

SCUOLA DI DOTTORATO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

Dipartimento di / Department of

Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in / PhD program: Scienze Giuridiche
Ciclo / Cycle: XXIX

Curriculum in: Diritto Romano e Diritti dell' Antichità

***Rilevanza del consensus e profili di responsabilità
nel fidanzamento romano 'arcaico' e 'classico'***

Cognome / Surname: Ingallina Nome / Name: Luca

Matricola / Registration number: 787820

Tutore / Tutor: Prof.ssa Chiara Buzzacchi

Coordinatore / Coordinator: Prof.ssa Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2015/2016

Indice

Introduzione.....	1
-------------------	---

PARTE I

CAPITOLO 1

IL FIDANZAMENTO ARCAICO

TRA FONTI LETTERARIE E VALENZA GIURIDICA

Premessa.....	6
1. Dal sacro al giuridico.....	8
2. <i>Sponsalia</i> . Una commedia d'amore.....	10
3. Il problema del <i>consensus</i>	13
3.1. Una <i>sponsio</i> d'amore: l'irrelevanza della <i>voluntas</i> della fanciulla.....	13
3.2. L'episodio di Ardea.....	18
3.3. Ancora sulla responsabilità.....	20
4. Le dinamiche intra-familiari relative al fidanzamento della <i>filia</i> <i>familias</i>	24
5. La capacità di promettere.....	28
6. Profili di responsabilità: aspetti sacrali, morali e giuridici.....	32
7. La struttura della <i>sponsio</i> di fidanzamento.....	37
8. La promessa del fatto altrui.....	44
9. La tutela processuale.....	49
10. Dalla <i>sponsio</i> al mero <i>consensus</i> : il cambiamento.....	58

PARTE II

SPONSALIA CLASSICI

CAPITOLO 2

GIURIDICITÀ E CONSENSO

1. Rilevanza giuridica degli <i>sponsalia</i> classici in relazione al matrimonio	74
2. Il <i>consensus</i> e la sua manifestazione.....	88
3. <i>Consensus relatus</i>	91
4. Un presupposto per il fidanzamento: la capacità.....	100
4.1 <i>Furor</i>	100
4.2 <i>Aetas</i> . Il caso particolare di un'infedele <i>quasi sponsa</i>	109
5. Fidanzamenti elusivi.....	128
6. Il fidanzamento dell' <i>alieni iuris</i>	137
7. Ancora sul <i>consensus</i> della <i>filia familias</i>	144
8. Casi peculiari: curatela e tutela del futuro fidanzato.....	156
9. Residui di formalismo.....	164
10. La prova del fidanzamento.....	172

CAPITOLO 3

LA RESPONSABILITÀ NEL FIDANZAMENTO

Premessa.....	177
1. L'uccisione del fidanzato.....	177
2. Il tradimento durante il fidanzamento.....	188
3. Alcune considerazioni sulla legittimazione attiva all'accusa della fidanzata.....	204
4. L' <i>iniuria</i> nell'ambito del fidanzamento.....	223
4.1 Dal 'torto' plautino.....	228
4.2 ...alla tutela giuridica contro l' <i>iniuria</i> in danno della <i>sponsa</i>	239
5. La fine del fidanzamento.....	247
Conclusioni.....	267

Indice delle fonti.....	I
Bibliografia.....	X

Introduzione

La ricerca si propone di evidenziare, nell'ambito dell'atto e del rapporto di fidanzamento romano, la rilevanza del consenso ed i principali aspetti che contribuiscono a delineare un sistema di responsabilità che potrebbe modernamente definirsi 'pre-familiare'.

La prima parte dell'elaborato è dedicata ad una sintetica trattazione del fidanzamento 'arcaico', connotato essenzialmente da una cogenza giuridica e da rigidi requisiti di forma *ad substantiam*. L'istituto, nella sua fase storica più antica, per imposizione da parte del *mos*, richiede infatti un impegno giuridico-formale, che suggelli sul piano umano una promessa assunta davanti agli dei, attraverso la celebrazione di una *sponsio*, con la quale le parti si promettono reciprocamente un matrimonio futuro. Sovente, col passare del tempo, l'obbligazione verbale è arricchita ed assistita da una stipulazione penale, finalizzata a sanzionare, con il pagamento di una somma di denaro, l'ipotesi di inadempimento della prima promessa.

Ad un breve *excursus* sul valore degli *sponsalia* sui diversi piani, sacrale, etico e giuridico, tanto con riferimento alla disciplina sostanziale quanto con riferimento alla tutela processuale, segue l'esame della struttura della *sponsio* di fidanzamento e della susseguente *stipulatio poenae*; con la prima il *promissor* promette il proprio consenso in vista della celebrazione di un matrimonio futuro; il destinatario della promessa può essere il 'pretendente' o il di lui *pater*, qualora questi gli sia sottoposto. Con la seconda si 'garantisce' l'adempimento della promessa di matrimonio, impegnandosi a pagare una somma di denaro nell'ipotesi in cui esso non sia concluso. Si studia quindi l'applicazione pratica della *sponsio* 'di fidanzamento' anche attraverso il prezioso contributo della commedia latina, in particolare quella plautina, ricca di consapevoli richiami al *ius* e caratterizzata da un appropriato linguaggio tecnico-giuridico. Le informazioni del commediografo sarsinate sono qui apprezzate alla luce della *comparatio* con la più importante testimonianza giuridica in materia, ossia un insegnamento del giurista Servio Sulpicio Rufo, noto attraverso le

Noctes Atticae di Gellio. Il giurista repubblicano descrive il regime della *sponsio* di fidanzamento in vigore per le città del Lazio quanto meno sino al 90 a.C., disciplina che, molto probabilmente, vigeva anche nell'*Urbs*.

Tale analisi testuale consente di mettere in luce la dimensione di reciprocità che poteva connotare la responsabilità da fidanzamento, atteso che Servio informa che ad una *sponsio* rivolta dal futuro marito al padre della fanciulla, con la quale il giovane si faceva promettere la ragazza in isposa, poteva seguire la promessa dell'uomo, con la quale costui si impegnava ad *eam uxorem ducere*: non sempre infatti anche l'uomo si impegnava formalmente, essendo più frequente che la promessa solenne fosse effettuata dal solo *pater* della fanciulla.

Le informazioni tratte attraverso Gellio sono poi comparate con quelle reperibili nel *De lingua Latina* di Varrone, contributo qui valorizzato al fine di evincere, tra l'altro, alcuni elementi relativi alla *stipulatio poenae*. Con riferimento al grammatico, sono quindi ripercorse le posizioni della dottrina in materia; si è scelto di prediligere la letteratura più risalente, in particolare Volterra, la cui sensibilità e profondità esegetica pare unica e maggiormente incisiva. Il talento ermeneutico dell'Autore deve tuttavia essere confrontato con la sua tendenza a riscontrare sovente interventi interpolazionistici sulle fonti. Alla particolare sensibilità di Volterra deve necessariamente affiancarsi la lettura originale e ragionata di Astolfi, che molto si è dedicato all'istituto in esame. Il confronto tra questi ed altri esponenti della dottrina consente di rileggere gli *sponsalia*, apprezzandone *in primis* il vero ruolo del *consensus* e, *in secundis*, la possibilità di delineare un sistema di responsabilità ascrivibile allo *status* di *sponsi*. Non manca anche il confronto con posizioni piuttosto recenti, che tendono invece a ridimensionare la lettura interpretativa del passo di Varrone, in particolare con riferimento alla configurazione della stipulazione penale.

Contestualmente alla discussione sullo stato dell'arte, si indaga il tema fondamentale del consenso e della responsabilità nascente da *sponsio*. In particolare ci si occupa del valore dell'ingerenza dell'avente potestà e della conseguente irrilevanza della volontà consapevole dei diretti interessati, qualora sottoposti alla *patria potestas*. In proposito, un approfondimento è

dedicato al valore giuridico della promessa paterna, il cui adempimento è strettamente dipendente dal comportamento del sottoposto; si studia in particolare la possibilità di riconoscere nella promessa del *pater* un'ipotesi *sui generis* di promessa del fatto altrui.

Si evidenziano poi le diverse aree di coinvolgimento e la diversa attribuzione di responsabilità, atteso che, con il fidanzamento arcaico, si ingenerano rapporti verticali con il divino, si rimarcano le relazioni potestative e si producono rapporti obbligatori orizzontali tra chi promette il matrimonio futuro ed il destinatario della promessa.

Viene poi trattato il sistema di tutela della promessa di fidanzamento, attraverso l'analisi sul riparto di competenza tra censori e pretori, entrambi deputati alla vigilanza sul rispetto della promessa: i primi preposti alla salvaguardia del valore etico-morale del fidanzamento, i secondi assegnati al risarcimento del danno patito in conseguenza dell'inadempimento della *sponsio*. La nota censoria è infatti a disposizione dei magistrati preposti alla difesa del *mos*, mentre il *iudex privatus*, su incarico del *praetor*, sarà competente ad irrogare una sanzione pecuniaria, previa quantificazione del danno conseguente al mancato rispetto della promessa. Quando sarà possibile agire con un'azione formulare, nel caso in cui venga richiesta una tutela in giudizio della *sponsio* di fidanzamento, il giudice privato provvederà ad una quantificazione del danno previa eventuale *taxatio* del magistrato; nell'ipotesi, invece, in cui si porti in giudizio il convenuto che non abbia adempiuto alla *sponsio* avente ad oggetto la somma certa posta a garanzia della promessa di matrimonio futuro, il giudice privato condannerà l'inadempiente al pagamento di quella somma, evidentemente già determinata dall'attore nell'*intentio*.

Un cenno è dedicato anche al problema del cumulo delle azioni processuali, che si configura nell'ipotesi in cui lo *stipulator* 'deluso' agisca in giudizio a tutela di entrambe le *sponsiones*, quella di fidanzamento e la relativa stipulazione penale.

La sovrapposizione e la sostituzione delle due forme processuali – *per legis actiones* e formulare – contestualizzano l'evoluzione della tutela della *sponsio* di fidanzamento e, pertanto, si

descrive l'avvicendamento della *legis actio per iudicis postulationem* con l'*agere ex sponsu* formulare, evidenziandosi altresì lo spostamento integrale della competenza dal *ensor* al *praetor*.

L'esegesi di un frammento di Paolo, D.45.1.134, 15 *resp.*, consente di comprendere le ragioni che hanno portato ad abbandonare la *sponsio* quale strumento per contrarre il fidanzamento: dopo il 90 a.C. infatti la tutela processuale della stipulazione penale viene progressivamente negata dal pretore che, in virtù del suo potere discrezionale, dapprima consente la deduzione nel *iudicium* di una *exceptio doli* e oppone poi direttamente una *denegatio actionis*, in quanto la *stipulatio poenae* viene col tempo giudicata contraria ai buoni costumi. Progressivamente anche la stessa *sponsio* con cui si contraevano gli *sponsalia* cade in desuetudine in beneficio di un principio di libertà delle relazioni matrimoniali e di fidanzamento. Il passo di Paolo, all'interno di questa disamina, assume la funzione di anello di congiunzione tra il fidanzamento arcaico e la sua evoluzione classica, anche se il giurista evidentemente scrive molto tempo dopo l'avvicendamento di disciplina.

Sulla rilevanza del *consensus* s'incentra la seconda parte del lavoro. Anzitutto si mette in luce il concetto ed il significato di *consensus* nell'ambito specifico del fidanzamento; in proposito si insiste sull'autonomia istituzionale e sulla dignità giuridica del fidanzamento rispetto al matrimonio, ma anche sui riflessi giuridici delle *nuptiae* che incidono sulla 'fase' che le precede.

Particolare attenzione è rivolta alla modalità di manifestazione del consenso ed alla possibilità di contrarre il fidanzamento per intervento di soggetti che possono definirsi 'terzi' rispetto al rapporto che si va costituendo, portatori *de relato* del *consensus* dei futuri *sponsi*; inoltre è presa in considerazione la possibilità che gli *sponsalia* possano essere contratti per intervento del tutore o del curatore.

La disamina affronta quindi il tema della capacità dei diretti interessati con valutazione di ipotesi peculiari come quella del fidanzamento dell'impubere e del *furiosus*.

In particolare si indaga sul ruolo del *consensus* della *filia familias*, alla cui problematica molto si sono dedicati i giuristi.

Sempre in prospettiva storica si indaga l'eventuale necessità di forma negli *sponsalia* classici.

L'importanza della prova del fidanzamento ben rileva al momento della valutazione della responsabilità assunta con gli *sponsalia*, quando sono considerati alcuni dei principali effetti 'indiretti' del fidanzamento, che, in base allo scopo del presente lavoro, potrebbero contribuire a delineare un sistema di responsabilità – come definito – 'pre-familiare'. In particolare, costituiscono specifico oggetto di interesse la responsabilità conseguente all'uccisione del fidanzato; quella relativa al tradimento commesso dalla *sponsa* nei confronti dello *sponsus*; la responsabilità in caso di *iniuria* commessa in danno della *sponsa* anche da parte di soggetti terzi e, in ultimo, la responsabilità dei fidanzati in caso di rottura del fidanzamento, con la relativa indagine sulle modalità di esternazione del *repudium*. In particolare ci si sofferma ad indagare sull'eventuale necessità che sussista una 'giusta causa di rottura'.

L'obiettivo finale è quello di tentare una rilettura dell'istituto degli *sponsalia* attraverso la valorizzazione del ruolo del *consensus* e la ricostruzione del conseguente sistema di responsabilità, che, nel corso dello sviluppo storico dell'istituto, si profila come 'verticale' e 'sacra', in quanto assunta dagli *sponsi* davanti agli dei; 'orizzontale' e 'giuridica', in quanto produce conseguenze significative dapprima tra gli aventi potestà promittenti e poi tra i due protagonisti del rapporto. Si tratta altresì di una responsabilità assunta da parte degli *sponsi* nei confronti dell'ordinamento stesso, che a sua volta non trascura di concedere ad essi alcuni strumenti di tutela contro 'attacchi anti-giuridici' perpetrati da soggetti terzi.

PARTE I

CAPITOLO 1

IL FIDANZAMENTO ARCAICO

TRA FONTI LETTERARIE E VALENZA GIURIDICA

Premessa.

Il fidanzamento è un istituto del diritto di famiglia che muta la propria funzione, la propria struttura e la propria disciplina a seconda del periodo storico-sociale di riferimento. Di solito precede la costituzione di un nuovo nucleo familiare, configurando quindi un rapporto che antecede al matrimonio, al quale è generalmente preordinato. Più precisamente, con gli *sponsalia* non ci si impegna solo a costituire e mantenere un rapporto di fidanzamento, ma si promette il matrimonio futuro; l'istituto infatti si concretizza in una promessa di *nuptiae futurae* che, in epoca antica, sino al I secolo a.C., si pone in essere attraverso una *sponsio* formale, nella maggior parte dei casi sorretta e garantita da una stipulazione penale, che prevede il pagamento di una somma di denaro per il caso in cui la *sponsio* 'di fidanzamento' venga disattesa.

In epoca classica il fidanzamento non si contrae più con una *sponsio*, ma attraverso un impegno informale privo di cogenza, in piena libertà e senza obbligo di adempimento. Se l'atto è privo di requisiti di forma *ad substantiam*, il conseguente 'rapporto' è tuttavia produttivo di significative conseguenze giuridiche in ambito civile e penale. Fidanzarsi in epoca classica costituisce dunque un atto libero ma consapevole, che comporta un'assunzione di responsabilità etica e giuridica.

A partire dal IV secolo d.C. il fidanzamento assumerà una connotazione contrattuale: lo *sponsus*, al momento dell'impegno, verserà una caparra alla donna, un'*arrha sponsalicia*, che

perderà nel caso di inadempimento alla promessa matrimoniale. Qualora invece il matrimonio non avvenga per motivi imputabili alla donna, costei sarà tenuta a restituire il quadruplo della somma e, poi, col tempo, solo il doppio della caparra¹.

Esiste una tarda definizione di *Florentinus*, che, in quanto generica e dunque riferibile *prima facie* tanto all'età classica quanto a quella arcaica, offre ciò che è necessario per comprendere il significato e la funzione di un rapporto che può anche nascere in fatto, ma è da sempre produttivo di conseguenze religiose, giuridiche, morali, sociali ed affettive:

D.23.1.1, *Flor. 3 inst.*

*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*².

Tentando una classificazione preliminare e provvisoria, tra i manuali che, a livello istituzionale si occupano degli *sponsalia*, si ritiene particolarmente efficace nella sua sinteticità l'esposizione di Brutti³, che distingue lo scambio di promesse reciproche finalizzate a nozze future, tipico dell'età

¹ P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, Milano 1963, pp. 307-314; E. Volterra, *Studio sull'arrha sponsalicia*, in *RISG* 2, 1927, pp. 581-670, (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 3-218); Idem, *Studio sull'arrha sponsalicia* 2. *L'arrha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in *RISG* 4, 1929, pp. 3-33, (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 93-123); Idem, *Studio sull'arrha sponsalicia* 3. *L'origine orientale dell'arrha sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, in *RISG* 5 1930, pp. 117-146, (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 125-215); S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma 1972, pp. 28-33; M. Brutti, *Diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011, p. 211; E. Volterra, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma 1960-61, pp. 445-457; E. Volterra, *Diritto di famiglia*, Bologna 1946, pp. 170-185; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1994, pp. 151 ss.; P. Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, pp. 149-158 *et passim*; C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote* 2, Roma 2005, pp. 95-102, pp. 120-140, *et passim*.

² Sul frammento si tornerà più volte nel corso della disamina. Con riferimento alla sistematica del Digesto, il passo è collocato nel titolo specificamente dedicato agli *sponsalia*, costituito da 18 passi e che, logicamente, precede quello, più corposo, *de ritu nuptiarum*. Sull'argomento disponiamo di frammenti di Giuliano, Gaio, Ulpiano, Paolo, Modestino e Fiorentino. Il D.23.1.1, unitamente a D.23.1.3, *Flor. 3 Inst.* fa da cornice al frammento estrapolato dal libro unico sugli sponsali di Ulpiano; infatti D.23.1.2 *Ulp. l.s. de spons.* è uno di quei brani caratterizzati dalla presenza di poche parole o frasi appartenenti a diversi giuristi inseriti tra due passi riconducibili a libri ed opere di giureconsulti diversi da Ulpiano e Paolo; così si osserva in R. Dell'Oro, *Tecniche compositive del Digesto: citazioni reciproche tra giuristi come Paolo e Ulpiano e richiami a Gaio*, in *RDR* 1, 2001, pp. 461-472, (= I. Fargnoli, C. Luzzati, R. Dell'Oro (a cura di), *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell'Oro*, Milano 2015, pp. 447-478, in part. p. 473). Sulla definizione di Fiorentino si veda anche Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 7; G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino 1989, p. 150. Brutti (*Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. p. 206) ritiene che la definizione si rivolga al passato e che non sia riferibile ai tempi di Fiorentino stesso.

³ Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. p. 206; l'A. descrive l'istituto con un'efficace prospettiva storica, cogliendo gli elementi essenziali e strutturanti di ogni fase. Si fruirà molto spesso, nel corso di questa disamina, delle sue esaustive linee istituzionali.

repubblicana, dal vero e proprio rapporto, caratterizzato dalla pregnanza e dal perdurare del *consensus*, in coerenza con la concezione che se ne avrà nel Principato.

Per parte della dottrina⁴, in età antica, in un contesto giuridico-sociale impregnato di formalismo, emerge prepotentemente la natura obbligatoria dell'istituto, che, passando attraverso la fase intermedia, quella classica, connotata da una sostanziale assenza di forme *ad substantiam*, si riproporrà con una struttura ad anello, come una sorta di ricorso storico – in età post-classica e giustiniana – quale fonte di responsabilità *ex contractu*.

La 'giuridicità' connota infatti l'atto' in età arcaica, in quanto lo stesso richiede una specifica 'forma', mentre, durante la sua evoluzione classica, caratterizza il solo 'rapporto'.

Nel corso della trattazione si intende, tra l'altro, delineare un sistema di responsabilità di tipo trasversale relativo al fidanzamento e che si vuole qui modernamente definire 'responsabilità pre-familiare'. Molti autori che si incontreranno nel corso della disamina ritengono che il fidanzamento classico comporti infatti conseguenze giuridiche, alle quali è preordinata l'assunzione consapevole di responsabilità da parte di chi contrae gli *sponsalia*. Da queste posizioni si intenderà partire quando ci si occuperà degli *sponsalia* classici.

Passiamo quindi ad una rapida disamina dell'istituto nella sua fase arcaica.

1. Dal sacro al giuridico.

Probabilmente gli *sponsalia*, in origine, coinvolgono la (sola) sfera religiosa⁵; di conseguenza, i soggetti, al momento dell'impegno, che culminava con una libagione agli dei, assumono una

⁴ E. Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 363; Idem, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Studi in onore di C.A. Jemolo* 4, Milano 1963, pp. 639-657, in part. pp. 647-648, (= *Scritti giuridici* 2, Napoli 1991, pp. 491-507, in part. pp. 496-497); Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 312; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 16.

⁵ Cfr. tra gli altri Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 6; M.V. Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro*, in E. Cantarella, L. Gagliardi (a cura di) *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, p. 96. Si osserva come non si disponga di fonti esustive e come in ogni caso si tratti di fonti per lo più letterarie, come ad esempio la commedia plautina.

responsabilità davanti alle divinità. Stando all'interpretazione di autorevole risalente dottrina⁶, la *sponsio* di fidanzamento potrebbe produrre solamente effetti sul piano del *ius sacrum*, senza implicazioni giuridiche, che poi verranno introdotte dal *ius civile*.

È dunque la *fides* a rendere vincolante un accordo che, talvolta, si manifesta esteriormente con gesti simbolici – come una stretta di mano – volti a suggellare in ambito terreno il vincolo orizzontale tra gli esseri umani⁷.

Astolfi⁸, sulla base di una testimonianza di Gaio⁹, e di altre di derivazione virgiliana¹⁰, sottolinea come anche il fidanzamento religioso, così come il matrimonio ‘confarreato’, presuppongano una partecipazione in prima persona da parte dei diretti interessati, i quali evidentemente assumono una responsabilità diretta e personale davanti alla divinità; gli *sponsi* e i nubendi assumono quindi la ‘responsabilità’ delle conseguenze religiose senza il tramite dei loro aventi potestà.

Tuttavia è ragionevole sostenere che i due protagonisti possano o debbano presentarsi davanti alle divinità per decisione del loro avente potestà; i padri degli *sponsi* potrebbero infatti avere previamente definito l’‘affare’ tra loro, assumendo una decisione che hanno imposto ai loro sottoposti, i quali, nel periodo arcaico, nulla possono fare se non assecondare la volontà dei *patres familias*.

Gaio tuttavia si riferisce esclusivamente alla *confarreatio*¹¹, cerimonia descritta anche da Servio Danielino, tanto nel commento all’Eneide¹², quanto in quello alle Georgiche¹³.

⁶ Cogliamo gli spunti di P. Voci (*Diritto sacro romano in età arcaica*, in *Studi di diritto romano* 1, Padova 1985, pp. 211-282), per arrivare alla ricostruzione di Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 3), nell’efficace sintesi presentata dall’autore nelle prime pagine della riedizione del 1994, che si intende citare, nel corso della presente disamina, unitamente a quella del 1989.

⁷ Verg. *Aen.* 4.99; 7.54 ss.; 7.432-433; 12.42; cfr. A. Romano, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli 1996, p. 57.

⁸ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 8.

⁹ 1.112.

¹⁰ Serv. *ad Aen.* 4.103; 4.374; *ad georg.* 1.31.

¹¹ Gai. 1.112.

¹² Serv. *ad Aen.* 4.103.

¹³ Serv. *ad georg.* 1.31.

Quindi, se è vero che il fidanzamento arcaico religioso veniva di solito combinato tra gli aventi potestà, si potrebbe ritenere che, al momento dell'impegno solenne davanti agli dei, solo i due fidanzati assumessero la relativa responsabilità, senza tramite alcuno.

È tuttavia plausibile ritenere che il *pactum fidei* degli *sponsi* determini, quanto meno sul piano sacrale, una responsabilità 'verticale' e 'diretta'.

Quando poi gli *sponsalia* avranno effetti *ex iure*, l'interessamento del piano sacrale non verrà meno (del tutto); la commedia plautina, come si vedrà, attesta infatti il coinvolgimento divino, che anticipa le conseguenze giuridiche dell'atto¹⁴. La stessa *sponsio* di fidanzamento, già intrisa di valori religiosi, col tempo determina così (anche) conseguenze giuridiche.

2. *Sponsalia. Una commedia d'amore.*

Le ricostruzioni della dottrina risalente, confermate da quella più recente, considerano talora gli *sponsalia* come logico e necessario antecedente del matrimonio e ritengono che la formalità con cui venivano realizzati fosse preceduta da accordi informali di natura patrimoniale e non patrimoniale. Il fidanzamento romano delle origini si contrae verbalmente con una *sponsio*, mediante la quale il *pater familias* della *puella* promette la figlia al pretendente, che, a sua volta, se *sui iuris*, s'impegna *verbis* con il futuro suocero a sposarne la figlia.

Già per Costa¹⁵ è possibile ricavare dalla commedia plautina importantissime informazioni su vari aspetti della disciplina e sullo svolgimento concreto del fidanzamento romano; l'A. rileva ad esempio l'uso consapevole dell'espressione 'atto giuridico'¹⁶. Gli *sponsalia*, per come formalmente intesi, ossia come manifestazione di un impegno solenne a contrarre matrimonio, realizzato attraverso una *sponsio*, sono, nella maggior parte dei casi, preceduti da accordi intercorrenti tra i più disparati soggetti: le madri, i parenti, i tutori, gli amici etc., entro un contesto fattuale intricato e, per

¹⁴ Per una più approfondita trattazione sul valore sacro degli *sponsalia* si veda di seguito.

¹⁵ E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, p. 143; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 5; sui *pacta* che precedevano informalmente la *sponsio* di fidanzamento si veda di seguito.

¹⁶ *Ibidem*, p. 149.

questo, idoneo a suscitare ilarità nel lettore e nello spettatore. Anche con riferimento al fidanzamento si può rilevare come Plauto usi i termini con cognizione di causa, consapevole – quale «pittore genuino di cose romane¹⁷» - dell'area semantica, del significato giuridico di ciascuna parola e di ogni espressione, fatte salve alcune apparenti (*sic!*) imprecisioni¹⁸. La preparazione giuridica di Plauto rende l'autore un prezioso strumento di conoscenza. Nel predecessore di Terenzio è quindi possibile riscontrare un affresco realistico – ben al di là di un mero quadro illusorio¹⁹ sulla vita, sui costumi e sulla società romana, un vero «strumento conoscitivo di indiscusso valore²⁰». Non vi è atto o negozio in cui le dinamiche plautine non si imbattano e la conoscenza del *ius* dell'autore è tale non solo da poter rappresentare fedelmente le operazioni giuridiche romane ma anche di adeguarle al contesto di riferimento; l'autore sembra 'giocare' con il diritto, adattandolo sapientemente alle esigenze di comicità che, talvolta, necessitano anche di una consapevole

¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸ Cfr., a mero titolo esemplificativo, la *sponsio* che, nel *Trinummus* (1156-1158) viene effettuata dal fratello della ragazza e che poi viene confermata, solennemente, dal soggetto pienamente capace di *spondere*, il *pater*. In un primo *locus* (vv. 571 ss.) è il fratello Lesbonico che promette la sorella a Filtone, padre di Lisitele, che la richiede per il figlio, senza però volere la dote. Ai vv. 602-603 il servo di Lesbonico ribadisce a Callicle (l'amico di Carmide, padre di Lesbonico), che Lesbonico ha promesso la sorella a Lisitele, senza dote. Al v. 681 Lesbonico si rivolge a Lisitele con queste parole: *meam sororem tibi dem suades sine dote*; ai vv. 713-714 afferma: *si mihi tua soror, ut ego aequom censeo, ita nuptum datur / sine dote*. Lisitele poi, futuro sposo, va da Carmide tornato a casa dall'estero, precisando (v. 1122-1123): *nunc mi is propere conveniundust, ut, quae cum eius filio / egi, ei rei fundus pater sit potior*. Poco più oltre (vv. 1132-1133) compare il verbo *despondere*, che rientra nella terminologia propria degli *sponsalia* arcaici: [...] *sed ego nequeo mirari satis, / eum sororem despondisse suam in tam fortem familiam*. Il concetto è ribadito pochi versi dopo (vv. 1156-1158) nel dialogo tra Carmide e Lisitele: *filiam meam tibi desponsam esse audio. (LY): nisi tu nevis. / CH.: Immo haud nolo. LY: Sponden tu ergo tuam gnatam uxorem mihi? / CH.: spondeo et mille auri Philippum dotis*. Ancora viene detto da Lisitele (v. 1161): *Istac lege (con la dote) filiam tuam sponden mi uxorem dari? CH.: Spondeo*. Un amico di Carmide offre persino una garanzia alla *sponsio* (v. 1163): *CA.: Et ego spondeo itidem*. In questa commedia, il genitore è assente per affari e dunque legittima il figlio maschio al compimento dei necessari negozi, tra i quali, a ben vedere, rientra anche la promessa di fidanzamento con la quale viene impegnata la sorella; al rientro, il *pater* ratifica la promessa; tale atto non deve essere letto quale fatto attributivo di valore giuridico ad un gesto che, in assenza, ne sarebbe privo; al contrario, si tratta di un comportamento compatibile con la struttura familiare romana. Ha più senso, infatti che sia un *pater* ad impegnarsi con riferimento al matrimonio della figlia, se del caso, rafforzando la promessa con una *stipulatio poenae*; riteniamo quindi che l'atto paterno possa essere inquadrato più correttamente come una nuova promessa – ma questa volta formale e vincolante – avente lo stesso oggetto ed il medesimo destinatario e non, piuttosto, una ratifica di una *sponsio* precedente; l'assunzione di responsabilità in capo al fratello deve ascriversi ad una situazione 'di emergenza', quando, diversamente, normalità vuole che sia l'avente potestà ad assumere validi impegni vincolanti sul piano giuridico.

¹⁹ H. Bergson, *Le rire. Essai sur la signification du comique*, Paris 1913, p. 167, che ritiene il mondo comico in grado di raffigurare solo in maniera illusoria la vita.

²⁰ Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 96.

deformazione degli istituti, idonea a realizzare l'effetto voluto dalla commedia, la ridicolizzazione della realtà e, dunque, anche della realtà giuridica. I personaggi agiscono secondo il *ius*, fruendo e abusando degli strumenti giuridici come abili *causidici*, riuscendo persino a «sfuggire o a far frode a regole, rapporti, strettoie giuridiche, o, per lo meno, sforzarle» e le raffigurazioni del commediografo rappresentano l'intero «organismo del diritto [...] nel suo grado allora di sviluppo e nella sua più genuina applicazione alla vita²¹».

La complessità delle trame e degli orditi plautini, che precedono e contestualizzano la concretizzazione formale e giuridica della *sponsio* di fidanzamento, da un lato realizzano iperbolicamente l'intento scherzoso che presiede alla commedia del sarsinate, dall'altro offrono uno spaccato della società romana raffigurata per simboli nel contenuto delle singole commedie; emergono così valori e principi che delineano il panorama dei diversi ambiti di coinvolgimento: sociale, morale, religioso e giuridico. I protagonisti agiscono e pongono in essere comportamenti e consuetudini ancorati a credi, superstizioni, timore e fedeltà negli dei, attenzione per la censura sociale, adesione morale a canoni e valori assiologicamente rilevanti per il singolo, per la collettività, o per la *familia* di appartenenza.

