



- ◆ 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)

ANCORA SUL CONSENSO DELLA FILIAFAMILIAS AGLI SPONSALI

In uno scritto « Dispute romanistiche », pubblicato negli Studi in memoria di Aldo Albertoni, il Prof. Solazzi ritorna sulla ben nota questione del consenso della *filia familias* al matrimonio ed agli sponsali (1) e muove contro un mio breve lavoro, che egli però afferma conoscere solo attraverso una mia citazione.

Io non oso certo pretendere di contraddire nè tanto meno mettermi in polemica con l'illustre Maestro dell'Università di Napoli, ma, siccome fra l'altro le parole del Solazzi, rimproverandomi di usare un metodo erroneo e pericoloso, possono far credere ai lettori che la mia tesi sia stata solo accennata, senza nemmeno tentarne la dimostrazione, mi permetto di esporre brevemente il mio punto di vista sul consenso della *filia familias* agli sponsali (2).

Anzitutto a proposito dell'interpolazione della L. 14 D. *de spons.* 23, 1 mi preme avvertire che se il Solazzi avesse voluto darsi la pena di legger le brevi note da me pubblicate sull'argomento (*Sul consenso della filia familias agli sponsali*, Roma, Grafia, 1929), non si sarebbe affatto « spassato a veder combattuta » come sua « un'opinione » che egli non avrebbe « mai espresso ». Infatti a pag. 6, n. 1, io scrivevo: « Il Solazzi riterrebbe interpolata la legge

(1) Cfr. SOLAZZI, *Le nozze della minorenne* (Atti R. Accad. Scienze Torino, LI, 1915-16 e specie pag. 759 n. 2); *In tema di divorzio* (Bull. Ist. Dir. Rom., XXXIV, 1915, pag. 1 segg.).

(2) *Sul consenso della filia familias agli sponsali* Roma, 1929; *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Pisa, 1931-32 (litografato) pag. 37 segg. La mia tesi ha trovato consenziente anche G. LONGO (in Bull. Ist. Dir. Rom., XL (1932), pag. 205 n. 1 (296), il quale non accoglie l'opinione del Solazzi circa l'intervento dei compilatori giustinianei.

« in questione non solo nell'inciso finale *id est si non sint minores quam septem annis* (cosa questa pacifica fin dal tempo del Fabio), ma anche nella frase precedente *si modo-intellegatur*. « Si noti però che, come vedremo in seguito, anche la norma dichiarata nella L. 11 pr. C. Th. de spons. 3, 5 sembrerebbe accordarsi con questo principio ».

Ora, che quella da me riferita sia l'opinione del Solazzi non mi pare vi sia dubbio alcuno. Se invece in una nota di un altro mio lavoro *Ricerche sugli sponsali in diritto romano*, Bull. I. D. R., 40, 1932, a pag. 100, n. 3, si leggono queste testuali parole: « Contro l'interpolazione sostenuta dal Solazzi della frase *quapropter-intellegatur*, v. BONFANTE, *op. cit.*, pag. 198, n. 7; 227, n. 5; PEROZZI, *Istituzioni*, I, pag. 356, n. 1; VOLTERRA, *Sul consenso della filia familias agli sponsali*, Roma, 1929, pag. 6 » la citazione di ben quattro luoghi diversi, nei quali si esaminava e si discuteva l'interpolazione della sola frase *si modo-intellegatur*, poteva ragionevolmente far pensare che le parole *quapropter-intellegatur* in luogo di *si modo-intellegatur* erano il frutto di una di quelle sviste involontarie di cui, credo, pochi lavori sono immuni, o per lo meno fare apparire un po' eccessiva la necessità della lunga e « brillante » nota che vi dedica il Solazzi.

E, ripeto, bastava che il Solazzi leggesse il mio lavoro dedicato all'argomento, — che sarei stato ben lieto di procurargli — perchè vedesse come io mi occupassi della sola frase *si modo-intellegatur*, e perchè l'equivoco fosse subito chiarito e si dileguasse ogni pericolo di « spasso » da parte sua.

