si sarà ricostruita esattamente tale epoca, si potrà comprendere la storia dell'istituto e l'opera di Giustiniano in questa materia.

Il presente studio si propone di prendere in esame i cosiddetti *effetti degli sponsali classici*, questione importante per conoscere il sistema e il concetto dell'istituto e il cui studio può forse chiarire una delle principali cause di confusione fra diritto classico e diritto giustiniano.

I trattati di diritto romano infatti, parlando del fidanzamento, si limitano a dare un lungo elenco di questi effetti, senza troppo curarsi di fare una critica delle fonti e quindi senza distinguere troppo fra diritto classico e diritto romano-ellenico.

Solo l'Arangio Ruiz, nelle sue Istituzioni, tratteggiando il sistema degli sponsali romani dell'epoca classica, a proposito della parificazione per certi rapporti giuridici degli

sponsi ai coniugi sente il bisogno di avvertire in nota (1): « Mi astengo da quell'enumerazione che i trattati usano dare, perchè sono convinto, che almeno in parte queste parificazioni sono da attribuirsi al solo diritto postclassico e giustiniano ». E, dopo aver rilevato la contraddizione fra Coll. 4, 6 e L. 14 § 3 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48,5 riguardo all'adulterio della fidanzata (2) ed osservato che l'impedimento matrimoniale affermato in § 9 I *de n.* 1, 10 non trova riscontro nelle Istituzioni di Gaio, nè nel *lib. sing. regul.* afferma però che alcune decisioni « sono indubbiamente classiche: tali in specie quella che ammette lo *sponsus* ad intentare l'*iniuriarum* per l'ingiuria fatta alla sponsa, e quella che estende il divieto di alienazione del fondo dotale alla dote anticipatamente ricevuta dallo *sponsus* ».

Il Perozzi nelle sue Istituzioni e il Bonfante nel suo Corso (3), danno per intero l'elenco degli effetti giuridici degli sponsali attribuendoli tutti, meno quello enunciato nelle L. 17 § 1 D. *de reb. auct. iud. poss.* 42, 5 e L. 75 D. *de n.* 23, 2, agli sponsali classici.

Tali effetti sarebbero i seguenti:

- 1) I fidanzati sono come i coniugi, fra le *personae exceptae*, tra le quali sono permesse le donazioni *ultra modum legis Cinciae*.
- 2) Gli sponsali dispensano dalle pene del celibato stabilite dalla lex Iulia et Papia Poppea.
- 3) La relazione sessuale con la fidanzata altrui è considerata come adulterio.
- 4) L'uccisione del fidanzato, o della fidanzata, dei futuri suoceri, o dei futuri genero e nuora che avvenga per opera di uno di essi è considerata come parricidio.
- 5) Gli sponsali formano un impedimento al matrimonio fra l'ex fidanzato e gli ascendenti e i discendenti dell'altro.
- 6) Il fidanzato può agire per l'ingiuria fatta alla fidanzata.
- 7) I fidanzati non pos-

(1) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>2</sup> Napoli 1927 pag. 409 n. 2.

(2) Su questo punto cfr. più avanti.

(3) PEROZZI, *Istituzioni*<sup>2</sup> I pag. 356 sgg.; BONFANTE, *Corso I*, 1925 pag. 228; CORNIL, *Debitum et obligatio* (Mélanges Girard I pag. 240 sg.); DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*. Palermo, pag. 19 sgg.

sono essere costretti a testimoniare l'uno contro l'altro: nè il fidanzato può esser costretto a testimoniare contro il padre della fidanzata, nè questi contro quello. 8) Gli orbi acquistano per testamento l'intero anzichè la metà anche dai quasi affini per causa di sponsali. 9) Gli sponsali creano una specie di affinità come quella che discende dal matrimonio e che si esprime con gli stessi nomi. 10) Il divieto di alienazione stabilito dalla *lex Iulia de fundo dotali*, si estende anche al fondo costituito in dote dalla fidanzata. 11) La fidanzata che ha costituito la dote è privilegiata per la restituzione.

La nostra ricerca ha per scopo di dimostrare che alcune di queste norme si riferiscono all'antico diritto quiritario e forse alla legislazione augustea, abbandonate però in seguito, che la maggior parte di esse sono dovute ad innovazioni post-classiche e giustiniane e che le poche in vigore nel diritto degli Antonini e dei Severi confermano anch'esse il carattere più sociale che giuridico degli sponsali di quell'epoca.

\*\*\*

Non classica è certamente la norma conservataci nei *Fragmenta Vaticana*, dove a proposito del divieto alle donazioni prescritto dall'antica *lex Cincia*, fra *le personae exceptae* troviamo ricordate accanto al marito e alla moglie anche i fidanzati.

Vat. *Fragm.* 302 (*Paulus libro LXXI ad edictum ad Cinciam*) *Excipiuntur et adfinium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.*

Il frammento rappresenta uno degli scogli più gravi per il problema dell'origine del divieto delle donazioni fra coniugi ed anche per lo studio del regime ancora alquanto misterioso ed incerto della *lex Cincia*. Infatti qui si troverebbe ammessa la facoltà dei coniugi di farsi liberamente delle donazioni reciproche, mentre in numerosissimi testi classici, alcuni dei quali appartenenti allo stesso Paolo, è dichiarata nel modo più esplicito la norma, la quale colpisce di nullità tali dona-

zioni. Non è certo qui il caso di fermarsi ad esaminare e discutere le varie teorie in proposito (1): è ormai opinione concordante che Paolo in questo frammento non si richiama al diritto in vigore al suo tempo, com'è chiaramente dimostrato dal fatto che egli non mostra tener conto del divieto, ma riporta le disposizioni stesse della *lex Cincia* (2). Ora, questa legge, emanata su proposta del tribuno Lucio Cincio Alimento (3) nell'anno 204 a. C., appartiene ad un'epoca in

(1) Cfr. sull'argomento fra i numerosi scrittori: BREMER, *Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten* (*Archiv für d. civil. Praxis* LI, 1868 pag. 175 sgg.); HOFMANN, *Schenkungen unter Gatten und Brautleuten* (*Zeitschr. für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart* VIII, 1881, pag. 268 sgg.); ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni fra coniugi* (opere I pag. 595 sgg.); ASCOLI, *Trattato delle donazioni ecc.* Firenze 1898; DE MEDIO, *Intorno al divieto di donare fra coniugi.* Modena 1902; *Per la storia della donazione tra coniugi in diritto romano* (*Riv. Ital. Scienze Giurid.* XXXIII 1902 pag. 361 sgg.); BONFANTE, *Corso* I pag. 212 sgg.; DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain.* Paris 1928 pag. 8 sgg. Per i tentativi di conciliazione fra il *Fragm. Vat.* 301 e il divieto cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano* vol. IV, pag. 201 sgg.; BREMER, *op. cit.* pag. 174 sgg.; HOFMANN *op. cit.* pag. 297; contro: FRANCKE, *Ueber Rückzahlung der Dos während der Ehe* ecc. (*Archiv. f. Civ. Praxis* XVII 1834, pag. 478 sgg.); ASCOLI, *Sulla legge Cincia* cit. pag. 223. Un'opinione a sé è quella del DUMONT, *op. cit.* pag. 8 sgg., il quale ritiene probabile che la lista degli affini non abbia mai figurato nella *lex Cincia*, ma che il *Fragm. Vat.* 302 rappresenti un commento di aggiunta di Paolo. Egli tenta di risolvere il contrasto fra esso e il divieto delle donazioni fra coniugi, sostenendo che le parole *vir et uxor* avrebbero un significato ben diverso da quello attribuito comunemente. « *Les mots vir et uxor, par rapport à l'auteur d'une libéralité, par exemple, désigneraient, non pas soit le mari, soit la femme de cette donatrice ou de ce donateur, mais le mari d'une de ses cognates et la femme d'un de ses cognats* ». L'opinione è priva di base: è chiaro infatti che l'et posto fra le parole *vir* e *uxor* serve appunto a mostrare come, a differenza delle precedenti persone enumerate, l'eccezione è posta nei riguardi delle donazioni che avvengono fra i coniugi.

(2) V. specialmente ASCOLI, *Sulla legge Cincia* (*Bull. Ist. dir. rom.* VI 1893 pag. 310).

(3) Cfr. ASCOLI, *op. cit.*; GAROFALO, *La lex Cincia de donis et muneribus.* (*Bull. Ist. dir. rom.* XV 1902-03, pag. 310 e sgg.).

cui il fidanzamento costituiva un istituto ben diverso dal fidanzamento classico.

Secondo quanto ricaviamo dal ben noto passo di Servio Sulpicio riportato in Gellio (1), in quelli di Varrone (2), di Plauto e di Terenzio (3), dalle caratteristiche espressioni di Fiorentino ed Ulpiano nelle L. 1, 2, 3, D. *de spons.* 23, 1 (4), gli

(1) GELL., *Noct. Attic.* IV, Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri, scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus. « Qui uxorem inquit, ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur, eam in matrimonium ducturum iri: Qui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia. Nunc quae promissa erat, sponsa appellabatur, qui sponderat ducturum sponsus. Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quam ob rem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat quantum interfuera eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat (ei), qui stipulatus erat, condemnabat ». Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. Haec eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit.

(2) *De lingua Latina* I 70.

(3) Per numerose citazioni in proposito V. COSTA, *Il diritto romano privato nelle commedie di Plauto*. Torino 1890, pag. 143 e sgg.; *Il diritto romano privato nelle commedie di Terenzio* (Arch. giuridico 1893, pag. 407 e sgg.); GIRARD, *Le droit romain dans les comiques latins* (Nouvelle Rev. Hist., 1893); PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Terence*. Lyon 1900; VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia* 1 (Rivista Italiana per le scienze giuridiche N. S. II 1927 fasc. IV pag. 13 e sgg. pag. 19 n. estratto).

(4) L. 1. *Florentinus libro tertio institutionum* Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. L. 2. *Ulpianus libro singulari de sponsalibus* Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras., L. 3. *Florentinus libro tertio institutionum* unde sponsi sponsaeque appellatio nata est. L'etimologia contenuta nella L. 3, confrontata con i passi di Gellio e Varrone, dimostra che Fiorentino anche nella L. 1 si occupava degli antichi sponsali. Per altre fonti cfr. VOLTERRA, *op. cit.* pag. 13 sgg.

sponsali nell'antico diritto romano erano stretti attraverso una forma determinata e facevano sorgere fra i contraenti uno stretto vincolo giuridico, tant'è vero che in caso di inadempimento si poteva agire per mezzo della speciale *actio de sponsu* non ancora bene identificata (1). Tralasciamo, in quanto è fuori dall'argomento della nostra ricerca, di occuparci qui particolarmente della questione, già del resto svolta ed esaminata nello studio sull'*arrha sponsalicia* (2); solo ci preme rilevare come Servio dica che tali sponsali rimasero in vigore nel Lazio, *ad id tempus quo civitas universo Latio lege Iulia data est* (3) cioè fino al 90 a. C.. Varrone, Plauto e Terenzio ci mostrano come essi dovessero essere applicati in Roma in epoca abbastanza avanzata. Con ogni probabilità quindi, la lex Cincia, di cui Paolo ci riporta nel Frag. Vat. 302 le disposizioni se non addirittura le parole originali, doveva avere di mira l'antico sistema degli sponsali romani. Ad ogni modo, ci preme di ripeterlo, per le ragioni sopra svolte risulta sicura l'impossibilità dell'applicazione della norma all'epoca del diritto classico, il che del resto viene confermato dal fatto che nessuno dei numerosi frammenti relativi agli sponsali, menziona mai tale *exceptio*

Il fragm. Vat. 302 può quindi fornirci un nuovo esempio

(1) Per le varie opinioni in proposito V. specialmente PACCHIONI, *Actio ex sponsu* (Archivio Giuridico XXXIX); CORNIL, *Debitum et obligatio* cit. pag. 237 sgg.; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* pag. 16 e sgg.; VOLTERRA, *op. cit.* pag. 8 e sgg.: ivi un esame delle varie tesi.

(2) VOLTERRA, *op. cit.* pag. 15 e sgg.

(3) Per la questione, ormai superata dopo la dimostrazione datane dal Cogliolo, se vi fosse in questa materia un contrasto fra il diritto romano e il diritto latino. Cfr. VOLTERRA *op. cit.* pag. 15 e n. 2; pag. 16 n. 1. Per la dimostrazione cfr. COGLIOLO in PADELLETTI, *Storia del diritto romano*, Firenze 1886, pag. 170 e sgg. Non mi pare esatto quanto afferma il PEROZZI, *Istituzioni*<sup>2</sup> I, pag. 355. (Cfr. anche CORNIL, *op. cit.* pag. 238 n. 67) che tale uso sarebbe cessato con l'estensione della cittadinanza romana. Il passo di Gellio non autorizza a sostenere ciò: dichiara solo che quel dato genere di sponsali era in vigore all'epoca della *lex Julia de civitate*.

dell'efficacia giuridica degli antichi sponsali, ma non può certo avere importanza per mostrare, di fronte agli altri frammenti che esamineremo in seguito, un esempio dei cosiddetti effetti legali del fidanzamento classico (1).

\* \* \*

Ancora all'epoca di Servio Sulpicio Rufo, e all'epoca di Augusto, gli sponsali sembrano per alcuni effetti giuridici essere equiparati al matrimonio.