L'atto del singolo denuncia consapevolezza e responsabilità – sostenute da una sorta di *opinio necessitatis* – di fronte alla divinità, alla *societas*, all'ambito domestico e, solo dopo, al momento della formalizzazione, anche di fronte all'ordinamento giuridico.

²¹ Così, molto efficacemente, si esprimeva Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, cit. p. 34. Sull'attendibilità del commediografo rispetto al diritto, di segno parzialmente contrario è la posizione di Volterra (*Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 7), per il quale talvolta Plauto (così come Terenzio) userebbero il verbo *spondere* in modo a-tecnico ed in termini scherzosi. Ma, sulla genuinità romana degli istituti descritti dal sarsinate, assai più cauta è la moderna posizione di Bramante (*Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. pp. 97-98), laddove l'A. evidenzia la difficoltà di inquadrare Plauto quale fonte diretta ed attendibile del diritto romano puro, e non, piuttosto, commisto in modo ibrido di istituti greci; tornando sulla questione (p. 116) egli conferma l'importanza di Plauto circa le informazioni sulla vita quotidiana a Roma tra il III e il II sec. a.C., puntualizzando che, con riferimento al diritto ed al contenuto giuridico, al fine di poter affermare la genuinità del «*ius Romanorum*» rappresentato tra gli intrecci teatrali, l'analisi deve procedere casisticamente, specialmente «in un periodo in cui l'ordinamento romano acquistava e consolidava la sua fisionomia in una tensione ricettiva dei diritti alieni». Non è questa la sede per disquisire più a lungo della questione, ma occorre un'ultima considerazione: è nota l'abitudine dei *cives* di assistere ai processi, che erano pubblici; Plauto dunque si rivolge ad un pubblico non completamente digiuno di diritto.

3. Il problema del consensus

3.1. Una sponsio d'amore: l'irrilevanza della voluntas della fanciulla.

Un noto passo di Gellio riporta il pensiero di Servio Sulpicio Rufo e traccia le linee essenziali dell'istituto nella sua struttura arcaica e nei suoi aspetti sostanziali e processuali. Si tratta dell'unica citazione testuale del giurista repubblicano, che ha impegnato da sempre gli studiosi non solo in ordine al contenuto giuridico, ma anche e soprattutto con riferimento alle coordinate storiche e spazio-temporali.

Al di là dell'evidente valore della tradizione, il *locus* dell'erudito, altresì arricchito dell'autorevolezza giuridica di personalità quali Servio e Nerazio Prisco²², costituisce una fonte preziosissima, densa di informazioni, circa il fidanzamento romano nella sua fase originale:

Gell. 4.4.1-4

Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum. 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 datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur "sponsalia". Tunc, quae promissa erat, "sponsa" appellabatur, qui sponderat ducturum, "sponsus". Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat 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 composuit²³.

²² Cfr. Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 360-361; Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 152.

²³ Riportando il testo, ho seguito i criteri editoriali di G. Bernardi Perini, *Le notti attiche di Aulo Gellio* 1-2 (a cura di G.B.P.), Torino 1992; Cfr. O. Lenel, *Palingenesia Iuris civilis* 2, Lipsiae 1839, col. 321 fr. 3: *sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: 2 "Qui uxorem" inquit "ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur "sponsalia". Tunc, quae promissa erat, "sponsa" appellabatur, qui sponderat ducturum, "sponsus". Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat 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.* Nella sistematica di Lenel il passo è l'ultimo tra quelli collocati nella sezione che accoglie i tre frammenti del *De dotibus* del giurista repubblicano ed è il secondo tra quelli che si rinvergono in Gellio; si tratta peraltro dell'unica citazione testuale di Servio. Miglietta («*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. – Prolegomena I* – Trento 2010, p. 485 e nt. 952) coglie la problematicità della trasmissione del testo di Servio da parte dell'erudito. Per la relativa questione si rinvia a A. Schiavone, *Studi*

La disciplina descritta da Servio Sulpicio, per come attestata da Gellio, sembra riferirsi *expressis verbis* alle città latine, ove resterà in vigore sino al 90 a.C., ma può e deve ritenersi efficace soprattutto per l'ordinamento cittadino romano²⁴. Infatti non si comprende la ragione per cui Servio avrebbe dovuto dare un *responsum* sulla sola disciplina operante nelle città latine, anche e soprattutto atteso che il meccanismo della *sponsio* era circoscritto ai soli cittadini romani²⁵. Servio, presumibilmente, si riferisce al regime antichissimo²⁶, in vigore a Roma e per i cittadini

sulle logiche dei giuristi romani. *Nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, in *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli* 128, Napoli 1971, p. 53: l'A. dà conto della dottrina che si occupa del tema (p. 56 nt. 36); si veda anche M.E. Fernández Baquero, 'Conubium y sponsalia': *reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano*, in *Estudios de Derecho romano en memoria de B.M^a. Reimundo Yanes* (Murillo Villar, A., cur.) 1, Burgos 2000, pp. 197-215, in part. pp. 210 ss.; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, p. 453 nt. 66. Esaustiva la trattazione di U. Bartocci ('*Spondebatur pecunia aut filia*'. *Funzione ed efficacia arcaica del 'dicere spondeo'*, Torino 2012, p. 29 nt. 19) che ampiamente discute della problematica.

²⁴ O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II, 1 *Privatrecht*, Leipzig 1901, p. 178; Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 365; *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 499. Il frammento attesta un regime coevo all'autore, ancora esistente in età repubblicana (*Ibidem*), ma non più in linea con l'evoluzione che si avrà nel periodo classico; dopo il 90 a.C. il fidanzamento avrà ancora importanti effetti giuridici, sebbene ritenuti da alcuni «secondari» (Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. pp. 311), ma progressivamente vedrà l'abbandono della *sponsio* quale unico strumento idoneo e necessario per contrarlo. Le fonti successive, rivolte al passato, attestano infatti espressamente l'abbandono della *sponsio*, come si vedrà nel prosieguo della disamina; si veda Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 152; ma altresì A. Marchi (*Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16, 1904, pp. 206-289, in part. p. 246), che parla di *sponsiones* di fidanzamento in vigore tanto a Roma quanto nelle città latine; tuttavia dalle parole dell' A. non sembra tanto evincersi un unico sistema normativo, quanto piuttosto due sistemi giuridici – quello romano e quello latino – che, (anche) in materia di *sponsalia*, presentano elementi di analogia. Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 10), più vicino al dato letterale serviano, ritiene che il regime descritto dal giurista repubblicano operasse analogamente a Roma e nelle città Latine, ma mentre l'*Urbs* abbandonò la prassi di fidanzamento *per sponsionem* già nel corso del II secolo a.C., le città latine mantennero la procedura sino al primo secolo. Si veda ancora Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 112.

²⁵ Gai 3.93: *sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est*; si vedano in proposito le puntualizzazioni di Costa, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, cit. p. 271 nt. 136 e di E. Volterra, s.v. *Sponsali (diritto romano)* in *NNDI*. 18, Torino 1971, p. 35; nonché i ragionamenti di Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 114 e le osservazioni di Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. pp. 206-207. Non manca chi ritiene la disciplina descritta da Servio come operante nelle sole città del Lazio; per la relativa bibliografia si veda Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 496 nt. 12; facciamo nostre le confortanti certezze dell'A. circa la romanità del regime descritto dal giurista repubblicano; cfr. *Ibidem*, pp. 499-500.

²⁶ In proposito Volterra riconosce a Marchi l'interpretazione per cui la più antica forma di *sponsalia* si concretizzava nella sola promessa del *pater familias* della fanciulla. Pertanto il regime descritto da Varrone (*I.L.* 6.70-72) sarebbe antecedente rispetto a quello descritto da Servio e attestato in Gellio (4.4), per cui, diversamente, le promesse sarebbero scambiate reciprocamente tra *pater* della fanciulla e futuro sposo; si vedano Marchi, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. p. 246 e Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 495 e nt. 10.

romani che si trovavano nel Lazio, quand'anche intendessero fidanzarsi con laziali o peregrini²⁷. Peraltro va osservato che, dal 499 a.C. ca., il *Foedus Cassianum* aveva contribuito all'uniformazione giuridica della disciplina romana e latina per effetto del *ius commercii* e del *ius connubii*; ai nostri fini è rilevante il fatto che il trattato avesse infatti garantito la capacità matrimoniale reciproca a latini e romani, da cui dedurre anche l'uniformità di regime del fidanzamento²⁸. Non manca chi sostiene che il regime della doppia *sponsio*, attestato da Servio Sulpicio Rufo, operasse solo con riferimento alle città latine, ove veniva messa in atto dal *pater* e dal futuro marito, mentre a Roma l'istituto si sarebbe concretizzato nella sola promessa del *pater* della *sponsa*²⁹. Al di là delle osservazioni della dottrina in ordine alle similitudini ed alle analogie tra ordinamento giuridico delle comunità latine e diritto romano³⁰, è opportuno evidenziare che, in ogni caso nel 90 a.C. la *lex Iulia de civitate latinis (et sociis) danda* estenderà la cittadinanza romana anche agli abitanti delle città del Lazio, contribuendo a rendere omogeneo il panorama normativo³¹. Peraltro, come si vedrà di seguito, e per come confermato dalle fonti più tarde³², il regime di fidanzamento descritto dal maestro di Alfeno Varo trova riscontro nelle commedie plautine.

In età antica gli *sponsalia* si realizzavano dunque attraverso una *sponsio*, dalla cui radice deriva l'istituto nella sua reale essenza³³: '*sponsus*'³⁴ era il fidanzato, colui che aveva promesso,

²⁷ C. Castello, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, III, Madrid 1988, pp. 1165-1178, in part. p. 1167, (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptiae*, Genova 2002, pp. 485-498, in partic. p. 487); Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 110; sulla applicabilità del regime descritto da Servio ai popoli laziali si veda Romano, *Matrimonium iustum*, pp. 57-62.

²⁸ Si vedano, in proposito, le considerazioni di Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, pp. 114-115;

²⁹ J. Gaudemet, *La conclusion des fiançailles à Rome à l'époque pré-classique*, in *RIDA* 1, 1948, pp. 79-94. Cfr. Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 497.

³⁰ Marchi, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. p. 246.

³¹ Cic. *pro Balb.* 21; Cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, (rist. Hildesheim 1990), p. 338-339.

³² D.23.1.1-3. Cfr. Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 110.

³³ Sulle questioni etimologiche ci si limita a qualche cenno, rinviando per una analisi approfondita e completa a U. Bartocci, '*Spondebatur pecunia aut filia*', cit. D.23.1.2 Ulp. *de spons.*: *sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*; D.23.1.3 Flor. 3 *inst.*: *unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est*; cfr. Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 361.

rectius ‘il promesso’, colui che si era promesso, che aveva impegnato se stesso verso un atto futuro³⁵.

Anche Plauto attesta ripetutamente la presenza della *sponsio* e riteniamo, come anticipato, che il commediografo utilizzi questo termine consapevole del suo significato e della sua pregnanza giuridica³⁶.

Sotto il profilo giuridico, sembra meno significativo l’apporto terenziano, dal quale traspare una minor competenza e dimestichezza da parte del commediografo cartaginese, specie in confronto alla contezza terminologica plautina³⁷.

Un problema fondamentale del fidanzamento delle origini riguarda il consenso del diretto interessato. Il maschio *sui iuris* pone in essere in prima persona il proprio negozio, senza costringimento indotto da vincoli potestativi. La *puella* si ‘trova’ fidanzata per volontà e per atto proprio del *pater familias*: la questione della spontaneità emerge anche a livello etimologico

Con riferimento al tema dello *sponde agere* da parte del soggetto interessato, si può prendere in esame un importante passo di Festo, che riporta il pensiero di Verrio Flacco:

Fest. p. 440 L.

Diffusamente sull’etimologia e sulla radice, Bartocci, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit. *passim*; Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 109 e p. 111.

³⁴ Verg. *Aen.* 10.79: *quid soceros legere et gremiis abducere pactas, / pacem orare manu, praefigere puppibus arma*; Gell. 4.4.1 (Lenel, *Pal.* 2, col. 321, fr. 3). Cfr anche il commentatore di Virgilio, Serv. Dan. *ad Aen.* 10.79: ‘*Gremiis abducere pactas*’ id est *sponsas: nam ante usum tabularum matrimonii cautiones sibi invicem emittebant, in quibus spondebant se consentire in iura matrimonii, et fideiussores dabant: unde admissum est ut sponsum dicamus virum a spondendo, et sponsam promissam*. Th. Mommsen (*Ad capita duo gelliana (L.IV C. 1.4)*), in *Gesammelte Schriften* 2, Berlin-Dublin-Zürich 1965, p. 87) ipotizza una lacuna nel passo di Gellio, per cui il testo integro avrebbe evidenziato la reciprocità tra le due parti; non potendo tuttavia parlare di perfetta reciprocità, forse è più attendibile la versione di Servio che bene mette in evidenza il ruolo passivo della *puella*, che non promette in prima persona, essendo, piuttosto, promessa. Ai fini della ricaduta in termini di responsabilità personale non può considerarsi sussistente una perfetta simmetria negoziale.

³⁵ D. 23.1.2, Ulp. *l.s. de spons.*

³⁶ Plaut. *aul.* 255-258; *Poen.* 1155-1157; *Trin.* 1157-1163; Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. p. 361) ritiene che il termine venga utilizzato anche con valenza non tecnica e «talvolta in termini scherzosi»; è più ragionevole pensare che possa essere scherzoso il contesto, ma non l’utilizzo della parola, che sembra essere sempre intrisa delle implicazioni giuridiche che le sono proprie.

³⁷ Ter. *Andr.* 99-102; *Phorm.* 670-677. Per un catalogo di riferimenti terenziani agli *sponsalia*, peraltro poco esaustivo, si veda E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, Roma 1970, pp. 31-32.

Spondere. Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dicta[m] ait, quod σπονδάς interpositis rebus divinis faciant.

Dal tenore del testo festino sembra che, per Verrio, la promessa si facesse di propria volontà, spontaneamente e, dunque, in prima persona. Ma è lo stesso Verrio che, poco dopo, fa derivare i due termini dal greco³⁸; da ciò emerge che è il vincolo l'elemento pregnante e non, piuttosto, la *voluntas* espressa *sponte* dal protagonista. La questione è proposta già da Varrone³⁹.

Come noto, i più non concordano infatti sulla derivazione etimologica di *spondere* da *sponte*⁴⁰. Il tema della 'spontaneità' perde quindi terreno rispetto all'oggettività dell'impegno ed alla conseguente responsabilità.

Introdotta il problema dello *sponte agere*, è opportuno soffermare l'attenzione sul tema della capacità ad assumere un impegno di fidanzamento. Se indubbia era tale capacità nel maschio *sui iuris*, diversamente il figlio *alieni iuris* 'era impegnato' con una promessa paterna, così come anche, con riferimento alla ragazza, lo *sponsor*, cioè colui che prometteva il matrimonio futuro, era certamente l'avente potestà. Il *pater* della fanciulla si impegnava a concedere la figlia; il genitore del maschio si impegnava affinché la figlia fosse accettata in isposa e, di conseguenza, condotta in matrimonio. La *puella* veniva infatti 'impegnata' dal *pater*, la sua *voluntas* non rilevava, il fidanzamento spesso avveniva a sua insaputa⁴¹ e, forse, talvolta, anche *contra suam voluntatem*. Se la ragazza era uscita dalla *patria potestas*, risultava comunque parte passiva nel fidanzamento, in quanto i tutori e, sebbene solo in fatto, persino la madre decidevano al suo posto in base ad interessi anche economici⁴², che esorbitavano dalla dimensione affettiva della fanciulla⁴³.

³⁸ A rilevare è dunque la radice di $\sigma\pi\omega\nu\delta\acute{\eta}, \tilde{\eta}\zeta$ = patto e non, piuttosto quella di 'sponte'.

³⁹ Varro *l.L.* 6.69: *spondere est dicere spondeo, a sponte: nam id idem valet et a voluntate*; si veda la ricostruzione di Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 6-7.

⁴⁰ Cfr. Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 20; B. Albanese, *Brevi studi di diritto romano. VII «Verbis obligatio e sponsalia in Varrone»*, in *AUPA* 43, 1992, p. 138. Sul passo di Varrone cfr. anche la disamina di Bartocci, 'Spondebatur pecunia aut filia', cit. pp. 82-90 *et passim*.

⁴¹ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 22; Fayer, *La familia romana* 2, cit., p. 45.

⁴² È noto l'episodio della fanciulla di Ardea: si veda il passo di Livio (4.9.5), riportato e commentato di seguito; sul punto anche Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 25. Molto più tardi, con riferimento ad un'altra vicenda, sarà una costituzione di Antonino Caracalla e Settimio Severo che, per risolvere un contrasto tra

La questione introduce il problema per cui la *sponsio* paterna possa configurare una ‘promessa del fatto di terzo’ che, di seguito, sarà oggetto di specifica trattazione⁴⁴.

3.2. L’episodio di Ardea.

Liv. 4.9.5

Virginem plebeii generis maxime forma notam <duo> petiere iuvenes, alter virgini genere par, tutoribus fretus, qui et ipsi eiusdem corporis erant, nobilis alter, nulla re praeterquam forma captus. Adiuuabant eum optimatum studia, per quae in domum quoque puellae certamen partium penetravit. Nobilis superior iudicio matris esse, quae quam splendidissimis nuptiis iungi puellam volebat: tutores in ea quoque re partium memores ad suum tendere. Cum res peragi intra parietes nequisset ventum in ius est. Postulatu auditu matris tutorumque, magistratus secundum parentis arbitrium dant ius nuptiarum.

La vicenda si svolge nel contesto della guerra tra Volsci e Romani, sotto il consolato di M. Geganio Macerino e T. Quinzio Capitolino nel V secolo a.C., tra gli abitanti di Ardea, un centro laziale caratterizzato da alterne vicende nell’ambito delle alleanze e dei conflitti con Roma: in città la parte plebea, per lo più operai ed artigiani, parteggiava per i Volsci, mentre la classe nobile, costituita in gran parte da latifondisti, simpatizzava per l’*Urbs*.

Due giovani contendenti, di opposto ceto sociale, aspiravano alla medesima fanciulla; la madre della ragazza era intenzionata a concederla al pretendente ricco, mentre i tutori assecondavano le istanze dell’innamorato plebeo: in quell’occasione la volontà materna sulla scelta

madre, tutori e parenti della ragazza sulla scelta del futuro marito, indicherà come necessario l’intervento del preside della provincia; C.5.4.1: *cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est*. Il salto cronologico tra l’episodio della fanciulla di Ardea (circa 310 a.C.) e il caso risolto con una *constitutio* di Severo e Caracalla (199 d.C.) sembrerebbero indizi per una *continuitas* relativamente alla scarsa rilevanza della *voluntas* e del *consensus* della *sponsa* dalla fase arcaica a quella classica al momento della promessa di matrimonio. Per un approfondimento sulla rilevanza del *consensus* della ragazza in età classica, confronta Parte II Capitolo I §§ 2,3,7,8 *et passim*. Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 39 e 51), osserva che già dall’ultimo secolo della repubblica l’adesione consensualistica della *sponsa* sarà sempre più significativa, sino a divenire fondamentale. Le considerazioni svolte a tempo opportuno (Parte II di questo lavoro) consentiranno tuttavia di ridimensionare il significato del rescritto imperiale, conformemente al contesto giuridico di riferimento.

⁴³ Attestano la soggettività passiva della ragazza rispetto al fidanzamento promesso da aventi potestà o tutela Gell. 4.4.2, Varro. *l.L.* 6.70; Arnob. *adv. gent.* 4.20; Serv. *ad Aen.* 10.79; sembra fare eccezione Isid. *etym.* 9.7.3, ma per Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 32 e 38 nt. 73), non sembra attendibile, perché il poligrafo sovrappone il concetto formatosi nel periodo arcaico con quello assestatosi nel periodo classico; fa eccezione anche Festo, 329 L., che, tuttavia, si sta riferendo alla cerimonia religiosa relativa all’ultimo secolo della repubblica.

⁴⁴ Cfr. Parte I Capitolo I, § 8

del futuro sposo prevalse su quella dei tutori, ai quali il pretore diede torto a beneficio della genitrice. Livio ci fornisce un'informazione importante: il ricorso al pretore è dovuto al fatto che l'intervento della madre, desiderosa di concedere la figlia al giovane nobile, interessato solo alle belle forme della fanciulla, sembra sovrastare il potere dei tutori, di rango plebeo e sostenitori dell'altro pretendente, di umili origini, ma seriamente innamorato della ragazza. A seguito del contrasto tra tutori e genitrice, il collegio adito asseconda le ragioni della madre, autorizzando il matrimonio col giovane nobile⁴⁵. I fatti poi degenerano, in quanto i tutori plebei, sostenuti dalla folla, si ribellano contro la decisione e ne deriva una lotta di classe, di cui lo storico riferisce una dettagliata cronaca. Il passo di Livio ci consente di dedurre, con Volterra⁴⁶, che, anche presso questo centro, era in vigore l'istituto della tutela e che sussisteva il *conubium* tra plebei e nobili. Allo stesso tempo è attestata l'ingerenza materna nelle questioni personali di una *puella*; nella fattispecie, infatti, il matrimonio può essere celebrato conseguentemente all'autorizzazione giudiziaria che avalla la scelta della *mater*. La *voluntas* e il *consensus* della diretta interessata, qui come a Roma, non sembrano rilevare; si noti infatti l'espressione *postulatu auditu matris tutorumque*, che conferma l'assenza da parte del giudicante di qualsiasi interrogatorio o domanda volta ad assumere il punto di vista della fanciulla. Nel caso di specie l'assunzione di responsabilità verso il *matrimonium* sembra quanto meno problematica, atteso che la scelta consegue non ad un comportamento spontaneo della ragazza e neppure ad un impegno preso dalla madre, ma è imposto con un provvedimento assunto da un collegio di giudicanti. Si delineano allo stesso tempo similitudini e differenze tra il diritto matrimoniale romano e quello di città legate a Roma da

⁴⁵ Pur nella consapevolezza della laconicità del racconto liviano, si dovrebbe quanto meno riflettere sul problema della legittimazione attiva processuale, in particolare con riferimento alla figura materna. I tutori potrebbero avere convenuto la genitrice o quest'ultima, forse a sua volta sostituita processualmente, potrebbe avere effettuato la *vocatio in ius* verso costoro.

⁴⁶ Cfr., più diffusamente, E. Volterra, *Sul diritto familiare di Ardea nel V secolo a.C.*, in *Studi in Onore di A. Segni* 4, Milano 1967, pp. 657-678, (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pp. 109-127).

interessi economici e comuni intenti politici⁴⁷: il diritto di Ardea, pur non essendo quello romano, doveva essere ad esso molto simile⁴⁸.

3.3. Ancora sulla responsabilità.

Stando alle osservazioni di Volterra⁴⁹, anche sotto il profilo della responsabilità, si deve distinguere tra fidanzamento e matrimonio; al momento degli *sponsalia* la *voluntas* e il *consensus* della *puella* non assumono alcuna rilevanza: chi si impegna giuridicamente sono il *pater* della ragazza, la cui promessa ha per oggetto il *dare in matrimonium* la figlia⁵⁰ e, eventualmente, il futuro marito, che si impegna a *ducere eam in matrimonium*; nell'ipotesi in cui il futuro marito fosse *alieni iuris*, era il *pater* di quest'ultimo a promettere che il figlio conduceva in isposa la figlia dello *stipulator*. Nel primo caso il futuro marito prometteva un fatto proprio e l'inadempimento comportava l'assunzione di una responsabilità che, sotto il profilo psicologico, potremmo modernamente ascrivere alla categoria del dolo, inteso quale coscienza e volontarietà dell'evento lesivo. Nella seconda ipotesi l'inadempimento può manifestarsi in un duplice modo: in un caso il

⁴⁷ *Ibidem*, p. 127; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 39: come detto, l'autore richiama altresì una costituzione del 199. d.C., con la quale Settimio Severo e Caracalla avrebbero risolto una fattispecie analoga; ma per il commento della fonte, la corretta contestualizzazione e le analisi esegetiche si veda la Parte II, Cap I, § 8. Sul passo di Livio anche Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 17-18.

⁴⁸ R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2002², cit. p. 102.

⁴⁹ Volterra, *s.v. Sponsali*, cit. p. 35.

⁵⁰ Anche con riferimento al matrimonio, in questa fase il consenso del *pater familias* sembra essere non solo necessario, ma anche sufficiente (Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. p. 96; Fayer, *La familia romana* 2, cit. 17). È altresì possibile trarre qualche spunto di riflessione dall'interessante lettura che si trova in Romano (*Matrimonium iustum*, cit. p. 28), e che, entro un contesto comparativo delle posizioni di C. Lévi Strauss (*Le strutture elementari della parentela*, a cura di A.M. Cirese, trad. di A.M. Cirese e L. Serafini, Milano 1969 (rist. 2003), *passim*) e di G. Franciosi (*Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1995⁵, pp. 100-117) sullo scambio matrimoniale, incidentalmente, sembra individuare nella *sponsio* paterna una promessa di vendita futura della figlia, attraverso una *coemptio*. La visione degli *sponsalia* come una sorta di antesignano preliminare di compravendita sarebbe riduttiva se non si tenessero in conto i diversi modi per contrarre matrimonio. Le solide affermazioni di Volterra (*Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 502) consentono di ribadire che il vero oggetto della promessa di fidanzamento esternata dal *pater* è il suo *consensus* all'atto di matrimonio, *rectius* alla concessione della figlia; di cui, eventualmente, la *coemptio* può costituire strumento di manifestazione. Il *pater* promette il proprio consenso alle future nozze della *filia* che, una volta contratte, si reggeranno tuttavia anche sul *consensus* reciproco dei due coniugi (p. 501), anche se il *pater* può interrompere il rapporto ricorrendo alla *ductio* (Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. p. 100).

pater promittente potrebbe *iubere* al *filius* di non contrarre matrimonio, ed allora la responsabilità per l'inadempimento dipenderebbe da un fatto proprio volontario del promittente stesso, il quale, intenzionalmente e deliberatamente, viene meno all'impegno giuridico. Se, diversamente, il matrimonio non viene contratto in quanto è il *filius alieni iuris* a disattendere le aspettative dello *stipulator*, la condotta materiale contraria all'oggetto della promessa viene effettivamente tenuta dal sottoposto, anche se la responsabilità giuridica per l'inadempimento ricadrebbe in ogni caso sul *pater* promittente; vero è che l'inadempimento giuridico dipende sì da un fatto volontario, ma che tuttavia esorbita dal diretto controllo di chi ha promesso; infatti la volontà effettiva di contrarre il matrimonio promesso è del giovane, ma la responsabilità è del genitore, che risponde per il comportamento altrui.

È necessario analizzare più a fondo la fattispecie per poter rispondere al seguente interrogativo: a quale titolo risponde il *pater*? Il comportamento del *filius* è volontario, ma la capacità e, di conseguenza, la responsabilità di quest'ultimo sono limitate; il *filius* non conduce la donna in isposa e, dunque, non pone in essere il comportamento doveroso oggetto della promessa paterna; ma il suo non-agire di fatto realizza più che altro un *non facere* che, solo in quanto tale, integra l'inadempimento della *sponsio*, atteso che il vero oggetto della promessa è costituito più da un *facere* altrui che da un suo 'agire'⁵¹: il padre promette che si faccia il matrimonio; perché questo si compia sono infatti necessari due elementi: il *consensus* paterno e il comportamento attivo del giovane, *qui ducat puellam in matrimonium*. Il *pater* è direttamente responsabile in caso di mancata manifestazione del proprio futuro consenso⁵², ma è anche indirettamente responsabile nel caso in cui il *filius* non conduca in matrimonio la fanciulla; questo perché l'omesso consenso alle nozze è un inadempimento volontario e perciò imputabile in via immediata e diretta al promittente, mentre

⁵¹ Anche per Volterra (*Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 502), si tratta di un *facere*, ma per l'A. il soggetto che *facit* è lo stesso *pater familias*.

⁵² D.23.2.34.pr. Pap. 4 *resp.*: *generali mandato quaerendi mariti filiae familias non fieri nuptias rationis est: itaque personam eius patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiae contrahantur, necesse est*. Cfr. Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 504. Sulla rilevanza del *consensus* paterno si veda Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. pp. 94-102.

il fatto di non *ducere* la ragazza in matrimonio è un comportamento che si concretizza in forma omissiva in un *non facere* che, dipendendo da un soggetto che è terzo rispetto alla *sponsio*, viene ricondotto solo mediatamente e indirettamente al promittente⁵³; in quest'ultimo caso l'inadempimento è scevro di intenzionalità e volontarietà e quindi non può essere attribuito al *pater* a titolo di 'dolo'; sembrerebbe dunque che, in questa seconda ipotesi di inadempimento, la categoria giuridica coinvolta nella responsabilità sia quella della *culpa*, per così dire, '*in instituendo*', dato che il *pater* non ha saputo fare in modo che il proprio sottoposto ponesse in essere il *facere* promesso, forse per incapacità a far rispettare il proprio *iussum* e, quindi, per una sorta di incapacità nel far valere il proprio *imperium* e la propria *potestas*.

In alternativa, si potrebbe ipotizzare che la responsabilità del *pater*, in quanto sussistente a prescindere dall'elemento psicologico, si possa avvicinare ad una forma di responsabilità 'oggettiva', per il fatto che le *nuptiae* in effetti non avvengono per una ragione che è solo indirettamente riconducibile al *pater* promittente, poiché è il giovane *alieni iuris* a non porre in essere il comportamento promesso. Ma il legame potestativo è significativo e la disubbidienza filiale di fatto è più credibilmente ascrivibile ad un difetto di educazione da parte del *pater*.

Tutto questo fatto salve le ipotesi di inadempimento imputabile a motivi obiettivi, al caso fortuito, o alla forza maggiore.

Si torna ora allo schema degli *sponsalia*.

Come accennato, se è possibile una coincidenza tra promittente e fidanzato, ossia tra *sponsor* e *sponsus*, con riferimento al periodo antico, è necessario escludere che una ragazza assumesse contestualmente il ruolo di *sponsor* e fidanzata. A ciò si aggiunge che occorre spesso anche una capacità patrimoniale, poiché la promessa di fidanzamento soleva essere accompagnata dalla

⁵³ Sulla problematica relativa alla configurabilità o meno della promessa del fatto del terzo, si veda di seguito.

‘stipulazione penale’, la cui somma sarebbe stata versata nell’ipotesi in cui le *nuptiae* non venissero celebrate per causa riconducibile al promittente⁵⁴.

In proposito Volterra⁵⁵ sembra negare implicitamente che il padre prometta ‘il matrimonio della figlia’, ossia che prometta un atto ‘altrui’; al contrario promette un atto ‘proprio’, cioè, come ribadito, s’impegna a dare il proprio consenso al matrimonio della sottoposta. La *filia* è ‘giuridicamente’ ancora ‘libera’ di contrarlo o meno⁵⁶, in quanto non si è personalmente assunta alcuna ‘obbligazione’; tuttavia ella è vincolata al *pater* in forza del rapporto potestativo⁵⁷.