Ma passiamo alla pag. 49 dello scritto del Solazzi. Egli afferma « Mi è indifferente la tesi del Volterra (Bull. Ist. Dir. Rom., 38, 1930, 260 segg.) che le costituzioni del Basso Impero non neghino o anzi importino la necessità del consenso della *filia familias* limitato al *non dissentire*. Poichè il requisito del consenso per il matrimonio è già accolto in Ulpiano, V, 2, storicamente sarebbe possibile che gli Imperatori degli ultimi secoli l'abbiano voluto anche per gli sponsali. Se non mi arrendo alla tesi del citato romanista, è perchè egli si giova di una chiave ermeneutica che io reputo falsa. Applicandola a C. Th. 3, 5, 11 il Volterra assicura che « debba vedersi implicito nelle parole degli Imperatori » tutto ciò che favorisce la sua tesi, siano dati di fatto, siano principi giuridici. Ora per l'interpretazione del diritto giustiniano noi siamo costretti ad operare con molti sottintesi e ricorrere a tours

de forze anche peggiori; ma quando si tratta di stabilire il significato originario dei testi e più ancora di trarne le logiche deduzioni, il metodo mi sembra pericoloso ed erroneo ».

Il Solazzi, a quanto mi pare di capire, si sofferma solo su quanto affermavo nella recensione all'opera del Corbett (*The roman law of marriage*), recensione nella quale richiama in parte la dimostrazione della mia tesi esposta nel lavoro citato *Sul consenso della filia familias* ecc.

Oso quindi sperare che se egli avesse letto questo lavoro non avrebbe potuto rimproverarmi di aver usato un siffatto metodo, in quanto io non facevo se non prendere in esame *proprio i testi richiamati* dal Solazzi, cercando solo di dimostrare che ad essi può darsi anche un'interpretazione alquanto diversa dalla sua.

Chiedo venia al lettore se sono costretto a ripetere in parte quanto io scrivevo nel 1929; in tal modo il mio tentativo di dimostrazione non sarà più *inaccessibile* a chi abbia un'opinione contraria, e in tal modo questo mio tentativo potrà più facilmente venir criticato con argomenti specifici e non soltanto in forma generica.

Nel mio lavoro « *Sul consenso della filia familias agli sponsali* », dopo aver esposto la tesi del Solazzi e quella del Bonfante (1), mi proponevo, seguendo la tesi del compianto Maestro per quanto riguardava il diritto classico, di esaminare il contenuto delle costituzioni romano-elleniche per tentare di risolvere l'apparente antitesi che esse presentano con le norme classiche e per mettere in luce il regime degli sponsali del Basso Impero.

Come è noto infatti, il Bonfante si dichiarava propenso ad ammettere, riguardo a questa materia, un ricorso storico nello svolgimento del diritto romano, per cui dall'antichissimo diritto, che avrebbe dato valore alla sola volontà del *pater familias*, si sarebbe passati nel periodo classico a ritenere necessario anche il consenso, sia pure passivo, della *filia familias*, per poi ritornare nell'epoca romano ellenica al sistema precedente.

Secondo il mio modesto parere, invece, fra i frammenti dei giureconsulti e le costituzioni del C. Th. non vi sarebbe nessuna variazione di dottrina, ma tanto i primi quanto le seconde seguirebbero il sistema del *non dissentire*: la loro apparente

(1) *Corso di diritto romano*, vol. I, pag. 227, n. 5.

antitesi sarebbe dovuta al fatto che i rispettivi testi si riferiscono a due forme diverse di sponsali, gli uni i classici, privi di forme, gli altri gli arrali, i quali, come ho cercato di dimostrare in altra sede (1), sorgono nell'epoca del Basso Impero e si contrappongono ai precedenti come un sistema distinto. A differenza infatti dai primi, questi ultimi presenterebbero un carattere formale, giacchè ad essi sarebbe essenziale la consegna delle *arrhae* a prova e garanzia dell'avvenuta promessa di matrimonio: una volta accettate le arre, il fidanzamento apparirebbe formato e non si potrebbe recedere dall'impegno delle nozze, se non subendo la pena stabilita, la quale consiste per il fidanzato nella perdita delle *arrhae*, e per la sposa o la famiglia di lei nella restituzione del *quadruplum* (ridotto più tardi al *duplum*).