Un frammento di Pomponio ci riporta un'opinione di Servio a proposito degli sponsali.

(1) Non è nemmeno da escludere che le parole *sponsus*, *sponsa* non appartengano al testo originale, ma siano state aggiunte in seguito. Se esaminiamo infatti la lista delle *adfinium personae*, vediamo come riguardo alle prime, *privignus privigna*, *noverca vitricus*, *socrus*, *gener nurus*, siano nominati i due generi maschile e femminile per indicare — per quanto almeno afferma l'opinione dominante — che ad entrambe le persone possono farsi *ultra modum legis Cinciae* donazioni da parte del terzo, il quale si trova con loro in quel determinato rapporto di affinità. La quinta *vir et uxor* costituisce una categoria invece diversa, in quanto qui il rapporto di affinità per cui si concede l'eccezione, esiste fra le due persone nominate, non nei riguardi di un terzo. Ciò è avvertito e posto in rilievo dal giureconsulto mediante l'*et* posto fra le due parole. Ora lo stesso dovrebbe aversi nell'ultima categoria, in quanto, com'è evidente, il rapporto di affinità e la conseguente eccezione non può aver luogo che fra le due persone ricordate, lo *sponsus* e la *sponsa*. Qui invece manca stranamente la particella congiuntiva *et*, il che potrebbe far dubitare di un'aggiunta posteriore delle parole *sponsus*, *sponsa*, alla lista degli *adfines*, aggiunta che sarebbe stata fatta in epoca postclassica, sull'esempio delle prime quattro categorie, senza tener conto della differenza che correva fra queste e la quinta, a cui quella dello *sponsus sponsa* era strettamente connessa. A favore di tale ipotesi, destinata naturalmente a rimaner tale per la mancanza assoluta di elementi sicuri, può osservarsi che nell'epoca postclassica le donazioni fra fidanzati assumono un'importanza grandissima e vengono anzi ad esser configurate come istituto a sè: non è quindi improbabile che uno scoliaste di quell'epoca, trovandosi di fronte alla lista della *lex Cincia*, abbia sentito il bisogno di ricordare anche le donazioni sponsalicio.

L. 8 D. *de grad. ed adf.* 38, 10. Pomponius libro primo *enchiridii* Servius recte dicebat socii et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri.

Quale sia il valore da attribuire a queste parole, se cioè Servio volesse soltanto affermare una terminologia invalsa nell'uso sociale oppure volesse invece dichiarare che gli sponsali fanno veramente sorgere un vero e proprio rapporto di affinità fra i parenti dei fidanzati con tutti gli effetti giuridici ad esso connessi, è cosa assai difficile da stabilirsi.

Non sappiamo nemmeno a quale proposito Pomponio citava qui Servio (del *liber primus enchiridii* è rimasto questo solo frammento), nè quale era il significato che il giureconsulto attribuiva alla dichiarazione.

Come vedremo, un esame dei vari testi (1), i quali si sono voluti ricollegare al frammento in questione ci convince che forse nell'epoca augustea, e certamente nell'epoca postclassica si è riconosciuto, in ordine agli impedimenti matrimoniali, un valore giuridico a questa affinità sorta dagli sponsali, mentre per l'epoca dei Severi non ritroviamo che una norma di carattere evidentemente pratico, emanata per tutelare gli interessi della giustizia, la quale esenta i parenti di uno degli sposi dal prestare testimonianza contro l'altro e viceversa.

Per l'epoca di Augusto, oltre il ricordo vago ed impreciso della L. 14 § 4 D. *de r. n.* 23, 2, su cui, trattando la questione dal punto di vista del diritto classico, torneremo più tardi, alcune fonti letterarie ci conservano il ricordo di una disposizione emanata in ordine agli sponsali, fonti dalle quali la dottrina costantemente ricava che la *lex Iulia et Papia* estendeva anche ai fidanzati l'esenzione dalla pena del celibato accordata ai coniugi.

*Suet. Augustus* cap. 34, 2... *cumque etiam in maturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coarctavit, divortii modum imposuit.*

(1) L. 6 D. *de grad.* 38, 10; L. 4 D. *ad leg. Jul. de ad.* 48, 5.

Più chiaramente e con maggiori dettagli Dione Cassio.

DION. CASS. 54, 16, 7 ὡς δ' οὖν βρέφη τινὲς ἐγγυώμενοι τὰς μὲν τιμὰς τῶν γεγαμηκότων ἐκαρποῦντο, τὸ δὲ ἔργον αὐτῶν οὐ παρείχοντο, προσέταξε μηδεμίαν ἐγγύην ἰσχύειν μεθ' ἣν οὐδὲ δυοῖν ἐτοῖν διελομένων γαμήσει τις, τοῦτ' ἐστι δεκέτιν πάντως ἐγγυᾶσθαι τὸν γέ τι ἀπ' αὐτῆς ἀπολαύσοντα· δώδεκα <γὰρ> ταῖς κόραις ἐς τὴν τοῦ γάμου ὥραν ἔτη πλήρη, καθάπερ εἶπον, νομίζεται.

Sempre nella medesima opera Dione fa rivolgere ad Augusto queste parole al popolo romano:

56, 7, 1-2 καίτοι καὶ μνηστεύειν ὑμῖν ἀπαλὰς ἔτι κόρας καὶ μηδέπω γάμων ὠραίας ἐπέτρεψα, ἵνα τὸ ὄνομα τῶν μελλονυφίων ἔχοντες οἰκωφελῶς βιῶητε, καὶ ἐξελευθέρας τοῖς γε ἔξω τοῦ βουλευτικοῦ οὖσιν ἄγεσθαι συνεχώρησα, ἵν' εἰ καὶ τις ἐξ ἔρωτος ἢ καὶ συνηθείας τινὸς ἐς τοῦθ' ὑπαχθεῖη, ἐνόμως αὐτὸ ποιῶι. καὶ οὐδὲ ἐξ ταῦτα μέντοι κατήπειξα ὑμᾶς, ἀλλὰ τὸ μὲν πρῶτον τρία ἔτη ὅλα πρὸς παρασκευὴν ὑμῖν ἔδωκα, τὸ δὲ δεύτερον δύο.

Lo stesso racconto ci ripete ancora Zonara in un passo delle sue Epitome.

ZONARAS *Epit.* 10, 34 ἐπεὶ δὲ βρέφη τινὲς μνηστεύομενοι τὰς μὲν τῶν γεγαμηκότων ἐκαρποῦντο τιμὰς, τὸ δ' ἔργον αὐτῶν οὐ παρείχοντο, προσέταξε μηδεμίαν ἰσχύειν μνηστείαν μεθ' ἣν οὐ δύο διελομένων ἐτῶν γαμήσει τις, τουτέστι δεκέτιν πάντως ἐγγυᾶσθαι δώδεκα δὲ ταῖς κόραις ἔτη εἰς τὴν τοῦ γάμου ὥραν πλήρη νομίζεται.

Il passo di Svetonio è ben noto ai romanisti ed ha da lungo tempo dato filo da torcere agli interpreti, soprattutto per ricostruire il significato delle ultime parole, misteriose nella loro breviloquenza, *divortii modum imposuit* (1).

(1) V. sull'argomento in questi ultimi anni: LEVY, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* Weimar 1925; SOLAZZI, *Studi sul divorzio* (Bull. Ist. Dir. Rom. XXXIV, 1925 pag. 312 e sgg.); BONFANTE, *Corso I* pag. 187 e sgg. 240 e sgg.; BRASIELLO, *Recensione a Levy* (Arch. Giur. XIV 1927 pag. 240 e sgg.); RATTI, *Recensione a Levy* (Bull. Ist. dir. rom. 35, 1927 pag. 204 sgg.; CORBETT, *The*

Per quanto invece si riferisce agli sponsali, i vari autori sono concordi nel ritenere come il sistema usato dai Romani per eludere la *Lex Iulia*, si basasse appunto sul fatto che la norma augustea si applicava così ai mariti come agli *sponsi* (1): in altre parole, fidanzandosi con fanciulle giovanissime, si avrebbe avuto il modo di rinviare il matrimonio e così di evitare le pene del celibato.

*Roman law of marriage*, Oxford 1930, pag. 229 sgg.; *The Augustian divorce* (Law Quarterly Review XLV, 1929 pag. 178 sg.). Mi sembra qu'opportuno ricordare anche l'opinione oggi quasi dimenticata di Heineccio (*Ad legem Iuliam et Papiam* cap. V. Opera ed. Napoli vol. VIII pag. 141), il quale sostiene che le parole di Svetonio alludano alla riforma di Augusto circa i termini fissati, entro cui la donna, dopo lo scioglimento del matrimonio, doveva passare a nuove nozze per non incorrere nelle pene stabilite contro i celibi. « prioribus verbis statim subiungit Svetonius: divortii modum imposuit. Quod non modo ita intelligendum, quod Augustus ea lege licentiae repudiandi uxores modum imposuerit, verum etiam, quod praecipue vitae caelibis post divortium certos annos praefiniverit, intra quos nuptiae rursus fieri deberent ». A prova di ciò Heineccius cita il passo di Ulpiano *Reg. XIV, 1* (Feminis lex Iulia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensum, lex autem Papia a morte viri biennii, a repudio anni et sex mensum), osservando che Svetonio nel passo citato sembra precisamente riferirsi alle riforme operate dalla *lex Papia* sulle disposizioni della *lex Iulia de maritandis ordinibus*. L'ipotesi è suggestiva ed è l'unica che non ponga in relazione le parole di Svetonio con i frammenti di dubbia classicità contenuti nel Digesto, relativi all'obbligo di una forma determinata per la validità del divorzio. Certo è però assai strano che Svetonio esprima la riforma di Augusto di cui ci parla Ulpiano con le semplici parole *divortii modum imposuit*, fermandosi cioè ad un fatto che poteva essere una conseguenza indiretta della nuova norma, ma non certamente la *ratio* di essa.

(1) HEINECCIUS, *op. cit.* pag. 141 « Nimirum, lata lege Iulia, nullum inter maritos et sponso, discrimen statuerat Augustus, sed hos aequae ac illos a poenis caelibatus immunes esse iusserat. Quemadmodum vero ingeniosa adversus leges esse solet improbitas ita: inde occasione arripiebant Romani, vim legis Papiae Pop-paeae immaturitate sponsarum eludendi. Stipulabantur enim sibi puellas, nondum viri potentes, eoque obtentu, nuptiis diutissime trahebant donec, potiti maritorum praemiis, sponsas repudiarent, fraudem hoc modo legi facientes impudentissime ».

Notiamo anzitutto che il passo di Svetonio ci dice solo che i cittadini evitano le sanzioni, mediante l'*inmaturitas sponsarum* e che contro tale uso Augusto interviene (1). Ora è chiaro che da questo racconto difficilmente si può trarre la conclusione della parificazione degli *sponsi* ai mariti in questa parte della lex Iulia; se cioè fosse stato vero, non vi sarebbe stato affatto bisogno per eludere la legge di servirsi dell'*inmaturitas sponsarum*, potendosi sempre, per ottenere i vantaggi della legge, fidanzarsi con una donna di qualsiasi età e continuare il fidanzamento, senza compiere il matrimonio. Il mezzo escogitato da Augusto è rivolto, a reprimere solo il caso, in cui si abbia una donna di età minore a quella prescritta per il matrimonio: quindi, se accettiamo il ragionamento dell'opinione dominante, tale mezzo non avrebbe certo impedito di eludere la legge con l'altro sistema (2).

Maggiori notizie, come abbiamo visto, ci forniscono i tre passi di Dione Cassio e di Zonara, ma anche questi ci confermano sempre più che la legge di Augusto non equiparava *tutti* i fidanzati ai mariti, ma ammetteva al privilegio solo gli *sponsi*, i quali per l'età della donna non potevano ancora compiere un matrimonio legale.

Se noi esaminiamo attentamente il secondo passo, di Dione Cassio, e lo mettiamo in relazione con gli altri, vediamo che esso ci consente di fare un'ipotesi, la quale potrebbe forse facilmente superare la difficoltà.

Augusto, come sembrano indicare le frasi che gli fa pronunziare lo storico nel suo rimprovero ai Romani, avrebbe

(1) È dubbio se in un fidanzamento, fatto senza intenzione di futuro matrimonio, i giuristi romani potessero vedere una *fraus legis*. Cfr. sull'argomento PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*. Wien 1892, pag. 76; ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*. Torino 1911, pag. 69.

(2) SUET., *Tib.* 35 ricorda un questore destituito *quod uxorem pridie sortitionis ductam, postridie repudiasset*. Nessuno vorrebbe ricavare da questo passo l'esistenza di una norma, la quale puniva chi divorziava...!

esteso il privilegio degli ammogliati, anche a coloro i quali si erano uniti con una donna al disotto dell'età prescritta e, pur considerandola come moglie legittima, per l'esistenza di quell'impedimento, non erano con essa ancora uniti in *iustae nuptiae*.