Anche il *filius alieni iuris* è *sponsus* ma non *sponsor*: come s’è visto, le conseguenze giuridiche dell’eventuale inadempimento ricadranno infatti sull’avente potestà, anche se la responsabilità assunta dal genitore è subordinata in fatto alla condotta del sottoposto.

Già fin d’ora, fatte queste premesse, siamo in grado di affermare che gli *sponsores* sono obbligati e responsabili in virtù delle *sponsiones*, mentre gli *sponsi* lo sono in virtù della sottoposizione e dunque per via dell’ubbidienza dovuta all’avente potestà⁵⁸. Nel fidanzamento, di solito, i giovani accettavano passivamente la volontà paterna⁵⁹; difficilmente si verificava infatti che, soprattutto una fanciulla, disattendesse le statuizioni del genitore⁶⁰, fatti salvi casi di ribellione⁶¹.

Gli *sponsi*, se *sui iuris*, saranno a loro volta tenuti in virtù delle *sponsiones*; quanto alle fanciulle non vi sarà mai (con riferimento alla fase ‘arcaica’ degli *sponsalia*) coincidenza tra *sponsa* e *sponsor*.

⁵⁴ Efficace la lettura di R. Astolfi (*Varrone, i Comici e il fidanzamento arcaico*, in *SDHI* 55, 1989, pp. 392-394, in part. p. 393), secondo il quale per il *pater*, con la *stipulatio poenae*, era possibile acquistare il proprio ‘diritto di recedere’ dalla *sponsio* di fidanzamento della sottoposta.

⁵⁵ Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. pp. 502-504.

⁵⁶ P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA* 31, 1980, pp. 37-100, (= *Studi di diritto romano* 2, Padova 1985, pp. 397-463, in part. p. 404); Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, (1989) cit. p. 11.

⁵⁷ Così Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 11 e p. 37.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13

⁵⁹ Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 369; Fayer, *La familia romana*, cit. p. 49.

⁶⁰ Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 369.

⁶¹ Plaut. *cist.* 497-498, cfr. paragrafo seguente.

Osserva Volterra che, diversamente, con riferimento al successivo rapporto matrimoniale, non può ritenersi sufficiente la sola volontà paterna, essendo necessario il perdurare del *consensus* da parte dei coniugi⁶².

4. Le dinamiche intra-familiari relative al fidanzamento della filia familias.

Molti sono i soggetti che possono essere coinvolti nelle dinamiche di fidanzamento.

Vi può dunque essere il padre che impegna la propria figlia⁶³, chiamando a testimonianza la sfera divina a fronte di una richiesta da parte di un soggetto *sui iuris* che, a sua volta, si impegna validamente e responsabilmente⁶⁴; in altri casi il padre si fa promettere una fanciulla dal *pater* di lei,

⁶² Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 369. L'osservazione dell'A. è però riferibile alla sola evoluzione classica. Sembra più corretto affermare che in fase arcaica il *consensus* paterno è condizione necessaria e sufficiente per l'atto di matrimonio e deve sussistere per l'intera durata del rapporto coniugale, ancorchè congiuntamente a quello dei coniugi. Il genitore può, in qualsiasi momento, servirsi della *manus iniectio* per operare la *ductio* con la quale può sottrarre la *filia* al *maritus*; cfr. anche Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. p. 100. In fase classica, al consenso paterno deve necessariamente accostarsi quello, imprescindibile, della diretta interessata; cfr. R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2014, *passim*.

⁶³ Plauto è testimone delle forme impositive della *patria potestas*; cfr. M.V. Bramante (*Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 100), che, di seguito, (p. 112), riporta anche un *locus* liviano (29.23.3) come ulteriore esempio di promessa di matrimonio da parte di un padre che impegna la propria figlia: *sed mentio quoque incohata adfinitatis ut rex duceret filiam Hasdrubalis*; tuttavia si noti l'utilizzo del termine 'mentio', che richiama la terminologia di Fiorentino (D.23.1.1); il patavino però si riferisce ad un episodio della seconda guerra punica, 218-202 a.C., periodo in cui la struttura degli *sponsalia* è quella originale arcaica e, dunque, è ancora in uso la *sponsio*; i protagonisti del fidanzamento sono tuttavia non Romani: si tratta di Asdrubale Giscone, spedito in Spagna in ausilio di Asdrubale Barca; il Gisconiano, per ingraziarsi i favori del re Siface, organizza le nozze della propria figlia con il sovrano: il termine *mentio*, analizzato alla luce del contesto storico e delle finalità perseguite da Asdrubale, potrebbe tradursi più fedelmente con 'progetto'; di conseguenza l'espressione *mentio quoque incohata adfinitatis* assumerebbe il seguente tenore: "si era iniziato un progetto di imparentamento". L'accordo assume rilievo sul piano militare e sembra scevro di conseguenze e tutela giuridica; quanto detto potrebbe fungere da indizio ulteriore sul tenore informale e generico della terminologia utilizzata da Fiorentino, per questo, più probabilmente riferibile alla fase classica; in questo periodo la stipulazione penale di fidanzamento viene contrastata e censurata dal *ius honorarium*, in ossequio ad un principio di *libertas* matrimoniale, conformemente all'evoluzione dei *mores* (D.45.1.134 *pr.*, Paul. 15 *resp.*). Sui singoli frammenti ci si soffermerà ampiamente nel corso della trattazione.

⁶⁴ Plaut. *aul.* 256-257: *Meg. Sponden ergo? Eucl.: Spondeo. Meg.: Di bene [vertant]. Eucl.: Ita di faxint; Poen. 1155-1157: Agor.: Audin tu, patruē? dico, ne dictum neges: // tuam mihi maiorem filiam despondeas.// Han.: Pactam rem habeto. Agor.: Spondesne igitur? // Han.: Spondeo*. Si noti la progressione giuridica, dal *pactum* alla vera e propria *sponsio*. Agorastocle non si accontenta che sussista solo un mero patto, ma pretende un atto formale, una vera e propria promessa, una *sponsio*, un impegno che comporti una responsabilità sul piano giuridico.

nell'interesse del proprio *filius*, anche se poi la vera e propria *sponsio* verrà messa in atto dal *filius* stesso, nella veste di *stipulator*, in quanto *sui iuris*⁶⁵: potrebbe intendersi la prima come promessa rilevante sul piano morale ed etico e la seconda rilevante sul piano giuridico⁶⁶. Spesso infatti la vera e propria *sponsio* di fidanzamento, che comporta una responsabilità sul piano giuridico, era preceduta da un *pactum*, da intendersi quale accordo informale che vincolava sul piano sociale ed etico⁶⁷.

Quando viene promessa la fanciulla da parte dell'avente potestà, il fatto che anche il padre del fidanzato, o lo *sponsus se sui iuris*, promettano il matrimonio non è una conseguenza giuridica automatica: questi ultimi ben possono rivestire il ruolo di *stipulatores* dell'*obligatio verbis* di fidanzamento, senza prestare la propria corrispettiva e speculare promessa.

L'uomo può peraltro rinunciare unilateralmente all'oggetto della promessa e dunque al suo 'credito', attraverso un semplice atto di rinuncia⁶⁸, mentre, diversamente, per il fidanzato che si è 'obbligato', sembra necessaria una 'giusta causa' per disattendere l'impegno preso. Quando la *sponsio* del ragazzo (o del suo *pater* avente potestà) non c'è stata, è ragionevole considerare sufficiente una semplice informale comunicazione di rinuncia, da 'notificare' all'avente potestà promittente⁶⁹.

⁶⁵ Plaut. *trin.* 1156-1157: Lis. *Sponden tu ergo tuam gnatam uxorem mihi? // Ch. Spondeo et mille auri Philippum dotis.* Sull'equivalenza dei termini *gnata* e *puella* cfr. Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 151.

⁶⁶ Plaut. *trin.* 569-576: Phil. *de dote mecum conveniri nil potest: // quid tibi lubet, tute agito cum nato meo. // Nunc tuam sororem filio posco meo: // quae res bene vortat. Quid nunc? etiam consulis? // Lesb. Quid istic? Quando ita vis: di bene vortant: spondeo. // Phil. Numquam edepol quoiquam tamexpectatus filius // natust, quamst illud "spondeo" natum mihi. // Stas. Di fortunabunt vostra consilia. Phil. Ita volo. Ter. Andr. 99-102.: Sim. *Quid verbis opus est? Hac fama impulsus Chremes // ultro ad me venit, unicam gnatam suam // cum dote summa filio uxorem ut daret. // Placuit despondi, hic nuptiis dictust dies.**

⁶⁷ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 33.

⁶⁸ Franciosi (*Famiglia e persone*, cit. p. 153), sembra dare per scontato che la *sponsio* sia sempre bilaterale e che, dunque, l'impegno sia in ogni caso reciproco; Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 37) evidenzia invece la libertà di scelta dello *sponsus sui iuris* che può deliberatamente optare per non impegnarsi giuridicamente, ma solo sul piano sociale ed etico. Il passo di Gellio sembra confortare questa seconda ricostruzione.

⁶⁹ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 23.

Di solito la fanciulla è promessa dal padre⁷⁰, ma non mancano neppure casi nei quali una sorella venga promessa dal fratello⁷¹; tuttavia, nel *Trinummus*, questo fidanzamento, forse informale, avviene persino all'insaputa della sorella, che viene informata solo dopo⁷² e viene 'ripetuto' dal *pater* al suo ritorno da un viaggio di affari⁷³. Minori incertezze presenta invece l'esempio del *Curculio*⁷⁴, ove troviamo un altro caso di fidanzamento promesso dal fratello, ma, in questa circostanza, il *frater* è *sui iuris* in quanto il *pater* è morto e, dunque, potrebbe anche avere la piena capacità di 'fidanzare sua sorella', assumendosi la responsabilità per un eventuale inadempimento, avendone assunto la tutela legittima, in quanto agnato prossimo⁷⁵.

Talvolta il fidanzamento avviene anche all'insaputa del maschio, o persino contro la sua volontà, da parte del di lui *pater*⁷⁶, anche se non mancano casi di ribellione all'autorità paterna⁷⁷: ad esempio nella situazione descritta dal commediografo nella *Cistellaria* un giovane si era impegnato in prima persona a sposare una ragazza⁷⁸, ma poi era stato costretto dal *pater* a sposarne un'altra: l'ingerenza paterna nelle scelte private del giovane maschio *alieni iuris* spesso portano lo stesso ad agire di nascosto dall'avente potestà⁷⁹.

⁷⁰ Plaut. *aul.* 256-257, cit.; *Poen.* 1155-1157, cit.; *trin.* 1156-1157: *Lu. Sponden tu ergo tuam gnatam uxorem mihi? // Ch. Spondeo et mille auri Philippum dotis [...].; Ter. Andr.* 99-102.

⁷¹ Plaut. *trin.* 569-576, cit.

⁷² *Trin.* 577-578: *Lesb. Sed, Stasime, abi huc ad meam sororem ad Calliclem: // dic hoc negoti quo modo actumst.*

⁷³ *Trin.* 1156-1157. Si veda Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 21.

⁷⁴ *Vv.* 672-675: *Cu. Quid cessas, miles, hanc huic uxorem dare? // Th. Si haec volt. Pl. Mi frater, cupio. Th. Fiat. Cu. Bene facis. // Ph. Spondesne, miles, mihi hanc uxorem? Th. Spondeo. // Cu. Et ego hoc idem unum: spondeo.*

⁷⁵ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 22.

⁷⁶ *Ter. Phorm.* 670-671: *tu modo filium // fac ut illam ducat nos quam volumus.*

⁷⁷ Plaut. *cist.* 497-498: *Alc. Di me perdant— Mel. Quodcumque optes, tibi velim contingere. // Alc. Si illam uxorem duxero umquam, mihi quam despondit pater.*

⁷⁸ Con un giuramento evidentemente rilevante sotto il mero profilo religioso: si noti l'uso del verbo *iurare* e il fatto che il giuramento avvenga *apud matrem*, soggetto che potrebbe essere inidoneo a rivestire i panni di *stipulator*.

⁷⁹ Plaut. *merc.* 107: *Ch. eam me advexisse nolo resciscat pater. 341-342: Ch. miser amicam mihi paravi, animi causa, pretio eripui, // ratus clam patrem <me> meum posse habere. 360-362: Ch. nequiquam abdididi, abscondididi, abstrusam habebam: /muscast meus pater, nil potest clam illum haberi, // nec sacrum nec tam profanum quicquam est, quin ibi ilico adsit. Truc. 57-59: Di. atque haec celamus nos clam magna industria, ... // ... ne qui parentes neu cognati sentiant. Cas. Prol. 50-51: Nunc sibi uterque contra legiones parat // paterque filiusque clam alter alterum. Epid. 42: Th. Patrem videre se nevolt etiam nunc. 70-71: Th. quia patrem prius convenire se non volt neque conspicari, // quam id argentum, quod debetur pro illa, dinumeraverit.*

Talvolta, dunque, l'‘affare’⁸⁰ viene direttamente concluso tra i due aventi potestà, come nella scena raffigurata nell'Andria di Terenzio, ove il padre della fanciulla si reca presso Simone, *pater* del giovane, per offrire in isposa a costui la propria unica figlia, in questo caso, con tanto di cospicua dote; il tutto all'insaputa dei diretti interessati⁸¹.

Gli ‘affari’ sono finalizzati ad accordi di natura meramente economica e tali esigenze incidono indirettamente sulle sorti affettive dei giovani, che spesso si trovano costretti ad intessere le loro relazioni sentimentali in assenza di coinvolgimento emotivo.

Anche la madre, come accennato, può rivestire un ruolo circostanziale di rilievo, tanto per quanto riguarda la scelta del marito per la fanciulla – sebbene il suo intervento non si spinga al di là di un mero parere, privo di valore giuridico-formale⁸² – quanto per ciò che attiene la scelta della futura nuora, con conseguenze esilaranti, atteso che il *filius*, contrariato per l'aspetto estetico della fanciulla, invoca un intervento paterno che presumibilmente è più autorevole ed efficace anche sul piano giuridico. Nel *Punitore di se stesso*, sempre di Terenzio, la commedia si conclude tuttavia con il consenso genitoriale che conferma la scelta fatta dal figlio⁸³.

Sembra ragionevole ritenere che, in presenza di un legittimo avente potestà, le ingerenze di altri soggetti quali la madre, il fratello, o altri parenti costituissero nulla più di un accordo di tipo informale che precedeva l'impegno solenne, assunto con la *sponsio* dall'unico soggetto capace di porla in essere: il *pater familias*. Tali ‘sotterfugi’ e accordi si concretizzavano in *pacti* più o meno connotati di valore vincolante anche se solo sul mero piano sociale. Tuttavia, anche con riferimento agli impegni assunti da soggetti diversi da quell'unico capace di impegnarsi con una *sponsio*,

⁸⁰ Sui vincoli di parentela e sul relativo contesto, si veda M. Bettini, *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna 2009.

⁸¹ Ter. *Andr.* 99-102: Si. *Chremes //ultro ad me venit, unicam gnatam suam // cum dote summa filio uxorem ut daret. // placuit: despondi. hic nuptiis dictust dies.*

⁸² Verg. *Aen.* 7.402, ove si accenna, in proposito ad un *ius maternum*; si vedano C. Petrocelli, *Cornelia, la matrona*, in *Roma al femminile*, Bari, 1994, p. 25 e Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 46 nt. 97.

⁸³ Ter. *heaut.* 1060-1062: So. *gnate mi, ego pol tibi dabo illam lepidam, quam tu facile ames, // filiam Phanocratae nostri. Cl. rufamme illam virginem, // caesiam, sparso ore, adunco naso? non possum, pater.*

rilevante sotto il profilo giuridico, talvolta viene da Plauto impiegato il verbo *spondere*, elemento che potrebbe costituire un'eccezione alla regola generale per la quale è possibile sostenere la preparazione e la cognizione giuridica del commediografo sarsinate nell'utilizzo delle parole e delle espressioni⁸⁴.

Al termine di questa casistica, appare efficace la sintesi di Astolfi⁸⁵: chi impegna al fidanzamento un soggetto terzo non traspone su di esso una responsabilità giuridica, ma può agire per esso, in quanto su di esso esercita un potere, *ex iure* come nel caso del *pater*, *ex sanguine* come nel caso della madre, per ragioni attinenti al *munus* come nel caso del tutore. Se qualcuno impegna con una *sponsio* la propria figlia o il proprio *filius*, in realtà non crea un legame giuridico tra il promesso e lo *stipulator*, ma tra se stesso e il destinatario della proposta. Sarà Quinto Mucio nel II sec. a.C. a negare che la *stipulatio* possa avere effetti nei confronti di terzi, obbligandoli⁸⁶. Dunque chi promette in sposa un'altra persona, in realtà impegna (solo) se stesso e, in caso di inadempimento, sarà responsabile e risponderà col proprio patrimonio⁸⁷. A seguito di una *sponsio* di fidanzamento posta in essere dal *pater* con uno *stipulator*, si distinguono dunque tre tipi di rapporti: quello tra il *promissor* e lo *stipulator*, di natura giuridico-obbligatoria; quello tra 'promesso' e 'promittente', di natura potestativa, e quello tra fidanzati, di natura religiosa, etica, affettiva e giuridica.

5. La capacità di promettere.

Successivamente all'episodio liviano della fanciulla di Ardea, troviamo quello descritto nella *Cistellaria* plautina: in una cesta con alcuni giocattoli che serviranno di riconoscimento, era stata

⁸⁴ Come nel caso del *Trinummus* ove *spondere* viene usato con riferimento al fidanzamento di una fanciulla, posto in essere dal fratello.

⁸⁵ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 40-41

⁸⁶ D.50.17.73.4, Q. Muc. l.s. ὄρων. Si veda § 8.

⁸⁷ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 40. Si veda anche Bartocci, '*Spondebatur pecunia aut filia*' cit. *passim*.

esposta una bimba, che, dopo vent'anni, giunta in età da marito, si innamora di un giovane che non può contrarre nozze con lei, perché il *pater* di costui vuole che sposi la figlia di un facoltoso signore. Ma la fanciulla, grazie alla cestella, contenente i segni di riconoscimento, riesce a dimostrare di essere la figlia naturale proprio del ricco signore e a coronare il suo sogno d'amore col ragazzo, che, seguendo l'imposizione del padre, contrae nozze con la *filia* ritrovata dal ricco suocero⁸⁸; tre sono le questioni relative alla vicenda espressa⁸⁹: la capacità di agire del fidanzato promittente; la problematica capacità di ricevere la promessa da parte della madre della fanciulla; l'utilizzo del verbo *iurare*.

Evidentemente il giovane non è ancora *sui iuris*, infatti l'imposizione paterna (*nam eum pater eius subegit*⁹⁰) prevale sulla sua aspirazione e, soprattutto, sulla 'promessa' da lui precedentemente rivolta alla madre della fanciulla (*ille conceptis iuravit verbis apud matrem meam / me uxorem ducturum esse*⁹¹), con la quale si impegnava alle nozze.

La ragazza è stata 'esposta' da un servo su incarico della *mater* e non si trova sottomessa ad alcuna *potestas*, in quanto il padre è (al momento) sconosciuto; tuttavia il legittimato passivo deputato a ricevere la promessa dovrebbe essere un tutore e non, invece, la madre.

Ma, evidentemente, il problema è poco più che apparente: la promessa rivolta dal giovane alla genitrice, infatti, non ha determinato alcun effetto giuridico, tanto è vero che dal passo non si ricavano conseguenze diverse da quelle prodotte sul mero piano personale ed affettivo: l'atto produttivo di effetti giuridici sarà la promessa eventualmente conseguente all'imposizione paterna ed avente ad oggetto le nozze con un'altra donna, figlia di un uomo facoltoso.

⁸⁸ Plaut. *cist.* 98-101: *at ille conceptis iuravit verbis apud matrem meam // me uxorem ducturum esse: ei nunc alia ducendast domum, // sua cognata Lemniensis, quae habitat hic in proxumo. // Nam eum pater eius subegit.*

⁸⁹ Vv. 96-99: Le.: *nam si ames, extempulo // melius illi multo quem ames consulas quam rei tuae. // Sel.: at ille conceptis iuravit verbis apud matrem meam // me uxorem ducturum esse: ei nunc alia ducendast domum [...].*

⁹⁰ *cist.* 99

⁹¹ *cist.* 91-92.

Infatti, se da un lato il *conceptis verbis* può assumere una connotazione giuridica, sebbene intrisa di solennità, dall'altro lo *iuravit* esprime la valenza religiosa dell'impegno rivolto alla *mater*⁹². Stando ad Astolfi⁹³ nella cerimonia religiosa di fidanzamento i promessi si impegnano infatti di fronte agli dei e ne invocano la protezione e se il padre impedisce il matrimonio della figlia ne risponderà davanti a loro⁹⁴.

Anche Cicerone adombra la rilevanza del ruolo materno nell'ambito degli accordi prodromici ad un matrimonio, i quali tuttavia, privi di qualsivoglia connotazione giuridico-formale, assumono la valenza di semplici 'maneggi', caratterizzanti la commedia:

Cic. Att. 6.6.1.

Ego dum in provincia omnibus rebus Appium orno, subito sum factus accusatoris eius socer. "Id quidem" inquis "di approbent!". Ita velim teque ita cupere certo scio. Sed crede mihi, nihil minus putaram ego, qui de Ti. Nerone, qui mecum egerat, certos homines ad mulieres miseram; qui Romam venerunt factis sponsalibus. Sed hoc spero melius; mulieres quidem valde intellego delectari obsequio et comitate adulescentis. Cetera noli ἐξακαθίζειν.

E il '*cetera noli ἐξακαθίζειν*' non fa che alludere alle eventuali chiacchiere, pettegolezzi e malignità che il ruolo femminile avrebbe nell'ambito di un episodio il cui valore giuridico è rimesso interamente all'autorità maschile. Il valore dell'apporto muliebre alla vicenda è semplicemente incarnato nella ratifica successiva ad un accordo di fidanzamento che, sul piano giuridico, è già stato concluso dai legittimi aventi diritto, pienamente capaci di concludere il negozio e in grado di assumersi la relativa responsabilità.

L'*id quidem – inquis – di approbent!* suggella, invece, verticalmente, da un punto di vista religioso, il legame giuridico che si va a creare con la promessa.

Il panorama lessicale e semantico emerso dai passi evidenziati contribuisce a chiarire la graduale progressione della responsabilità che, solo adombrata al momento della dichiarazione d'amore, si afferma pienamente al momento della promessa ufficiale e solenne rivolta a ed accettata dagli aventi diritto e/o potestà.

⁹² Si veda Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 20.

⁹³ *Il fidanzamento nel diritto romano* (1989), cit. p. 3.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 4: l'A. parla di 'sanzioni' previste dal *ius sacrum*, che colpisce i due promessi in caso di loro rifiuto; Idem, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 6.

Nonio⁹⁵, richiamando Plauto⁹⁶, usa il termine *sperata* per la *puella* agognata dal giovane pretendente, che, appunto, spera che gli venga promessa in isposa, indipendentemente dal fatto di aver rivolto la dichiarazione alla diretta interessata e, comunque, prima di aver avanzato la richiesta all'avente diritto e/o potestà. Dopo l'accettazione della richiesta, che, evidentemente, assume la forma di una promessa, la fanciulla viene detta, apparentemente con valenza sinonimica, *dicta*, *pacta* o *sponsa*. A conferma di ciò il grammatico cita Virgilio che usa *dicta* e *pacta*⁹⁷ e infine richiama Titinio Quinto, il quale conferma che la *sperata* plautina, conseguentemente all'accettazione della richiesta, diviene *sponsa*⁹⁸. Per il grammatico e le sue fonti letterarie il passaggio da una mera valenza sentimentale, espressa dall'area semantica di *sperata*, ad un piano di responsabilità giuridica, reso da *dicta*, *pacta*, *sponsa*, è breve e passa attraverso l'accettazione che segue ad una manifestazione di desiderio e di affetto, che viene esternata dapprima in modo informale, con una semplice dichiarazione e, poi, con una formula giuridica⁹⁹. Evidente, anche presso autori dalla formazione culturale elevata, è il passaggio sotto silenzio del 'salto' fra il fenomeno colto nella sua dimensione affettiva e psicologica e la relativa formalizzazione mediante l'assunzione di congrue obbligazioni.

Seguendo Varrone¹⁰⁰, *sponsa* è colei che viene promessa in matrimonio¹⁰¹. Servio Sulpicio, nel suo *De dotibus*, per come riferito da Gellio¹⁰², precisa che *quae promissa erat* (colei che il padre aveva promesso mediante una *sponsio* rivolta al fidanzato) *sponsa appellabatur*. L'erudito¹⁰³ congruamente definisce lo *sponsus* come colui al quale è promessa la moglie: *cui desponsa quae*

⁹⁵ P. 706 L.: *inter SPERATAM et DICTAM et PACTAM et SPONSAM hoc interest, quod virgo, priusquam petatur, sperata dicitur. Plautus [in] Amphitryone: "Amphitryo uxorem salutatur laetus speratam suam". Dehinc promissa dicta vel pacta vel sponsa dici potest.*

⁹⁶ *Amph.* 676

⁹⁷ P. 706. L: *Vergilius Aen. Lib. II (678): "cui pater et coniunx quondam tua dicta relinquitur?". Et idem in alio loco (X,79): "et gremiis abducere pactas".*

⁹⁸ *Ibidem: Titinius Quinto (101): "qui exacta aetate sponsa sit desponsa".*

⁹⁹ Su questa terminologia si veda Bartocci, '*Spondebatur pecunia aut filia*', cit. *passim*.

¹⁰⁰ Varro. *l.L.* 6.70: *appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa.*

¹⁰¹ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 9.

¹⁰² *Gell.4.4.1-2.*

¹⁰³ Varro. *l.L.* 6.70.

*erat, sponsus*¹⁰⁴. Per Servio Sulpicio *sponsus* è colui che ha promesso di prendere in matrimonio la ragazza mediante una *sponsio*, *qui sponderat ducturum 'sponsus'*¹⁰⁵.

Ancor più precisa sembra essere la classificazione di Servio grammatico, espressa in *climax* ascendente:

...*PACTAE coniugis hic ordo est: conciliata primo, dein conventa, dein pacta, dein sponsa*¹⁰⁶.

Efficace è, infine, la *consecutio* di Giovenale che, a sua volta, si riferisce all'istituto nella sua disciplina arcaica:

*Conventum tamen et pactum et sponsalia nostra / tempestate paras [...] / et digito pignus fortasse dedisti.*¹⁰⁷

Evidentemente emerge da questa casistica come l'effetto vincolante di una promessa d'amore possa essere attestato anche dalle fonti letterarie, principalmente dalla commedia plautina.

6. Profili di responsabilità: aspetti sacrali, morali e giuridici.

Si deve fare ancora riferimento al già richiamato passo di Gellio, che si rivela fondamentale anche e proprio per delineare il 'sistema di responsabilità' che presiede e consegue al fidanzamento 'arcaico'¹⁰⁸.

Gell. 4.4.1-4

Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum. 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 datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur "sponsalia". Tunc, quae promissa erat, "sponsa" appellabatur, qui sponderat ducturum, "sponsus". Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui

¹⁰⁴ Inoltre la *sponsio* con cui si promette la *filia* è chiamata 'sponsus' e il giorno della celebrazione del fidanzamento è definito 'dies sponsalis'; cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 23; diffusamente Bartocci, 'Spondebatur pecunia aut filia', cit. p. 134. Tuttavia Astolfi riporta la *lectio* "cui desponsa qui erat" e sostiene che si tratti di parole prive di significato, quindi da correggere (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 24 e nt. 38).

¹⁰⁵ Gell. 4.4.1-2, cit.

¹⁰⁶ Serv. *ad Aen.* 10.722.

¹⁰⁷ Iuv. 6.25-27; cfr. Fayer, *La familia romana 2*, cit. pp. 41-42.

¹⁰⁸ Pare opportuno riportare nuovamente il passo per meglio coglierne gli aspetti complessi dell'esegesi.

stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat 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.*

È stato in precedenza evidenziato che la responsabilità per l'eventuale inadempimento della *sponsio* di fidanzamento ricadeva sul promittente, pur dipendendo dal comportamento dei diretti interessati. Come accennato dunque, in origine sembra che la responsabilità per l'impegno a contrarre matrimonio coinvolgesse (solo) il piano religioso¹⁰⁹; effettivamente, *spondere* potrebbe derivare da *σπονδή*¹¹⁰, che significa (anche) 'libagione'¹¹¹, momento che accompagnava o forse concludeva la cerimonia di fidanzamento ed altri atti solenni e caratterizzanti, *interpositis rebus divinis*¹¹². Da tali presupposti muove persino quella risalente dottrina cristiana che, attraverso una lettura meno fedele dei testi, tenta di riscontrare nelle cerimonie romane una prova

¹⁰⁹ Plaut. *cist.* vv. 98-99, Sel. *At ille conceptis iuravit verbis apud matrem meam, // me uxorem ducturum esse [...]*. Il commediografo di Sarsina accerta la persistenza del valore sacrale dell'istituto ancora per l'età repubblicana; si noti infatti l'impiego del verbo *iurare*, che ha una valenza religiosa; in tale contesto l'aspetto giuridico sembra non rilevare, in quanto il giuramento avviene davanti alla madre, evidentemente un soggetto idoneo a ricevere ed (ancorpiù) ad effettuare una promessa, una *sponsio*; si veda anche Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 3 e p. 6. L'argomento è già stato trattato prima nel testo; sul punto la dottrina interpreta che la *sponsio* arcaica di fidanzamento fosse assistita sul piano sacrale da una sanzione religiosa; si veda in proposito M. Kaser, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, p. 276; Idem, *Das römische Privatrecht* 1, München, 1971, pp. 168 ss.; Bartocci, *'Spondebatur pecunia aut filia'*, cit. pp. 45-46 e nt. 86.

¹¹⁰ Sul significato di *spondere* si veda anche Ae. Forcellini, *LTL* 4, s.v. *spondeo*, Padova 1940, pp. 459-460; A. Ernout – A. Meillet, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*, Paris 1967⁴ (II rist.), pp. 643-644 s.v. *spondeo*. Cfr. anche, relativamente alla critica all'etimologia di Varrone, B. Albanese, *Brevi studi di diritto romano*. VIII. «*Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*», in *AUPA* 42, 1982, pp. 134-167, in part. p. 138; Bartocci, *'Spondebatur pecunia aut filia'*, cit. pp. 82 ss.; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 20.

¹¹¹ La presenza di libagioni è attestata da Festo, p. 440 L.: *deinde oblatus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dicta[m] ait, quod i σπονδῆς interpositis rebus divinis faciant*. Cfr. Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 19.