Ora, sostenevo, le costituzioni del C. Th. in questa materia non sembrano, contrariamente a quanto afferma il Solazzi, contenere norme in opposizione al principio del *non dissentire* per la *filia familias*. Esse, stabilendo chi debba essere tenuto alla pena per lo scioglimento degli sponsali, fanno una serie di distinzioni secondo l'età della fidanzata, distinzioni dalle quali appare ben chiaro il concetto di considerare l'accettazione delle *arrhae*, quando la fanciulla *alieni iuris* sia in età da dissentire e non dissenta, o quando la fanciulla *sui iuris* consenta espressamente, come un atto formale, da cui derivi senz'altro pel caso di scioglimento del fidanzamento l'obbligo verso lo sposo del pagamento del quadruplo, indipendentemente dalla volontà reale dei contraenti. Questo elemento della volontà reale avrà invece importanza per determinare il diritto della donna al risarcimento verso chi l'abbia costretta a compiere questo atto formale.

Prendiamo infatti la più antica delle costituzioni del Basso Impero citate dal Solazzi, la L. 11 C. Th. *de spons.* 3, 5 del 380. In questa legge, secondo il Solazzi, parrebbe chiaro che il padre promette la mano della figlia, senza richiedere il suo consenso, a differenza della madre, del tutore e dei parenti, il che dimostrerebbe che negli sponsali essenziale sarebbe la sola volontà del *pater familias*, mentre si prescinderebbe da quello della *filia*.

Esaminando il contenuto delle norme dichiarate in questa costituzione, osservavo che la legge, la quale si riferisce agli spon-

sali arrali e non a quelli classici, non accenna mai alla mancanza del consenso della *filia familias*, ma, occupandosi esclusivamente chi debba essere obbligato alla pena del *quadruplum*, il quale sorge dall'accettazione reale delle *arrhae* fornite dallo sposo, presenta un sistema, in cui il consenso passivo della *filia familias* sembra lungi dall'essere trascurato.

Nel principio si fa infatti il caso di una fanciulla fidanzata, con l'accettazione delle *arrhae*, dal padre dai tutori o dai parenti, prima che essa compia 10 anni. Se il fidanzamento viene sciolto, dichiarano gli Imperatori, non si applica la pena. Ora, mi domandavo, come si concilia questa norma, la quale si basa sull'età della fanciulla, con il principio che richiede per gli sponsali la sola volontà del *pater familias*? Se il *pater familias* fosse veramente libero di pattuire il fidanzamento, prescindendo interamente dal consenso della *filia*, è evidente che l'età di questa non dovrebbe avere nessuna influenza sul sorgere o meno dell'obbligo di pagare il *quadruplum*.

A tale domanda non mi sembrava e non mi sembra neppure oggi possibile che una sola risposta: ammettere cioè *in accordo con i testi del Digesto*, che il consenso passivo della *filia familias* fosse necessario e che, precisamente per questo, se il padre la prometteva quando non aveva raggiunto l'età per poter comprendere e validamente dissentire, il negozio non potesse essere valido e quindi non fosse dovuta la pena. Ed a questo proposito non potevo fare a meno di richiamare le parole della L. 14, D. *de spons.* 23, 1 «... a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur...», le quali mi sembravano esprimere il medesimo pensiero che pare aver guidato gli Imperatori nella norma in esame.

A riprova, osservavo che il paragrafo primo della costituzione conferma l'interpretazione da me azzardata. Qui infatti si dichiara che se il padre o qualsiasi altro *ad quem puellae ratio pertinet* abbia accettato le *arrhae* dopo che la fanciulla ha compiuto i 10 anni e le abbia trattenute presso di sé, senza sciogliersi dall'impegno, fino al momento in cui la fidanzata compie i dodici anni, cioè la età prescritta per le nozze, sarà invece tenuto alla pena. Si noti anzitutto che la legge non parla del solo *pater familias*, ma anche dei tutori, dei curatori e dei parenti. Infatti l'espressione *quisquis alius ad quem puellae ratio pertinet* sembra avere questo largo

(1) Riv. Ital. Scienze Giuridiche, N. S. II, 1927, pag. 581 segg.; IV, 1929 pag. 1 segg.; V, 1930.

significato ed è anche quello che viene attribuito dall'*Interpretatio Visigotica* a questa legge.

Nessuna differenza quindi fra il *pater familias* e gli altri — il che dovrebbe logicamente far supporre che il consenso sia pure passivo della fanciulla era pur sempre necessario — e piena libertà da parte di questa ultima di non compiere le nozze. Il *quadruplum* è dovuto solo da colui il quale ha pattuito gli sponsali ed ha trattenuto le *arrae* anche dopo il compimento dei 12 anni. Prima di tale data, cioè fra i dieci e i dodici anni, il fidanzamento può esser sempre sciolto, restituendo le *arrae* al *simpulum*, come ci informa ben chiaramente l'*Interpretatio*.