Con ciò si spiegherebbe come i Romani ricorressero all'*inmaturitas* della donna per eludere la legge e si spiegherebbe anche il mezzo usato da Augusto per reprimere il divieto, prescrivendo cioè che questo privilegio potesse essere applicato solo quando mancavano due anni al compimento dell'età legale, raggiunta la quale, come ci dichiara un passo del Digesto, il matrimonio veniva *ipso iure* ad essere perfetto. (1). Resta ancora da spiegare perchè tanto Svetonio, quanto Dione Cassio, e Zonara, parlino qui espressamente di *sponsae* e di *μνηστεύειν*, dando così luogo all'opinione dominante, la quale, come abbiamo visto, non giunge ad un risultato soddisfacente. Ora anzitutto è chiaro che, dato l'uso sociale romano di far sempre precedere il matrimonio dagli sponsali (2), facilmente nel linguaggio comune, la donna, la quale, pur essendo unita all'uomo, non è ancor moglie, può esser chiamata col nome di *sponsa*: gli stessi frammenti giuridici ce ne porgono un esempio, giacchè spesso, volendo fare un esempio di persone, il cui matrimonio non è ancora legalmente compiuto, parlano di *sponsi* (3).

In secondo luogo da alcuni passi del Digesto, su cui tor-

(1) L. 4 D. *de r. n.* 23, 2 Pomponius libro tertio ad Sabinum Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.

(2) È interessante un passo di Dione Cassio, che non mi risulta ancora preso in esame e criticato dai giuristi, il quale parrebbe affermare che all'epoca di Caligola, il matrimonio dovesse per legge esser preceduto dagli sponsali DIO. CASS., LIX 12, 1.

(3) L. 11 § 3 D. *quod fal. tut.* 27, 6; L. 14 § 8 D. *ad l. Iul. de ad.* 48, 5; L. 1 § 2 D. *pro dote* 41, 9 (Cfr. la caratteristica spiegazione *sponsus hoc est qui nondum maritus est* ritenuta una glossema dall'ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias* (Rend. Ist. Lomb. LVIII 1925, pag. 9 n. 4 estratto); L. 8 D. *de i. d.* 23, 3 (int. ALBERTARIO, *op. cit.* pag. 5; BONFANTE, *op. cit.* pag. 310); L. 17 § 1 D. *de reb. auct. iud.* 42, 5.

neremo in seguito, apprendiamo come già all'epoca di Labeone e ancora all'epoca di Ulpiano si agitatesse fra i giureconsulti la questione se le persone unitesi in matrimonio prima dell'età fissata, dovessero essere considerate come *sponsi* o no.

L. 9 D. *de spons.* 23, 1 *Ulpianus libro trigesimo quinto ad edictum* Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit, si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. quam sententiam Papinianus quoque probat.

Vedasi anche la L. 32 § 27 D. *de don. i. v. et u.* 24, 1 (1); L. 11 § 3 D. *quod fal. tut.* 27, 6; L. 14 § 8 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48, 5. (2).

Pur non attribuendo a questa nostra interpretazione dei passi di Svetonio, di Dione e di Zonara se non il valore di una semplice ipotesi, ciò che ci preme far rilevare rispetto al nostro problema, si è che, comunque, la norma ricordata appartiene alla legislazione augustea: nel diritto posteriore non ve n'è affatto traccia. Nelle fonti non troviamo infatti mai dichiarata l'equiparazione degli *sponsi* ai mariti per quanto riguarda l'esenzione dalle pene del celibato, e nemmeno, (il che costituisce un nuovo elemento a favore della nostra ipotesi) troviamo mai affermata la norma che gli sponsali non si possono fare prima dei dieci anni.

Anzi una serie di documenti testimonia eloquentemente che anche dopo la legge di Augusto gli sponsali erano ritenuti validi a qualunque età venissero compiuti. Oltre le notissime L. 14 D. *de spons.* 23, 1 e Paul. *Sent.* 2, 19, 1 (3),

(1) Per l'interpolazione che risulta dal confronto dei due passi V. in seguito.

(2) Su questa legge Cfr. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii* (Studi Bonfante II pag. 118 e n. 10).

(3) *Modestinus libro quarto differentiarum* In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis,

una serie di iscrizioni dell'epoca imperiale ci mostrano fanciulle sposate ad un'età molto al disotto dei 10 anni (1), cosa confermata da Cornelio Nepote il quale parla di un fidanzamento concluso dallo stesso Augusto fra una nipote di Attico *vix annicula* e Tiberio Claudio Nerone (2).

Vi è tuttavia ancora la L. 17 D. *de spons.* 23, 1, citata dalla dottrina dominante come una conferma sicura della interpretazione data ai passi degli storici e come una prova inconfutabile dell'esistenza della norma ancora all'epoca di Gaio: un esame attento del frammento ci mostra però che esso è dovuto in gran parte alla mano dei compilatori e che si riferisce a tutt'altro ordine di rapporti.

L. 17 D. *de spons.* 23, 1 *Gaius libro primo ad legem Iuliam et Papiam* Saepe iustae ac necessariae causae non solum annum vel biennium, sed etiam triennium et quadriennium et ulterius trahunt sponsalia, veluti valetudo sponsi sponsaeve vel mortes parentium aut capitalia crimina aut longiores peregrinationes quae ex necessitate fiunt.

Il testo ha suscitato varie questioni presso gli antichi

quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur... Contro l'interpolazione sostenuta dal SOLAZZI. (*Le nozze della minorene*. Atti Accad. Torino LI, 1926 pag. 758 n. 2) della frase *quapropter-intellegatur* V. BONFANTE *op. cit.*, pag. 198 n. 7; 227 n. 5; PEROZZI, *Istituzioni*<sup>2</sup> I pag. 356 n. 1; VOLTERRA, *Sul consenso della filiafamilias agli sponsali*. Roma, 1929 pag. 6. PAUL., 2, 19, 1. Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt. Giustiniano, come è noto, limita invece ai sette anni la facoltà di compiere gli sponsali, aggiungendo alla L. 14 *eod.* la frase: « id est si non sint minores quam septem annis ».

(1) Un buon numero di queste iscrizioni, alcune delle quali veramente significative, è raccolto da HEINECCIO, *op. cit.*, pag. 143; 146 sgg.

(2) CORNELIUS NEPOS, *Atticus* cap. 19-20... nata est autem Attico neptis ex Agrippa, cui virginem filiam collocarat. Hanc Caesar *vix anniculam* Ti. Claudio Nerone, Drusilla nato, privigno suo despondit: quae coniunctio necessitudinem eorum sanxit, familiaritatem reddidit frequentiore. quamvis *ante haec sponsalia* non solum, cum ab urbe abesset, numquam ad suorum quemquam litteras misit ecc...

scrittori, in quanto il termine di un anno, di cui si parla, non corrisponderebbe a quello fissato da Augusto che invece è di due anni. Giacomo Gotofredo (1), con un'ipotesi completamente arbitraria, ritiene che l'*annum* derivi da un'errata lettura da correggersi in *annum menses VI* (2) e che Gaio si riferisca qui non alla legge *Papia et Poppaea*, ma alla *lex Iulia de maritandis ordinibus*, la quale avrebbe in un primo tempo concesso di protrarre gli sponsali solo per un anno. Heineccio, confutando Gotofredo (3), è invece di avviso che il testo debba essere interpretato così: *saepe iustae ac necessariae causae ultra istud biennium, quod lex Papia Poppaea finivit, non solum annum vel biennium*, ecc. Cuiacio propone espungere come superflue le parole *annum vel* (4), mentre il Del Manzano (5), conciliando l'affermazione di Gaio con i passi letterari citati, sostiene che la legge si riferiva alla norma, anch'essa contenuta nella *lex Iulia et Papia Poppaea*, la quale stabiliva l'obbligo per le donne vedove o divorziate di unirsi in un nuovo matrimonio entro un determinato tempo dallo scioglimento del primo, tempo fissato dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* ad un anno nel caso di vedovanza e a 6 mesi nel

(1) *Notae ad legem Papiam* (Opera Minora pag. 320).

(2) Ritenendo che nel manoscritto si legesse *annu M. VI*.

(3) *Op. cit.* pag. 143 sg. «Enimvero uti prius paullo argutius est: ita posterius plane non videtur verosimile... Quid vero opus fuisset nova illa legis Papiae Poppaeae sanctione, si lex Iulia iam tempus, et quidem multo brevius, praefinivisset intra quod sponsi nuptias facere tenerentur.? ». Ma, può osservarsi, perchè mai Gaio non riferirebbe la legge più recente e, proprio nel suo commento a questa ultima, preferirebbe riportare l'altra?

(4) *Observationes* lib XVI cap. 35 (opera ed. Venezia t. III, 446-447)... videntur haec verba (*annum vel*) abundare, quoniam hic rei nusquam legimus annum fuisse praescriptum, sed biennium apud Dionem... videntur autem ed apud Gaium verba illa posse retineri, si dicamus, his, qui sibi despondissent puellam XI annorum, legibus fuisse praescriptum annum ed nuptias contrahendas.

(5) *Ad leges Iuliam et Papiam* Reliquatio IV (MEERMANN, *Thesaurus* t. V, pag. 446), il quale riporta un'opinione interessante del Gotofredo.

caso di divorzio, e dalla *lex Papia Poppaea* portato rispettivamente a due anni e ad un anno e 6 mesi (1). Come apprendiamo infatti dalla L. 10 § 1 D. *de h. q. not. inf.* 3, 2, era permesso durante tale periodo di stringere gli sponsali senza incorrere nell'infamia. Altri autori non tengono conto della contraddizione e riferiscono senz'altro il frammento di Gaio alla norma di Augusto, senza alcuna aggiunta o correzione. Così il Brisson (2), e, sul suo esempio, gli autori moderni che si sono occupati della questione (3) Solo il Di Marzo (4), pur attenendosi alla tesi dominante per quanto riguarda il contenuto originale del passo, sostiene che i compilatori l'avrebbero trasportato sotto il titolo *de sponsalibus*, attribuendogli un significato diverso nel diritto giustiniano, in quanto l'avrebbero posto in relazione con le tarde costituzioni imperiali relative allo scioglimento degli sponsali e fatto apparire come un complemento di queste.

Ora, accogliendo pienamente questa seconda parte dell'ipotesi del Di Marzo, crediamo poterne dare una nuova e più sicura conferma, dimostrando che il passo attribuito a Gaio appartiene invece quasi per intero ai giustiniani.

Senza fermarci troppo alle espressioni bizantine che presenta il frammento (*iustae ac necessariae causae, ex necessitate*) (5), notiamo che alcune delle sue disposizioni non possono appartenere ad un giureconsulto classico, ma rispondono invece a concetti giustiniani. All'epoca di Gaio è impossibile che i

(1) ULP., *Inst.* XIV, 1 Cfr. precedentemente.

(2) *De ritu nuptiarum* (Opera Minora Lugduni Batav. 1749 pag. 291), il quale si crede in dovere di aggiungere: «Itaque a septimo anno utiliter quidem contrahi sponsalia potuisse non dubium est: verum eorum demum sponsaliorum nomine, quae in virginibus decem ad minus annos natis contraherentur, ex lege Papia commodi lucri quid percipi poterat.

(3) Cfr. ad es. PEROZZI, *Istituzioni* 2 I pag. 358. n. 1; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* pag. 25.

(4) *Loc. cit.*

(5) Gaio preferisce usare l'espressione *necessariae peregrinationes* cfr. ad es. L. 9 D. *de proc.* 3, 3. V. anche pr. I. *de h. p.* 9 a. p. 4, 10.

*capitalia crimina* costituiscano una *iusta ac neciassae causa* di prolungamento di sponsali in quanto, a ben guardare, essi impediscono assolutamente che il matrimonio si compia. Come infatti ha dimostrato il Levy (1), l'evoluzione del diritto penale ha portato a che nell'epoca classica s'intendesse per condannato alla pena capitale colui *cui poena mors aut aquae et ignis interdictio sit* (2) o, in altre parole, il termine *capitalis* esprime il concetto di *eximere caput de civitate*. Dato dunque che il *crimen capitale* portava all'epoca di Gaio o alla morte o all'esilio con la conseguente perdita della cittadinanza, casi in cui,

(1) LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* (Sitzungsberichte d. Heidelberger Ak. d. Wiss. Phil. Hist. Kl. 1930-31 5 Abhandl. pag. 42 sgg.).

(2) L. 13 D. *de bon. poss.* 37, 1. V. anche: L. 4 pr. D. *si quis caut.* 2, 11... rei capitalis condemnatum accipere debemus, qui morte exiliove coercitus est; L. 14 § 3 D. *de bon. lib.* 38, 2 Is demum videtur capitis accusasse, qui tali iudicio appetit, cuius poena aut supplicium habuit aut exilium [quod sit vice deportationis], ubi civitas amittitur; L. 2 pr. D. *de poen.* 48, 19 Rei capitalis damnatum sic accipere debemus, ex qua causa damnato vel mors vel etiam civitatis amissio vel servitus contingit.; L. 103 D. *de v. s.* 50, 16. Licet capitalis Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio [capitalis] mortis vel amissionis civitatis intelligenda est. Cfr. LEVY, *op. cit.* pag. 43 sgg.; L. 2 D. *de publ. iud.* 48, 2... capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, [hoc est aquae et ignis interdictio]: per hos enim poenas eximitur caput de civitate. [nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur]. non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est. L'inciso *nam cetera-retinetur* mi appare come una caratteristica glossa esplicativa incorporatasi nel testo, forse della stessa mano che ha scritto *hoc est aquae et ignis interdictio*. Cfr. del resto lo scolio alla traduzione greca dei Basilici (Bas. LX, 33, 2, 2, Heimb. V, 671). Αἱ ἐξορίαὶ οὐ λέγονται καπιτάλια, ἀλλὰ βελεγατιονες κυρίως λέγονται: τότε γὰρ φυλάττεται τῆ καταδικασθέντι ἡ πολιτεία. Cfr. ancora ad abundantiam: L. 1 § 4 D. *de leg.* 32. Per la perdita della capacità giuridica dei condannati alla pena di morte V. L. 29 D. *de poen.* 48, 19, tratta dallo stesso commento di Gaio alla *lex Iulia et Papia*: Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt; L. 12 *eod.*; L. 8 § 4 D. *qui test. fac.* 28, 1; L. 25 § 3 D. *de adq. v. om. her.* 29, 2

come è chiaro, non può esservi assolutamente il *conubium* (1), le parole del giureconsulto appaiono incomprensibili. L'unico caso possibile sarebbe quello di una condanna all'esilio, non ancora sanzionata dal Principe (nell'intervallo il condannato conserva ancora la cittadinanza (2); è chiaro però che Gaio si sarebbe certo espresso in forma diversa e non avrebbe certo parlato in generale di *capitalia crimina*, mostrando evidentemente di voler comprendere con questo termine i due casi dell'esilio e della morte. Del resto non si comprende come si potessero considerare i *crimina capitalia* una *iusta causa* per differire le nozze, prolungando gli sponsali ed ottenere così l'esenzione dalle pene del celibato!