¹¹² La responsabilità di fronte agli dei, assunta col rito del fidanzamento, potrebbe trovare conferma già nell'interpretazione di H.E.A. Danz, *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena 1857, pp. 142 ss.; sull'origine religiosa della *sponsio* si vedano fra gli altri: E. Costa, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino 1925², pp. 310 nt. 2 e 336; A. Segré, *Una ipotesi sull'origine della stipulatio*, in *AG* 108, 1932, pp. 179-182; A. Magdelain, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943, pp. 105 ss.; B. Biondi, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR* 65, 1962, pp. 114-115, (= *Scritti giuridici* 3, Milano 1965, pp. 257-281); F. Pastori, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, pp. 45; 62 ss.; M. Talamanca, *L'origine della «sponsio» e della «stipulatio»*, in *Labeo* 9, 1963, pp. 96-119; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano* (1989) cit. pp. 5 ss.; contrario all'origine religiosa della *sponsio* di fidanzamento è B. Albanese, *Sponsio anulo exiliente*, in *AUPA* 41, 1991, pp. 5-16, in part. p. 11; sull'argomento e per più ampia ed esaustiva bibliografia cfr. Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 20-21.

dell'indissolubilità tra umano e divino, anche e soprattutto con riferimento al matrimonio e alla relativa promessa, col rischio tuttavia di commettere imprecisioni ed errori giuridici¹¹³.

Gli autori dell'atto di libagione erano i fidanzati in prima persona: elemento ulteriore che porta ad affermare la loro responsabilità diretta nei confronti del divino. Davanti agli dei ognuno può infatti essere ritenuto in grado di impegnarsi personalmente.

È plausibile tuttavia che l'atto religioso abbia anche implicazioni giuridiche, atteso che i termini *σπένδω* e *σπονδή* non si limitano a riferirsi all'atto di offrire libagioni, ma esprimono anche il concetto di stringere un 'accordo'. L'atto potrebbe simboleggiare un 'accordo' con il divino, volto a suggellare verticalmente l'incontro delle volontà concordi degli *sponsi* ed idoneo a far conseguire una forma di *sacertas* in caso di violazione. E questo sino a quando i giuristi, nella legislazione decemvirale, non trasposero l'atto sul (mero) piano giuridico¹¹⁴. Ciò non di meno, non ci si sente di condividere la tesi di chi sostiene che la *sponsio* di fidanzamento avesse (solo) implicazioni ed effetti sul piano sacrale¹¹⁵. Convince maggiormente l'interpretazione per cui, con la *sponsio*, si potesse altresì rafforzare giuridicamente un impegno sino a quel momento valido e vincolante sotto il mero profilo sacrale¹¹⁶: il che trova conforto ancora una volta in Servio ed in particolare nell'*aestimare litem pecunia*, che conferma la sussistenza di effetti giuridici (e non solo quindi sacrali) nel caso di inadempimento alla promessa¹¹⁷.

¹¹³ «E' notevole ancora ciò che impariamo da Festo voc. *SPONDERE*. *Sponsum et sponsam ex Graeco dictum Verrius Flaccus ait, quod ii σπονδαίς (libationes) interpositis rebus divinis faciant*. Vale a dire dunque, il sacrificio, e le libazioni eran così essenziali nello spozalizio che la voce stessa delle libazioni *σπονδαί* ha dato il nome *sponso et sponsae*», così Monsignor M. Arcangelo Lupoli, *Apologia Cattolica sulla indissolubilità del matrimonio cristiano*, Napoli 1815, pp. 267-268 e nt. 1: ove si sovrappone, peraltro, l'istituto del matrimonio a quello degli *sponsalia* e si intende la *confarreatio* come unico strumento atto a contrarre nozze.

¹¹⁴ Cfr. Fayer *La familia romana* 2, cit. p. 21.

¹¹⁵ R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1866, pp. 211 ss.; M. Kaser, *Das altrömisches 'ius'*, Göttingen 1949, p. 280; H. Kupiszewski, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, in *ZSS* 77, 1960, pp. 125-159; anche se, forse, agli albori dell'istituto il coinvolgimento era limitato all'ordinamento divino; sono quindi condivisibili le prudenti posizioni di Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 3) e di Bramante (*Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 112).

¹¹⁶ Plaut. *cist.* 98 ss.: ove il giuramento è avvenuto *apud matrem* e, successivamente, deve essere confermato da un atto valevole sotto il profilo giuridico. Cfr. *supra* § 4.

¹¹⁷ Cfr. Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. pp. 498-499.

Nel fidanzamento ad essere coinvolti sono anche i *mores*, dunque l'etica sociale, che, progressivamente interiorizzata, assurge a modello di comportamento dei *cives*. È dunque il *mos* ad obbligare i fidanzati dopo la promessa; in esso il *ius* trova il fondamento legittimante e questo comporta che i fidanzati si vincolino con una *sponsio* anche per dare attuazione ad un obbligo fino a quel momento imposto (solo) sul piano morale e religioso¹¹⁸.

Tuttavia, anche se Servio Sulpicio richiama i *mores*, l'obbligo di sposare, che trae fondamento nella promessa, comporta una sanzione di natura non religiosa.

Almeno inizialmente emerge la natura morale della punizione, in quanto la competenza ad intervenire in caso di omesso adempimento alla promessa di matrimonio era attribuita al censore, che doveva verificare la legittimità del rifiuto; come noto egli era un magistrato privo di *iurisdictio* e agiva a tutela dell'interesse pubblico, a salvaguardia dei costumi e dei precetti religiosi. Il giudizio che si svolgeva dinnanzi al censore era privo di vincoli di forma e consisteva fondamentalmente in una valutazione di tipo equitativo¹¹⁹. È probabile che qualora avesse riscontrato l'assenza di giusta causa per il rifiuto del fidanzato o del *pater* promittente, il magistrato avrebbe potuto irrogare la nota censoria che, tra le altre conseguenze, poteva comportare persino l'esclusione dal Senato¹²⁰. Col tempo, la competenza a giudicare sul 'rifiuto' al matrimonio passa al *praetor*¹²¹. Il *rifiuto* privo di giustificazione non assume più (solo) una rilevanza etico-morale che riguarda la collettività, ma coinvolge gli interessi del singolo che vengono riconosciuti meritevoli di una tutela giurisdizionale: infatti, a differenza del censore, il *praetor* è munito di *iurisdictio* ed ha competenza su questioni di fondamentale rilevanza privata; lo strumento utilizzabile innanzi al *praetor* è, inizialmente, una *legis actio* che può sfociare in una condanna pecuniaria di colui che non ha adempiuto¹²². È molto

¹¹⁸ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 3.

¹¹⁹ Varro *l.L.* 6.71.

¹²⁰ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 18.

¹²¹ Si vedano le considerazioni di Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, cit. *passim*; Idem, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 499 *et passim*; Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 153; Romano, *Matrimonium iustum*, cit. p. 61; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 12 e p. 27; Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 54 e nt. 132; Idem, *La familia romana 3*, cit. pp. 70-86.

¹²² *Ibidem*.

probabile che vi sia stato un periodo in cui il giudizio dei censori si sia trovato sovrapposto a quello del pretore e che quindi si verificasse una sorta di ‘cumulo di azioni’; quella dinanzi al censore, a tutela di interessi pubblicistici, e quello davanti al pretore, a protezione delle posizioni giuridiche del singolo¹²³. Sotto il profilo tecnico-giuridico, allorchè la promessa di matrimonio venne ad articolarsi in due *sponsiones*, la competenza dei due magistrati assunse una definizione precisa. Il primo, preposto alla *cura morum*, competente a giudicare il disvalore sociale della mancata promessa; il secondo deputato ad assecondare le aspettative e gli interessi privati del singolo.

Quando si attuano gli *sponsalia*, come detto, vengono poste in essere due *sponsiones*: la prima, obbligatoria per la validità dell’atto, ha per oggetto il matrimonio futuro; la seconda, eventuale, promette il pagamento di una somma di denaro nell’ipotesi in cui il matrimonio non avvenga per motivo imputabile al promittente. Probabilmente, in caso di rifiuto, quanto meno inizialmente, lo *sponsus* ‘deluso’ poteva adire il censore a tutela della prima *sponsio*, per ottenere contro l’inadempiente la nota censoria e poteva ricorrere altresì alla *iurisdictio* del *praetor* con una *legis actio per iudicis postulationem*¹²⁴.

Una differenza precipua di rito si coglie anche nel fatto che il criterio di giudizio del censore è equitativo, mentre quello del *iudex privatus*, incaricato dal *praetor*, è rigorosamente ancorato all’indicazione del magistrato e si fonda su parametri economico-giuridici. Il tipo di giudizio è differente: la valutazione equitativa dei censori, mossa da criteri strettamente connessi alla sfera del *mos*, può comportare un’assoluzione, qualora venga ravvisata una giustificazione che possa rilevare sotto il profilo etico e sociale: si tratta quindi di una decisione soggetta alla variabile etico-equitativa. Il provvedimento del *iudex*, qualora ad essere sanzionata sia la prima *sponsio*, è connotato da obiettività e giuridicità, sebbene sia necessaria una valutazione discrezionale finalizzata alla determinazione del *quantum*. Esso è infatti uno strumento giuridico processuale che, nel caso venga azionata la *stipulatio poenae*, va a tutelare una situazione giuridico-sostanziale.

¹²³ Così ad esempio ritiene anche Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 52-53.

¹²⁴ Quanto meno per il periodo successivo alla legislazione decemvirale; così ipotizza Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 19.

Viene dedotta in giudizio una stipulazione che prevede il pagamento di denaro al verificarsi di una ipotesi ben definita: che il matrimonio non avvenga per una causa ascrivibile a chi ha promesso quel denaro; in questo caso la valutazione del *iudex* non è né equitativa né discrezionale. Le parole di Varrone sono ricche di informazioni al riguardo: l'inadempimento della promessa di fidanzamento smuove due magistrati, il *praetor*, che usa canoni normativi e le categorie del *ius*, e il *ensor*, che opera un giudizio avvalendosi del criterio equitativo. L'atto di fidanzamento sino al III-II sec. a.C. comporta una responsabilità davanti agli dei, una secondo i *mores* dinanzi alla collettività ed una responsabilità giuridica di fronte al destinatario della promessa¹²⁵. È possibile ipotizzare che il *praetor* abbia integralmente sostituito il *ensor* solo dopo il III secolo a.C.: il fatto che il giurista Servio menzioni il solo *praetor* potrebbe costituire un indizio per cui, a partire dal II sec., l'unico magistrato competente a giudicare sulla *sponsio* di fidanzamento sarebbe il pretore¹²⁶.

Sino all'età classica, la disciplina del fidanzamento, descritta dal giurista repubblicano, produrrà ancora effetti religiosi, ma autonomi e svincolati da quelli giuridici¹²⁷.

Come s'è visto, Servio descrive il regime di fidanzamento in vigore nelle città del Lazio diverse da Roma; ma il regime, *rectius*, l'assetto a cui il giurista si riferisce è quello romano¹²⁸. E da questo sembra possibile ipotizzare un'identità della disciplina degli *sponsalia* per tutto il territorio laziale.

Stando alle Notti Attiche¹²⁹, il giurista evidenzia una sorta di 'reciprocità' delle promesse¹³⁰: con la prima il giovane che vuole fidanzarsi (o il suo avente potestà) si fa promettere la fanciulla dal di lei *pater*; con la seconda l'avente potestà sulla ragazza si fa promettere dal giovane (o dal *pater* di costui) che il ragazzo condurrà in sposa la *puella*. In Servio non troviamo dunque alcun riferimento

¹²⁵ Varro *l.L.* 6.71. Il verbo *censere* starebbe proprio ad indicare il 'giudicare senza vincoli in piena libertà'; cfr. L. Capogrossi Colognesi, F. Cassola, *Lineamenti di storia del diritto romano* (a cura di M. Talamanca), Milano 1989, p. 170.

¹²⁶ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 20.

¹²⁷ *Ibid.* p. 18.

¹²⁸ *Ibid.* p. 10.

¹²⁹ 4.4.1-2

¹³⁰ Gell. 4.4.1-2: *dare e ducere uxorem*.

alla *stipulatio poenae*, ma soltanto alla possibilità che il vincolo sia ‘simmetrico’; solo in Varrone è infatti possibile riscontrare la presenza della seconda *sponsio*, finalizzata all’acquisto del diritto di recesso.

7. La struttura della *sponsio* di fidanzamento.

Occorre tornare sull’esegesi del passo di Gellio confrontandolo con le informazioni deducibili da Varrone.

Varro, *l.L.* 6.69-72

Spondere est dicere ‘spondeo’, a sponte: nam id <idem> valet et a voluntate. Itaque Lucilius scribit de Cret<a>ea, cum ad se cubitum venerit sua voluntate, sponte ipsam suapte adductam, ut tunicam et cetera[e] reiceret. Eandem voluntatem Terentius significat, cum ait satius esse Sua sponte recte facere quam alieno metu [Ter. ad. v. 75]. Ab eadem sponte, a qua dictum spondere, declinatum <de>spondet et respondet et desponsor et sponsa, item sic alia. Spondet enim qui dicit a sua sponte ‘spondeo’; <qui> spo<po>ndit, est sponsor; qui <i>dem <ut> faciat obligatur sponsu[s], consponsus. Hoc N<a>evius significat cum ait ‘consponsi’ [CFR³.p. 34] Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa: appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsu[m] rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quae erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis. Qui sponponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat: non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus: nam ut in com<o>ediis vides dici: Sponde<n> tuam [a]gnatam filio uxorem meo? [CFR³ p. 134] Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerat finem. A qua sponte dictum spondere, <respondere> quoque dixerunt, cum a<d> sponte<m> responderent, id est ad voluntatem rogat[i]oris. Itaque qui ad id quod rogatur ‘non’ dicit, non respondet, ut non spondet ille statim qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is qui dicit in tragoedia: Meministin[e] te spondere mihi [a]gnatam tuam?[TRF³, p. 305] quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

In generale le fonti attestano che la *sponsio* di fidanzamento poteva essere unica o duplice: nel primo caso vi era il mero impegno da parte dell’avente potestà sulla ragazza; nella seconda ipotesi prometteva anche lo *sponsus*¹³¹.

Come accennato al paragrafo precedente, Servio ci informa della reciprocità della *sponsio* di fidanzamento. Nel Lazio e a Roma la *sponsio* avviene secondo quanto prescritto dai *mores* e dal

¹³¹ Varro *l.L.* 6.70-71; Gell. 4.4.2-3; Serv. *ad Aen.* 10.79; Isid. *etym.* 9.7.3-4; Volterra, *Lezioni di diritto romano*, Roma 1960-61, pp. 360-361. cfr. Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 50-51.

diritto; il giurista, a quanto pare, attesta la doppia dimensione dell'istituto arcaico di fidanzamento, quella morale, che deve ossequiare i costumi e quella giuridica, regolata dal diritto. Astolfi¹³² vi legge una particolare connessione, rilevando che sarebbe il *mos* stesso ad imporre la *sponsio* ai fidanzati. L'*obligatio verbis* consente quindi agli *sponsi* di consolidare giuridicamente un obbligo imposto dal *mos*. Si potrebbe osservare che in realtà il *mos* si limiti ad imporre una forma per il fidanzamento: se così fosse la *sponsio* si limiterebbe ad assecondare gli oneri formali imposti dal costume. Servio sembra così inquadrare da subito l'area coinvolta dalla responsabilità degli *sponsalia*: non fa esplicito cenno al *sacrum*, ma si riferisce al *mos* ed al *ius*.

Protagonisti dell'atto sono *qui uxorem ducturus erat*, ovvero il 'fidanzando' futuro marito e colui dal quale si fa promettere la fanciulla, ossia il *pater*. L'oggetto della promessa consisteva nel fatto che il promittente '*eam in matrimonium datum iri*'; più concretamente, atteso che al momento del matrimonio il padre avrebbe dovuto manifestare nuovamente il proprio consenso, è ragionevole affermare che, con la *sponsio* di fidanzamento, il *pater* si assumeva la responsabilità giuridica di prestare il proprio 'consenso' alle *nuptiae futurae*. A questa *sponsio* ne seguiva un'altra: *qui uxorem ducturus erat* prometteva infatti a chi concedeva la ragazza che l'avrebbe presa in isposa. Mentre il primo *sponsor* promette il proprio futuro consenso – anche se indirettamente sembra promettere un atto/fatto altrui – il secondo *sponsor* promette il proprio atto di matrimonio: Servio sembra quindi attestare una *sponsio* di fidanzamento solo eventualmente reciproca.

Varrone invece fa esclusivo riferimento alla *sponsio* del padre della fanciulla nei confronti del padre del futuro marito. Quella a cui accenna l'erudito sembra una promessa caratterizzata da unilaterità¹³³.

Varrone rafforza inoltre l'ipotesi che alla promessa avente ad oggetto la fanciulla non dovesse necessariamente conseguire anche la promessa dello *sponsus*¹³⁴, che dunque costituiva solo un'eventualità. Tuttavia, la lettura congiunta delle due fonti (Servio e Varrone) consente di

¹³² *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 31.

¹³³ Sul punto si vedano i rilievi di Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8.

¹³⁴ Cfr. sopra.

sostenere che la doppia stipulazione costituisse quantomeno una prassi consolidata, se non addirittura un vero e proprio schema giuridico¹³⁵. Sicché la formula degli *sponsalia* vedrebbe da un lato la promessa del *pater* avente ad oggetto un *dare in matrimonium* la sottoposta, dall'altro quella del futuro marito avente ad oggetto il *ducere eam in matrimonium*¹³⁶.

Ma Varrone dice di più. La promessa di matrimonio poteva articolarsi in modo più complesso: alla *sponsio* avente ad oggetto la *puella* poteva seguirne una seconda, con la quale si prometteva del denaro per l'ipotesi in cui non si adempisse al contenuto della prima promessa; essa consisteva in una *stipulatio poenae*, per mezzo della quale si assicurava un risarcimento al fidanzato deluso. Specularmente, anche il fidanzato, o suo padre potevano stipulare una penale per il caso del proprio rifiuto ingiustificato.

Anche la promessa di denaro per l'ipotesi del rifiuto poteva quindi essere reciproca e costituiva una sorta di risarcimento conseguente alla violazione della fiducia riposta nel matrimonio¹³⁷. L'intenzione di dare la propria figlia in isposa nasce come scelta che si concretizza in un atto volontario e si conclude come vincolo necessario, dal quale il padre della sposa resta

¹³⁵ Cfr. Volterra, *Sul diritto familiare di Ardea*, cit. p. 671.

¹³⁶ Non si tratta di un'obbligazione reciproca, ma di due *sponsiones* unilaterali e convergenti. Sullo schema della *sponsio* di fidanzamento si veda anche Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 503.

¹³⁷ Sul punto cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 24; Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 28. Entrambi gli studiosi considerano la *stipulatio poenae* una sorta di acquisto del diritto di recesso dalla prima *sponsio*; Astolfi lo sostiene già in Varrone, *i Comici*, cit. p. 393. Il tenore letterale delle osservazioni di Volterra (*Studio sull'“arrha sponsalicia”*, cit. p. 20) fa supporre che Varrone in realtà si limiti ad una semplificazione della *sponsio*: un esempio relativo alla *pecunia* ed uno relativo alla *filia*. Più complessa la ricostruzione di Albanese: in un primo lavoro (*Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, *passim*) ritiene che, con l'espressione *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*, Varrone alludesse ad un'unica *sponsio*, che poteva avere ad oggetto in via alternativa il denaro o la propria *filia familias*; in altro saggio (*Brevi studi di diritto romano*, VIII «*Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*», in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo* 42, 1992, pp. 134-167, in part. pp. 141-142) l'A. assume invece una posizione più moderata, riconoscendo la possibilità che Varrone alludesse anche ad una stipulazione penale con due modalità alternative: il *pater* poteva effettuare la promessa di una somma di denaro a titolo di penale, aggiungendola alla promessa principale avente ad oggetto la *filia* ed a garanzia della stessa; oppure poteva fare una promessa di pagamento di una somma a titolo di penale subordinata al mancato adempimento della prestazione principale. Una terza ipotesi sembra comunque credibile: con una sola *sponsio* il *pater* promette in alternativa o di dare la figlia in matrimonio, o di versare una somma di denaro nel caso in cui le nozze vengano rifiutate da lui stesso o dalla *filia*. Dà conto in modo esaustivo del dibattito dottrinario, con ampia discussione, Bartocci, «*Spondebatur pecunia aut filia*», cit. pp. 46-75 *et passim*. Si veda M. Miglietta, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. – Prolegomena I* – Trento 2010, p. 486 nt. 953.

*sponsu alligatus*¹³⁸; infatti Varrone specifica che *qui sponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat: non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus*¹³⁹. Una traduzione libera e ragionata si rende a questo punto necessaria: “colui che aveva promesso la figlia era come se l’avesse promessa determinandone un allontanamento da sè”; Il prefisso *de-* rende bene il distacco della *puella* - non solo metaforico - dalla sfera di potestà del *pater*, quantunque solo con specifico riferimento alla possibilità di manifestare la *potestas* nella forma di un ripensamento relativo al matrimonio. Il *pater* potrebbe infatti sempre mantenere la sua *potestas* sulla ragazza, in caso di matrimonio *sine manu*, ma perde il potere di interferire sulla possibilità che il matrimonio venga o meno contratto, se non al prezzo del risarcimento stipulato. L’espressione varroniana *despondisse...quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat* sembra raffigurare una metaforica uscita di scena di un *pater familias* dalla vita della *filia* e soprattutto una forte limitazione della sua libertà di mutare idea sul matrimonio della figlia: *non enim si volebat, dabat, quod sponsu era alligatus*. ‘*Alligatus*’ rende il senso di vincolo che permea la circostanza; concordemente con Albanese¹⁴⁰ si deve rilevare che il legame giuridico che si viene a creare conseguentemente alla *sponsio* è talmente forte da sovrastare ed annullare non solo qualsivoglia volontà e/o consenso della ragazza – già ontologicamente assenti ed irrilevanti per questa fase storica¹⁴¹ – ma anche e soprattutto la stessa *voluntas* paterna, che cessa la propria pregnanza nell’istante della promessa.

Il simbolo del *consensus* in fase arcaica assume così una connotazione peculiare: al momento della *sponsio* di fidanzamento, il *pater* manifesta il *consensus* agli *sponsalia* così mostrando contestualmente il *consensus* alla *obligatio verbis*. Una volta intervenuta la *sponsio*, il *pater* è vincolato dalla stessa a prestare il proprio *consensus* al matrimonio, ‘consenso’ che tale non sembra, in quanto coartato dal vincolo giuridico. È verosimile dunque affermare che il *consensus* paterno in

¹³⁸ Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 31

¹³⁹ Varro *l.L.* 6.71; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 23 nt. 36.

¹⁴⁰ *Brevi studi di diritto romano*, VIII «*verbis obligatio*», cit. p. 159.

¹⁴¹ La rilevanza del *consensus* dei fidanzati caratterizzerà l’età classica, come si vedrà di seguito; cfr. Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 151.

fase arcaica si manifesti liberamente (solo) al momento della *sponsio*, dato che il successivo matrimonio si riduce essenzialmente all'adempimento – pur volontaristico – di un impegno giuridicamente rilevante, già assunto in precedenza. Vero è che il promittente può sempre 'scegliere' di non adempiere, assumendosene le conseguenze, ma se adempie lo fa come soggetto *alligatus*.

Quanto al 'rapporto' di fidanzamento, si potrebbe quindi affermare che, dopo la promessa formale, la *filia* uscisse in parte dalla sfera di controllo del *pater*, ma non dalla sua responsabilità giuridica, che si manifesta infatti, nuovamente, al reiterarsi del *consensus* dell'avente potestà all'atto delle *nuptiae*. Il vincolo potestativo permane, così come il dovere di ubbidienza; ma nulla garantisce all'avente potestà che, a tempo debito, la *filia* non disattenda il volere paterno, causando al padre le conseguenze dell'inadempimento.

Si tratta di una *potestas* per così dire 'sincopata': il *pater* manifesta il proprio *consensus* al momento degli *sponsalia*; tuttavia il rapporto di fidanzamento si regge sul perdurare del *consensus* dei fidanzati; contestualmente alla concretizzazione della promessa di matrimonio, ossia al momento dell'atto delle *nuptiae*, il *consensus* paterno assurge nuovamente a requisito ontologico e si qualifica come atto imposto dalla *sponsio* di fidanzamento; ma, poi, il rapporto matrimoniale che ne deriva si regge sul consenso e sulla *voluntas* dei due coniugi, anche se il *pater* mantiene il proprio diritto a *ducere* la *filia*, interrompendo le *nuptiae*.

Diverse sono le sorti della responsabilità giuridica per il caso dell'inadempimento della promessa: il padre promette il matrimonio e rimane responsabile per l'inadempimento del sottoposto. Dopo le nozze invece c'è una definitiva elisione della responsabilità paterna; la promessa è adempiuta e le sorti delle *nuptiae*, una volta contratte, non ingenerano più alcuna responsabilità genitoriale per il fallimento del matrimonio, qualsiasi ne sia la causa. Se il matrimonio è *cum manu*, esso perdura fondato sul *consensus* di entrambi i coniugi¹⁴². In caso di

¹⁴² Cfr. E. Volterra, *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, in *Mem. Lincei, Cl. sc. mor.* 12.4, 1966, pp. 251-355, in part. p. 326, (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pp. 3-107, in part. p. 78); Idem, *Osservazioni*

matrimonio *sine manu*, meno frequente in età preclassica, il *pater* mantiene tuttavia la *potestas* sulla *filia*, che si può esplicitare anche nel potere di *ductio*, istituto per il quale il padre aveva il potere di portar via la propria sottoposta al marito, anche contro la volontà della stessa. Nel caso di *conventio in manum*, la *potestas* paterna veniva recisa ed il potere di controllo dell'avente potestà veniva precluso¹⁴³. Sotto il profilo terminologico si noti proprio in Varrone l'espressione *quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat* (che però si riferisce al *despondere filiam*), che trova il corrispettivo in una espressione di Tacito (*ann.* 4.16.2) ... *et quod exiret e iure patrio*, seppure riferita dallo storico precisamente al matrimonio¹⁴⁴.

Ma ritorniamo ora sulla responsabilità dell'avente potestà, limitatamente agli *sponsalia*.

Il *pater* accettava così il rischio di rimettere al sentimento, ai desideri o ai 'capricci' della figlia – per usare una terminologia confacente allo spaccato familiare descritto dalla commedia plautina – l'avveramento di una sorta di condizione di pagamento. Se, infatti, la ragazza avesse opposto un rifiuto alle nozze, ne avrebbe risposto il padre¹⁴⁵; 'rispondere' significava subire un'azione processuale¹⁴⁶, per la quale, in assenza di *iusta causa* di rifiuto, conseguentemente ad una *litis aestimatio* – una sorta di quantificazione del danno cagionato dalla violazione della promessa – si condannava l'inadempiente al pagamento di una somma. Emerge chiaramente una diversa forma di responsabilità: lo *sponsus* che, in quanto *sui iuris*, ha promesso personalmente, risponde per il proprio inadempimento; il *pater* risponde per il comportamento della *filia*. Solo apparentemente il genitore sembra non promettere un atto proprio, in quanto la figlia è 'uscita' dal suo potere

intorno agli antichi sponsali romani, cit. p. 504; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. p. 100; Fayer, *La familia romana 2*, cit. pp. 202-203.

¹⁴³ Sul tema Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. *passim*; Idem, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*; Idem, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. *passim*.

¹⁴⁴ Durante il Principato, anche in presenza di *conventio in manu*, sussisteranno delle eccezioni con riferimento al potere paterno; cfr. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. p. 316 e nt. 4.

¹⁴⁵ Cfr. già Albanese, *Brevi studi di diritto romano*, VIII «*verbis obligatio*», cit. p. 159.

¹⁴⁶ Il primo rimedio processuale era costituito dalla *legis actio per iudicis postulationem* (cfr. anche G. Pacchioni, *Actio ex sponsu*, in *AG* 39, 1887, pp. 385-432, in part. p. 402). Diversamente ritiene A. Marchi (*Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16, 1904, pp. 206-289, in part. p. 247), per cui operava la *legis actio sacramenti in personam*. Poi lo studio di Gai. 4.17.a consoliderà un ritorno all'idea di Pacchioni; cfr. *ex multis* Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 8. Sull'*actio ex sponsu* si veda di seguito nel corso della presente disamina.

decisionale ed è libera – *rectius* non è obbligata giuridicamente a – di contrarre le nozze¹⁴⁷; *prima facie*, dunque, sembra che il *pater* prometta un comportamento di una terza persona¹⁴⁸. In realtà il *pater* promette un comportamento proprio, impegnandosi a dare il proprio *consensus* alle nozze.

Come accennato, dal testo del giurista repubblicano, si evince che ci sono due *sponsiones*: nella prima si promette la *puella* in isposa, nella seconda, facoltativa, e dunque eventuale, è il fidanzato (se *alieni iuris* pel tramite del suo avente potestà) che promette di sposare la fanciulla.

Tuttavia, per Astolfi¹⁴⁹, *sponsus* non è il promesso, ma colui che ha promesso. L'autore lo ricava sotto il profilo grammaticale dall'*ergo sponsus non qui promittitur sed quia spondet* di Servio giurista: lo studioso evidenzia così il ruolo attivo dell'uomo, contrapposto a quello passivo della ragazza.

Quindi, mentre Servio attesta la possibile 'simmetria' della *sponsio* di fidanzamento, Varrone fornisce indizi sulla facoltà di rafforzare la promessa con una stipulazione penale. La lettura comparata delle due fonti consente così di delineare un fidanzamento arcaico a 'struttura complessa': una doppia promessa di nozze future, 'garantita' dalla previsione di una somma di denaro nel caso di inadempimento. Una responsabilità quindi che nasce sul piano sacrale e, su previsione da parte del *mos*, che impone una forma giuridicamente vincolante a chi voglia promettere le nozze future.

8. La promessa del fatto altrui.

L'avente potestà che *spondet* la propria *filia* di fatto promette il matrimonio della sottoposta; implicitamente sembra dunque promettere un comportamento, dunque un fatto 'altrui'; si può a

¹⁴⁷ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 12.

¹⁴⁸ Sul tema e sulla configurabilità della promessa del fatto di terzo si rimanda al § 8 del presente capitolo.

¹⁴⁹ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 32.

questo punto sollevare l'interrogativo circa la possibilità che si configuri una sorta di promessa del fatto del 'terzo', anche se *sui generis*.

È un insegnamento di Quinto Mucio, sebbene non direttamente riferibile alla *sponsio* di fidanzamento, ad introdurre la questione.

D.50.17.73.4, Q. Muc. *l.s. ὄρ.*

Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Il giurista specifica che non si può obbligare un altro soggetto terzo rispetto al negozio, né con un patto, né apponendo una condizione, né con una *stipulatio*¹⁵⁰.

Dobbiamo aspettare secoli per averne conferma, confortati dalle Istituzioni di Giustiniano e per poter così astrarre una regola generale: una *stipulatio* che prometta un fatto del terzo è valida se vi è interesse dello *stipulator*.

La regola generale vorrebbe infatti che:

I. 3.19.3

Si quis alium daturum facturumve quid sponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quodsi effecturum se ut Titius daret sponderit, obligatur,

ma il manuale giustiniano in due *loci* attesta un'eccezione:

I. 3.19.20

Sed si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere. [...] et si creditori suo, quod sua interest, ne forte vel poena committatur, vel praedia distraherentur quae pignori data erant, valet stipulatio.

I. 3.19.21

Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.

Dunque il principio generale prevede che non si possa obbligare un terzo ad un *facere* o a un *dare*, mentre le eccezioni accolte nel manuale specificano una deroga nel caso sussista un precipuo interesse dello *stipulator* all'obbligazione del terzo.