Nè i paragrafi seguenti contengono, a mio modesto parere, nulla che possa negare le affermazioni dei testi del Digesto o far presupporre un sistema diverso da quello che richiede il consenso passivo della *filia familias* per gli sponsali.

Nel paragrafo secondo si afferma che la vedova deve sempre il quadruplo, ove non compia le nozze. Qui, come osserva anche il Solazzi, siamo di fronte ad una donna che necessariamente deve aver compiuto l'età dei dodici anni prescritta per il matrimonio e quindi è logico che per essa non possano valere le eccezioni disposte nelle norme precedenti per il caso in cui la fidanzata abbia età inferiore.

Gli ultimi due paragrafi si occupano della fidanzata che ha superato i dodici anni ed affermano che, se il padre ha ricevuto le *arrae*, sarà tenuto alla pena del quadruplo in caso di scioglimento: se invece la madre, o il curatore o i parenti, sarà la fanciulla a pagare il quadruplo, ma dovrà esperire un'*actio ex bono et aequo* per il risarcimento, ove sia stata costretta a prestare il suo consenso all'accettazione delle *arrae*.

Perchè mai questa norma dovrebbe suonare come una negazione del principio *sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*? Si tratta, a quanto mi sembra, di due casi ben nettamente distinti: nel primo abbiamo una *filia in potestate* per la quale il *pater familias* ha il diritto di concludere gli sponsali ove essa non dissenta. La fanciulla ha l'età per poter manifestare validamente un consenso contrario ed evidentemente nel fidanzamento arrale, la fanciulla si reputa consenziente, e quindi gli sponsali sono validi, se il padre accetta le *arrae*, senza che essa faccia manifestazione contraria di volontà. Ma è chiaro che della manifestazione di questo consenso contrario non si occupa

ex professo il nostro paragrafo, il quale invece vuole solo stabilire chi debba la pena per lo scioglimento. Il fatto che il *pater familias* sia tenuto a pagare il quadruplo, non costituisce un argomento a favore della tesi del Solazzi, ma, come osservavo, dipende dal carattere formale del negozio, per cui l'obbligo della pena verso l'altro contraente sorge dall'aver ricevuto le *arrae*: ad ogni modo non può certamente esservi obbligata la fanciulla essendo questa *alieni iuris*.

Nel secondo caso abbiamo invece una fanciulla *sui iuris* orfana. Qui non vale il principio dell'assentimento passivo, ma perchè gli sponsali siano validi, è necessario che nell'accettazione delle *arrae*, oltre la volontà delle persone indicate, vi sia anche quella della fanciulla, volontà espressa, non già limitata come nel caso in cui sia il *pater familias* a fidanzarla, al semplice *non dissentire*. La stessa costituzione parla di *consensus accipiendarum arrarum*, il che logicamente dovrebbe indicare il consenso espresso.

Con i principii sopra espressi si accorda anche la norma, secondo la quale la fanciulla deve il quadruplo anche se l'accettazione delle *arrae* sia stata il frutto di violenza: infatti, dato il carattere formale del fidanzamento arrale, il negozio è perfetto al momento dell'accettazione reale delle *arrae* ed i due contraenti si trovano senz'altro obbligati l'uno di fronte all'altro alla pena per lo scioglimento.

Per quanto riguarda la seconda costituzione citata dal Solazzi, la L. 12 C. Th. *de spons.*, 3, 5, ho cercato di dimostrare, fondandomi principalmente sulla testimonianza dei Basilici, che anche essa si riferisce al fidanzamento arrale e quindi, che nella specie debbono applicarsi le norme sopra esaminate. Dalle parole degli Imperatori si deduce lo scopo della legge, di evitare cioè che da parte del tutore o del curatore si possa agire dopo la morte del *pater familias* fuori dei patti da questo fissati per il fidanzamento della figlia. Questa dovrà sottostare al fidanzamento arrale nei limiti stabiliti, nel senso che sarà obbligata alla pena prescritta nel caso di scioglimento degli sponsali. Nessuna norma della legge in esame nega che la figlia possa liberamente sciogliere il fidanzamento stabilito dal padre, sottoponendosi in tal caso al pagamento del *quadruplum*, ed anzi questa nostra interpretazione riceve una conferma da uno scolio di Taleleo (Bas. XXVIII, 1, 18, 1; Heimb. III, 154).