Tale causa invece appare comprensibile e logica in diritto giustiniano, dove da una parte l'*aquae et ignis interdictio* non rende più invalido il matrimonio e dove si ammette una condanna capitale all'esilio *salva civitate*. Vedasi infatti su questo punto la significativa L. 4 pr. D. *si quis caut.* 2, 11.

*Ulpianus libro septuagesimo quarto ad edictum* Sed et si quis rei capitalis ante condemnatus [iudicio] sistere se non potuit, merito huic ignoscitur. rei capitalis condemnatum accipere debemus, qui morte exiliove coercitus est. [dixerit aliquis, quo ergo haec exceptio damnato? sed respondebitur fideiussoribus eius esse necessariam: aut si forte in exilium *salva civitate abiit*, ubi defensori eius exceptio ista proderit].

L'ultima parte *dixerit-proderit*, la quale rivela chiaramente la caratteristica annotazione del maestro bizantino, è stata già dimostrata interpolata dal Beseler (3), la cui opinione è anche seguita da altri (4).

Non classica appare anche l'altra *causa* ricordata dalla 17 D. *de spons.* 23, 1, le *mortes parentum*. Sembra infatti

(1) Cfr. sull'argomento BONFANTE, *Corso* I pag. 196; e n. 6.

(2) V. ad es. L. 2 § 1 D. *de poen.* 48, 19; L. 1 § 3 D. *de leg.* 32.

(3) BESELER, *Beiträge* IV pag. 233

(4) COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano*, I Firenze 1922, pag. 33 n.

strano di trovare enunciata fra le *causae* non solo *iustae*, ma anche *necessariae* un fatto che, come apprendiamo da Pauli Sententiarum libri, dava luogo all'obbligo del lutto (1), ma, come è espressamente affermato da Ulpiano, non poteva impedire le nozze.

L. 11 D. de h. qui not. inf. 3,2 Ulpianus libro sexto ad edictum Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est.

Quanto alla quarta causa menzionata nel frammento in questione, le *longiores peregrinationes quae ex necessitate fiunt*, essa sembra troppo evidentemente ricollegarsi alla norma contenuta nella L. 2 C. de rep. 5,17 per poter appartenere a Gaio. Nella costituzione citata gli Imperatori Valeriano e Gallieno, rispondendo ad un quesito rivolto loro da una certa Paolina, dichiaravano lecito alla fidanzata, dopo tre anni di assenza dello *sponsus*, di passare a nozze con un altro, giacchè, — come essi tengono a ricordare, — la donna avrebbe potuto sempre in ogni momento, se il fidanzato fosse stato presente, sciogliere gli sponsali (*cum posset nuntium remittere si praesente eo consilium mutare voluisset*). Come osserva il Di Marzo (2), in questa legge « l'indugio dei tre anni è un elemento accidentale del caso concreto e non già un presupposto stabile della norma, sì che nulla vieta di ritenere che gli Imperatori avrebbero egualmente deciso se il fidanzato si fosse eclissato per un periodo di tempo più breve, ma tale ad ogni modo da esporre la ra-

(1) PAUL., *Sent.* I 21, 13 « Parentes et filii maiores sex annis anno lugeri possunt, minores mense: maritus decem mensibus et cognati proximioris gradu octo. Qui contra fecerit, infamium numero habetur ». Il frammento è tratto dal Codex Vesontinus, ma probabilmente ivi doveva essere riportato in forma alquanto imperfetta. Lo si confronti infatti con *Fragm. Vat.* 321, tratto, a quanto sembra, da un passo di Ulpiano « Lugendi autem... m sunt parentes anno, liberi maiores X annorum aequae anno. Quem annum decem mensuum esse Pomponius ait; nec leve argumentum est annum X mensuum esse, cum minores liberi tot mensibus elugeantur, quot annorum decesserint usque ad trimatum; minor trimo non lugetur sed sublugetur; minor anniculo neque lugetur neque sublugetur.

(2) *Op. cit.* pag. 23. Cfr. anche PEROZZI, *op. cit.* pag. 358 n. 9

gazza al pericolo di maturarsi troppo» (1). Nel diritto giustiniano, invece, l'assenza dei tre anni diviene una vera e propria condizione della norma, come dimostra l'interpolazione operata dai giustinianeisti alla L. 2 C. de spons. 5,1 che esamineremo più avanti.

Ora è chiaro che le *longiores peregrinationes quae ex necessitate fiunt* della L. 17 D. 23,1 furono poste dai compilatori come un'eccezione di fronte ai *tres peregrinationis anni* della L. 2 C. de rep. 5,17, ammettendo cioè che, ove il viaggio in paese straniero fosse fatto *ex necessitate*, gli sponsali potevano prolungarsi per un tempo superiore ai tre anni. L'aggettivo comparativo *longiores* mi sembra una conferma a tale ipotesi, giacchè chi lo scrisse doveva avere in mente il termine fissato nel diritto postclassico dalle costituzioni citate.

Dall'esame fatto della L. 17 D. 23,1 risulta quindi che essa, così come è riportata nel Digesto, non può certo appartenere a Gaio, ma che è quasi interamente opera dei compilatori. Essa nel diritto della compilazione si spiega facilmente con le costituzioni del Codice, nelle quali, si ammette che la fidanzata possa liberamente stringere matrimonio con persona diversa dal fidanzato, solo se questo, essendo assente, ha protratto per un certo tempo gli sponsali (2).

(1) *Imp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Paulinae.* Liberum est filiae tuae, si sponsum suum post tres peregrinationis annos expectandum sibi ultra non putat, ommissa spe huius coniunctionis matrimonium facere, ne opportunum nubendi tempus amittat, cum posset nuntium remittere si praesente eo consilium mutare voluisset. È probabile che nella costituzione originaria si doveva aver presente l'editto del Pretore che comminava l'infamia a chi stipulava sponsali senza aver sciolti i precedenti.

(2) Nel diritto teodosiano e giustiniano questa costituzione va posta in relazione con il fidanzamento arrale (cfr. *Studio sull'arrha sponsalicia* cit. pag. 90 sg.). Il *nihil frandis ei sit* andrebbe interpretato nel senso che il recesso è incolpevole e che quindi da parte della fidanzata o della sua famiglia non è dovuta la restituzione dell'*arrhae* fornite dallo *sponsus* al quadruplo o al doppio. Cfr. a questo proposito la *Lex Romana Burgundionum* XXVIII, 2,

L. 2 C. de spons. 5,1 *Imp. Constantinus A. et Constantius C. ad Pacatianum p. p.* Si i, qui puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exsequi nuptias [in eadem provincia degens] supersederit, eiusque spatii fine decurso in alterius postea coniunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quae nuptias maturando vota sua diutius ludi non passa est. (1).

Come risulta dal confronto con la costituzione originale, serbataci nel Codice Teodosiano, (L. 4 C. Th. de spons. 3,5) i compilatori hanno aggiunto l'inciso *in eadem provincia degens* allo scopo di porre in relazione la costituzione con la L. 2 C. de rep. 5,17, alla quale essi attribuiscono il valore di una norma generale. In diritto giustiniano, quindi, se il fidanzato indugia nel compiere il matrimonio, gli sponsali si sciolgono dopo due anni se il fidanzato si trova nella medesima provincia, o dopo tre anni se è assente (2).

Di fronte a queste costituzioni i compilatori avrebbero sentito il bisogno di far dichiarare alla L. 17 D. 23,1 che esistono *causae iustae ac necessariae*, le quali scusano il differimento delle nozze oltre i limiti fissati e per le quali non si applica la norma fissata nelle due costituzioni.

la quale, riportando evidentemente: la L. 4 C. Th. de spons. 3, 5, la interpreta nel seguente modo: «Hoc etiam constitutum, ut quisque datis arris intra biennium nuptias celebrare tardaverit, sine arrarum solutione liceat parentibus puellam desponsatam alii matrimonio sociare.

(1) Nella L. 5 C. Th. eod., 3,5, dove i medesimi Imperatori stabiliscono la pena della deportazione, ove il fidanzato sia *miles*, appare più chiara l'importanza del termine dei due anni. «Patri puellae aut tutori aut curatori aut cuilibet eius adfini non liceat, cum prius militi puellam desponderit, eandem alii in matrimonium tradere. Quod si intra biennium, ut perfidiae reus in insulam relegetur. Quod si pactis nubtiis, transcurso biennio, qui puellam desponderit alteri eandem sociaverit, in culpam sponsi potius quam puellae referatur, nec quicquam noceat ei, qui post biennium puellam marito alteri tradidit».

(2) Il termine di tre anni appare dichiarato in vari passi interpolati: L. 9 § 1 D. de r. n. 23,1 riconosciuto *ab antiquo* dal Fabro; L. 10; 11 eod. dichiarate triboniane dal Cuiacio. Interpolazioni riconosciute da numerosi autori moderni cfr. *Index Interpolationum* h. l. e BONFANTE *op. cit.* pag. 199 n. 2.

Anche questa legge, dunque, non può essere citata quale esempio dell'efficacia dell'istituto degli sponsali nel diritto dell'epoca degli Antonini, ma dimostra invece la nuova e sempre maggiore importanza che assumono gli sponsali nell'ultima epoca dell'Impero.

\* \* \*

Un frammento del Digesto, il quale riporta un brano della *lex Iulia et Papia*, parrebbe costituire una nuova prova dell'importanza degli sponsali nella legislazione matrimoniale di Augusto.

L. 44 pr. D. de r. n. 23, 2 *Paulus libro primo ad legem Iuliam et Papiam* Lege Iulia cavetur: «Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto».

Da questo frammento parrebbe quindi che la *lex Iulia et Papia* vietasse non solo il matrimonio fra gli appartenenti al rango senatorio e i liberti e gli esercenti l'arte ludica, ma anche il fidanzamento (1). La questione, come vedremo più

(1) Non mi pare opportuno in questa ricerca fermarmi a lungo sulla tesi sostenuta dal SAVIGNY (*Sistema* II pag. 514 sgg.), secondo la quale la *lex Iulia et Papia* avrebbe in questo caso lasciato sussistere il matrimonio con tutti gli effetti che vi annetteva il diritto anteriore, privandolo solamente dei vantaggi che questa legge subordinava all'esistenza del matrimonio in confronto al celibato. La nullità del matrimonio fra appartenenti al rango senatorio e liberti sarebbe stata dichiarata da un senatoconsulto dell'epoca di Marco Aurelio. Gli argomenti portati in campo dal Savigny, sui quali mi propongo di tornare in altra sede, sono davvero troppo sottili e talvolta appaiono quasi sforzati. Del resto la tesi urta irrimediabilmente contro la precisa testimonianza delle fonti. Basta per tutte la dichiarazione

avanti, ha importanza per stabilire se veramente in diritto romano gli impedimenti del matrimonio costituiscano o meno impedimenti per gli sponsali. Infatti, quantunque varie interpolazioni operate ai testi classici dimostrino in modo sicuro che solo in età postclassica è sorto e si è affermato il principio *cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest*, tuttavia la dichiarazione della L. 44 pr. D. *de r. n.* 23, fa ancora dubitare alcuni dell'esistenza del principio — sia pure con limitata applicazione — al tempo dei Severi (1). Riserbando a più tardi l'esame della questione per quanto riguarda il diritto classico e giustiniano, è qui opportuno fare alcune osservazioni relative al frammento di Paolo, le quali ci aiuteranno a preparare il campo allo studio degli impedimenti agli sponsali.

In primo luogo, anche ammesso che veramente Augusto nella sua legge vietasse gli sponsali fra quelle determinate persone, dobbiamo notare che i giureconsulti classici d'anno assai poco valore al divieto, in quanto nei loro commenti o nei loro riferimenti a questa parte della *lex Iulia et Papia*, non parlano se non della proibizione di contrarre matrimonio, come se la legge non contenesse alcun accenno al fidanzamento.

Vedasi anzitutto lo stesso commento che Paolo nel frammento in esame fa seguire alle parole della *lex*.

§ 1 Hoc capite prohibetur senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem ludicram fecerit, ita libertinus senatoris filiam ducere.