¹⁵⁰ Il passo è inserito nel L libro del Digesto sotto il titolo *De diversis regulis iuris antiqui* ed è raccolto da Lenel (*Pal.* 1 col. 763, fr. 50) nella rubrica *ὁρῶν liber singularis*.

Si tratta di un balzo cronologico di 3 e di 8 secoli che sembra attestare una continuità e che consente di porre l'interrogativo sull'ammissibilità dogmatica della promessa del 'fatto di terzo', e, prima ancora, sulla sua stessa configurabilità.

Se infatti Tizio fida la propria figlia, promette sì un fatto che riguarda la sfera giuridica e personale della sottoposta, ma, alla fine, non può che impegnare (giuridicamente) solo se stesso ed il proprio patrimonio, in quanto la stipulazione non può produrre effetti nella sfera giuridica di altri che non siano le parti del negozio¹⁵¹.

Procediamo *ab absurdo* in base alla dogmatica giustiniana. Nell'ambito del fidanzamento, come noto, le *sponsiones* possono essere due; con la prima si promettono le *nuptiae futurae*, nella seconda l'oggetto della promessa consiste in una somma di denaro da corrispondere nell'ipotesi in cui il matrimonio non avvenga. Ancorché solo sul piano affettivo, la prima *sponsio* potrebbe effettivamente realizzare un interesse dello *stipulator*, soddisfacendo il *cum sua interesset* giustiniano; l'interesse (economico) emerge chiaramente anche con riferimento alla seconda *stipulatio*.

Ma quest'ultima non può di certo essere considerata una promessa del fatto di terzo, né una promessa che lo vincoli giuridicamente, ma si tratta di una promessa di denaro che dipende da un 'comportamento altrui'.

Se poi si tiene conto del fatto che la fanciulla è una *filia familias, alieni iuris*, e che, in quanto tale, agisce o non agisce in qualità di sottoposta del *pater familias*, si potrebbe in via transitiva affermare che ad agire – o non agire – sia il *pater familias*, attraverso la figlia.

Muoviamo quindi dalla lettura di Volterra, che ritiene che l'oggetto della *sponsio* sia un fatto proprio e non il fatto di un terzo¹⁵².

L'assunto è vero, sebbene incompleto.

¹⁵¹ Si veda Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 40-41.

¹⁵² Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 370; diversamente dalle critiche a questi rivolte da Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano* 1989, cit. p. 12, confermate nella riedizione del 1994, p. 11).

Il *pater* non promette *tout-court* il fatto di un terzo, ma il fatto di un soggetto che gli appartiene di diritto, che è suo sottoposto e che, agendo o non agendo, sposandosi o non sponsandosi, lo coinvolge anche nel compimento di negozi giuridici, venendo così a determinarsi una sovrapposizione tra l'agire del *pater* e quello della *filia*.

Più precisamente si può affermare che da un lato l'avente potestà promette un fatto proprio, ossia il 'prestare il proprio consenso' al momento delle nozze future, dall'altro promette anche il comportamento di un suo sottoposto, che, passivamente accetta le proprie *nuptiae*. Vero è che, in ogni modo, solo il *pater* promittente è il soggetto chiamato a rispondere *ex sponsione* nel caso in cui il sottoposto si rifiuti di contrarre matrimonio.

Fatte queste considerazioni, si può leggere anche nella prima *sponsio* una promessa di fatto proprio, sebbene esso dipenda dal comportamento di un altro soggetto che gli è sottoposto.

Una seconda interpretazione vede la seconda *sponsio* come una sorta di garanzia della prima, una promessa avente ad oggetto una pena convenzionale prevista nel caso in cui non si verifichi il fatto garantito, ossia il matrimonio: si trattava dunque di una sorta di patrimonializzazione del vincolo matrimoniale, realizzata proprio attraverso una '*stipulatio poenae*'. Quanto all'interesse dello *stipulator*, se il giovane fidanzato è *sui iuris*, costui avrà un doppio interesse: uno etico-affettivo all'adempimento della prima *sponsio*, avente ad oggetto le *nuptiae futurae* e uno patrimoniale, consistente nel pagamento della somma di denaro prevista a titolo di 'penale'. Nel caso in cui il fidanzato sia invece *alieni iuris*, egli mantiene l'interesse etico-affettivo all'adempimento della prima *sponsio*, mentre l'interesse patrimoniale sotteso alla *stipulatio poenae* può essere ricondotto al suo avente potestà, che è lo *stipulator* di entrambe le *sponsiones*.

Dunque la prima *sponsio* ha una connotazione direttamente a-patrimoniale, anche se indirettamente patrimoniale, in quanto è se 'garantita' dalla *stipulatio poenae*¹⁵³, mentre è la

¹⁵³ Si può tuttavia sostenere che, quando la competenza passerà integralmente al pretore, venuta meno la competenza del censore, anche la prima *sponsio* si connoterà di patrimonialità, atteso che, azionata in giudizio, nell'ipotesi di inadempimento della promessa di matrimonio, comporterebbe una valutazione

seconda ad essere intrinsecamente connotata da patrimonialità, dal momento che l'oggetto della promessa è proprio il denaro del promittente.

Occorre inoltre tenere a mente che per il matrimonio il consenso del *pater familias* costituisce una condizione necessaria, che di fatto poteva anche esplicitarsi in un gesto rituale e formale come la *coemptio*: il 'gesto' rappresentava una vendita immaginaria avente ad oggetto la fanciulla, *rectius* costituiva uno strumento col quale adempiere alla promessa di matrimonio, peraltro marcatamente incisivo sulla sfera potestativa del *pater* promittente. Essa infatti consentiva il *matrimonium cum manu* il quale, oltre che dare luogo alle *nuptiae* promesse, recide i diritti potestativi del genitore. La *coemptio* veniva compiuta dal *pater* in qualità di *venditor* e rappresentava in parte l'oggetto stesso della *sponsio* di fidanzamento; l'oggetto della promessa è quindi un fatto/atto proprio del *pater* stesso: egli promette il proprio futuro consenso al matrimonio e, acconsentendo poi alle nozze, adempie all'oggetto della *sponsio* di fidanzamento¹⁵⁴.

Confortati da Volterra, ne troviamo ulteriore conferma ripercorrendo il testo varroniano:

Varro *l.L.* 6.71

Qui sponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat [...] Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerat finem.

Il comportamento della fanciulla può dunque ridursi, almeno per la fase arcaica, ad un mero fatto, ad un 'accidente casuale', che può al massimo costituire un impedimento all'adempimento dell'obbligo giuridico assunto unicamente dal *pater*.

Possiamo affermare che l'inadempimento matrimoniale dovuto al rifiuto opposto dalla ragazza potrebbe inficiare l'impegno paterno allo stesso modo della fuga di un cavallo al momento della *mancipatio* successiva ad una compravendita, senza, per questo, poter imputare alla categoria 'fatto del terzo' la fuga del cavallo. L'oggetto del negozio in essere non è il comportamento del quadrupede; più precisamente, la traslazione della proprietà non è un comportamento volontario del

monetaria del pregiudizio subito dallo *stipulator* disilluso, attraverso la valutazione discrezionale del *iudex privatus*, previa eventuale *taxatio* del magistrato.

¹⁵⁴ Cfr. Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 369.

cavallo, la cui fuga non può inquadrarsi nella categoria dell'inadempimento, quanto, piuttosto, nel novero di un mero fatto impeditivo dell'adempimento da parte del *venditor*¹⁵⁵.

Al di là dei paradossi, troviamo in dottrina un'efficace lettura giuspositivistica, che vede nella promessa di fidanzamento effettuata dal *pater* della *puella* una *sponsio*, nella quale l'oggetto materiale è la fanciulla, mentre la prestazione consiste in un *dare*; il tutto entro un negozio giuridico che trova 'causa' (*sic!*) nel *matrimonium*¹⁵⁶.

Chi impegna al fidanzamento un soggetto terzo non traspone su di esso una responsabilità giuridica, ma può agire per esso in quanto su di esso esercita un potere, *ex iure* come nel caso del *pater*, *ex sanguine* come nel caso della madre, per ragioni attinenti al *munus* come nel caso del tutore¹⁵⁷.

9. La tutela processuale.

La prima forma di reazione dell'ordinamento avverso l'inadempimento della *sponsio* di fidanzamento è strettamente connessa ai *mores*. A giudicare sulla motivazione e dunque sulla giustificabilità dell'inadempimento della promessa sono infatti i censori, preposti alla *cura morum*. Astolfi¹⁵⁸ ipotizza che, se i censori si occupavano della salvaguardia della moralità, quando con riferimento al matrimonio era ancora operante il *ius sacrum*, è da ritenere probabile che al marito colpevole di *iniustum repudium* potessero applicarsi anche le sanzioni previste da questo segmento

¹⁵⁵ Ancorché in tutt'altro contesto, si riscontra in R. Orestano (*La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano 1951, p. 345) una discussione sul paragone tra la promessa di fidanzamento e la compravendita, nell'ambito di una critica rivolta, sul punto, al Levy.

¹⁵⁶ Bramante, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit. p. 111. Sembra più corretto ritenere che l'oggetto della promessa sia un *facere*: viene infatti promesso che si faranno le nozze, sebbene tramite la manifestazione di un consenso paterno; tale lettura ci sembra peraltro più compatibile con l'ipotesi di una responsabilità oggettiva del *pater* per l'inadempimento della *sponsio* di fidanzamento; cfr. *supra*, § 3.3. Peraltro l'idea che si configuri un'obbligazione di *dare* pare troppo restrittiva, limitando l'oggetto della promessa ad una *coemptio*, ossia un atto idoneo a trasferire il *dominium* della figlia. Infatti le obbligazioni che hanno per contenuto un *dare* vengono soddisfatte attraverso il compimento di un negozio traslativo di proprietà, qual è ad esempio la *coemptio*, in quanto elaborazione giurisprudenziale della *mancipatio*; cfr. G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Napoli 2006, p. 370. Casomai, se proprio volessimo leggere nel contenuto della *sponsio* un "dare", l'oggetto di esso sarebbe il *consensus* paterno alle nozze.

¹⁵⁷ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 27.

¹⁵⁸ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 21.

del diritto. È dunque presumibile che disattendere l'impegno assunto davanti alla collettività e agli uomini al momento della *sponsio* di fidanzamento potesse a sua volta comportare una qualche sanzione prevista dal *ius sacrum*.

Con riferimento al matrimonio sono le fonti letterarie ad attestare gli ultimi interventi dei censori ed è Varrone¹⁵⁹ ad accertare la competenza censoria anche nell'ambito del fidanzamento romano. Quando i censori intervengono nel campo degli *sponsalia* con il loro giudizio, scevro di requisiti formali e ispirato ai concetti dell'equità, essi esprimono la riprovazione della collettività per il comportamento di chi si è assunto un impegno solenne di matrimonio davanti alla società e agli dei e poi non lo ha adempiuto.

Se il *iudicium de moribus* presidia ed assiste l'interesse pubblicistico alla conformità morale del fidanzamento, l'intervento del pretore asseconda gli interessi giuridico-privatistici delle controparti della *sponsio* di fidanzamento.

Così, col tempo¹⁶⁰, la competenza a giudicare sulla promessa di matrimonio si estende dal censore al pretore.

Nell'ipotesi in cui il promittente non tenga fede alla sua promessa, lo *stipulator* è assistito da una tutela processuale¹⁶¹.

Nell'ambito del giudizio pretorio, sotto il profilo della responsabilità e con riferimento alla riparazione del pregiudizio subito, occorre distinguere tra situazioni differenti: il *filius sui iuris* destinatario della promessa di matrimonio, se disilluso, può ricorrere al giudizio equitativo dei

¹⁵⁹ I.L. 6.71

¹⁶⁰ Non è possibile una datazione certa, anche se Fayer (*La familia romana* 2, cit. p. 54 e nt. 132; *La familia romana* 3, cit. pp. 70-86) propone il III sec. a.C. come termine *post quem* sarebbe venuto meno l'intervento dei censori nel fidanzamento; tale ricostruzione sarebbe suffragata da un indizio riguardante l'episodio storico del divorzio di Spurio Carvilio Ruga (Dion. Hal. 2.25.7). L'A., con riferimento al fidanzamento, ritiene che l'intervento censorio sarebbe venuto meno intorno al II sec. a.C.: questa sarebbe la ragione per cui in Servio Sulpicio Rufo si menzionerebbe solamente il pretore, mentre in Varrone, laddove l'erudito si riferisce ai comici, si attesterebbe, ancora con riferimento al II sec. a.C., il concorso dell'attività dei due magistrati.

¹⁶¹ Franciosi (*Famiglia e persone*, cit. p. 153), sembra alludere ad una contestualità simmetrica delle due *sponsiones*.

censori per l'inadempimento della *sponsio* di fidanzamento; di certo egli non può ottenere una condanna ad un *facere* che obblighi la controparte ad adempiere alla promessa.

Se tuttavia è anche *stipulator* della seconda *sponsio* che abbia stabilito una 'penale' per il 'diritto di recesso', egli può rivolgersi al *praetor* con la *legis actio per iudicis postulationem* e, poi, col tempo, con l'*actio ex sponsu* formulare, per mezzo della quale ottenere la condanna al pagamento della somma corrispondente alla stipulazione penale.

Se il fidanzato è *alieni iuris*, e quindi se le due promesse sono state ricevute dal di lui *pater*, solo costui potrà agire davanti ai censori ed al pretore per ottenere dai primi la nota censoria contro il *promissor* inadempiente e, dal secondo, un incarico al giudice privato affinché costui condanni il convenuto debitore al pagamento del valore della penale promessa per l'ipotesi del mancato matrimonio.

Sotto la vigenza della procedura per *legis actiones* il rimedio offerto al fidanzato deluso è rappresentato dalla *legis actio per iudicis postulationem*¹⁶², che, in una delle sue applicazioni, tutelava proprio chi vantasse un credito di denaro promessogli attraverso una *sponsio*.

Inizialmente dunque la tutela giuridica che assiste la *sponsio* di fidanzamento è di matrice civile e non onoraria¹⁶³. Tuttavia Varrone usa l'espressione *praetorum ius ad legem*¹⁶⁴. Se di solito *lex* può avere anche significato generale di norma giuridica¹⁶⁵, con riferimento alla tutela del fidanzamento, si può ipotizzare che l'erudito qui voglia alludere alla dichiarazione verbale formale e solenne che l'attore fa con riferimento al proprio diritto davanti al magistrato¹⁶⁶. Il giudice privato

¹⁶² Descritta da Gaio (4.17) per gli studenti qualche secolo dopo: *per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. [...]*; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 12; Romano, *Matrimonium iustum*, cit. p. 61.

¹⁶³ Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 499; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 27.

¹⁶⁴ L.L. 6.71.

¹⁶⁵ A. Cenderelli, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano 1973, p. 121.

¹⁶⁶ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 27.

è quindi incaricato di accertare il contenuto dell'affermazione dell'attore e, dunque, l'inadempimento ingiustificato della *sponsio*.

Tuttavia apprendiamo sempre da Varrone che l'obbligo formale che dava luogo all'assunzione di responsabilità tutelabile davanti al magistrato doveva essere considerata una norma fissata dal diritto pretorio *ad adiuvandum, rectius, ad integrandum* la *lex*, nonché una vera e propria decisione dei censori, conforme ad equità¹⁶⁷: *quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur*.

Se è intervenuta la sola *sponsio* con la quale il *pater* ha promesso allo *stipulator* il matrimonio della propria figlia, occorrerà una quantificazione monetaria del danno subito dal 'promissario deluso'. Su questo punto si assiste ad un dibattito dottrinario, atteso che per alcuni¹⁶⁸ l'oggetto della *sponsio* con la quale il *pater* promette il matrimonio della figlia sia *certum*, in quanto corrisponde al valore 'commerciale' della donna. Per altri¹⁶⁹ invece la *sponsio* di fidanzamento avrebbe ad oggetto un *incertum*. Il *iudex privatus* procede dunque su incarico del pretore ad una valutazione patrimoniale del danno subito dall'attore; è verosimile osservare che la tutela privatistica ha senz'altro a cuore l'interesse patrimoniale dello *stipulator* e non anche quello morale ed affettivo del 'fidanzato disilluso': costui otterrà un ristoro per il pregiudizio patrimoniale subito solo se vi sarà coincidenza tra *sponsus* e *stipulator*, ossia se, *sui iuris*, avrà partecipato attivamente in prima persona alla *sponsio* di fidanzamento, assumendo la qualità di *stipulator*. Qualora il destinatario della promessa sia il suo avente potestà, solo quest'ultimo otterrà il ristoro del pregiudizio patrimoniale, mentre lo *sponsus* deluso non potrà contare su alcun risarcimento 'morale'.

Deve ritenersi altresì applicabile la prescrizione della *Tabula III*, per la quale, qualora il promittente avesse confessato la sussistenza del proprio debito di denaro, decorso inutilmente il termine di trenta giorni e persistendo il mancato pagamento, avrebbe potuto subire la *manus*

¹⁶⁷ Varro *l.L.* 6.71.

¹⁶⁸ Ad es. Franciosi, *Familia e persone in Roma antica*, cit. p. 153.

¹⁶⁹ Ad. es. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 14.

*iniectio*¹⁷⁰. Sono note altresì le procedure stragiudiziali per le quali il debitore inadempiente, volontariamente, si asserviva al proprio creditore; l'opzione deve ritenersi applicabile anche al caso dell'inadempimento alla *sponsio* di denaro che andava a rafforzare e garantire quella di fidanzamento¹⁷¹.

Sono Gellio¹⁷² e Varrone¹⁷³ ad attestare che, con l'avvento del processo formulare, il fidanzato poteva agire *ex sponsu*.

La dottrina molto risalente¹⁷⁴ in alcuni casi è arrivata a sostenere che, in caso di inadempimento da parte della fanciulla, il pretore concedesse al fidanzato il potere di prenderla e di acquistarne la *manus*, mentre secondo altre ricostruzioni¹⁷⁵ la stessa *actio* sarebbe stata creata proprio per tutelare la promessa di fidanzamento.

Ma, in realtà, la funzione dell'*actio ex sponsu* non è quella di costituire coattivamente il matrimonio promesso, ma quella di risarcire l'aspettativa matrimoniale dello *stipulator*. D'altro canto, non sarebbe neppure ipotizzabile un provvedimento pretorio che obbligasse al *matrimonium*,

¹⁷⁰ *Lex Duod. Tab.* III.1.2: *aeris confessi... XXX dies usti sunt. [2] Post deinde manus iniectio esto.* Procedura attestata da Gellio (20.1.42-44) che, così, premette: *confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissoluerent, eosque dies decemviri "iustos" appellaverunt. Velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset. Post deinde, nisi dissoluerant, ad praetorem vocabantur et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur.* È nota anche la testimonianza paolina (D.42.2.1, Paul. 56 *ad ed.*): *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*; M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 126.

¹⁷¹ L'avvicendamento della disciplina relativa alle sorti del debitore è noto; la prassi di asservirsi volontariamente in caso di debito di denaro è attestata da Varrone (*l.l.* 7.5.105), che riferisce anche il termine *ad quem* della procedura: *liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat nectebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublato ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*; da leggersi unitamente alle precisazioni di Livio (8.28.8-9) sull'avvicendamento tra esecuzione personale e patrimoniale: *victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens uinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in neruo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necerentur.*

¹⁷² Lo afferma chiaramente (4.4.2): [...] *qui stipulabatur ex sponsu agebat.*

¹⁷³ Lo deduciamo dalla terminologia usata (*l.l.* 6.71): *qui sponderat filiam [...] sponsu erat alligatus. [...] Sponden tuam gnatam filio uxorem meo? Quod tum et praetorium ius ad legem [...] extimabatur*; sul tema diffusamente Bartocci, 'Spondebatur pecunia aut filia', cit. *passim*.

¹⁷⁴ E. Huschke, *Kritische Miscellen*, 1 *Servius Sulpicius bei Gell.* 4,4, in *ZGR* 10, 1842, pp. 315-339, in part. p. 336; ma si veda la ricostruzione di Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 496 nt. 13.

¹⁷⁵ G. Pacchioni, *Actio ex sponsu*, cit. pp. 402 ss.

dato che lo stesso è un istituto fondato essenzialmente sul *consensus* degli aventi potestà e/o, con riferimento al periodo classico, dei diretti interessati, ossia dei due nubendi¹⁷⁶. Volterra così interpreta in base al dato letterale del testo di Gellio: *iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat*; il giudice privato interroga le parti sul motivo per cui la donna non sia stata ‘concessa’ o ‘accettata’: concedere o accettare la donna comporta una manifestazione del *consensus*, ancor più della costituzione del matrimonio vera e propria, che ne rappresenta una logica conseguenza. Servio non si esprime in termini diversi, altrimenti avremmo letto nel giurista repubblicano un... *iudex quamobrem matrimonium non factum esset quaerebat*; l’indagine del giudice è dunque volta ad accertare gli elementi costitutivi del *consensus*.

In base alle notizie che possediamo, possiamo provare a ricostruire il ragionamento di Volterra, a confutazione della risalente tesi di Huschke¹⁷⁷, sotto diversi punti di vista: durante il regime arcaico, ossia nella fase in cui ad essere necessario è il consenso dell’avente potestà, non rilevando quello del nubendo *alieni iuris*, se il matrimonio non viene celebrato per un motivo soggettivo imputabile ad uno dei due giovani, permanendo diversamente il consenso paterno, un eventuale provvedimento del pretore che coartasse la volontà dei giovani sarebbe lecito; al contrario, in caso di dissenso dell’avente potestà, un ordine giudiziario che imponesse il *facere nuptias* destituirebbe il *matrimonium* di fondamento legittimante: il consenso del *pater*. Quando poi si avvicinerà il regime classico degli *sponsalia*, il pretore non potrà imporre le nozze neppure ai due fidanzati, atteso che il loro consenso è elemento ontologicamente necessario per la validità dell’atto e per la prosecuzione del rapporto coniugale. Costringere giudizialmente uno o entrambi i soggetti alle nozze andrebbe quindi ad inficiare lo stesso atto di matrimonio, inibendo altresì la possibilità che si instauri il conseguente rapporto, rendendo persino superflua la manifestazione di

¹⁷⁶ In ciò concordiamo con il ragionamento di Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 505. Efficacemente Romano (*Matrimonium iustum*, cit. p. 61), sebbene con riferimento alla tutela per *legis actiones*, parla di «sollecitazione indiretta per il padre a mantenere il proprio impegno»; l’assunto può estendersi anche alla tutela formulare.

¹⁷⁷ Cfr. nota precedente.

volontà di ripudio o la volontà reciproca di divorziare: le *nuptiae* contratte in assenza di consenso sono infatti *tamquam non essent*.

Se le predette considerazioni non bastassero ad escludere una esecuzione in forma specifica, deve ritenersi in ogni caso applicabile la regola generale per cui, con riferimento alla procedura formulare, laddove sia presente la *condemnatio*, la condanna da parte del *iudex* ha sempre ad oggetto il pagamento di una somma di denaro¹⁷⁸.

Con riferimento alla procedura formulare, l'attore titolare della situazione giuridica attiva poteva dunque agire per ottenere la somma stipulata, ossia promessa nell'ipotesi in cui il matrimonio non seguisse al fidanzamento, o per l'inadempimento della *sponsio* di matrimonio, al fine di ottenere la remunerazione del danno subito, previa quantificazione del *iudex*, anche, se del caso, in presenza di una *taxatio* da parte del pretore.

Occorre a questo punto un'osservazione sulla 'cumulabilità' delle due *actiones ex sponsu*, in particolare sulla possibilità per lo *stipulator* di adire il pretore, sia per la *sponsio* di fidanzamento, sia per la *stipulatio poenae*. Il cumulo comporterebbe una doppia condanna pecuniaria: la prima a seguito della quantificazione del danno ad opera del *iudex privatus*, previa eventuale *taxatio*; la seconda avente ad oggetto la somma promessa a titolo di *stipulatio poenae* dedotta e quindi determinata dall'attore nell'*intentio certa*.

Stando ad Astolfi¹⁷⁹, la cumulatività sembra essere stata esclusa in virtù dell'*aequitas censoria* già in fase risalente e in base all'equità del pretore per la fase successiva.

¹⁷⁸ Valga, in proposito, l'autorità dell'autore delle *Institutiones* (Gai. 4.48-51): *omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat. Condemnatio autem uel certae pecuniae in formula proponitur uel incertae. Certae pecuniae uelut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: IUDEX, NUMERIVM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE*. A parer nostro, l'insegnamento di Gaio *minus dixit quam uoluit*, laddove dobbiamo ritenere esclusa non soltanto la condanna ad un *restituere*, ma anche ad un *facere aliquid*; per tutti Kaser, *Das römische*, cit. p. 126, p. 135 *et passim*; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino 1982, pp. 186-187; sul tema generale Pugliese, *Il processo formulare* 2, cit. p. 114; per le linee istituzionali cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano* 1, Napoli 2001, pp. 204-205.

¹⁷⁹ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 28.

Il procedimento doveva presumibilmente iniziare con una *editio actionis*, attraverso la quale l'*actor* rendeva il convenuto edotto circa il rimedio processuale di cui intendeva avvalersi. In base alle ricostruzioni che Pugliese¹⁸⁰ fa, ragionando su un discusso testo di Ulpiano, dobbiamo ritenere che chi agiva in giudizio *ex sponsu* conducesse il convenuto presso l'albo pretorio e gli indicasse la formula che avrebbe richiesto al pretore: gli mostrava cioè la bozza-modello contenuta nell'editto, la quale, nella fase *in iure*, veniva poi arricchita e completata con il nome del giudice, delle parti, con le eventuali *exceptiones*, *replicationes* e *duplicaciones*¹⁸¹.

Probabilmente il fidanzato deluso o il *pater*, disatteso nelle sue aspettative di sistemare la figlia, procedevano anche con l'*editio instrumentorum*, ovvero con l'indicazione preliminare degli strumenti funzionali a sostenere la pretesa in giudizio, i quali dovevano essere notificati al convenuto unitamente all'*actio* prescelta, con le forme precedentemente previste¹⁸².

¹⁸⁰ G. Pugliese, *Il processo civile romano* 2, Milano 1963, pp. 353-361. La tesi è effettivamente sostenibile, in quanto la notifica al convenuto prima del periodo post-classico avviene esclusivamente in forma orale. Si veda anche G. Cervenca, *Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna 1983, p. 93 nt. 31.

¹⁸¹ D.2.13.1.1, Ulp. 4 *ad ed.*: *edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstrat quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit*. Secondo Pugliese (*Il processo civile romano* 2, cit. pp. 353-361) il passo è parzialmente alterato; lo si può dedurre dalle ultime parole, probabilmente frutto dell'errore di un copista e dall'*etiam* iniziale; ma di certo è possibile ricavare dal maestro di Modestino che l'*edere* consistesse in una dichiarazione orale a cui il giurista classico equipara alcuni atti equivalenti: attraverso il *copiam describendi facere* dava, ad esempio, modo al convenuto di trascrivere ciò che l'*actor* aveva appuntato per iscritto; poteva altresì *dictare*, ossia sillabare la formula, consentendo al convenuto di poterla trascrivere. Il riferimento al *libellum* è probabilmente frutto di un'interpolazione giustiniana, riferendosi ad una prassi invalsa in epoca post-classica quando l'*edictio actionis* si compiva attraverso la redazione del *libellus conventionis*, con conseguente consegna al convenuto per tramite dell'*exsecutor*.

¹⁸² D.2.13.1.3, Ulp. 4 *ad ed.*: *edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est*, ma, leggendo il paragrafo successivo del commento ulpiano (D. 2.13.1.4) – *edere non videtur qui stipulationem totam non edidit* – muoviamo ancora una volta dalle convincenti considerazioni di Pugliese che dà al passo una interpretazione comparata, valutandolo congiuntamente a D.2.13.2, Paul. 3 *ad ed.*: *si legatum petatur, non iubet praetor verba testamenti edere: ideo fortasse, quia heredes solent habere exemplum testamenti*. L'A. torna sulle proprie posizioni, sostenute nella prima edizione de *Il processo civile romano* II, p. 14 ss., e, pur discostandosi dalle rigide ricostruzioni di J.C. Naber (*Observatiunculae de iure Romano*, in *Mnemosyne* 50, 1922, pp. 26-68, *passim*) e dalle letture di A. De Sarlo (*La produzione dei documenti nel processo romano classico (procedura formulare e cognitio extra ordinem)*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* 70, 1937, pp. 160-184), sebbene riconoscendo nell'*editio instrumentorum* una clausola edittale applicabile a largo spettro, evidenzia come l'azione a tutela della *stipulatio* sia il *locus naturalis* dell'attività introduttiva in commento (Pugliese, *Il processo civile romano* 2, cit. pp. 361-366).

È forse possibile ipotizzare che vi fossero prove documentali comprovanti l'esistenza della *sponsio* di fidanzamento¹⁸³: la *sponsio* era un impegno verbale a cui poteva seguire la 'registrazione' scritta; evidentemente l'*editio instrumentorum* relativa all'*actio ex sponsu* poteva prevedere la produzione della forma scritta della *stipulatio*, nonché la previa indicazione dei testimoni che avrebbero comprovato l'avvenuta promessa.

Come *supra* accennato, al momento dell'istruzione probatoria, il *iudex* verificava la sussistenza di un'eventuale esimente che legittimasse la rottura del fidanzamento; in difetto di *iusta causa*, previa valutazione del valore della controversia, condannava il convenuto al risarcimento¹⁸⁴.

La testimonianza di Servio Sulpicio, contenuta nel passo dell'erudito, inizia tenendo presente la doppia ipotesi: che a non mantenere la promessa sia l'avente potestà (o tutela) sulla donna, oppure il futuro marito (o il di lui avente potestà). In entrambe le ipotesi il "creditore" stipulante poteva agire *ex sponsu*.

Dopo la *litis contestatio*, conseguentemente alla *datio iudicii*, il *iudex*, ritualmente nominato, procedeva con l'istruttoria; di primario interesse è l'espressione *iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat*¹⁸⁵, dalla quale si evince un potere istruttorio limitato e residuale da parte del giudice privato, che, a ben vedere, poteva dunque procedere ad un interrogatorio libero delle parti al fine di accertare meglio le ragioni della rottura del fidanzamento. Ancorché in ossequio al principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*¹⁸⁶ – che peraltro vieta al giudice di addivenire a sentenza sulla base di *inquisitiones*, ossia indagini o integrazioni probatorie svolte su

¹⁸³ D.45.1.134.pr., Paul. 15 *resp.*; probabilmente si trattava di una prassi usuale, stando alle considerazioni propostemi nel contesto di un prezioso colloquio con il Prof. Carlo Augusto Cannata, col quale si discuteva del frammento di Paolo; si ricorda qui il suo lavoro in buona parte dedicato, in modo approfondito ed esaustivo, alla *stipulatio*: *Istituzioni di diritto romano* 2.1, Torino 2003.

¹⁸⁴ Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 362, che si sofferma sulla natura e sulla genesi dell'*actio* in commento, prospettando le più disparate soluzioni ricostruttive offerte dalla dottrina; si veda anche Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 153.

¹⁸⁵ Gell. 4.4.2.