Da citare a questo proposito è anche la L. 11 C. Th *si nupt. ex rescr. pet.* 3, 10, la quale, vietando di rivolgere preci scritte all'Imperatore per ottenere un rescritto per le nozze, stabilisce un'eccezione per due casi, uno dei quali riguarda chi vuole fare adempiere gli sponsali fissati dal padre della fanciulla, *oppure* ottenere il quadruplo delle arre. Evidentemente, questa costituzione dimostra che alle fanciulle era lecito sciogliere il fidanzamento arrale stretto dal padre, pagando beninteso la pena. Ciò sembra affatto contraddire il principio *sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur* che il Solazzi combatte. La fanciulla infatti, se non voleva il fidanzamento, doveva manifestare la volontà contraria al momento dell'accettazione delle *arrahae* da parte del padre.

Quanto all'ultima costituzione invocata dal Solazzi, la L. 20 C. *de nupt.* 5, 4, essa si occupa del matrimonio ed è il Solazzi a voler estendere la norma ivi contenuta agli sponsali, argomentando dai frammenti di Paolo e Giuliano, i quali dichiarano per il fidanzamento la necessità del consenso di quelle persone per cui si richiede il consenso per le nozze. Il Bonfante non ha esitato ad osservare che il rescritto « proverebbe troppo, giacchè escluderebbe anche il consenso alle nozze della *filia familias*, il che per diritto classico non è credibile ».

Ma lasciando da parte le osservazioni da noi fatte nel lavoro citato intorno all'incertezza di redazione che presenta la costituzione, e fermandoci alle frasi appuntate dal Solazzi, non trovo che nessuna di esse venga a trovarsi in netta contraddizione con quanto dichiarano i passi del Digesto e con i principii da questi affermati. La legge determina nel matrimonio dell'orfana minorenni la posizione dei parenti e del curatore in contrapposto a quella del *pater familias*. Quando la costituzione afferma, osservavo, che riguardo al *pater familias*, *patris expectetur arbitrium*, non fa in sostanza che esporci la norma dichiarata nei frammenti classici, che cioè al *pater familias* spetta di pattuire validamente le nozze, mentre per la donna *sui iuris* minorenni si richiede il consenso espresso, non limitato al *non dissentire*. Niente nega però che la figlia abbia il diritto di opporsi alla volontà paterna, manifestando la sua volontà contraria.

Questo, espresso con quasi le medesime parole, ma solo più dettagliatamente, era quanto mi permettevo di esporre nel lavoro citato contro cui il Solazzi muove così fieramente. Come si può constatare, io non ho preteso di immaginare un sistema contrario

alle dichiarazioni delle fonti, ma solo ho modestamente rilevato come alcuni testi, invocati per provare l'interpolazione di frammenti classici, non contengano norme in opposizione con quelli.

In altre parole, la linea logica che segue il ragionamento del Solazzi è la seguente: di fronte a testi del Digesto, i quali affermano la necessità del consenso passivo della *filia familias* per gli sponsali stretti dal *pater familias*, egli invoca costituzioni del Basso Impero, le quali, a suo parere, sembrano prescindere da tale consenso, e conclude sostenendo l'interpolazione dei testi del Digesto ed accordando in tal modo le fonti. La mia tesi è invece diretta a dimostrare che queste costituzioni, sulle quali tanto insiste il Solazzi, non contengono la negazione del principio del *non dissentire* affermato dal Digesto, ma anzi una di esse sembra accordarsi con tale principio.

Può essere che la mia tesi sia errata, può essere che altri provi agevolmente che le mie deduzioni siano infondate e da mia parte sarò sempre pronto a riconoscere ciò di fronte ad una precisa confutazione.

Ma quello che non credo di dover meritare si è l'accusa di aver usato una chiave ermeneutica falsa ed un metodo erroneo e pericoloso. Chi legge le mie argomentazioni — le quali, ripeto, miravano solo a chiarire un lato del problema — può giudicare se veramente nell'interpretare le costituzioni romano-elleniche io abbia seguito un metodo così assolutamente agli antipodi con quello comunemente usato dalla scienza romanistica e che i nostri Maestri, fra cui il Solazzi, ci hanno insegnato.