Qui dunque si parla solo di *ducere*, quasi che la parola *sponsa* non fosse stata scritta nel testo dal giureconsulto.

di Paolo allo stesso capitolo della *lex* (*hoc capite prohibetur senator libertinam ducere*), quella di Celso. L. 23 D. *de r. n.* 23,2 e quella esplicita di Giustiniano L. 28 C. *de n.* 5, 4 (*lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur*). Non è credibile che Paolo nella legge citata, Marcello nella L. 49 *eod.* ed Ulpiano (XIII, 1) confondessero insi me le disposizioni di Augusto con quelle dell'*Oratio Antonini et Commodi*. Del resto la tesi del Savigny è ormai quasi del tutto abbandonata dai moderni. V. ad es. BONFANTE, *Corso I.* Cfr. però CORBETT, *op. cit.* pag. 35 sgg. (ivi bibl. sull'argomento).

(1) Cfr. per tutti PEROZZI, *Istituzioni*<sup>3</sup> I pag. 356, n. 3.

ULP., XIII, 1 *Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit...*

L. 23 D. *de r. n.* 32,2 *Celsus libro trigesimo digestorum* *Lege Papia cavetur omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere*. Cfr. inoltre L. 31; 43 § 10; 49 D. *eod.*; ULP., XVI, 2 e la testimonianza dello stesso Giustiniano.

L. 28 pr. C. *de nupt.* 5, 4 *Imp. Iustinianus A. Iohanni p. p.* Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate inlustratus, an solvatur matrimonium apud Ulpianum quaerebatur, quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur.

Bisognerebbe quindi, sulla base di questi frammenti, ammettere *per lo meno* che l'istituto degli sponsali avesse perduto della sua importanza passando dalla legislazione di Augusto all'epoca dei Severi e che i giuristi classici, non facendo conto alcuno delle parole della legge relative alla *sponsa*, limitassero il divieto al matrimonio, senza estenderlo anche agli sponsali.

Senonchè, tenendo presente che, come vedremo più avanti, in epoca postclassica si afferma il principio di applicare anche agli sponsali gli impedimenti alle nozze, può sorgere ragionevolmente il dubbio di una interpolazione operata alla nostra L. 44 pr. D. 23, 2, nel senso che i bizantini avrebbero aggiunto la parola *sponsam*, mentre il testo originale avrebbe suonato semplicemente *uxorem sciens dolo malo habeto...; sciens uxorem eam habeto*.

Oltre alle leggi sopra esaminate, altri elementi danno conforto a questa ipotesi. In primo luogo il fatto che nessuno dei testi letterari, i quali riportano la disposizione della *lex Iulia*, (soprattutto Dione Cassio, il quale, come abbiamo potuto constatare, si occupa degli sponsali), riferisce mai il divieto al fidanzamento. (1). In secondo luogo la dichiarazione

(1) DION. CASS, 54, 16; ZONARAS, 10, 34; DION. CASS., 56, 7; PROCOP., *Anect.* p. 45;

della L. 16 D. *de spons.* 23, 1, la quale sembra essere veramente significativa:

*Ulpianus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam* Oratio imperatorum Antonini et Commodi, [quae quasdam nuptias in personam senatorum inhiibuit,] de sponsalibus nihil locuta est. [recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest.]

La legge, come hanno chiaramente rilevato il Gradenwitz (1) e il Riccobono (2), seguiti in ciò da altri scrittori (3), è interpolata nella chiusa *recte-deest* (4).

Essa ci dimostra due cose: 1) Che nella *oratio Antonini et Commodi* non si faceva affatto menzione degli sponsali. Non sappiamo esattamente quale fosse la relazione fra la *lex Iulia et Papia* e l'*oratio*, per quanto riguarda il divieto agli appartenenti al rango senatorio di sposare liberte, questione questa lungamente discussa presso gli antichi scrittori: tutto però fa ragionevolmente ritenere che l'*oratio* dovesse ripetere, con scarse innovazioni, la norma già stabilita dalla *lex Iulia et Papia* (5). La mancanza comunque della menzione degli sponsali nella *oratio* non depone certo a favore della esistenza di essa nella *lex*. Infatti sembra logico che, se veramente la *lex* avesse espressamente parlato del divieto degli sponsali, i giuristi che scrivevano proprio nel commento alla *lex Iulia et Papia* l'osservazione contenuta nella L. 16

(1) *Interpolationen* pag. 232.

(2) *Prospectus montium* (Studi Fadda I pag. 305 sg.); Archivio Giuridico 76 (1906). pag. 468.; Mélanges Fitting. II pag. 488 n. 79; FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910 pag. 249 sg.

(3) ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias* (Rend. Is. Lomb. LVIII 1925, fasc. VI-X pag. 17 estratto) DI MARZO, *op. cit.* pag. 13, 14. Il LEVY (*Der Hergang der röm. Ehescheidung* Weimar 1925 pag. 139) ritiene interpolata la frase *quae-inhiibuit*.

(4) Non sarei affatto alieno dal ritenere che tutto il frammento sia interpolato e che rappresenti una glossa esplicativa al testo di Ulpiano, posta per risolvere un dubbio sorto nelle scuole bizantine, quando gli sponsali acquistano un nuovo e diverso valore.

(5) Cfr. precedentemente pag. 109 n. 1.

D. 23, 2, si sarebbero, per appoggiare quanto affermavano, riferiti alla *lex*, tanto più che l'*oratio*, come si può vedere confrontando la prima parte del frammento con la L. 44 D. 23,2, doveva in questo punto calcare le parole stesse della legge.

2) Che sono precisamente i giuristi postclassici o i compilatori giustinianeî ad estendere questo divieto del matrimonio agli sponsali, dichiarando: *recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest*. Ora, in seguito all'interpolazione della L. 16 D. 23, 1, gli stessi giureconsulti, basandosi sul medesimo principio, non possono aver anche alterato il testo della *lex Iulia et Papia* nella L. 44 pr. D. *de r. n.* 23, 2 aggiungendo la parola *sponsam*?

In conclusione, dal nostro esame risulta dubbia l'esistenza nella *lex Iulia et Papia* di un divieto a stringere sponsali fra gli appartenenti al rango senatorio e liberte o facenti parte del ceto teatrale e comunque appare certo, che all'epoca degli Antonini e dei Severi tale divieto non ha applicazione nella legislazione e nella giurisprudenza.

\*\*\*

Veniamo ora ai pretesi effetti degli sponsali nell'epoca imperiale posteriore ad Augusto. Uno dei più importanti, richiamato in tutti i trattati, ci è fornito dalla L. 4 D. *de f. d.* 23,5, la quale estende il divieto di alienazione stabilito dalla *lex Iulia de fundo dotali* (1) anche al fondo costituito in dote dalla fidanzata.

*Gaius libro undecimo ad edictum provinciale* Lex Iuliae, quae de dotali fundo prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, [plenius interpretanda est, ut etiam de sponsa idem iuris sit quod de marito].

La decisione è considerata come «indubbiamente classica» dall'Arangio-Ruiz, il quale segue in ciò la dottrina do-

(1) La *lex Iulia de fundo dotali* è probabilmente un capitolo della *lex Iulia de adulteriis*. V. BONFANTE, *Corso* I pag. 329.

minante. L'Albertario (1) ha però brillantemente ed esaurientemente dimostrato che l'ultima parte del frammento *plenius-marito* appartiene ai compilatori e che quindi questa equiparazione dello *sponsus* al *maritus* non è classica, ma è dovuta ad un'innovazione giustiniana.

Anzitutto la legge in esame viene a trovarsi in netto contrasto con la L. 13 § 2 D. *de f. d.* 23, 5 di Ulpiano, la quale dichiara che il divieto della *lex Iulia* colpisce il fondo costituito in dote, solamente dal momento della conclusione del matrimonio, non prima (2).

*Ulpianus libro quinto de adulteris* Dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur.

Ora è chiaro che, se già all'epoca di Gaio avesse trionfato l'estensione del divieto allo *sponsus*, sarebbe impossibile che Ulpiano potesse affermare in forma così recisa un tale principio.

Inoltre, nota l'Albertario, «il divieto della Lex Iulia è una norma di diritto singolare, limitatrice del diritto di proprietà che il marito ha sulla dote: quindi, non suscettibile, secondo il preciso rigore del metodo interpretativo, di estensione analogica: di *interpretatio plenior*. Che a ciò non badino postclassici e giustiniani non mi fa meraviglia; ma farebbe meraviglia

(1) *Sulla dotis datio ante nuptias* cit. pag. 14 sgg. (estratto).

(2) V. gli scoli dell'Enantiofane citati dall'Albertario (*op. cit.* pag. 15), in cui il giurista bizantino si accorge dell'antinomia fra L. 4 D. *de f. d.* 23, 5 e L. 13 § 2 D. *eod.* e tenta superarli, interpretando la seconda legge col richiamo della prima (Bas. XXIX, 6, 13 Heimb. III, 492). Quanto alla L. 12 pr. D. *de f. d.* 23, 5; *Papinianus libro primo de adulteriis Etiam si dirempto matrimonio dotale praedium esse intellegitur*, essa non viene affatto a negare la tesi dell'Albertario. Infatti questa norma logicamente intende riferirsi all'intervallo fra lo scioglimento del matrimonio e la restituzione della dote. Il fatto che Papiniano senta il bisogno di proporsi questa questione è un argomento ulteriore per mostrare come il fondo fosse dotale solo al momento del matrimonio. Interessante ancora in questa materia sembrami lo scolio di Basilici XXIX 6, 4 (Heimb. III, 488-489).

che non vi badassero i giuristi romani». Infine la *plenior interpretatio*, di cui si parla nella L. 4 D. *de f. d.* 23, 5, è un motivo prediletto dei bizantini.

Alla tesi dell'Albertario sembrerebbe contraddire una costituzione di Leone e di Antemio, la quale ripete la medesima norma della L. 4 D. 23, 5, attribuendola al giureconsulto Salvio Giuliano.

L. 5 § 1 C. *de bon. q. lib.* 6, 61 (*Impp. Leo et Anthemius AA. Nepoti magistro militum Dalmatae*) Quamvis ergo significazione nominis maritus vel uxor post coeptum matrimonium intellegatur, ex quo videlicet inducta est dubietas, attamen, quia consequens est ambiguitas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis iuris moderamine temperare, non piget nos in praesenti quoque negotio, de quo sublimitas tua suggestit, aequitati convenientem Iuliani tantae existimationis viri atque disertissimi iuris periti opinionem sequi. qui cum de dotali praedio tractatu proposito idem ius tam de uxore quam de sponsa observare arbitratus sit, licet lex Iulia de uxore tantum loquatur: qua ratione tam sponsaliciam donationem quam hereditatem, quam memoratus sponsus suam sponsam lucrari voluit, non acquiri potuit, sed ad eam pervenire benignum esse perspeximus.

L'Albertario supera facilmente questa apparente difficoltà, osservando essere impossibile che Gaio, il quale si riferisce sempre a Giuliano, taccia nella L. 4 D. 23, 5 il nome di questi ed attribuisca a sè la *plenior interpretatio*.

Egli ritiene che questo testo non riporti già la genuina opinione di Giuliano, ma quella di un giureconsulto postclassico. Gli Imperatori, i quali legiferavano verso la fine del 5° secolo, si sarebbero serviti di un testo glossato di Giuliano, in cui la glossa era divenuta parte integrante del testo ed avrebbero in tal modo attribuito al giureconsulto classico quello che era il pensiero di un tardo commentatore. «Nell'età romano-ellenica, rileva l'illustre scienziato, era già un fiorire e un svilupparsi di tendenze che poi trionfano nella legislazione giustiniana: così lo spirito della legislazione giu-

stiniana in materia dotale, mirante sempre più a salvaguardare la dote, era più vivo in quest'epoca. E dove la legge imperiale non giungeva o tardava a giungere, provvedeva la *benigna interpretatio*, la *plena interpretatio* delle scuole ».

Pur seguendo pienamente l'opinione dell'Albertario per quanto riguarda tali alterazioni pregiustiniane dei testi classici, e pur riconoscendo che il principio ricordato nella costituzione in esame non può certo appartenere a Salvio Giuliano, sarei però più propenso a vedere nella L. 5 § 1 C. 6, 61 la mano dei compilatori giustiniani e a ritenere che anche questa norma, come quella della L. 4 D. 23, 5, costituisca un'innovazione del *legislator uxorius*.

Anzitutto se osserviamo le costituzioni di Leone ed Antemio non ritroviamo mai un accenno determinato agli antichi giuristi romani e tanto meno all'editto perpetuo di Giuliano, il che dimostra che la cancelleria imperiale di questi Imperatori, nel redigere le norme legislative, doveva tener poco o nulla conto dei *iura* (1). Il richiamo a Giuliano della L. 5 § 1 C. 6, 61 costituirebbe l'unico esempio del genere. Tale richiamo sta invece assai meglio in bocca ai compilatori giustiniani, i quali, come è noto, citano talvolta i giureconsulti classici ed in special modo Salvio Giuliano, attribuendo loro proprie innovazioni (2). In secondo luogo, per quanto sia assai

(1) Sono assai scarse anche le costituzioni le quali nominano *leges* anteriori (probabilmente servendosi del Codice Teodosiano e forse anche del Gregoriano e dell'Ermogeniano). V. ad es. L. 3 C. *de leg. tut.* 5, 30, la quale ricorda una legge di Costantino (L. 2 C. Th. *de tut.* 3, 17); L. 61 pr. C. *de dec.* 10, 32, la quale ricorda una legge dell'Imperatore Giuliano (L. 51 C. Th. *de dec.* 12, 1=L. 22 C. *de dec.* 10, 32); L. 1 § 2 C. *ut nemo* 11, 54, la quale ricorda una legge a noi non prevenuta di Marciano; L. 14 C. *de adv. div. iud.* 2, 7, la quale si richiama alla L. 10 *eod.* di Valentiniano e Marciano. Sarebbe interessante ricercare quali Imperatori del Basso Impero richiamano nelle loro costituzioni le opere dei giuristi e l'editto perpetuo di Giuliano. Tale studio potrebbe fornire interessanti notizie sull'influenza esercitata dai *iura* sulla legislazione imperiale anteriore a Giustiniano.