¹⁸⁶ D.22.3.2, Paul. 69 *ad ed.* ed anche D.22.3.21, Marcian. 6 *inst.*: [...] *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*.

sua iniziativa unilaterale¹⁸⁷ - il *iudex*, in ogni caso, *quaerit*, ossia domanda liberamente alle parti, al fine di un più esaustivo quadro probatorio, idoneo a fondare il suo libero convincimento in ordine alla sussistenza o meno di una giusta causa. Le parti producono e rispondono, strutturando la *probatio* e fornendo *argumenta* circa le loro asserzioni.

D.23.1.2, Ulp. *l.s. de spons.*

Nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.

Ulpiano, giurista severiano, riferendosi ad un periodo a lui lontano, testimonia l'antico *modus* per costituire gli *sponsalia*, attestandone altresì l'imposizione da parte dei costumi. Altre fonti¹⁸⁸ attesteranno la contrarietà a quegli stessi *mores* della *stipulatio poenae* di fidanzamento; col tempo infatti per fidanzarsi non sarà più obbligatoria la *sponsio* e l'istituto sarà essenzialmente connotato dalla libertà di forma; il fidanzamento come 'atto' non richiederà più una forma giuridicamente vincolante. La giuridicità, in fase classica, non connota più l' 'atto' di fidanzamento, ma strutturerà e caratterizzerà in modo significativo il 'rapporto' che ne consegue.

10. Dalla sponsio al mero consensus: il cambiamento.

Come già esaminato, la *sponsio* di fidanzamento probabilmente restò in uso a Roma e nel Lazio sino a prima del 90 a.C. circa¹⁸⁹.

È un passo di Paolo, giurista severiano, che – unitamente ad altre fonti coeve e precedenti – tuttavia è fondamentale per la ricostruzione del cambio di mentalità che, producendo riflessi sul piano giuridico, ha comportato il progressivo abbandono della *sponsio* quale strumento necessario per contrarre il fidanzamento.

¹⁸⁷ Gell. 14.2. Guarino, *Diritto privato romano* 1, cit. pp. 226-227; Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, cit. p. 182.

¹⁸⁸ Ad esempio D.45.1.134, Paul. 15 *resp.*

¹⁸⁹ Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 308; Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 153; per un'approfondita disamina della datazione si veda Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 36; per una discussione più ampia si veda § 3.1.

D.45.1.134.pr. Paul. 15 resp.

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

Il frammento si trova nel XLV libro del Digesto, sotto la rubrica *De verborum obligationibus*; nella *Palingenesia* è inserito sotto la rubrica *De stipulationibus et solutionibus*¹⁹⁰.

Paolo espone un caso complesso: Tizia, che aveva un figlio da un terzo, sposa Gaio Seio, il quale a sua volta aveva già una figlia; durante queste nozze marito e moglie convennero (*consenserunt*) che la figlia di Gaio Seio si sarebbe sposata col figlio di Tizia e all'uopo fu predisposta una *sponsio* di fidanzamento (*desponderetur*), probabilmente registrata per iscritto (*instrumentum*) e supportata da un'ulteriore stipulazione penale (*adiecta poena*¹⁹¹), nel caso in cui uno di loro fosse stato di impedimento alle nozze. Successivamente in costanza di matrimonio Gaio Seio morì. Sua figlia non volle più maritarsi: a questo punto il quesito verte sulla possibilità che gli eredi di Gaio Seio siano o meno tenuti in forza della stipulazione contratta fra lo stesso e la moglie. La risposta del giurista è molto chiara: la stipulazione è contraria ai buoni costumi e, se azionata, sarà opposta l'*exceptio doli*, dal momento che, secondo l'etica sociale comune, non è *honestum* che si costringa qualcuno ad un matrimonio sotto la minaccia di una somma a titolo di penale.

¹⁹⁰ Lenel, *Pal.* 1, col 1248, fr. 1577. Sul passo A. Söllner (*Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln – Wien 1969, pp. 123-127), che si sofferma sulla libertà matrimoniale e propone una *comparatio* con C.8.38.2, *Imp. Alex.*, una costituzione del 223 d.C.; P. Voci, *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio* 1.1, Milano 1969, pp. 173-174, che affronta il passo nell'ambito della casistica relativa alla *stipulatio* con funzione illecita, tra le quali rientrano quelle che possono inficiare la libertà testamentaria e, appunto, quella matrimoniale; Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit. pp. 23-28; A.S. Scarcella, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI* 66, 2000, pp. 148-164, in part. pp. 152-153 nt. 18; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 43-51; Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 55-58. Sulla tematica generale G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino* 33, Napoli 1989, pp. 132-138; per le linee istituzionali sulla *stipulatio* illecita si veda C.A. Cannata, *Istituzioni di diritto romano* 2.1, Torino 2003, pp. 237-239.

¹⁹¹ Potrebbe trattarsi di una clausola penale di recesso, posta in essere con una seconda *stipulatio*, fatta accedere come clausola scritta (*adiecta*) alla registrazione della *sponsio*.

Astolfi¹⁹² individua una divergenza tra il diritto civile e quello onorario; se dopo il 90 a.C. in base al *ius civile* forse è ancora possibile per un po' di tempo agire *ex stipulatu* per far valere la promessa di matrimonio e la relativa clausola penale¹⁹³, da un punto di vista del *ius honorarium* colui che agirà *ex stipulatu* per ottenere il pagamento della somma di denaro si vedrà inserire nella formula un'*exceptio doli*. La *ratio* viene esplicitata nella parte finale del frammento: *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*.

È opportuna a questo punto qualche osservazione. Nel caso descritto da Paolo c'è stato un accordo (*consenserunt*) tra coniugi relativo al matrimonio dei rispettivi figli nati da precedenti *nuptiae*; tale accordo è confluito poi in una *sponsio* ufficiale (*desponderetur*), con la quale Gaio Seio prometteva la propria figlia al figlio di Tizia. Dal tenore del passo non è possibile evincere se lo *stipulator* dell'*obligatio verbis* sia direttamente il figlio di Tizia o Tizia stessa¹⁹⁴, con l'assistenza del tutore. La *sponsio* in ogni caso è stata oggetto di un'ulteriore formalizzazione, in quanto è stato preposto (*interpositum*) un *instrumentum*; la promessa è poi stata ulteriormente 'rafforzata' da una *stipulatio poenae* (*adiecta poena*), nel caso qualcuno di loro fosse stato di impedimento alle nozze (*si quis eorum nuptiis impedimento fuisset*). L'uso del plurale (*quis eorum*) può far sospettare che la *stipulatio poenae* sia stata reciproca e lo stesso sospetto potrebbe quindi ricadere anche sulla previa *sponsio* di fidanzamento¹⁹⁵. Vera questa ipotesi, nei *libri Responsorum* paolini avremmo la descrizione della *sponsio* di fidanzamento a 'doppia struttura': una reciproca *sponsio* di fidanzamento avente ad oggetto il matrimonio futuro, assistita da una doppia stipulazione penale con la quale viene promessa una somma di denaro per l'ipotesi in cui la prima promessa non venisse mantenuta. Così Paolo attesterebbe uno schema che, come accennato, può essere ricavato solo da una lettura comparata tra il passo ove Gellio¹⁹⁶ riporta il pensiero di Servio Sulpicio e la

¹⁹² *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp.42-43.

¹⁹³ Sulla cumulabilità delle *actiones ex stipulatu* confronta il paragrafo precedente.

¹⁹⁴ Più probabile, in quanto è lei ad essere menzionata dal giurista quale parte attiva del (previo) accordo (*consenserunt*).

¹⁹⁵ Dello stesso avviso sembra essere Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 137.

¹⁹⁶ 4.4.2: [...] *stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri*.

testimonianza di Varrone¹⁹⁷. Il quesito al quale si risponde verte sulla possibilità di agire *ex stipulatione* contro gli eredi di Gaio Seio, in quanto costui è morto prima dell'inadempimento; ci si interroga quindi sulla legittimazione passiva della stessa *sponsa*, figlia di Gaio Seio. La risposta si concentra più che altro sulla liceità della stipulazione penale e non anche sulla validità della *sponsio* di fidanzamento: la stipulazione risulta dunque contraria ai *boni mores*, tanto che all'*actio ex stipulatu* potrà contrapporsi un'*exceptio doli*.

Di rilievo è poi la *ratio* esplicitata dal giurista: è *inhonestum* che si costringa ad un matrimonio sotto il vincolo di una pena pecuniaria. A ben vedere qui si fa riferimento *expressis verbis* alla *stipulatio poenae* e non anche alla *sponsio* che l'ha preceduta. Ma è condivisibile la deduzione di Astolfi¹⁹⁸, per il quale, se è contraria ai *boni mores* la *stipulatio* con la quale si promette una somma per l'ipotesi della rottura del fidanzamento, lo sarà a maggior ragione quella che l'ha preceduta e che vincola ad un matrimonio. L'osservazione è da ritenersi più che ragionevole: poniamo il caso che Paolo volesse stigmatizzare la sola patrimonializzazione della promessa matrimoniale, ebbene, anche in tale ipotesi se ne dovrebbe dedurre l'illiceità della *sponsio* di fidanzamento; infatti, qualora non si pattuisse la 'penale', durante la fase arcaico-preclassica, quando la competenza a giudicare sull'inadempimento della *sponsio* di fidanzamento passerà dal censore al pretore, l'attore potrà agire *ex sponsu* per ottenere il risarcimento del danno subito per la rottura ingiustificata del fidanzamento. Il pretore, infatti, poteva incaricare il *iudex* di accertare la sussistenza o meno di giusta causa di rottura e per l'effetto autorizzarlo a procedere ad una quantificazione discrezionale del torto subito – previa eventuale *taxatio* –. Il *iudex*, accertata l'inesistenza di una giusta causa di rottura, quantificato il 'danno', procedeva con la condanna al pagamento della somma di denaro.

A ben vedere, tanto nell'ipotesi di *actio ex sponsu* volta a far valere la mera promessa, quanto nell'ipotesi di *actio ex stipulatu*, finalizzata ad azionare in giudizio la stipulazione penale, il

¹⁹⁷ L.L. 6.70: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa: appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio.*

¹⁹⁸ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 44.

soggetto deluso, agendo per ottenere una somma di denaro, che in ogni caso vizierebbe la libertà matrimoniale, configurerebbe una situazione contraria ai *boni mores*.

La parte finale del frammento – *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta* – fa riferimento all'illiceità della costrizione, sia in relazione ai matrimoni futuri, sia in riferimento ai matrimoni già contratti: è ipotizzabile che Paolo alluda tanto all'inopportunità della *sponsio* avente ad oggetto un matrimonio futuro, quanto alla invalidità di una promessa con la quale un soggetto si vincoli ad un matrimonio già esistente e che preclude dunque la libertà di divorziare o di ripudiare.

A ben vedere quegli stessi *mores*, che imponevano per il fidanzamento un'assunzione di responsabilità giuridico-formale di fronte all'ordinamento, a scapito del *consensus* dei diretti interessati, ora ne sanciscono l'illiceità, tanto da legittimare il pretore a paralizzare la relativa *actio* con l'*exceptio doli*.

Voci¹⁹⁹ esamina il passo del giurista nell'ambito della sua disquisizione relativa all'illiceità della *stipulatio*; in particolare egli considera l'ipotesi descritta da Paolo un caso di *stipulatio* posta in essere al fine di conseguire indirettamente un risultato illecito: segnatamente, nel caso di specie, il mancato compimento dell'illecito costituisce la condizione da cui nasce il debito. L'illiceità quindi si concretizza nel fatto che un atto connotato essenzialmente da libertà, come quello matrimoniale, venga coartato da una stipulazione penale. Osserva l'autore che in siffatte ipotesi il diritto onorario offriva due rimedi: si decideva direttamente per la *denegatio actionis*, qualora il pretore si fosse immediatamente convinto dell'illiceità della *sponsio*; oppure si concedeva l'*exceptio doli*, se il magistrato prudentemente avesse ritenuto necessaria un'indagine istruttoria davanti al giudice privato.

Sacconi²⁰⁰ osserva che il passo paolino è l'unica fonte ad attestare l'*exceptio doli* quale strumento per paralizzare l'*actio* fondata su una *stipulatio* sottoposta a condizione illecita²⁰¹. Dal

¹⁹⁹ *Le obbligazioni romane*, cit. p. 173.

²⁰⁰ Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 137

frammento pealtro l'Autore evince la validità della stipulazione penale di fidanzamento per quanto attiene al *ius civile*. In simili fattispecie, è prevista talora la nullità²⁰², talora la *denegatio actionis*²⁰³.

In entrambi i casi (nullità o *denegatio actionis*) la *stipulatio* sarebbe stata in ogni caso senza effetti. È possibile ipotizzare che, quanto meno inizialmente, il pretore abbia ritenuto necessario esaminare con cura le singole fattispecie, rimettendo la questione al *iudex privatus* previa concessione dell'*exceptio doli*; col tempo, radicatasi una prassi processuale che riconosceva la contrarietà al *ius honorarium* della *stipulatio poenalis* (e della stessa *sponsio* di fidanzamento), è ragionevole supporre che l'*actio ex stipulatu de qua* non riuscisse a spingersi oltre la fase *in iure*, subendo immediatamente una *denegatio actionis*²⁰⁴. Come si deduce dall'impianto del contributo di Sacconi²⁰⁵, il *casus* descritto da Paolo può rientrare nell'ambito delle *stipulationes* invalide per illiceità dell'oggetto in materia di libertà matrimoniale²⁰⁶. Il principio espresso da Paolo sembra compatibile col tenore di un rescritto imperiale del 223 d.C., col quale Alessandro Severo sancisce l'invalidità dei patti e delle stipulazioni che prevedono sanzioni pecuniarie per chi divorzia, in quanto, come ricorda espressamente la costituzione, fin dall'antichità a Roma si è progressivamente consolidato il principio per cui i matrimoni devono essere liberi²⁰⁷. Il contenuto del rescritto è in

²⁰¹ Ma si veda anche M. Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, p. 94: alcuni testi prevedono l'*exceptio doli*; alcuni la *denegatio actionis*, altri ancora la nullità.

²⁰² C.8.38.2; *Schol. sin.* 2; D.45.1.19; C.5.1.5.6.

²⁰³ D.35.1.71.1; D.45.1.97.2.

²⁰⁴ Sul tema generale della *denegatio actionis*, per tutti, si veda A. Metro, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972.

²⁰⁵ *Ricerche sulla stipulatio*, cit. pp. 132-138.

²⁰⁶ Molte sono le fonti che attestano la libertà matrimoniale; si rinvia per tutti a Scarcella, *Libertà matrimoniale*, cit. pp. 147-164.

²⁰⁷ C.8.38.2, *Imp. Alex. Sev.: libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat*. Scarcella (*Libertà matrimoniale*, cit. p. 153), fa rientrare la *stipulatio poenae* di cui al rescritto imperiale nel novero di quelle volte a limitare la libertà di *divortium* con la previsione di una pena pecuniaria a carico dei coniugi divorziati, distinguendola da quelle finalizzate a sanzionare il divorzio avvenuto per colpa di uno dei due coniugi. Sulla costituzione, tra gli altri, Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. 309; Voci, *Le obbligazioni romane*, cit. p. 172; Kaser (*Über Verbotsgesetze*, cit. pp. 91-92 e nt. 12), che parla allo stesso tempo di nullità civile, ma anche di imprecisione del linguaggio imperiale.

sintonia anche con una testimonianza di Pomponio²⁰⁸, nel suo commento a Sabino, per la quale la *stipulatio* avente ad oggetto il pagamento di una somma da parte di chi divorzia è nulla.

Papiniano²⁰⁹, nelle sue *Quaestiones*, attesta la *denegatio actionis* nell'ipotesi in cui qualcuno azioni in giudizio una *stipulatio* che prevede un pagamento pecuniario per chi rifiuti di prendere una donna in moglie²¹⁰.

Anche Celso²¹¹, nei suoi *Digesta*, prevede un caso di *stipulatio*, ove la promessa di pagamento in denaro è condizionata alla celebrazione del matrimonio: nell'ipotesi descritta il giurista è del parere che il pretore, *causa cognita*, possa *denegare actionem*; ma sembra trattarsi di un'opinione personale di Celso (*puto*).

Quindi, volendo trarre qualche conclusione, si può osservare che Paolo²¹² testimonia la possibilità per il pretore di paralizzare l'*actio ex stipulatu* accordando un'*exceptio doli*²¹³. Nel giurista rilevano i *boni mores* che, a quell'epoca, sono mutati in modo drastico, tanto da considerare

²⁰⁸ D.45.1.19, Pomp. 15 *ad Sab.*: *si stipulatio facta fuerit: "si culpa tua divortium factum fuerit, dari?", nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa*; nel commento a Sabino si afferma che se la *stipulatio* prevede una pena inferiore o pari all'ammontare di quella prevista *ex lege* il negozio non è invalido; qualora le parti abbiano pattuito una sanzione superiore al disposto legislativo, questo comporta la nullità della *stipulatio*. Come osserva Scarcella (*Libertà matrimoniale*, cit. p. 154), in disaccordo con Voci (*Le obbligazioni romane*, cit. p. 174), la nullità della *stipulatio poenae* di cui al commento deriva dal fatto che la libertà di divorzio venga violata oltre i limiti di legge.

²⁰⁹ D.35.1.71.1, Pap. 17 *quaest.*: *Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari.*

²¹⁰ Ma il giurista è molto più preciso: nel frammento prevede infatti una doppia ipotesi. Nel caso in cui qualcuno abbia lasciato a Tizio un legato modale pari a 'cento' affinché sposasse la vedova Mevia, tanto la condizione quanto la disposizione testamentaria risultano valide. Se invece qualcuno promette di pagare una somma nell'ipotesi in cui non sposi Mevia, in tal caso, *iure honorario*, il pretore *actionem denegat*. Di rilievo è la motivazione fornita dal giurista: un conto è allettare uno a sposarsi con una disposizione testamentaria, altra cosa limitare la *libertas matrimonii* di qualcuno con la minaccia di una clausola penale. A ben vedere Papiniano attesta una ipotesi di *denegatio actionis*, un *quid pluris* rispetto all'*exceptio doli* di cui al frammento di Paolo. Sulla fonte, per tutti, Scarcella, *La libertà matrimoniale*, cit. p. 153.

²¹¹ D.45.1.97.2, Cels.: *"si tibi nupsero, decem dari spondes?" Causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.*

²¹² D.45.1.134.pr. Paul. 15 *Resp.*

²¹³ Dall'attestazione paolina si desume un indizio sulla natura di *stipulatio poenae* della seconda *stipulatio*; si veda Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 362.

*inhonestum*²¹⁴ il fatto che matrimoni in essere o ancora da contrarsi fossero coercizzabili attraverso la minaccia di una sanzione processuale²¹⁵. Il convenuto, vittoriosamente, può eccepire la sussistenza del dolo nella stipulazione di un atto che, per Paolo, deve avvenire (solo) consensualmente. Tale consenso non deve sussistere solo al momento della promessa, ma deve perdurare costantemente, sorreggendo in modo incessante la condizione di fidanzamento. Qualora esso venga a mancare, priva lo stato di fatto di un elemento ontologicamente essenziale: il fidanzamento privo di *consensus* va considerato quindi *tamquam non esset*.

Papiniano²¹⁶ conferma l'esegesi paolina sopra esposta con un'efficace *aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri* e più drasticamente attesta il potere del pretore di denegare l'azione. Il fidanzamento dunque è una condizione dell'intimo e non può essere imposto per esecuzione di un negozio formale; a tale assetto di sentimenti si aderisce moralmente e consensualmente e non si mantiene per effetto del timore di una conseguenza giuridico-processuale, a scapito della libertà. Per Sacconi²¹⁷ il passo costituisce un *unicum* nell'attestare l'*exceptio doli* quale strumento finalizzato a paralizzare un'azione basata su una *stipulatio poenae*, che costituiva un limite alla libertà di contrarre matrimonio; ma in realtà anche Paolo²¹⁸ attesta l'*exceptio doli* quale strumento preposto a bloccare l'*actio ex stipulatu* volta ad azionare una pretesa matrimoniale.

Celso, diversamente, riferendo di una prassi invalsa, rileva l'illiceità di una promessa di matrimonio che prevede il pagamento di una somma in caso di accettazione²¹⁹: il pretore cioè espleta una *denegatio actionis* nei confronti di chi, mantenendo la promessa di matrimonio, si è effettivamente sposato e, dunque, pretende la somma di denaro come ricompensa, come una sorta di

²¹⁴ Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 2 ss.) lo rende in modo molto efficace come 'incivile'.

²¹⁵ Ma la parte finale "*quia inhonestum visum est*" viene considerata un'aggiunta da parte dei compilatori; si veda Voci, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*, cit. p. 174; Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 44 nt. 82), che parla di interpolazioni per «ragioni formali»; Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 56 e nt. 140.

²¹⁶ D.35.1.71.1 Pap. 17 *quaest.*

²¹⁷ Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 137; Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 57 nt. 142.

²¹⁸ D.45.1.134, Paul. 15 *resp.*

²¹⁹ D.45.1.97.2 Cels. 26 *dig.*

informale corrispettivo²²⁰. Non ci si sposa per ottenere un premio in denaro, ma conseguentemente al perdurare di sentimenti che si esteriorizzano pel tramite di un consenso perdurante. Si tratta a ben vedere di una opinione del giurista e, dall'analisi del passo, emerge la necessità di una cognizione di merito (*causa cognita*) che implica una valutazione sulla fattispecie concreta da esperire da parte del *praetor* e, dunque, ancora nella fase *in iure*, per addivenire, evidentemente alla *denegatio actionis*²²¹.

Le varie testimonianze dei giuristi classici e tardo-classici attestano così un principio di libertà matrimoniale, entro il quale deve necessariamente includersi anche la libertà di fidanzamento. Saranno ancora due costituzioni imperiali, di cui una molto tarda, del 472 d.C., a sancire il principio generale di libertà matrimoniale e di divorzio²²².

²²⁰ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 27-32. È altresì possibile considerare la fattispecie alla stregua di una *sponsio* sottoposta a condizione sospensiva connotata da immoralità; si veda Cervenca, *Il processo privato romano*, cit. p. 79 nt. 20.

²²¹ Come noto, infatti, al pretore, nella fase *in iure*, non era inibita qualsiasi valutazione che arrivasse, sebbene indirettamente, a toccare aspetti di merito, anche se in via meramente prodromica alla *datio iudicii* e, dunque, alla concessione della formula. L'attore, assolti gli oneri prescritti da quella che potrebbe definirsi una fase integrativa della *edictio actionis*, ossia l'*edictio instrumentorum*, deve indicare al pretore i mezzi di prova di cui intende avvalersi per sostenere la propria pretesa, dunque fornendo al magistrato, già nella fase *in iure*, elementi idonei a comprovare la fondatezza dell'azione, ai fini della *datio iudicii*; in proposito si vedano, per le riflessioni in tema di *editio actionis* ed *editio instrumentorum*, Pugliese, *Il processo civile romano 2*, cit. pp. 361-366 (per cui si veda *supra*) e, sulla valutazione preliminare del pretore, A. Fernandex Barreiro, *Los principios 'dispositivo' y 'inquisitivo' en el proceso romano*, in *SDHI* 41, 1975, pp. 125-158, in part. p. 129. Costituiscono altresì spunto di riflessione le parole di Pugliese (G. Pugliese, *s.v. cognitio*, in *NNDI* 3, Torino 1964, p. 432): «Il pretore accordava il *iudicium*, non solo se riscontrava la corrispondenza della formula richiesta in concreto con uno degli schemi edittali o coi principi del diritto vigente, ma anche se riteneva giusto e opportuno che, in base ai presupposti indicati in tale formula, il convenuto venisse condannato»; dalle osservazioni dell'A. è possibile estrapolare l'idea che sussistesse in capo al magistrato, già nella fase *in iure*, un potere di valutazione del *fumus boni iuris*, da intendersi quale verosimiglianza della fondatezza della pretesa attorea, ovvero una valutazione preliminare sulla base della quale il pretore decideva di concedere o meno il giudizio. Si giunge alle medesime conclusioni interpretando analogicamente il principio espresso in C.8.38.2: *Imp. Alex. Sev.: libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.*

²²² C.5.4.14, *Imp. Dioclet. et Maximian.: neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere*; C.5.1.5.6, *Imp. Leo et Anthem.: extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires*

Muovendo dalle conclusioni di Astolfi, è possibile sostenere che, nel corso dell'ultima fase del periodo repubblicano, vengano elise le conseguenze giuridiche della *sponsio* di fidanzamento e la conseguente responsabilità giuridica per il suo inadempimento. Stando alle precedenti precisazioni di Volterra²²³ è probabile che per il *ius civile* la possibilità di accostare una *stipulatio poenae* alla promessa di matrimonio fosse ancora legittima e che, quindi, sia stato il pretore, in virtù del *ius honorarium*, a impedire la patrimonializzazione della promessa. È altresì probabile che il magistrato sia stato progressivamente influenzato dalle letture dei giuristi che ponevano alla sua attenzione nuove esigenze sociali che rispecchiavano un evidente cambiamento dei costumi e di mentalità. A poco a poco tali esigenze sono state trasposte nell'Editto sotto-forma di *exceptio doli*; più correttamente tale *exceptio*, creata come rimedio processuale generale nell'ultimo secolo della

habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet; quest'ultima sancisce in particolare la nullità di una *cautio* che prevede una pena che imporrebbe il matrimonio. La fonte, al paragrafo precedente, contempla un'ipotesi di fidanzamento arrale. Con riferimento a C.4.7.5 (*Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudine versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur*), Metro (*La «denegatio actionis»*, cit. pp 239-240), commentando questa costituzione di Diocleziano e Massimiano del 294 d.C., mette in evidenza l'accezione tecnica con la quale viene usata la *iunctura denegatio actionis*; non si tratta a ben vedere di una generica carenza di azione, ma di un istituto processuale bene preciso e definito. Trattandosi di una costituzione del 294, ricadrà in ogni caso nell'epoca in cui la procedura formulare era ancora operativa; essa consiste in un rescritto rivolto ad un tale Bito, il quale riferisce di essere marito di una moglie meretrice, di cui egli è anche lenone; gli imperatori statuiscono la non sussistenza del diritto a pretendere la somma derivante da una *cautio ob turpem causam*, trattandosi di una *stipulatio* conclusa *contra bonos mores*. Non rileva la bilateralità della turpitudine che dovrebbe prevedere una *soluti retentio*; per tali motivi sussiste la *denegatio actionis*.

Come per il D.45.1.97.2, Sacconi (*Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 135), osserva che il testo non precisa se la *denegatio* consegue all'invalidità del *negotium* o alla valutazione equitativa da parte del *praetor*. Il maestro di Ulpiano chiarisce poi che non è rilevante il fatto che il pretore effettui la *denegatio actionis* nell'ipotesi in cui una persona prometta una somma di denaro per il caso in cui non contragga le nozze. È significativa la motivazione addotta dal giurista: ciò che è inviso ai buoni costumi dell'ordinamento non è il fatto che qualcuno alletti un altro a contrarre il matrimonio dietro promessa di denaro, ma lo è il privarsi della libertà matrimoniale per il timore di una penale nel caso in cui si scelga poi di non addivenire alle nozze. Nella motivazione addotta non si fa menzione letterale esplicita del fidanzamento, ma nulla impedisce di ritenere quella *sponsio* idonea a costituire un legame di fidanzamento; in tal caso l'eventuale rottura del fidanzamento e la mancata celebrazione del matrimonio non legittimerebbero l'*actio ex sponsu*, che, qualora esperita, indurrebbe il pretore ad una *denegatio actionis*; sul passo relativamente alla questione successiva S. Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano. Elaborazioni dommatiche e realtà sociali*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino* 1, Napoli 1973, *passim*; R. Kütel, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976, p. 52; M. Penta, *La 'viduitas' nella condizione della donna romana*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* 91, 1980, pp. 341-351.

²²³

Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 506.

repubblica²²⁴, venne sempre più frequentemente applicata anche contro la stipulazione penale di fidanzamento.

Alla luce di quanto *supra*, è possibile affermare che tale stipulazione penale non fosse illegittima di per sé, ma che da un certo momento in poi non ricevette più alcuna tutela processuale.

Probabilmente residua la prassi di inserire queste stipulazioni nell'atto di fidanzamento ancora nel II-III sec. d.C. È ipotizzabile che, in fase classica, dopo il 90 a.C., dapprima sia venuto meno l'obbligo di attuare il fidanzamento con una *sponsio*; in seguito venne negata la tutela processuale pretoria relativa all'*actio ex sponsu*, in quanto giudicata immorale, ed alla fine, sempre in via di prassi, il fidanzamento venne attuato in assenza di forme giuridicamente vincolanti²²⁵.

Forse le parti private, anche in fase classica sono ancora solite fidanzarsi con una *sponsio* tentando di garantire la promessa con una 'penale', ma ben presto vi daranno attuazione spontaneamente, consapevoli di non poter più trovare soddisfazione in sede giudiziaria. La pregnanza dell'intento censorio relativo a questo tipo di pattuizioni si coglie nella doppia possibilità di paralizzare l'*actio*: conseguentemente ad una *exceptio doli* e, dunque, ad istanza di parte convenuta, o, addirittura, attraverso un potere pretorio d'ufficio, che si concretizza nella *denegatio actionis*²²⁶. Il divieto si riferisce dapprima alla sola *cautio* e, progressivamente, alla *sponsio* stessa²²⁷.

Sulla base del testo paolino esaminato è possibile ricostruire il progressivo mutamento della disciplina: conformemente al principio di *libertas matrimonii*, che caratterizza il periodo successivo al 90 a.C., dapprima fu la *stipulatio poenae* a non ricevere più alcuna tutela processuale e poi col

²²⁴ Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 371; Idem, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 506.

²²⁵ La *sponsio* di fidanzamento e la relativa *stipulatio poenae* persistono in via di prassi e sono ancora valide sotto il profilo del *ius civile*, mentre iniziano ad incontrare le resistenze da parte del diritto onorario; così anche Scarcella, *Libertà matrimoniale*, cit. p. 151.

²²⁶ Si veda in proposito Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 506; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 45 s. e 50 s.; Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 58 e nt. 145.

²²⁷ *Ibidem*.

tempo la stessa *sponsio* di fidanzamento, non più obbligatoria, venne abbandonata in quanto inutile²²⁸.

Nel corso dell'avvicendamento tra fase arcaico-repubblicana e fase classica, la promessa di fidanzamento mantiene ancora un rilievo sacrale, sociale e morale, privo tuttavia di conseguenze sul piano giuridico sanzionatorio per il caso di inadempimento.

Sino al I sec. a.C. il ruolo del consenso trova dunque limitazioni soggettive ed oggettive. Conta ed è sufficiente il *consensus* dell'avente potestà, salvo che il figlio maschio sia *sui iuris*. L'adesione soggettiva attiene principalmente alla *sponsio* di fidanzamento, nella quale il *promissor* si obbliga a rinnovare il consenso al momento delle *nuptiae*. I diretti interessati, la *filia* e il *filius alieni iuris*, subiscono passivamente la decisione genitoriale: gli *sponsi* non sono ancora protagonisti del loro atto di fidanzamento ed in particolare la volontà della ragazza sembra essere evanescente²²⁹.

Dopo la fase arcaica, se per il *ius civile* le stipulazioni di fidanzamento continuano forse ad essere valide, il pretore avvia la prassi di concedere l'*exceptio doli* – di epoca tardo-repubblicana – ogni qualvolta si tentasse di farle valere²³⁰, secondo un più generico principio consensualistico che connota una sempre più marcata libertà matrimoniale.

In età classica le cose mutano e il *consensus* dei diretti interessati assume una rilevanza più che significativa: la fanciulla stessa può compiere questo 'atto personalissimo' in prima persona; l'intervento paterno può semmai corroborare di autorevolezza l'atto, anche se condividiamo la lettura di chi ravvisa che l'ingerenza paterna persista in via di prassi, quale 'usanza', scevra tuttavia di connotazioni formali-giuridiche²³¹.

²²⁸ Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. pp. 506-507, che si sofferma anche sulla lettura di *Schol. Sin.* 4.6-7.

²²⁹ Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 307.

²³⁰ Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 371.

²³¹ Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8.

Alla fine dell'età repubblicana, e poi nel Principato, il rigore giuridico formale lascia dunque spazio al *consensus*²³² e i fidanzati sono quindi autori consapevoli dell'atto di fidanzamento e responsabili l'uno verso l'altro in prima persona, in relazione alle conseguenze giuridiche che caratterizzano il conseguente rapporto. In epoca 'storica'²³³ infatti gli *sponsalia* non obbligheranno più a contrarre il matrimonio, non costituendo più un vincolo giuridico, ma solamente un legame di tipo morale, tanto che gli *sponsi* sono liberi di scioglierlo, unendosi in matrimonio con persone diverse da quelle a cui (si) erano (stati) promessi; con riferimento alle conseguenze del fidanzamento classico, Franciosi²³⁴ riprende le parole di Bonfante²³⁵ e le definisce effetti «indiretti»²³⁶; indubbiamente contrarre il fidanzamento in età classica non comporta più l'effetto diretto di essere obbligati al futuro matrimonio, ma l'assunzione della responsabilità relativa a tutte le conseguenze indirette e, di certo, di non secondaria importanza; anche se è lo stesso Bonfante²³⁷ a definire «secondari» gli effetti degli *sponsalia* classici.

In epoca classica il fidanzamento determina quindi importanti effetti giuridici²³⁸: tra i due *sponsi* ed i loro parenti sorgono infatti rapporti di affinità²³⁹, che conseguentemente costituiscono

²³² Nel più generico contesto dell' «individualisme et l'émancipation des membres de la domus, dans une société qui a dépassé les vieilles conceptions de la famille patriarcale», che caratterizza questa fase; Gaudemet, *La conclusion des fiançailles à Rome*, cit. p. 94.

²³³ Si adotta qui la terminologia di Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 301.

²³⁴ Franciosi, *Famiglia e persone*, cit. p. 154.

²³⁵ *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 311.

²³⁶ Sebbene l'autore si esprima anche in termini di «effetti secondari» .

²³⁷ *Ibidem*, p. 311.

²³⁸ È concorde la dottrina risalente: E. Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40, 1932, pp. 87-168, in part. p. 89 = *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 339-420, p. 341) dà conto delle posizioni di S. Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, pp. 356-361) e di Bonfante, (*Corso di diritto romano* 1, cit. pp. 311-312), che si soffermano sugli effetti degli *sponsalia* classici; è di rilievo la terminologia di Perozzi, laddove egli evidenzia come l'«effetto» principale «degli sponsali è di stabilire un rapporto personale tra i fidanzati simile a quello matrimoniale»; recepita da quella più recente: Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 111 *et passim*; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 141 *et passim*.

²³⁹ D.38.10.6.1, Ulp. 5 *ad l. Iul. et Pap.: generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item socii et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur*; D.48.9.4, Marc. 1 *de publ. iud.: cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*; si noti la terminologia di D.22.1.38.1, Paul. 6 *ad Plaut.: et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas [...]*; nonché la portata del termine *adfines* in Vat. Frag. 302, Paul. 71 *ad ed: excipiuntur et adfinium paersonae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa*. Sul tema si veda Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 311; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 112. Tuttavia, anche in Plauto e, dunque, con riferimento al regime

una causa di impedimento matrimoniale, nonché una ragione di esenzione dall'obbligo di testimonianza reciproca²⁴⁰; il fidanzato peraltro gode della priorità nell'assunzione dei fasci consolari, così come il maschio coniugato²⁴¹. E ancora: il compimento di altri *sponsalia* senza previo scioglimento dei precedenti determinano l'*infamia*²⁴², anche se ad esempio Bonfante²⁴³ attribuisce tale conseguenza all'influenza cristiana, restringendone dunque la sfera temporale di applicazione; l'uccisione degli affini va a ricadere nella sanzione prevista dalla *lex Pompeia*; probabilmente l'uccisione della fidanzata comporta l'applicazione congiunta della *lex Cornelia de sicariis* e della *lex Pompeia de parricidiis*, come nel caso di uccisione della moglie, del marito, del genero e della suocera²⁴⁴. Inoltre lo *sponsus* può proporre l'*actio iniuriarum*²⁴⁵ nel caso di offese rivolte alla fidanzata ed ad esso spetta l'*accusatio iure extranei* contro la *sponsa* e contro il terzo

pre-classico, si trovano riferimenti espliciti al rapporto di affinità già in fase di fidanzamento: *trin.* vv. 1151-1152: L. *Charmidem socerum suum / Lysiteles salutat*; v. 1164: L. *Oh salvete, adfines mei*.

²⁴⁰ L'assunto è argomentabile per interpretazione comparata di D.38.10.8, Pomp. 1 *ench.*: *Servius recte dicebat socii et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri*; D.22.5.5, Gai. 4 *ad l. Iul. et Pap.*: *in legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem*. Ma gli sponsi non compaiono nell'elenco di D.22.5.4, Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*: *lege Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum generum, vitricum privignum, sobrinum sobrinam, sobrinum sobrina natum, eosve qui priore gradu sint, item ne liberto ipsius, liberorum eius, parentium, viri uxoris, item patroni patronae: et ut ne patroni patronae adversus libertos neque liberti adversus patronum cogantur testimonium dicere*. D.48.9.4, Marc. 1 *de publ. iudic.*: *cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*; si veda Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 113-114.

²⁴¹ Gell. 2.15.4-5: *sicuti kapite VII legis Iuliae priori ex consulibus fasces sumendi potestas fit, non qui pluris annos natus est, sed qui pluris liberos quam collega aut in sua potestate habet aut bello amisit. Sed si par utrique numerus liberorum est, maritus aut qui in numero maritorum est, praefertur*; sono convincenti le interpretazioni di R. Astolfi (*Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, Milano 1971 pp. 671-694, in part. p. 674) e di Castello, (*Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 492), per le quali entro il novero di *qui in numero maritorum est* debbono essere ricompresi gli sponsi; si veda anche R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, Padova 1996, p. 3.

²⁴² D.3.2.1, Iul. 1 *ad ed.*

²⁴³ *Corso di diritto romano* 1, cit. pp. 311-312.

²⁴⁴ D.48.9.1, Marc. 14 *inst.*: *lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum avunculum amitam, 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 praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare*; D.48.9.3, Marc. 14 *inst.*: *sed sciendum est lege Pompeia de consobrinum comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur*. Per l'opportuno commento delle fonti riportate, si veda di seguito Parte II, Capitolo 3, § 1.

²⁴⁵ D.47.10.15.24, Ulp. 77 *ad ed.*; D.47.10.1.3, Ulp. 56 *ad ed.*

autore della violazione, in caso di tradimento²⁴⁶; la *sponsa* può beneficiare di alcuni privilegi dotali per interpretazione estensiva del regime previsto per la sposa; si pensi, infatti, al divieto di alienazione del fondo dotale²⁴⁷; infine, anche i fidanzati e non solo i coniugi vengono sottratti al regime di *incapacitas* previsto per i *caelibes*²⁴⁸. Più in generale si può poi affermare che molti divieti matrimoniali vengono estesi al fidanzamento²⁴⁹; a titolo esemplificativo si pensi ancora all'estensione giurisprudenziale del divieto sussistente per il tutore di sposare la pupilla²⁵⁰.

²⁴⁶ Anche se una fonte sembrerebbe attestare la legittimazione all'*accusatio* privilegiata; infatti Bonfante (*Corso di diritto romano* 1, cit. p. 312), riconosce la *legitimatio iure mariti* anche in capo al fidanzato sulla base di C.9.9.7, *Imp. Alex. Sev.* del 223 d.C. e di D.48.5.14.3, Ulp. 2 *de adult.*, equiparando la gravità del tradimento della *sponsa* a quello della moglie. Tale tematica sarà affrontata nella Parte II Capitolo 3, §§. 2 e 3.

²⁴⁷ D.23.5.4, Gai. 11 *ad ed. provinc.: lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito.* Anche se sussiste un'evidente antinomia con D.23.5.13, Ulp. 5 *de adult.: dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur.* Si veda già E. Volterra, *Diritto di famiglia*, Bologna 1946 p. 150, che tenta una lettura comparata con C.6.61.5.1.

²⁴⁸ Per tutti Astolfi, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano 1971, pp. 671-694, in part. pp. 672-674; Idem, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 94.

²⁴⁹ D.23.2.14.4, Paul. 35 *ad ed. [...]* *item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum;* D.23.2.12.1-3, Ulp. 26 *ad Sab.: inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum;* D. 23.2.44.pr., Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.: lege Iulia ita 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";* D.23.2.27, Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.: si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea condicione est, ut, si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat;* D.24.1.32.28, Ulp. 33 *ad Sab.: sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupillam vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? et putem etiam sponsalia improbanda et quasi ab indignis ea quae donata sunt ablata fisco vindicari* (per un efficace commento alla fonte si veda Astolfi, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, cit. pp. 677-678); I.10.9: *si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua, sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinerint.* Sul tema dei divieti cfr. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 387-394; per gli impedimenti ancora *Ibidem*, pp. 400-404 e pp. 404-414 e Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 15; in partic., per i divieti introdotti dalla *lex Iulia de adulteriis* destinati a uomini e donne appartenenti alle *familiae senatoriae*, cfr. Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 492-493 e nt 31: l'A. ritiene applicabili estensivamente al fidanzamento anche i principi dettati precipuamente per il matrimonio in D.23.1.16, Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.: oratio imperatorum Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inhiuit, de sponsalibus nihil locuta est. Recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest* e in D.23.2.16, Paul. 35 *ad ed.: oratione Divi Marci cavetur, ut, si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent: quam et senatus consultum secutum est*, passi dai quali «appare chiaro il lavoro compiuto dalla giurisprudenza per precisare quando

È tuttavia opportuno rilevare la tesi di Arangio Ruiz²⁵¹ per il quale, con riferimento ai predetti rapporti giuridici, la parificazione tra coniugi e *sponsi* sarebbe avvenuta solo in età post-classica e giustiniana; di posizione antitetica è la dottrina più recente che ravvisa già in epoca repubblicana l'*incipit* del procedimento di equiparazione²⁵².

costituzioni imperiali, come l'*oratio* di Marco Aurelio e Commodo, essendosi occupate soltanto di matrimonio, potevano essere applicate per interpretazione estensiva anche al fidanzamento». Non mancano le relative deroghe all'applicazione estensiva dei divieti: D.23.2.38.pr., Paul. 2 *sent.*; D.23.2.57, Marc. 2 *inst.*; D.24.1.3.1, Ulp. 32 *ad Sab.*; D.34.9.2.1, Marc. 11 *Inst.*; D.23.2.63, Pap. 1 *def.*, che si occupa in particolare di ufficiali di grado elevato che prestano servizio in provincia; sul tema ancora Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 494-495 e ntt. 37-38. Questi frammenti informano sui divieti matrimoniali destinati al governatore di provincia ed al di lui figlio maschio, il prefetto della coorte o della cavalleria, il tribuno con la donna provinciale, nonché sulla particolare ipotesi per cui il fidanzamento pregresso legittimerebbe le nozze dell'alto funzionario con la donna provinciale; in D.23.2.38.1, Paul. 2 *sent.*, più in generale è lo stesso *status* di fidanzamento ad essere lecito anche se contratto con la donna provinciale; per un commento delle fonti allegate in principio di nota si veda Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 114-117.

²⁵⁰ Prima che la stessa avesse compiuto 26 anni; il divieto è esteso anche al figlio del tutore, salvo che il padre avesse stabilito che alla sua morte si sarebbe fidanzato con essa, anche qualora costui avesse dovuto assumerne la tutela; il fidanzamento in tal caso prevale sull'ufficio tutelare, configurandosi un'ipotesi di *excusatio tutelae*. Se invece il fidanzamento avviene dopo la morte del *pater* senza che fosse stato lui a disporlo, *rectius* a darvi il consenso, gli *sponsalia* non sono validi: D. 48.5.7, Marc. 10 *inst.*; D.23.2.66, Paul. 2 *sent.*; Vat. Frag. 202, Ulp. *de off. praet. tut.* Si vedano al proposito le limpide considerazioni di Castello, (*Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 495-496), che peraltro intende superare le ipotesi interpolazionistiche di Volterra, s.v. *sponsali*, cit. p. 37. Sul tema anche Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 95. Per una efficace sintesi sull'equiparazione degli effetti del fidanzamento e del matrimonio si veda *ibidem* pp. 55-56. L'interpretazione estensiva dei giuristi è ancora attestata da Paolo, D.23.2.60.5, Paul., *l.s. ad orat. Div. Ant. et Comm.*: *quamvis verbis orationis cautum sit, ne uxorem tutor pupillam suam ducat, tamen intellegendum est ne desponderi quidem posse: nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest: nam quae duci potest, iure despondetur*. Ma la questione è controversa; si veda al proposito l'ampia trattazione di Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 88-110.

²⁵¹ *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1927, p. 409 nt. 1, la cui tesi, riportata da Volterra (*Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 4), sembra poi abbandonata nell'edizione del 1952, pp. 446-448, ove l'A. non si sofferma più sulla questione.

²⁵² Fayer (*La familia romana* 2, p. 141 e nt. 408), ove dà conto del contrasto dottrinario.

PARTE II

SPONSALIA CLASSICI

CAPITOLO 2

GIURIDICITÀ E CONSENSO

1. Rilevanza giuridica degli sponsalia classici in relazione al matrimonio.

Il fidanzamento caratterizza anche l'età classica come fenomeno rilevante sotto il profilo sociale e personale²⁵³; in proposito Volterra parla di “carattere più sociale che giuridico”²⁵⁴; ed in effetti la pregnanza giuridica dell'istituto non ha un carattere essenzialmente primario²⁵⁵, tuttavia gli *sponsalia*, di certo, non regrediscono ad un mero fatto riconducibile alla sola area affettiva²⁵⁶. Non è

²⁵³ Emerge nel già citato passo di Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 356): «L'effetto degli sponsali è di stabilire un rapporto personale tra i fidanzati simile a quello matrimoniale».

²⁵⁴ Lo osserva già in *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, cit. p. 342; in *Diritto di famiglia*, cit. p. 167, ribadisce la rilevanza sociale dell'istituto a proposito dell'*iniuria* in danno degli *sponsi*; lo fa altresì con riferimento all'*infamia* che colpisce chi, nello stesso tempo, contrae due fidanzamenti (p.168); ed ancora nell'ambito dell'esenzione dall'obbligo di testimonianza tra fidanzati (p.169); l'A. ritiene che siano poche le fonti in grado di attestare una rilevanza giuridica del fidanzamento classico, considerando interpolate la maggior parte di esse (p. 167). La nostra posizione intende rileggere criticamente la predetta lettura.

²⁵⁵ È decisamente efficace, nella sua drasticità, l'osservazione di Astolfi, (*Il fidanzamento nel diritto romano* cit. p.54), per il quale «in età classica [...] il fidanzamento cessa, sostanzialmente, di contare per il diritto, e i suoi effetti sono, prevalentemente, di natura etico-sociale». È ragionevole concordare con la seconda parte dell'affermazione, mantenendo alcune riserve con riferimento alla prima. L'ordinamento giuridico romano non distoglie infatti l'attenzione dal fenomeno, che è ancora foriero di conseguenze giuridiche, seppur indirette. Basti pensare che il rapporto di fidanzamento non sarà neppure estraneo ad un intervento normativo mirato durante il principato di Augusto, nonché sempre al centro di discussioni e interpretazioni da parte della giurisprudenza; cfr. di seguito.

²⁵⁶ Sebbene non manchino definizioni del fidanzamento in termini di ‘rapporto di fatto’; il diritto vigente insegna come tale tipo di rapporto possa avere una pregnanza giuridica allo stesso modo di un rapporto consolidato legalmente; a titolo esemplificativo si consideri la rilevanza di una convivenza *more uxorio*, specie con riferimento ai diritti dei figli, peculiarmente disciplinati in modo più che capillare e analitico dagli artt. 337 bis e ss. del Codice Civile. Ancor più con riferimento al recente intervento normativo (Legge 20 maggio 2016 n. 76) che, disciplinando le unioni civili, si è occupato anche della convivenza di fatto. Il fidanzamento romano, nella sua evoluzione classica, segnatamente dal 90 d.C. sino alla fine del Principato, nasce in assenza di forme *ad substantiam* (Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 489-490 e pp. 496-497), ma è foriero di importanti conseguenze giuridiche, prime fra tutte quelle inerenti alla

più fondamentalmente giuridico l'atto che dà vita al fidanzamento classico, ma sono anche di carattere giuridico quelle responsabilità che conseguono allo stesso e che caratterizzano il rapporto tra *sponsi*.

Castello²⁵⁷ precisa come gli *sponsalia* classici siano 'regolati' tanto da «norme di organi della repubblica», quanto dalla giurisprudenza, più volte chiamata a svolgere un'interpretazione di tipo estensivo della normativa destinata ai coniugi. Se è vero dunque che «c'è un diritto, e ci sono operazioni intellettuali intorno al diritto [...]»²⁵⁸, nell'ambito del fidanzamento classico assistiamo da un lato ad un sistema di normazione pubblica principalmente di fonte augustea e, dall'altro, ad un'intensa attività interpretativa e creativa da parte della giurisprudenza. Tutto questo evidenzia l'importanza che agli occhi dell'ordinamento giuridico riveste l'istituto, ancora dopo il 90 a.C.

Si intende qui dare uno sguardo alle definizioni manualistiche degli *sponsalia* al fine di valutare l'aspetto che maggiormente viene messo in risalto sotto il profilo istituzionale. Perozzi²⁵⁹ evidenzia che, nella loro fase evoluta, sono conclusi per mera *conventio* e non più per il tramite di una *sponsio*; sono definiti da Talamanca²⁶⁰ «atto non formale con effetti molto limitati»; un istituto che, per Guarino²⁶¹ mantenne «sul piano sociale sempre moltissimo peso» e che per Brutti²⁶² risalta maggiormente come 'rapporto'; all'uopo l'A. sottolinea la necessità del *consensus*, che deve caratterizzare l'intera durata del fidanzamento; ma che, pur trattandosi di un incontro di volontà

responsabilità reciproca dei due fidanzati, i quali erano destinatari di una situazione giuridica e personale particolare, *Ibidem*, p. 495 e p. 497. Aderiamo quindi alla posizione di Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 141. Riconosce altresì tanto gli aspetti sociali quanto quelli giuridici del fidanzamento J. Paricio, *La relevancia juridica de unos sponsales. (Notas sobre un 'responsum' de Marcelo recogido en D. 24.3.38)*, in *SDHI* 50, 1984, pp. 493-499, in part. p. 497; si esprimeva in termini di assenza di sanzioni giuridiche per il caso del mancato avveramento della promessa di matrimonio Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, cit. p. 404. Sulla pregnanza giuridica del fidanzamento si veda ancora P. Mitchell, *On the Legal Effects of Sponsalia*, in *ZSS* 133, 2016, pp. 400-444.

²⁵⁷ Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 493 e p. 497; l'A. pone a fondamento della tesi l'opera di Servio Sulpicio Rufo e le informazioni che si ricavano dalla commedia plautina e terenziana. I due commediografi, come ampiamente ricordato nella prima parte di questo lavoro, scrivono quanto il fidanzamento viene ancora contratto attraverso una *sponsio*, assistita e garantita da una stipulazione penale per il caso di non adempimento.

²⁵⁸ Sempre efficace l'espressione di M. Bretone, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976, p. 6.

²⁵⁹ *Istituzioni*, cit. p. 355.

²⁶⁰ *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 136.

²⁶¹ *Diritto privato romano* 2, Napoli 2001, p. 576.

²⁶² *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. pp. 206-211.

convergenti e concordi, non è immune da conseguenze rilevanti sul piano del *ius*, definite «minori» da Marrone²⁶³. Pugliese²⁶⁴ ne evidenzia anche l'aspetto morale. Per Lovato²⁶⁵ il «vincolo [...] – che per Bonfante²⁶⁶ è esclusivamente di natura “etica” – accentua la connotazione etica dell'unione e non è produttivo di obblighi per il diritto. La promessa conserva però efficacia sotto altri profili», determinando conseguenze indirette ed effetti secondari²⁶⁷.

Per il compimento dell'atto di fidanzamento non è più necessaria una *sponsio* formalmente contratta, ma è sufficiente la sola manifestazione del *consensus*, che deve perdurare caratterizzando 'essenzialmente' anche il rapporto che ne consegue²⁶⁸. Quanto ai rapporti tra fidanzamento e matrimonio si può affermare che gli istituti mantengano una propria autonomia strutturale, sebbene connotata da ingerenze reciproche. Non si può infatti essere contemporaneamente coniugi di un soggetto e *sponsi* di un altro²⁶⁹; fidanzamento e matrimonio conservano infatti una propria identità sotto tutti i profili: affettivo-personalistico e giuridico-formale. Potrebbero definirsi come endo-fasi di un progressivo procedimento giuridico-affettivo, in quanto il fidanzamento può essere visto (anche) come un momento finalisticamente orientato verso nozze future, ma anche, più semplicemente, come uno *status* che caratterizza un peculiare rapporto tra soggetti e che può esistere indipendentemente dalla celebrazione delle *futurae nuptiae*.

²⁶³ *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006, p. 223.

²⁶⁴ G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, p. 394.

²⁶⁵ A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino 2014, p. 203.

²⁶⁶ *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 309.

²⁶⁷ Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 311.

²⁶⁸ Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. pp. 206-211; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*. Sull'assenza di forma per l'atto di fidanzamento già E. Volterra, *Ancora sul consenso della filiafamilias*, in *Scritti giuridici*, Napoli 1991, p. 530.

²⁶⁹ Questo è ancora attestato da una costituzione imperiale del 258 d.C., C.5.3.5, *Impp. Val. et Gall.: ea, quae tibi ut sponsae daturum se repromisit is, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias domi reliquisset, sollicitavit ad nuptias, petere cum effectu non potest, cum tu sponsa uxore domi posita non fuisti.*; e, con riferimento al matrimonio, da C.9.9.18, *Impp. Val. et Gall.: eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infamia. in ea namque re non iuris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur*, dello stesso anno e dei medesimi imperatori. Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 88.

Ciò che caratterizza il fidanzamento non necessariamente connota anche il matrimonio e le conseguenze del matrimonio non sono sempre – e tutte – sovrapponibili al rapporto di fidanzamento.

Talvolta la fase matrimoniale riverbera conseguenze su quella di fidanzamento; si pensi, a titolo esemplificativo, all'introduzione dell'obbligo di sposarsi da parte del correttivo normativo introdotto dalla *lex Iulia et Papia*, che produce un effetto significativo sulla stessa libertà di fidanzarsi e si concretizza nel divieto di cd. fidanzamenti 'elusivi' ultrabiennali, disposizione che, a sua volta, produce l'ulteriore divieto di contrarre fidanzamenti con fanciulle di età inferiore ai dieci anni, atteso che una *puella* può contrarre *iustae nuptiae* solamente una volta compiuti i dodici anni²⁷⁰; si pensi altresì agli effetti sul precedente fidanzamento da parte di un matrimonio dichiarato nullo: stando a Ulpiano gli *sponsalia* persisterebbero anche successivamente alla declaratoria di nullità del matrimonio, purchè siano stati (formalmente) celebrati. Il caso è affrontato in due testimonianze:

D.23.1.9, Ulp. 35 *ad ed.*

*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*²⁷¹.

²⁷⁰ Augusto, col suo intervento del 9 d.C., pone così termine alla prassi di contrarre fidanzamenti e di prostrarli *ad libitum* al solo scopo di beneficiare dell'esenzione dall'obbligo di sposarsi. Si veda oltre, § 5.

²⁷¹ La tematica della 'formalità' necessaria per la celebrazione degli *sponsalia* sarà trattata di seguito. Per il dato prosopografico e per un commento alla fonte entro il contesto della problematica della fanciulla *viripotens* si veda S. Tafaro, *Pubes e viripotens nell'esperienza giuridica romana*, Bari 1988, pp. 94-97, in part. nt. 51, ove l'A. ritiene che l'opinione di Giuliano sia difforme da quella di Labeone. Egli affronta poi compiutamente (pp. 169-171 e nt. 19) le relative questioni stilistiche con un'analisi comparata delle fonti. Ancora sullo stile, sulla prosopografia, sulla tradizione, sull'analisi sistematica del frammento, in *comparatio* con D.24.1.32.27, Ulp. 33 *ad Sab.*, cfr. F. Casavola, *Actio Petitio Persecutio*, Napoli 1965, pp. 12-17; tocca la questione anche M. Garcia Garrido, *Minor annis XII nupta*, in *Labeo* 3, 1957, pp. 76-88, in part. pp. 76-80; non sembra neppure porsi il problema della configurabilità degli *sponsalia* G. Longo, *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, pp. 301-321, in part. pp. 312-314, occupandosi principalmente del rapporto tra *adfectio maritalis* e concubinato; Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8 ss.) individua nel pensiero di Labeone, Papiniano ed Ulpiano una posizione più rigorosa, che richiederebbe una modalità celebrativa ufficiale degli *sponsalia*, il che deporrebbe in favore dell'autonomia istituzionale e della dignità giuridica del fidanzamento come istituto sì prodromico al matrimonio, ma connotato di un'identità propria. C. Castello (*Consortium omnis vitae*, in *Scritti scelti di diritto romano. Servi, filii, nuptiae*, Genova 2002, pp. 443-462, in part. p. 446) si limita a trarre da D. 23.1.9 un argomento da cui dedurre che la *deducta in domum* non ancora dodicenne possa diventare moglie nel momento in cui compie i dodici anni.

E ancora, simmetricamente, nel commento a Sabino:

D.24.1.32.27, Ulp. 33 *ad Sab.*

Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. Et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo Quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit.

I due frammenti devono leggersi congiuntamente²⁷². Evidentemente la questione ha particolarmente interessato il maestro di Modestino, che la ripropone infatti in entrambi i frammenti: si tratta di un matrimonio con una ragazza minore di dodici anni.

Ulpiano ha trovato in un testo di Giuliano²⁷³ una questione giuridica particolarmente significativa; egli riferisce, inoltre, l'opinione di Labeone e di Papiniano.

Nel frammento del commento all'Editto ulpiano si riporta il quesito, proposto da Giuliano, se sussistano comunque gli *sponsalia*, nel caso in cui siano state celebrate le nozze precedentemente al compimento del dodicesimo anno da parte di una fanciulla.

La soluzione proposta da Giuliano non ci è nota, ma è possibile ricavarla dopo aver effettuato il confronto tra i due passi.

Ulpiano aderisce al pensiero di Labeone, per il quale gli *sponsalia* continuano a sussistere qualora abbiano (formalmente) preceduto il matrimonio, anche qualora la ragazza abbia iniziato a stare nella casa maritale come fosse sposata. Se invece gli *sponsalia* non sono stati formalmente

²⁷² Lenel (Pal. 2, col. 664, fr. 1018) inserisce il frammento estratto dal commento *ad edictum* sotto la rubrica *De falso tutore* e suggerisce il collegamento con l'altro passo di Ulpiano, D.27.6.11.3, Ulp. 35 *ad ed.*

²⁷³ In D.27.6.11.3, Ulp. 35 *ad ed.* si esplicita l'opera da cui è tratta l'opinione di Giuliano: *Iulianus libro vicesimo primo Digestorum tractat, in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit. Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propensiore magis quam dolo malo id videri fecisse.* Presumibilmente anche la citazione che si trova nell'*ad Edictum* di Ulpiano è a sua volta tratta dai *Digesta* di Giuliano: il caso descritto è infatti analogo.

celebrati prima del matrimonio, non sembra che lo stato di fidanzamento sussista per il solo fatto che la fanciulla sia stata condotta in casa. Tale opinione è condivisa anche da Papiniano.

Il confronto tra i due passi è complesso, soprattutto rispetto al problema della ricostruzione delle fonti a cui ha attinto Ulpiano, non affrontabile in questa sede²⁷⁴; anche la ricostruzione del caso presenta delle difficoltà, che tuttavia appaiono maggiormente risolvibili. In entrambi i testi si individuano problemi di rilevanza per la presente disamina. *In primis* emergono problematiche relative alla capacità di contrarre le nozze, questione che, sia pure indirettamente, tocca la capacità di contrarre validi *sponsalia*; dal momento in cui Augusto introduce un correttivo alla *lex Iulia de maritandis ordinibus*, attraverso la *lex Papia et Poppaea nuptialis*, con riferimento al fidanzamento contratto con una fanciulla infradodicenne, si delineano significativi profili di irregolarità²⁷⁵.

La seconda questione che emerge dal testo è importante proprio ai fini di inquadrare l'autonomia giuridica degli *sponsalia* rispetto al matrimonio: un matrimonio non valido, in quanto celebrato con una fanciulla infradodicenne, non va dunque ad inficiare il preesistente rapporto di fidanzamento, che, a quanto pare, non viene meno per il solo fatto che la ragazza abbia iniziato a vivere nella casa 'coniugale' come una donna sposata. Allo stesso tempo un rapporto coniugale dichiarato *tamquam non esset* in quanto illegittimo, per questo solo fatto non degrada e non si risolve in uno stato di fidanzamento. Quest'ultimo infatti esiste se è stato compiuto un 'atto' di fidanzamento, a quanto pare non desumibile *per facta concludentia*, né tantomeno considerabile quale surrogato della convivenza coniugale illegittima.

Il fidanzamento ha dunque una sua autonomia, una sua dimensione, una propria dignità giuridica; è uno stato di fatto e un rapporto che tuttavia presuppone una volontà finalisticamente

²⁷⁴ Ribadiamo che Lenel (*Pal.* 2, col. 1147, fr. 2782, ntt. 1-2), rinvia a Giuliano e ai suoi *libri Digestorum*, dirimendo il dubbio che la questione che molto interessa Ulpiano sia stata trattata dal giurista adrianeo nei suoi *Digesta*. In secondo luogo lo studioso rinvia a Labeone (*ibidem*, nt. 2; cfr. *Pal.* 1 col. 545, fr. 305).

²⁷⁵ Si veda di seguito.

orientata proprio alla costituzione del fidanzamento stesso²⁷⁶. Gli *sponsalia* dunque esistono ‘*si praecesserint*’; ‘*si vero non praecesserint...non videri sponsalia facta*’; non si esclude tuttavia la sussistenza di una convivenza ‘*more uxorio*’, ma che non assurge alla soglia di un ‘rapporto’, per la cui instaurazione occorre un ‘atto’ *ad hoc*. Si noti la *variatio* linguistica: nel *quaesitum* compare il verbo *esse*, nella *solutio*, frutto del parere concorde dei tre giuristi, è usato il verbo *facere*, che implica un comportamento attivo fattuale, una costituzione effettiva mediante una serie di azioni.