(2) Per esempi di innovazioni postclassiche o giustiniane attribuite a Salvio Giuliano, V. il mio studio *Sul divorzio della liberta*

difficile, dato il breve spazio di tempo intercorso, potere trovare dei sicuri criteri filologici per distinguere lo stile di Giustiniano nelle costituzioni del 5° secolo ed avere così un mezzo tecnico per identificare le modificazioni ed i mutamenti apportatevi, tuttavia rileviamo nella legge in esame varie espressioni mai adoperate da Leone e da Antemio e predilette invece dai compilatori, quali *dubietas* (1), *titubantes* (2), *moderamine temperare* (3). Inoltre i caratteristici accenni al *ius naturale* e all'*aequitas*, le considerazioni sulla *benigna interpretatio*, il desiderio di porre in luce come con la decisione imperiale si tolgano i dubbi e le dispute antecedenti, la dichiarazione che *anche* in questo caso si è seguita l'opinione di Giuliano, l'elogio che si tiene a rivolgere a questo giureconsulto, sembrano riflettere la caratteristica mentalità di Giustiniano.

Non è quindi improbabile che la decisione finale appar-

(in corso di stampa) Cfr. L. 45 D. *de r. n.* 23, 2 (per l'interpolazione cf. i vari autori ricordati nel lavoro citato). L. 11 pr. D. *de div.* 24, 2 (Cfr. VOLTERRA *op. cit.*); L. 1 D. *pro d.* 41, 9 (cfr. ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias* cit. pag. 9 estratto). Mi propongo di tornare sull'argomento in un lavoro di prossima pubblicazione, nel quale cercherò di dimostrare come tali citazioni siano più frequenti di quel che non si creda generalmente.

(1) L. 20 C. *de coll.* 6, 20; L. 21 *eod.*; L. 12 C. *de h. q. u. ind.* 6, 35; L. 37 § 1 C. *de appel.* 7, 62; L. 11 C. *de c. i.* 4, 5; L. 20 § 2 C. *de i. d.* 6, 30; L. 19 § 4 C. *eod.*; L. 31 § 1 C. *de fid.* 6, 42; L. 6 § 1 C. *de cond. ins.* 6, 46; L. 4 C. *de m. c. d.* 8, 56; De novo. 2; De mend. 5. Due volte adoperata da Onorio e Teodosio L. 1 C. *de ind.* 10, 17; L. 6 C. *de sacr. eccl.* 1, 2. Su *dubietas* come espressione tecnica dei compilatori: KALB, *Juristenlatein* pag. 79; APPLETON, *Des Interpolations dans les Pandectes*, pag. 102; BONFANTE, *Storia del diritto romano* II pag. 151.

(2) L. 1 pr. C. *de lat. lib.* 7, 6; L. 2 § 10 C. *de v. i. en.* 1, 17; L. 11 pr. C. *de c. i.* 4, 5; L. 22 § 1b. C. *de i. d.* 6, 30; L. 5 § 1c. C. *de temp. et rep.* 7, 63; De emend. 3. Onorio e Teodosio L. 4 C. *de nav.* 11, 2. Anastasio L. 43 C. *de trans.* 2, 4.

(3) Su *moderamen* L. 2 § 1 C. *de v. i. en.* 1, 17; L. 2 pr. C. *de off. praef.* 1, 27; L. 36 § 1 e C. *de in. test.* 3, 28; L. 8 C. 6, 22 (Iustinus); Valent. Theod. Arcad. L. 12 C. 12, 50; L. 4 pr. C. *qui fac. test.* 1, 28. Già riconosciuto come espressione tecnica dei compilatori dal FABRO, *Rationalia ad Pandectas* 1, 149; GUARNERI-CITATI *Indice s. h. v.*

tenga a Leone e ad Antemio, ma che questo paragrafo della costituzione sia stato fortemente rimaneggiato dai compilatori, i quali vi avrebbero fra l'altro aggiunto l' accenno a Giuliano.

In conclusione, lasciando da parte questa ipotesi, di secondaria importanza per il nostro tema, la dimostrazione dell'Albertario circa la non appartenenza a Giuliano dell'opinione riferita in L. 6 § 1 C. 6, 61 e circa l'interpolazione della L. 4 D. 23, 5, toglie ogni dubbio sull'inesistenza in diritto classico di questo effetto degli sponsali (1).

\* \* \*

Sempre in tema di dote i compilatori hanno operato altre interpolazioni allo scopo di estendere alla *sponsa* i privilegi stabiliti nel diritto giustiniano a favore della moglie.

L. 17 § 1 D. *de reb. a. i. p.* 42, 5 (*Ulpianus libro sexagesimo tertio ad edictum*) Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, [tametsi] ipsa dotem condicit, [tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est]: idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit:

Il Di Marzo (2) ha voluto rilevare una contraddizione fra il *tametsi ipsa dotem condicit* e l'affermazione che l'antica fidanzata è ammessa a godere del *privilegium exigendi* « mentre si aspetta l'insegnamento contrario ». Egli propone la rico-

(1) V. lo scolio di Taleleo ad un κατά πόδα, ove ritroviamo la norma riportata per intero nella traduzione greca secondo il testo del Codice. Bas. XLV, 4, 8, 1, 3. (Heimb. IV, 532) Alle parole ἔστις ἔτε περί δotalίου κτήματος ζητήσεως προκειμένης, il giureconsulto commenta: Ἐγνωμεν ἐν τοῖς μονο ἰβλοῖς, ὅτι ἀνὲρ τὸ προικθὸν κτῆμα οὐ δύναται ἐκποιεῖν. ἐζητήτο οὖν εἰ ἄρα ὁ μνηστῆρ, τὸ παρὰ τῆς μνηστῆς δοθὲν αὐτῷ κτῆμα λόγῳ προικός δύναται ἐκποιεῖν. καὶ εἶπεν Ἰουλιανός, ὅτι οὐ δύναται. Cfr. per quanto riguarda altre riforme di Giustiniano nel campo dell'inalienabilità dotale la Nov. 61 e su essa NOAILLES, *L'inaliénabilité dotale et la Nouvelle 61*. (Annales de l'Université de Grenoble tom. XXXI, N. 1, 1919).

(2) *Lezioni sul matrimonio romano* cit. pag. 46 seg.

struzione seguente: *Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen non potest ad privilegium admitti, quia nullum matrimonium contractum est: non idem puto dicendum* rell. Tale ricostruzione non appare però troppo soddisfacente.

La dichiarazione che la *sponsa*, la quale scioglie gli sponsali, può agire con la *condictio* per ottenere la *dos data* risponde pienamente al concetto classico, posto chiaramente in luce dall'Albertario (1). La *datio dotis* anteriore alle nozze è infatti considerata come una *datio ob causam*, la proprietà quindi passa subito al futuro marito: l'acquisto è risolubile e la *sponsa* può agire con la *condictio* ove non si verifichi la causa, cioè *nuptiis non secutis*. Essa non può invece essere ammessa al *privilegium exigendi*, che, come è noto, spetta solo alla donna maritata la quale dopo lo scioglimento del matrimonio, intenta l'*actio rei uxoriae*.

La ricostruzione del Di Marzo appare quindi conforme al diritto classico per quanto riguarda la prima parte del testo. Inutile invece sembra l'aggiunta del *non avanti a idem dicendum est*, in quanto non v'è ragione di ammettere in diritto classico un trattamento diverso per il caso della donna *deducta in domum* prima dei dodici anni. Alcuni testi ci mostrano infatti come sia in materia dotale, sia per altri effetti, questa minore fosse equiparata alla *sponsa*. Fra tutti caratteristica la L. 8 D. *de cond. c. d.* 12, 4.

*Neratius libro secundo membranarum* Quod Servius in

(1) *Sulla dotis datio ante nuptias* cit.

(2) È interessante notare che questa norma è stata accolta dal diritto della Chiesa Orientale. Cfr. quanto espone Balsamone nel suo commento al can. 98 del Concilio Trulliano (in: RHALLI-POTLI, Σύναγμα τῶν θεῶν καὶ ἱερῶν κανόνων II, pag. 542). V. quanto dice su questa norma lo ZHISHMANN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche* Wien 1864, pag. 389 « Es sind insbesondere die diesen Punkt betreffenden Stellen der Basiliken, aus welchen die Commentatoren des 98 Trullanischen Kanons den Beweis zogen, dass schon vor der Nouvelle des Kaisers Alexius I Comnenus vom J. 1084 die μνηστῆρα überhaupt... der wirklichen Ehe gleich erachtet wurde ».

libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, [si divortium intercesserit prius quam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio], donec [autem] in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.

La legge è attribuita dal Fabro ai compilatori (1), mentre è ritenuta genuina dal Bonfante (2). Certo però che il parlare di divorzio in un caso, in cui, secondo i principi classici, non si può avere matrimonio, sembra assai strano, come è rilevato anche dal giureconsulto bizantino Cirillo, il quale, commentando la legge, sente il bisogno di osservare: Σημείωσαι, ὅτι ἐπὶ τῶν ἀνήβων τῶν ἐπὶ γάμῳ συνελθόντων, κἂν οὐ κυρίως συνίσταται γάμος... καὶ οὕτω ῥεπουδίου δέονται. σημείωσαι τοῦτο θαυμαστὸν ὄν (3).

Del resto Paolo ci avverte che il termine *divortium* non può applicarsi agli sponsali (4).

Mi sembrerebbe quindi opportuno espungere la frase *si divortium-repetitio*, la quale, oltre che per i rilievi esposti, si rileva compilatoria anche perchè pare forse rispondere

(1) FABRO, *Rationalia* ad h. 1.

(2) CORSO I, pag. 245 n. 3. « Nel caso peraltro l'uso della parola *divortium* si può giustificare anche senza ritenere col Fabro interpolato il testo: l'abuso e la confusione fra divorzio e scioglimento di diritto di matrimonio è invece frequente nelle Novelle di Giustiniano ». Notisi però che questo sarebbe l'unico esempio delle fonti classiche.

(3) Bas. XXIV, 1, 8, 3 (Heimb. III, 5).

(4) L. 191 D. *de v. s.* 50; 16; L. 101 § 1 D. *eod.* Cfr. la correzione proposta dal BESELER, *Beiträge* III pag. 34, 43 il quale, oltre ritenere interpolata la chiusa *quod et-cedit*, aggiunge *et davanti a sponsae*. V. anche DI MARZO, *Lezioni* cit., pag. 21.

al concetto bizantino di ricercare più che la persistenza di fatto del matrimonio, l'avvenuto o meno scioglimento di esso attraverso l'atto formale del divorzio. Del resto tale frase appare superflua, data la dichiarazione che segue: *si in eodem habitu matrimonii permaneat*. Il significato originario della legge sembra logicamente essere questo: Nerazio, commentando la dichiarazione di Servio, osservava che la dote non poteva ripetersi sino a che l'uomo e la donna permanevano *in eodem habitu matrimonii*, come non si può ripetere sino a che durano gli sponsali ciò che la sposa ha dato allo sposo *dotis nomine*. La spiegazione è basata sul principio, ripetuto in altri testi, che la costituzione dotale anteriore al matrimonio deve essere mantenuta sino a che sussiste la *spes* delle future nozze. I bizantini, preoccupati invece del carattere formale assunto dal divorzio nel diritto postclassico e giustiniano, aggiungono la frase *si divortium-repetitio* e conseguentemente la parola *autem*, rimaneggiando il testo: l'infelice punteggiatura di alcuni editori ha contribuito non poco ad oscurare il senso del frammento che pure risulta ancora chiaro nella traduzione greca dei Basilici (1).

Ci siamo alquanto indugiati nell'esame di questa legge, la quale costituisce per noi un significativo esempio dell'equiparazione del caso dell'*uxor* dedotta in matrimonio prima dei dodici anni a quello della *sponsa*: le nostre osservazioni ci hanno servito per porre meglio in luce la classicità di tale concetto, su cui avremo occasione di tornare in altri luoghi. Accanto a questa legge possiamo citare ancora la caratteristica L. 14 (13) § 8 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48, 5 che esamineremo ancora più avanti (2).

L'*idem puto dicendum*, ecc. della L. 17 D. 42, 5 sembra

(1) XXIV, 1, 8 (Heimb. III, 5). Ἐὰν ὁ εἰς τῶν συναφθέντων μήπω τῆς τῶν γαμεῖν ὀφειλόντων ἡλικίας ἐστίν, εἰ μὴ γένηται διαζῦγιον, οὐκ ἀποδίδεται τὸ δοθέν ἐν προκί, ὡς περ οὐδὲ τῇ μνηστῆ, ἐφ' ἔσον ἢ μνηστῆα συνίσταται. Τὸ γὰρ διδόμενον ἐν προκί, ἐφ' ἔσον δύναιται γενέσθαι προίε, ἤτοι γάμος, οὐκ ἀποδίδεται.

(2) Per questo testo e per la sua critica cfr. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii* (Studi Bonfante II, pag. 115 e n. 10).

quindi classico. Quanto alla L. 18 *eod.* (1) a cui il Di Marzo si richiama per la sua proposta di mutare *idem puto dicendum* in *non idem puto dicendum*, essa assai probabilmente doveva riferirsi alla medesima questione esaminata nel frammento di Nerazio, o ad altra analoga: i compilatori l'hanno invece collocata di seguito alla L. 17 *eod.*, come sostegno della nuova norma da loro introdotta.

La proposta di ricostruzione della seconda parte della L. 17 D. 42, 5, è quindi da abbandonare. Non sembra poi illogico attribuire, con l'Albertario, ad Ulpiano solo la frase: *Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est... ipsa dotem condicit*, la quale enuncia un principio prettamente classico, mentre la frase *tamen-contractum est*, come anche il precedente *tametsi* sarebbe opera dei compilatori. La chiusa invece sarebbe genuina e risponderebbe pienamente a quanto è dichiarato nella L. 8 D. *de c. c. d.* 12, 4.

Anche in un'altra legge i compilatori hanno voluto dichiarare la nuova norma estesa agli sponsali.

L. 74 D. *de i. d.* 23,3 *Hermogenianus libro quinto epitomarum* Si sponsa dotem dederit nec nupserit vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, [exemplo dotis condictioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit].

L'interpolazione è già stata da tempo rilevata ed affermata da vari autori (2): è inutile del resto soffermarsi a lungo su questo testo, il cui stile, come ha notato il Di Marzo, « rivela che soltanto poche parole non appartengono a Triboniano, il quale curò di metterlo in armonia col nuovo tenore della L. 17 § 1 D. 42,5 ».

Una ricostruzione sicura del testo originale è certo impossibile: possiamo però azzardare quale ipotesi probabile, che, come il frammento di Ulpiano, anche esso si

(1) *Paulus libro sexagesimo ad edictum* (interest enim rei publicae et hinc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit).

(2) ALBERTARIO, in *Rivista Ital. Scienze Giuridiche* 52 (1912) pag. 45 n.; PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremden Geld* Leipzig 1916 pag. 150 n.; DI MARZO, *op. cit.*, pag. 47.

limitasse a dichiarare alla donna, la quale prima delle nozze ha compiuto la *dotis datio*, la facoltà di ripetere *nuptiis non secutis*, mediante la *condictio*, quanto ha consegnato al futuro marito.

\*\*\*

Alcuni dei cosiddetti effetti degli sponsali si vogliono ritrovare nel campo del diritto penale, sulla base di vari testi, i quali considerano determinati reati commessi da fidanzati alla stessa stregua di quelli commessi da coniugi. Anche qui però ci troviamo di fronte ad innovazioni portate dai compilatori di Giustiniano al sistema classico.

Di uno di questi pretesi effetti, il diritto da parte del fidanzato di perseguire con l'accusa di adulterio la fidanzata infedele, mi sono già occupato dettagliatamente in un precedente studio (1). Ivi partendo dall'esame dell'apparente contraddizione fra un passo della *Collatio* (IV, 6) e la L. 14 § 3 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48, 5, osservavo che i due testi non sono affatto in contrasto fra loro, ma che in forma diversa asseriscono la medesima norma. Per comprendere esattamente il loro contenuto, bisogna tenere presente il caratteristico regime classico della repressione dell'adulterio e soprattutto la differenza fra le due forme di accusa introdotte dalla legge di Augusto; l'una la pubblica *accusatio iure extra-nei*, libera a tutti, che qualunque cittadino può intentare sia contro colpevoli di vero e proprio *adulterium* in senso tecnico, (cioè relazione con donna unita ad altri in *iustae nuptiae*), sia contro colpevoli di *stuprum*: l'altra, l'*accusatio iure mariti vel patris*, concessa entro 60 giorni utili dal divorzio solo a determinate persone che si trovino in determinati rapporti con la donna, e solo nel caso di *adulterium* in senso tecnico. A questa ultima *accusatio* si collega in diritto

(1) *In tema di accusatio adulterii. I. L'adulterium della sponsa.* (Studi Bonfante, II pag. 110 sgg.).

classico una serie di importanti privilegi. Trascorsi i 60 giorni, è aperta l'accusa pubblica. (1)

Ora il passo della Collatio dichiara:

*Paulus libro singulari de adulteris.* In uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam < in > sponsam. Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt.

Con queste parole non si viene affatto a negare che la relazione sessuale della fidanzata non possa esser perseguita con l'*accusatio iure extranei*: ciò è indubbio in diritto classico, dove ogni relazione sessuale extraconiugale (escluse quelle delle *mulieres in quas stuprum non committitur*) è oggetto di pubblica accusa. La questione proposta a Severo e Caracalla è ben diversa, in quanto verte sulla possibilità o meno da parte del fidanzato di intentare l'*accusatio iure mariti*. Gli Imperatori negano recisamente questa facoltà: s'intende però che lo *sponsus* potrà sempre, come qualunque altro estraneo, intentare l'*accusatio iure extranei*: dato infatti il carattere e l'estensione di questa accusa, non vi è bisogno di dichiararlo espressamente.

La L. 14 § 3,4 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48,5 viene in sostanza a dichiarare la medesima norma.

(*Ulpianus libro secundo de adulteris*) Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur. Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusari eam non posse, iure extranei posse.

(1) Cfr. per queste accuse: ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la lex Iulia de adulteriis* (Mélanges d'histoire de droit); VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* (Studi Economico-Giuridici R. Università Cagliari XVII, 1929); *In tema di accusatio*, ecc. cit.; *Nota critica alla L. 27 (28) C. ad leg. Iul. de ad.* 48, 5 Roma 1929; *Alcune innovazioni di Giustiniano al sistema classico di repressione dell'adulterio* (Rend. Istit. Lomb. LXIII, 1930); *Sulla compensazione dei reati in diritto romano* (Temi Emiliana 1930).

Come ho cercato di dimostrare nel lavoro citato, dal confronto di questo paragrafo con i precedenti, - i quali esaminano per una serie di casi la possibilità di intentare l'*accusatio iure extranei* - e con il § 4 - il quale, unito al § 3 con l'affermativo *sed et*, dichiara espressamente non essere concessa l'accusa *iure mariti*, ma quella *iure extranei* - risulta chiaro che anche Ulpiano, riferendosi al medesimo rescritto ricordato da Paolo, ammetteva contro la fidanzata colpevole la sola accusa pubblica *iure extranei*. Una conferma di quanto asseriamo ci è fornita dal § 8 della medesima legge il quale dà un'esauriente spiegazione del § 3.

Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit coeperitque esse uxor, non poterit *iure viri* accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed [vel] quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatum est (1).

Da questi testi risulta evidente che in diritto classico allo *sponsus* è concesso intentare per l'infedeltà della fidanzata solo l'*accusatio iure extranei*, in quanto in questo caso non si ha un vero e proprio reato di *adulterium* in senso tecnico, ma un reato di *stuprum*. Contrariamente a quanto ritiene la dottrina dominante, al fidanzato non viene quindi riconosciuto nessun diritto speciale sulla base del rapporto di sponsali con la colpevole, giacchè, teniamo a ripeterlo

(1) Come ho rilevato nel lavoro citato, lo Schulz (in Zeitschr. d. Savigny Stiftung. 33, 1912, pag. 53 n.) ritiene interpolata la frase *sed vel accusari* in luogo di *sed iure extranei poterit accusari*. Ma anche se l'espressione *quasi sponsa* appartiene ai compilatori, essa mostra ugualmente che nel § 3 il giureconsulto con le parole *hoc idem vindicandum* intendeva riferirsi all'*accusatio iure extranei*. Infatti *quasi sponsa poterit accusari* è posto in contrapposto alla dichiarazione precedente *non poterit iure viri accusari*. Non mi sembra del resto molto probabile l'interpolazione sostenuta dallo Schulz. In diritto giustiniano, infatti, data l'abolizione dell'*accusatio publica*, difficilmente i compilatori avrebbero sentito il bisogno di far risaltare la differenza fra essa e l'*accusatio iure mariti vel patris*. L'interpolazione della L. 7 pr. C. *ad leg. Iul. de ad.* 9,9 lo dimostra chiaramente.

*l'accusatio iure extranei* è pubblica e può essere intentata da qualunque cittadino. È chiaro quindi che in questo campo il diritto romano classico non attribuiva nessun effetto speciale agli sponsali, nè equiparava affatto gli sponsi ai coniugi.

Diversamente invece avviene nel diritto giustiniano. Qui è accolta la costituzione di Costantino del 326 (L. 2 C. Th. *ad leg. Iul. de ad.* 9, 7 - L. 29 (30) C. *ad leg. Iul. de ad.* 9, 9), la quale abolisce l'accusa pubblica per l'adulterio e lo stupro, restringendo il diritto di perseguire il reato al marito della colpevole e ai prossimi congiunti. Dato questo nuovo regime, i passi classici inseriti nella compilazione vengono ad assumere un significato profondamente diverso da quello originario: infatti caduta ormai l'importanza pratica della distinzione fra le due *accusationes* (dell'antico sistema ormai solo la terminologia classica sopravvive), non interessa più, come all'epoca dei Severi, conoscere chi sia ammesso all'accusa privilegiata di fronte a tutti gli altri cittadini ai quali è concessa l'accusa pubblica, ma nel nuovo diritto ha solo importanza conoscere chi può intentare *l'accusatio adulterii*. La L. 14 § 3 D. 48,5, affermando questa facoltà allo *sponsus*, viene veramente a concedere nei riguardi del diritto giustiniano, un privilegio al fidanzato di fronte agli altri cittadini.

Il pensiero dell'Imperatore bizantino in questa materia si desume chiaramente dall'interpolazione apposta ad una costituzione di Alessandro Severo.

L. 7 pr. C. *ad leg. Iul. de ad.* 9, 9 *Imp. Alexander A. Herculano*. Propter violatam virginem [adultam] qui postea maritus esse coepit accusator iustus non est et ideo iure mariti crimen exercere non potest, [nisi puella violata sponsa eius fuerit].

In questo rescritto Alessandro Severo, seguendo lo stesso principio che ha ispirato Severo e Caracalla, nega che contro il reato commesso dalla donna non unita in *iustae nuptiae* possa darsi l'accusa speciale (V. anche L. 14 (13) § 6 D. *ad leg. Iul. de ad.* 48, 5): si comprende, naturalmente, che è sempre ammessa l'accusa *iure extranei*. Nel diritto

della compilazione, invece, scomparsa *l'accusatio pubblica*, i compilatori, per affermare il diritto dello *sponsus*, sentono il bisogno di aggiungere l'ultima frase *nisi-fuerit*. (1).

\* \* \*

Un altro riconoscimento della qualità di *sponsi* nel campo del diritto penale si sarebbe avuto, secondo l'opinione dominante, già all'epoca del diritto classico, il quale avrebbe sottoposto l'uccisione del fidanzato o della fidanzata o dei futuri suoceri o dei futuri genero e nuora per opera di uno di essi, alle sanzioni previste dalla *lex Pompeia de parricidio*. Tale affermazione si troverebbe enunciata in due frammenti delle istituzioni di Marciano.

L. 1 D. *de leg. Pomp. de parr.* 48, 9 *Marcianus libro quarto decimo institutionum* Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patruelem matruelem, patruum avunculum, amatam, consobrinum consobrinam, uxorem virum, generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterca qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare.

L. 3 *ead. Marcianus eod.* Sed sciendum est lege Pompeia de consobrinis comprehendi sed non etiam eos pariter

(1) Per la dimostrazione cfr. lo studio citato. Importante anche lo scolio alla traduzione greca della legge nei Basilici (Bas. LX, 37, 51, 2 Heimb. V, 745). Per il concetto vigente nella Chiesa orientale cfr. il can. 98 del Concilio Trullanico il quale giunge a punire di adulterio chi sposa la fidanzata di un altro ὁ ἐτέρω μνηστευθεῖσαν γυναῖκα ἐπὶ τοῦ μνηστευσαμένου ζῶντος πρὸς γάμου κοινωνίαν ἀγόμενος τῇ τῆς μοιχείας ὑμοκείσθω ἐγκλήματι. V. anche per i vari commenti ZHISHMAN, *op. cit.*; KOSCHAKER, *Zur Geschichte der Arrha sponsalicia* (Zeitschr. d. Savigny Stiftung. XXXIII, 1912 pag. 304 seg.); VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia III* (Rivista Ital. per le Scienze Giuridiche 1930 pag. 38 sgg. estratto).

complecti, qui pari propioreve gradu sunt. sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur:

L. 4 *Idem libro primo de publicis iudiciis cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur.*

Anzitutto si deve notare che nell'elenco dato dalla L. 1 delle persone la cui uccisione è punita dalla lex Pompeia, si ha cura di nominare sempre l'uomo e la donna, tranne per quanto riguarda la *noverca*, la quale non è menzionata accanto al *vitricus*. L'osservazione quindi della L. 3: *sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur* sembrerebbe logica per quanto riguarda la *noverca*, ma non già per la *sponsa*, dato che lo *sponsus* non figura affatto nell'elenco della L. 1.

La spiegazione poi fornita dalla L. 4, unita dai compilatori direttamente al frammento precedente: *cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*, non si accorda dal punto di vista logico, in quanto qui si parla tanto della *sponsa* quanto dello *sponsus*, non già, come nella L. 3 che si vuole illustrare, della sola *sponsa*. Certo questa stessa spiegazione dimostra in modo indubbio che non si vuole affatto escludere nell'intenzione del legislatore bizantino l'uccisione dello *sponsus* dalle sanzioni del parricidio, ma nello stesso tempo rivela che la L. 4 doveva riferirsi originariamente. ad altra questione. Gli stessi traduttori bizantini dei Basilici hanno sentito l'incongruenza che presentava la L. 3, tanto è vero che hanno modificato l'elenco della L. 1, ponendo accanto al marito il fidanzato, accanto alla moglie la fidanzata, accanto al patrigno la matrigna (1).

(1) BAS. (LX, 40, 1 (Heimb. V, 774) Ὁ ζονεύων πατέρα ἢ μητέρα, πάππον ἢ μάμμη, ἀδελφόν ἢ ἀδελφήν, θεῖον ἢ θείαν. ἀνεψιόν ἢ ἀνεψίαν, ἢ τοὺς ἄλλους συγγενεῖς, ἄνδρα ἢ μνηστῆρα, ἢ γυναίκα, ἢ μνηστήν, ἢ γαμβρόν, ἢ νόμφην, ἢ πενθερόν ἢ πενθεράν, πατρῶν ἢ μητρειάν, ἢ προγονόν, ἢ προγονήν, ἢ πάτρονα, ἢ πατρῶνισσαν, ἢ κατὰ δότον τοῦ το ποιήσας γενέσθαι, πυρὶ παραδίδοται· καὶ ἡ μήτηρ φο-

Si aggiungano poi alcuni indizi formali, i quali depongono contro la classicità della legge. *Sciendum est... lege Pompeia de consobriño comprehendendi* non è certo un esempio di buon stile latino, e non a torto infatti gli antichi editori hanno tentato in vari modi di correggere la frase, alcuni mutando *comprehendi* in *comprehensum esse* (1), altri proponendo di espungere come spurie le parole *comprehendi sed non* (2) in modo da far suonare (bisogna confessare, abbastanza stranamente) il passo: *sed sciendum est lege Pompeia de consobriño etiam eos pariter complecti* ecc. Dubbio è anche il valore da attribuire all'avverbio *pariter*, a cui taluno vuole dare il significato di *nominatim* (3). Non bello è anche il susseguirsi dei due avversativi *sed sciendum est... sed non etiam eos*, nè si comprende la necessità di *etiam* davanti al verbo *complecti*. In definitiva è anche alquanto difficile accordare logicamente la prima parte della legge con quanto leggiamo nella L. 1 D. *eod.*

La L. 3 ha quindi tutta l'apparenza di una glossa al passo originale di Marciano, glossa probabilmente incorporata al testo-adoperato dai compilatori e da essi posta nel Digesto come una legge a sè. Anche la L. 4 è alquanto sospetta per il *cum* con l'indicativo, forma assai usata dai bizantini (4): come abbiamo già rilevato, questo frammento del libro primo *de publicis iudiciis* di Marciano non poteva riferirsi all'uccisione dei fidanzati, ma assai probabilmente esso, allo stesso modo della L. 5 D. *de test.* 22,5 e della L. 6 § 1 D. *de grad.* 38, 10 doveva trattare di questa estensione del

νεύουσα τὸν υἱὸν ἢ τὴν θυγατέρα, καὶ πάππος γόν ἐγγονον· καὶ ἔ  
ἀγοράσας φάρμακον ἐπὶ τῷ δοῦναι τῷ ἰδίῳ πατρὶ, κὰν μὴ δυνηθῆ  
δοῦναι. Uno scolio πυρὶ παραδίδοται avverte che nell'Indice di Cirillo:  
τῷ πυρὶ ἀνδροφόνων νόμφα κατέχονται.

(1) Stephanus e Haloander sulla base di F<sup>2</sup>. Sull'argomento cfr. VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris romani* lib. I, cap. IV (Lugd. Batav. 1735, pag. 25).

(2) HOTOMANNUS, *Observationes* lib. V, cap. 31. Cfr. BYNKERSHOEK, *op. cit.*, pag. 25-26.

(3) BYNKERSHOEK, *op. cit.* lib. V, pag. 26.

(4) BESELER, *Beiträge* III, pag. 62 sgg. Il Mommsen propone di mutare il *cum* in *quin.* V. BESELER, *op. cit.* pag. 63.

significato di suocero, genero e nuora riguardo alle norme, le quali escludono alcune categorie di parenti dall'obbligo di prestare la testimonianza fra di loro (1).

In secondo luogo possiamo osservare che l'interpretazione e l'applicazione data al catalogo di Marciano dall'opinione dominante, non si accorda con le altre notizie che noi abbiamo intorno alla repressione del parricidio in diritto romano. Secondo la tesi generalmente accolta, la quale avrebbe però bisogno di essere accuratamente riesaminata e vagliata, la *lex Pompeia de parricidiis*, emanata nell'anno 699 di Roma, avrebbe sottoposto alle pene stabilite dalla *lex Cornelia de sicariis* l'uccisione del padre e di altro ascendente, la quale era sino allora repressa dai comizi presieduti dai *quaestores parricidii* con pene di carattere essenzialmente religioso,

(1) Un argomento a favore di questa tesi è fornito dall'osservazione che la norma sopra ricordata sulle persone eccettuate dall'obbligo della testimonianza è contenuta, come dimostra la L. 4 D. *de test.* 22,5, nella *lex Julia de publicis iudiciis* e che la L. 4 D. *ad leg. Pomp. de parr.* 48,9 è tratta precisamente da *liber primus de publicis iudiciis* di Marciano.

(2) Sul catalogo di Marciano V. le osservazioni del FERRINI, *Diritto penale romano* Milano 1902 pag. 391 circa le incongruenze e stranezze che questo catalogo presenta. Pur accogliendo pienamente molti dei suoi rilievi, non ci sembra poter però seguire il suo tentativo di spiegazione, trattarsi cioè di un vecchio catalogo, probabilmente di origine sacrale, che passava in rassegna i casi più gravi di omicidio, in cui fra l'altro si prescriveva di non dare sepoltura all'omicida: la legge avrebbe avvertito che ormai anche per questi casi era da applicarsi la *lex Cornelia*. « Le lacune e le inesattezze » afferma il Ferrini, « importavano poco al legislatore, il quale, avendo detto abbastanza chiaramente in qualche parte della legge che le antiche pene più non si dovessero applicare, aveva già raggiunto il suo intento. Invece il catalogo tornò ad avere grande importanza quando più tardi la pena speciale per il parricidio fu ripristinata; allora la giurisprudenza tentò di coordinarlo, di completarlo, di eliminare le illogiche reticenze ». A tale ipotesi possiamo osservare che, se veramente il catalogo fosse stato accolto ed elaborato dalla giurisprudenza, non si comprenderebbe perchè mai non sarebbe stato ricordato da Modestino, Paolo e Costantino nelle loro leggi, ma solo da Marciano.

e l'uccisione dei prossimi congiunti sino allora sottoposta al giudizio domestico (1). In seguito, nell'evoluzione del diritto penale, questi reati sarebbero stati considerati come una specie più grave di omicidio e sottoposti a pene maggiori (2).

Non vogliamo qui addentrarci in una questione diversa dal tema da noi affrontato, questione che sarà oggetto di un prossimo studio in via di preparazione: tuttavia, anticipando alcuni risultati, ci limitiamo ad osservare che le fonti sia giuridiche che letterarie smentiscono l'affermazione tratta dalla L. 1 D. 48, 9 sull'identità della pena per l'omicidio e il parricidio dopo l'anno 699 di Roma. (3).

(1) COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*. Bologna 1921, pag. 71.

(2) COSTA, *op. cit.*, pag. 157.

(3) Ultimamente il Levy (*Die röm. Kapitalstrafe* cit. pag. 28) dopo aver ampiamente dimostrato che nessuna legge di Silla ha abrogato la pena di morte, sostituendovi quella dell'esilio, (le dichiarazioni dei giureconsulti classici storicamente non sono esatte), ha stabilito il significato che nelle fonti ha l'espressione *poena legis Corneliae* ed ha fatto una preziosa osservazione circa il valore della frase *poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis* nella legge di Marciano. « Dass ist », osserva l'illustre Autore, « nicht die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, nicht einmal die der poena cullei, die wir bald hernach weiter in Geltung sehen. Vielmehr sollte der Magistrat fortan in der Wahl der Todesart durch altes Herkommen ebensowenig eingeengt sein wie bei sonstigen Morden-falls es zur Execution überhaupt kam. Die facultas alternativa zur blossen Verbannung brauchte Pompeius nicht einzuschärfen; sie war ja seit langem fester Bestand und wird gerade beim parricidium schon von dem jungen Cicero (a. 80) als selbstverständlich vorausgesetzt ».

Ciò dimostra che le nostre L. 1,3 D. 48,9 non hanno una grande importanza, di fronte alle altre testimonianze delle fonti, per stabilire quali fossero gli atti riassunti dai Romani all'epoca classica sotto la figura del parricidio e come tali sottoposti ad una determinata sanzione. Del resto, prima di poter emettere un'opinione decisiva nei riguardi del nostro frammento, sarebbe necessario conoscere più esattamente il contenuto della *lex Pompeia*. Probabilmente anche questa, come la *lex Cornelia de sicariis*, è citata non sempre esattamente dai giureconsulti classici.

Inoltre dobbiamo notare che le leggi, le quali parlano effettivamente del parricidio come un reato a sè, punito con speciali, atrocissime pene, sembrano ignorare del tutto questo lungo elenco attribuito a Marciano è, ciò che per noi ha maggiore importanza, non fanno mai rientrare nel parricidio l'uccisione di uno dei coniugi o di uno dei fidanzati.

L. 9 pr. § 1 D. *de leg. Pomp.* 48, 9 *Modestinus libro duodecimo pandectarum* Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem. Qui alias personas occiderint *praeter matrem et patrem et avum et aviam* (quod more maiorum puniri supra diximus), capitis poena plectentur [aut ultimo supplicio mactantur].

Dalla legge risulta chiaramente che la *poena parricidii* si applicava soltanto per l'uccisione degli ascendenti, principio questo che, secondo il passo di Modestino, parrebbe in vigore anche al tempo di Adriano. In tutti gli altri casi, quindi anche nell'uccisione dei coniugi e dei fidanzati, si applica la *poena capitis* ordinaria, senza nessun aggravio speciale, il che significa che questi altri casi erano considerati come omicidio semplice e non come parricidio. Ciò è confermato anche da altre fonti.

PAUL., *Sent.* V, 24, 1. *Lege Pompeia de parricidis tenetur qui patrem matrem avum aviam fratrem sororem patronum patronam occiderit, etsi antea insuti culleo in mare praecitabantur, hodie tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur* (1).

(1) Gli editori si sono affaticati a ricostruire ed a correggere la legge. Limitandoci qui solo ad alcuni dei principali, citiamo Huschke, il quale aggiunge dopo *tenetur* il lungo elenco della L. 1 D. 48,9, notando: « ad sequentes occisos tum propria parricidii poena pertinuisse videtur. Sed cum verum non sit, hos tantum legem Pompeiam apprehendisse et cum in omnibus Cdd. postea « Hi » desideretur, quod edd. ante *etsi* inculcant, appareat, ante

L'Albertario ha sostenuto l'interpolazione, che egli attribuisce ai Visigoti, dell'inciso *etsi antea-dantur* (1). Ma lasciando da parte questa questione, osserviamo che anche il passo di Paolo riferendosi espressamente alla *lex Pompeia*, limita le persone sottoposte alla sanzione speciale del parricidio ad un numero assai più ristretto del catalogo di Marciano. Pur estendendo, a differenza di Modestino, tale sanzione, oltre che all'uccisione dei genitori e degli avi, anche a quella dei fratelli, delle sorelle e dei patroni, non menziona affatto l'uccisione del coniuge e tanto meno quella del fidanzato.

Una legge di Costantino, riportata anche nel Codice Giustiniano, legge da cui è tratto anche il passo delle Istituzioni relativo al parricidio (2), fornisce anche essa elementi per provare la mancanza della menzione del coniuge e dei fidanzati nella *lex Pompeia*.

L. 1 C. Th. *de h. q. par.* 9, 15 *Imp. Costantinus A. ad Verinum*. Si quis parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, neque gladio neque ignibus neque ulla alia solemnibus poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentium contubernis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur.

*patrem* omnia ista ab initio et finis similitudinem excidisse, quae L. 1 pr. D. cit. inde a. v. patrem, matrem, usque ad v. patronam occiderit, leguntur. Eiusque iacturae id quoque vestigium est, quod pars Cdd. (cd. edd.) pro *occiderint* habet *occiderit*. È evidente che Huschke non tiene molto conto della L. 9 D. *cod.* Inoltre *occiderit* si accorderebbe con *tenetur*. L'edizione del Riccobono, Baviera, Ferrini e quella del Girard giustamente tolgono il *tentur*, che non può accordarsi con il resto.

(1) ALBERTARIO, *Hodie. Contributo alla dottrina delle interpolazioni*. Pavia 1911, pag. 6 sg.

(2) § 6 I. *de publ. iud.* 4,18.