Ancora un altro aspetto emerge dal frammento, che sarà specifico oggetto della presente disamina: l’eventuale necessità di requisiti di forma per la celebrazione degli *sponsalia* e l’eventuale necessità della suddetta forma per la validità degli stessi; entrambi i frammenti nulla dicono purtroppo rispetto alla necessità di una forma celebrativa²⁷⁷. Per accertare se davvero gli *sponsalia* ‘*praecesserunt*’ occorrerà partire da elementi concreti che attestino l’avvenuta celebrazione.

Con riguardo ai problemi suscitati nel primo passo tratto dal commento all’Editto dalla citazione di Giuliano le difficoltà sorgono innanzitutto dal fatto che non è dato sapere cosa abbia suscitato il *quaesitum* su cui discute il giurista, e non è esplicitata la sua interpretazione: sia il quesito sia l’opinione del giurista mancano. Dal tenore del linguaggio ulpiano potrebbe desumersi, inoltre, che Giuliano tratti una questione teorica più che un caso pratico.

Maggiori informazioni si traggono dal commento di Ulpiano a Sabino, dove risulta da quale opera di Giuliano provenga il caso discusso, cioè il libro XXI dei *Digesta*, ed è conservata l’interpretazione proposta dal giurista adrianeo sulla questione²⁷⁸: la *deductio in domum mariti*, inidonea a dar luogo a *nuptiae legitimae*, in quanto comportamento orientato a concretizzare la volontà di convivenza coniugale, può essere considerata come fidanzamento. Giuliano, dunque, riconosce la sussistenza degli *sponsalia*, qualora siano state celebrate nozze precoci.

²⁷⁶ Sul rapporto tra *sponsalia* e matrimonio si veda anche Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 341-347.

²⁷⁷ In ogni caso, della questione ci si occuperà successivamente, § 9.

²⁷⁸ Cfr. Lenel, *Pal.* 2, col. 664 nt. 3.

Concordiamo con Tafaro²⁷⁹ nel riconoscere la ‘singolarità’ della visione di Giuliano, che si colloca antitetivamente rispetto alla «netta separazione concettuale, enunciata spesso dai giuristi del Principato, tra matrimonio e fidanzamento». Già Volterra²⁸⁰ si era occupato della questione, tentando di giustificare la posizione dell’allievo di Giavoleno Prisco richiamando la prassi sociale di far precedere il matrimonio dal fidanzamento e di chiamare ‘*sponsa*’ la donna che, unita al *vir*, non avesse i presupposti per poter essere ritenuta sua consorte. A sostegno della sua tesi l’A. riporta alcune testimonianze, stando alle quali i termini *sponsus* e *sponsa* sarebbero stati usati liberamente, e quindi in modo atecnico, nel caso di persone legate da un rapporto non matrimoniale²⁸¹. L’apparente ‘imprecisione tecnico-giuridica’ di Giuliano è giustificata dal fatto che probabilmente il giureconsulto scinde la terminologia del quotidiano da quella tecnica.

È verosimile ritenere che la posizione di Giuliano sia stata molto sintetizzata da Ulpiano per l’economia del suo commento edittale, e forse anche per l’intervento dei compilatori. Probabilmente il testo del giurista severiano *minus dixit quam voluit* e, di certo, non fornisce un’esplicazione compiutamente articolata della posizione di Giuliano. Si potrebbe ipotizzare che il giurista adrianeo avesse compiuto un’interpretazione di tipo analogico, ravvisando lo *status* di fidanzamento entro un rapporto simile a quello scaturente da *sponsalia* ufficialmente celebrati. Forse la *deductio in domum*, quando è inidonea a concretizzare *nuptiae legitimae*, può essere considerata prova di fidanzamento se non addirittura strumento e modo per contrarlo. Non si è in

²⁷⁹ S. Tafaro, *Pubes e viripotens nell’esperienza giuridica romana*, Bari 1988, p. 173.

²⁸⁰ Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 391.

²⁸¹ D.27.6.11.3, Ulp. 35 *ad ed.*: *Iulianus libro vicesimo primo Digestorum tractat, in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit. Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propensiore magis quam dolo malo id videri fecisse.*; D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*: *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.*; D.41.9.1.2, Ulp. 31 *ad Sab.*: [...] *sponsum hoc est qui nondum maritus est* [...].

grado di accertare l'ipotesi, neppure con l'aiuto di chi molto si è occupato di *deductio*²⁸² e ci rendiamo conto a questo punto di sconfinare nel terreno delle mere supposizioni²⁸³.

Quindi con una sorta di struttura ad anello si può concludere riconoscendo, già a questo punto, la perfetta autonomia giuridica e sociale degli *sponsalia* rispetto alle *nuptiae*, confortati anche dal pensiero di Orestano²⁸⁴, che esclude radicalmente l'equazione tra questi rapporti e propone un confronto peculiare: matrimonio-fidanzamento stanno ciascuno in rapporto all'altro come il binomio *traditio*-compravendita. Stando all'originale paragone, si vuole escludere che il fidanzamento ed il matrimonio stiano tra loro in rapporto di correlazione alla stregua di una compravendita che ben può sussistere anche in assenza di successiva ed eventuale *traditio*.

Ulpiano ci attesta quella che potremmo definire come una *regula iuris* in quanto frutto di un'opinione conforme di ben quattro giuristi, Giuliano, Labeone, Papiniano e Ulpiano stesso: se gli *sponsalia* sono stati celebrati precedentemente al matrimonio, essi continuano a sussistere, sebbene il marito soggettivamente ritenga la donna ormai come sua moglie, avendola così *deducta in domum*. Al contrario, se prima della *deductio* non c'è stato alcun fidanzamento, il matrimonio

²⁸² *Ex multis*, Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. *passim*; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*.

²⁸³ Per accurate considerazioni sul ricorso all'*interpretatio* analogica da parte dell'allievo di Giavoleno Prisco si rinvia a R. Reggi, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *Studi Parmensi* 2, 1952, pp. 103-159 in part. p. 144; ed ancora ad E. Bund, *Untersuchungen zur Method Julians*, Köln-Graz 1965, in part. pp. 106-121; ed anche, relativamente al metodo di Giuliano, a V. Scarano-Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987; sulla funzione della *deductio in domum*, tra gli altri M. Rage Brocard, *Rites de mariage. La deductio in domum mariti*, Paris 1934, in part. per il matrimonio classico, pp. 98-114; Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 258; Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 162-187 *et passim*; Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 124 *et passim*; Castello, *Consortium omnis vitae*, cit. p. 446; G. Longo, *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, in *Ricerche romanistiche*, cit. pp. 323-332, in part. p. 331; Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 366-370, pp. 512 ss., specialmente per gli aspetti sociali; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. p. 91 *et passim*; Idem, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. p. 29, p. 31, pp. 56-62, *et passim*.

²⁸⁴ Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, pp. 344-347; il paragone col rapporto sussistente tra la compravendita e la *traditio* è già affrontato da E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 71 e nt. 2; la compravendita sussiste in sé, e si conclude al momento dell'accordo sul prezzo ([...] *cum de pretio convenerit*, Gai. 3.139), indipendentemente dalla *traditio* che realizza il mero effetto reale; gli *sponsalia* sono finalisticamente orientati al matrimonio futuro ([...] *nuptiarum futurarum*, D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*), ma sussistono indipendentemente dal fatto che il matrimonio venga celebrato o meno.

illecito non si trasforma in qualcosa che non è mai venuto a sussistere, né tanto meno si può dire che siano venute in essere valide nozze in quanto ciò non era consentito.

Fatte queste articolate e chiare premesse, Ulpiano espone la soluzione al quesito che riguarda l'efficacia delle donazioni: qualora il fidanzamento abbia preceduto la (illecita) *deductio in domum*, si può asserire la validità delle donazioni fatte in costanza e per causa del fidanzamento. La chiusura del frammento, invece, non brilla per chiarezza: se al contrario la donazione è stata fatta in assenza di precedente fidanzamento, sembra che il giurista non individui altra soluzione che quella di attribuire rilievo esclusivo all'elemento soggettivo: in tal caso l'intenzione di donare a una donna ritenuta, seppure a torto, la propria moglie sarebbe tale da configurare una violazione del prescritto divieto senza che l'*oratio* possa trovare alcuna applicazione²⁸⁵.

La locuzione *quasi ad extraneam* merita una riflessione; ci chiediamo se come tale – e cioè come una persona estranea – sia considerata la fidanzata. L'espressione, al di là della relativa portata semantica rilevante sul piano affettivo, sembra far degradare l'istituto anche sotto il profilo giuridico. Ma la *deminutio* è solo apparente e perfettamente in linea con la prospettiva classica del fidanzamento: un fenomeno sociale più che giuridico, i cui effetti sul piano del diritto sono indiretti, ancorché rilevanti. La fidanzata effettivamente è quasi una *extranea*, un soggetto cioè che ancora non fa parte della *familia*, in quanto ella *ex alia familia est*²⁸⁶; se da un lato tale condizione comporta appunto l'estraneità alla famiglia dello *sponsus*, dall'altro consente la *donatio*. L'espressione *ex alia familia est*, correttamente modificata per il caso di specie, porterebbe ad una definizione di questo tipo: *sponsa, quasi quae ex alia familia est*, la fidanzata cioè è 'come' un'estranea, il che presenta di certo una connotazione più sociale che giuridica.

²⁸⁵ Cfr. D.24.1.32.pr., Ulp 33 *ad Sab.*: *cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore.*

²⁸⁶ Suet. *Aug.* 69, *Claud.* 4; *L.T.L.* 2, s.v. *extraneus*, p. 395. Nei giuristi il termine *extraneus* ricorre molto frequentemente: cfr. *VIR* 2, coll. 729-732.

Se la *donatio* viene effettuata nei confronti di una *quasi uxor*, l'atto sconfinava nell'illecito civile e la donazione è nulla. Effettivamente Giuliano, dal tenore della narrazione ulpiana, sembra maggiormente concentrato sulla questione relativa alla *donatio* piuttosto che sul rapporto sussistente tra matrimonio e *sponsalia* e sulla problematica relativa alla celebrazione formale ed ufficiale degli *sponsalia* stessi.

È opportuno soffermarsi sull'espressione *ait enim hanc sponsam esse*, attribuita a Giuliano, interpretandola letteralmente: il giurista afferma che "questa è una fidanzata". Non sappiamo (e non sapremo mai) se, nella realtà del caso concreto, il fidanzamento sia stato realmente e formalmente celebrato e non è possibile 'far dire' a Giuliano che, in quanto il matrimonio è invalido, allora il rapporto che scaturisce a seguito della *deductio in domum* si traduce in uno *status* di fidanzamento. A ben vedere il giurista utilizza il verbo 'essere' (*sponsam esse*), non fa uso di verbi quali 'ritenere', 'considerare', 'sembrar essere', 'apparire' etc.: non risulta in nessun modo quale opinione avesse Giuliano rispetto alla necessità di una celebrazione formale ed effettiva del fidanzamento, mentre Ulpiano, Labeone e Papiniano richiedono che si sia verificata una celebrazione formale ed effettiva.

Non sappiamo quale fosse il testo originale di Giuliano a disposizione di Ulpiano, né siamo in grado di indagare il processo ermeneutico operato dal giurista severiano sul testo o sul pensiero dell'allievo di Giavoleno Prisco. Una cosa è certa, Giuliano non specifica (e il motivo resterà ovviamente ignoto) ciò che viene enunciato chiaramente da Ulpiano: il fidanzamento c'è se viene celebrato.

Le posizioni della dottrina partono dal confronto dei due frammenti di cui sopra e ad esse ci richiamiamo²⁸⁷ per addivenire quindi alle ragionevoli conclusioni del discorso, ma non prima di aver preso in considerazione un altro passo estratto dal commento a Sabino di Ulpiano, ove sembra tuttavia potersi riscontrare un'eccezione alla 'regola' espressa nei due passi precedenti:

D.24.1.32.28, Ulp. 33 *ad Sab.*

Sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupillam vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat?

²⁸⁷

In quanto già espone precedentemente, si veda sopra.

*Et putem etiam sponsalia improbanda et quasi ab indignis ea quae donata sunt ablata fisco vindicari*²⁸⁸.

Ulpiano propone il caso particolare di una donazione effettuata in costanza di un fidanzamento che abbia preceduto un matrimonio illecito come quello del senatore con la liberta, o quello del tutore con la pupilla. Ma il catalogo dei matrimoni proibiti termina con una formula di chiusura: *vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur*. Ebbene, in tutti questi casi le cose eventualmente donate durante il fidanzamento tra queste categorie di individui vanno tolte (*rectius*, 'revocate'), come se fossero state elargite da parte di persone indegne (moralmente) e quindi rivendicabili dal fisco²⁸⁹. Al di là delle questioni relative alle donazioni, ciò che rileva per la tematica esaminata è il riflesso che il divieto matrimoniale ha sul fidanzamento. Il senatore non può sposare la sua liberta ed il tutore non può contrarre nozze con la sua pupilla; in tal caso le nozze sono illecite ed invalide.

Quid iuris in caso di mero fidanzamento? Ulpiano ritiene che tali *sponsalia* siano riprovevoli ed aggiunge la revocabilità delle *res* eventualmente donate in tale circostanza, con possibilità di devoluzione alle casse dello Stato. Non ci informa tuttavia sulla sorte del fidanzamento stesso. In proposito Astolfi²⁹⁰ ritiene che Ulpiano si esprima in termini di nullità anche con riferimento agli *sponsalia*.

L'immoralità ne comporta dunque l'invalidità o ne determina soltanto la riprovazione sociale? Il tenore del testo non consente di rispondere all'interrogativo, ma permette di confermare ancora una volta l'autonomia giuridica degli *sponsalia*, nonché la loro rilevanza sociale. Ulpiano si

²⁸⁸ Sulle tre fonti e sulle relative problematiche interpolazionistiche si veda Astolfi, *Il fidanzamento nella lex 'Iulia et Papia'*, cit. pp. 677-678.

²⁸⁹ Sembra perseguirsi maggiormente l'autore della *donatio* e non al contrario il beneficiario.

²⁹⁰ Astolfi, *Il fidanzamento nella 'Lex Iulia et Papia'*, cit. pp. 677-680; Idem, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 142; apprezziamo il sottile ragionamento dell'A. nell'attribuire al *putem* un forte valore soggettivo, che attesterebbe un'interpretazione estensiva di Ulpiano; Astolfi sembra dunque concorde con l'opinione di Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 15; più vicina alla nostra posizione quella di P. Borrelli, (*Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla*, in *Labeo* 43, 1997, pp. 365-389, in part. pp. 383-384), che analizza compiutamente la tematica del divieto in esame con le relative e dovute eccezioni. Tale tematica è stata qui strumentale ai fini di comprovare l'autonomia tra i due istituti, matrimonio e fidanzamento. Dell'avviso di Borrelli sembra essere anche P. Ferretti (*Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, p. 68), che si occupa del brano anche successivamente con riguardo alle donazioni tra fidanzati nella sistematica del Digesto, in part. p. 261 nt. 152.

sofferma, ancorchè incidentalmente, su un istituto che, a quanto pare, ha una dimensione sua propria.

Ed ancora, l'economia del presente lavoro richiede una rapida menzione dei casi in cui sussiste un divieto di fidanzamento con persone con le quali sarebbe proibito sposarsi.

Un frammento di Paolo attesta infatti i seguenti divieti:

D.23.2.44, Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*

Lege Iulia ita 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".

È proibito il fidanzamento del senatore, del figlio, del nipote e del pronipote di questi con una libertina e con una donna che svolga o abbia svolto la professione di attrice teatrale; è altresì proibito il fidanzamento della figlia, della nipote, della pronipote di un senatore con un libertino o con un soggetto che abbia svolto o svolga la professione di attore teatrale o (persino) con un soggetto i cui genitori siano stati attori²⁹¹. Sussistono altresì divieti di fidanzamento con prostitute ed ex prostitute²⁹², con il mezzano o la mezzana²⁹³ e con la donna adultera²⁹⁴.

²⁹¹ L'estensione dei predetti divieti al fidanzamento viene anche considerata frutto di interpolazione; le tesi sono documentate da Astolfi, *Il fidanzamento nella lex 'Iulia et Papia'*, cit. pp. 674-682, che poi assume una prudente posizione antitetica.

²⁹² D.23.2.43.pr.-5, Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*: *palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponiam vel qua alia pudori suo non parcat. Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine dilectu: non si qua adulteris vel stupratoribus se committit, sed quae vicem prostitutae sustinet. Item quod cum uno et altero pecunia accepta commiscuit, non videtur palam corpore quaestum facere. Octavenus tamen rectissime ait etiam eam, quae sine quaestu palam se prostituerit, debuisse his connumerari. Non solum autem ea quae facit, verum ea quoque quae fecit, etsi facere desiit, lege notatur: neque enim aboletur turpitudine, quae postea intermissa est. Non est ignoscendum ei, quae obtentu paupertatis turpissimam vitam egit.*

²⁹³ D. 23.2.43.6-9, Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*: *lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere. Lenas autem eas dicimus, quae mulieres quaestuaras prostituunt. Lenam accipiemus et eam, quae alterius nomine hoc vitae genus exercet. Si qua cauponam exercens in ea corpora quaestuararia habeat (ut multae adsolet sub praetextu instrumenti cauponii prostitutas mulieres habere), dicendum hanc quoque lenae appellatione contineri.*

²⁹⁴ D. 23.2.43.12-13, Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*: *quae in adulterio deprehensa est, quasi publico iudicio damnata est. Proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum quia deprehensa est erit notata, sed quia et publico iudicio damnata est. Quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est, at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est eam in adulterio*

Il catalogo dei divieti, se ancora occorresse, conferma l'autonomia giuridica dei due istituti che, sebbene identificabili come fasi progressive di un procedimento giuridico-affettivo, mantengono la propria identità. In ogni caso l'atto ed il rapporto di fidanzamento e l'atto ed il conseguente rapporto matrimoniale comportano un'assunzione di responsabilità classificabile entro una altrettanto differente dimensione giuridica e personale.

Chi decide volontariamente di fidanzarsi si assume deliberatamente la responsabilità delle conseguenze giuridiche del suo atto. Col fidanzamento infatti si delinea un complesso sistema di responsabilità trasversali. I due *sponsi* se ne assumono una 'reciproca': vi dovrà essere infatti fedeltà, in particolar modo da parte della *sponsa*; gli *sponsi* dovranno rispettarsi reciprocamente, atteso che, molto facilmente, a seconda del tipo di condotta tenuta nei confronti dell'altro, potrebbe realizzarsi un'*iniuria*, specialmente nella sua accezione evoluta, ossia quella morale. La stessa uccisione del fidanzato ha portato i giuristi ad interrogarsi se lo *status* di *sponsus* o *sponsa* della vittima 'qualifichi' in modo particolare la fattispecie delittuosa.

Sussiste altresì una 'responsabilità della coppia' nei confronti dell'ordinamento giuridico: a titolo esemplificativo si pensi alla legislazione matrimoniale augustea, che inciderà in modo significativo sul 'quando' sia legittimo contrarre gli *sponsalia* e sulla liceità della loro durata. Il dovere di fedeltà ha pure una connotazione pubblicistica: da un lato ad esempio il tradimento verrà punito con una *quaestio de adulteriis* e con una *legitimatio* attiva *iure extranei* in capo al fidanzato, dall'altro contrarre un doppio fidanzamento comporterà una *nota* pretoria d'*infamia*; una disciplina particolare caratterizza poi le donazioni tra fidanzati²⁹⁵.

deprehensam, quia factum lex, non sententiam notaverit. Non adicitur hic ut in lege Iulia de adulteriis a quo vel ubi deprehensam; proinde sive maritus sive quis alius deprehendisse proponatur, videtur notata: sed et si non in domo mariti vel patris sui deprehensa sit, erit notata secundum verba legis.

²⁹⁵ L'argomento non costituisce oggetto della presente disamina per cui si rinvia *in primis* a P. Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000; Idem, *Le donazioni tra fidanzati nella politica matrimoniale di Costantino*, in *Diritto@Storia* 2, marzo 2003.

Il rapporto di fidanzamento genera ancora una responsabilità in capo ai soggetti che sono terzi rispetto all'unione degli *sponsi*: chi reca *iniuria* alla *sponsa* determina un illecito idoneo a giustificare una triplice *legitimatío* attiva all'*actio iniuriarum*, quella della diretta interessata – con l'opportuna assistenza processuale – quella del di lei avente potestà e in ultimo quella del di lei *sponsus*, il quale agisce a tutela di se stesso, ma anche a tutela dell'onorabilità della *sponsa*.

A ben vedere gli effetti etici, sociali, ma anche giuridici degli *sponsalia* producono un complesso sistema di responsabilità che si potrebbe modernamente definire 'pre-familiare'. Per questa ragione assume importanza la consapevolezza circa l'atto di fidanzamento e dunque emerge altresì chiaramente la rilevanza del *consensus* bilaterale, che assurge ad elemento essenziale del momento genetico e che deve persistere per tutta la durata del rapporto²⁹⁶.

Questo intero primo capitolo sarà quasi integralmente dedicato al *consensus* degli *sponsi*, alla sua manifestazione e alla eventuale prova di esistenza del fidanzamento, istituto da intendersi ancor più quale incontro di volontà concordi dei due protagonisti di questo rapporto giuridico.

2. Il consensus e la sua manifestazione.

«Passando a trattare gli effetti del fidanzamento, il principio che li governa è sempre quello che regge la disciplina del consenso [...]»²⁹⁷. Le parole di Astolfi sono la migliore introduzione alla concezione per cui nel fidanzamento classico rileva primariamente il *consensus* dei diretti interessati²⁹⁸, i quali sono liberi di fidanzarsi così come di sciogliere il loro vincolo, indipendentemente da obblighi formalmente assunti da soggetti estranei al loro sentimento, sebbene

²⁹⁶ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. *passim*; Idem, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*.

²⁹⁷ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 111. Il problema del consenso, in particolare quello matrimoniale, impegna da sempre la dottrina, anche – ed ancora oggi – con riferimento ai sistemi di diritto vigente; si pensi a titolo esemplificativo al recente lavoro di M.S. Quintana Villar, *La fuerza y el consentimiento matrimonial*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito* 3, edd. Patricio-Ignacio Carvajal y Massimo Miglietta, Alessandria 2014, pp. 621-647. Cfr. per tutti Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. *passim*; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*.

²⁹⁸ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 53.

ad essi legati da un rapporto potestativo o di tutela. Il *consensus* deve esistere al momento dell'atto di fidanzamento e persistere per tutta la durata del rapporto che ne consegue, per poi essere ribadito all'atto del matrimonio e confermato quotidianamente e continuativamente per tutta la durata del rapporto coniugale²⁹⁹. Si tratta di un *consensus* che Cascione³⁰⁰ classifica come 'speciale'. Forse quello matrimoniale così come quello – prodromico – di fidanzamento meglio rappresentano il valore etimologico del termine da intendersi come “sentire con qualcuno”, dunque in una dimensione di reciprocità.

La libertà dei fidanzati abbraccia anche le forme di manifestazione del *consensus* che può essere espresso e confermato in vari modi, più o meno informalmente³⁰¹. Sembra non lasciare dubbi l'affermazione di Ulpiano:

D.23.1.44.pr., Ulp. 35 *ad Sab.*
*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*³⁰².

Il tenore grammaticale dell'asserzione evidenzia che il consenso – che si presume bilaterale, anche se Ulpiano questo non lo esplicita – è sufficiente per *constituere* gli *sponsalia* ossia per “piantare³⁰³” le fondamenta di uno *status*, ma, più precisamente si usa *de moralibus inter homines relationibus, quae statuuntur, iunguntur, firmantur*³⁰⁴; se l'accezione lata rende bene l'idea di un consenso fondante la struttura portante del fidanzamento, sebbene riferibile alla sola fase genetica della condizione di fidanzati, la portata semantica della definizione speciale di *constituere* abbraccia

²⁹⁹ Si veda Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. pp. 43-45; in particolare la sua analisi parallela di fidanzamento e matrimonio.

³⁰⁰ Cfr. C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, in part. pp. 1-16; la resa in francese è efficace ed esprime la bilateralità intimistica ‘*conformité des sentiments*’; così lo spagnolo ‘*conformidad de parecer, de sentir*’, nella traduzione di ‘identità di vedute’, ma anche di ‘comune sentire’; cfr. Ae. Forcellini, *LTL* 1, s.v. *consensus*, p. 800.

³⁰¹ Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8; Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit. pp. 93-94; Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 58-59.

³⁰² Lenel, *Pal.* 2, col. 1150, fr. 2797, sotto la rubrica *De iure dotium. Solutio matrimonio*; Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. p. 130) non si sofferma ulteriormente, limitandosi alla lettera del passo Ulpiano; recepisce l'asserzione ulpiana senza riserve anche Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8.

³⁰³ Ae. Forcellini, *L.T.L.* 1, s.v. *constituo*, pp. 816-817.

³⁰⁴ *Ibidem*.

l'intero rapporto, deducendosene la rilevanza del *consensus perdurans*³⁰⁵. Il consenso sembra così essere una condizione necessaria e sufficiente che struttura essenzialmente l'atto ed il successivo rapporto di fidanzamento³⁰⁶.

La definizione di Fiorentino chiarisce ulteriormente le idee sulla portata e le implicazioni del gesto:

D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*

*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*³⁰⁷.

Tale definizione è data in un manuale istituzionale e dunque in essa si deve cogliere il risvolto didattico-giuridico: a ben vedere il fidanzamento si concretizza ancora in una richiesta a cui segue un'accettazione, anche se non più in forma di *sponsio*. In particolare si potrebbe rendere *mentio* con 'proposta' e *repromissio* con 'reciproca obbligazione': ma tale traduzione solleva allo stesso tempo dubbi e perplessità³⁰⁸. Se la *mentio* è una proposta e la *repromissio* consiste davvero in una "obbligazione reciproca" si dovrebbe immaginare il seguente schema verbale: vi sono due proposte e due obbligazioni reciproche, ossia due *mentiones* e due *repromissiones*; altrimenti dovremmo leggere una proposta (*mentio*) avanzata unilateralmente a cui segue l'accettazione dell'altra parte, che, allo stesso tempo, obbliga anche chi ha avanzato la proposta.

³⁰⁵ Lo ritiene necessario Orestano, (*La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. p. 188), pur con riferimento al matrimonio. L'A. si esprime in termini di autosufficienza del *consensus*. Si tratta a ben vedere di un elemento *ad substantiam*, al contrario di altri che rilevano *ad probationem tantum*. Tocca il tema della rilevanza del consenso (*bare consent*) quale elemento strutturalmente essenziale anche S. Treggiari, *Roman Marriage. Iusti coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, pp. 145-147. Non si sofferma sul passo, utilizzandolo tuttavia come principio di partenza per un *excursus* sul consenso dei fidanzandi e degli aventi potestà, Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 373. Contro l'ipotesi della necessità di un consenso perdurante Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 496-497; più in generale sul consenso matrimoniale ancora Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. in part. pp. 187-258; Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 183-229; G. Longo, *Affectio maritalis*, in *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, pp. 301-322; Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. pp. 47-53; A. Wacke, *Sul consenso matrimoniale nel diritto romano*, in *Index* 10, 1981, pp. 331-334; Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 149-154; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. pp. 25-121; Fayer, *La familia romana 2*, cit. pp. 454-463.

³⁰⁶ Cfr. anche Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit. p. 21.

³⁰⁷ Ferretti (*Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit. p. 20 e nt. 2) è certo che la definizione di Fiorentino si riferisca all'evoluzione tardo-repubblicana dell'istituto, *rectius* ad un 'cambiamento'.

³⁰⁸ Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8) contesterebbe un «vecchio errore», ma probabilmente la sua eccezione ricadrebbe sulla conseguente traduzione cd. libera e non anche su quella letterale.

Non si comprende perché Fiorentino usi il verbo *repromittere* e non, semplicemente, *promittere*³⁰⁹; se così fosse, la soluzione sarebbe più semplice: c'è una proposta di fidanzamento a cui segue una promessa, con la quale si accetta e ci si impegna. Al contrario, *repromittere* sottintende una bilateralità che non emerge, invece, nella *mentio*³¹⁰.

Come accennato, la definizione si trova nel manuale istituzionale e, dunque, l'uso terminologico deve, per forza di cosa, essere specifico³¹¹.

Ferretti³¹² sottolinea gli elementi di novità: l'oggetto della promessa sono le nozze, non più l'*uxor*. Questo fatto costituisce l'elemento sintomatico del cambiamento, dal quale emergerà la rilevanza della volontà muliebre in ordine alle nozze.

3. *Consensus relatus*.

La rilevanza del *consensus* deve confrontarsi anche con la possibilità di una sua manifestazione attraverso un intermediario³¹³; l'ordinamento giuridico romano sembra ammettere l'antesignano del 'fidanzamento per procura', nel quale un incaricato 'rappresenta' lo *sponsus* recando la sua *voluntas* ed il suo *consensus*.

³⁰⁹ Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 8) rende *repromissio* semplicemente con 'promessa'.

³¹⁰ Infatti Fayer (*La familia romana*, cit. p. 59), alla luce dell'espressione di *Florentinus*, definisce il fidanzamento «accordo bilaterale non formale a contrarre in futuro il matrimonio». In ogni caso, la traduzione corretta dell'ultima parte della definizione dovrebbe essere "di nozze future" o "di un matrimonio futuro" e non, al contrario, "di contrarre matrimonio in futuro"; l'ultima espressione infatti sembra connotata da eccessiva indeterminatezza; di certo gli *sponsalia* non sono il "contratto preliminare" che obbliga al definitivo matrimonio, pur tuttavia l'impegno a sposarsi è concreto, sebbene non sia prefissata la data; né deve trarre in inganno il fatto che l'aggettivo *futurus* sia posposto rispetto al sostantivo di riferimento; ciò che rileva grammaticalmente è la concordanza in genitivo plurale; diversamente il giurista avrebbe utilizzato una forma avverbiale.

³¹¹ Il termine *mentio* ricorre peraltro in Plaut. *aul.* 204-205.: *ubi mentionem ego fecero de filia, mihi ut despondeat* e *ibid.* 685: *fac mentionem cum avonculo*; nonché in Livio 29.23.3: *erat Hasdrubali [...] non hospitium modo cum rege, [...] sed mentio quoque incohata adfinitatis, ut rex duceret filiam Hasdrubalis*; Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 7) dà conto delle posizioni di Mommsen, per cui *mentio* andrebbe intesa come *conventio* e di C. Fadda (*Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910, p. 242), che addirittura propone la sostituzione di *mentio* con *sponsio*, snaturando la caratteristica ontologica degli *sponsalia* classici.

³¹² *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit. p. 20 nt. 5.

³¹³ Ne sono certi già Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404; Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 9.

Ritorniamo dunque al commento all'Editto di Ulpiano:

D. 23.1.18, Ulp. 6 *ad ed.*

*In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur*³¹⁴.

La testimonianza conferma la libertà di forma nella manifestazione del *consensus*.

Le opzioni descritte da Ulpiano sono molteplici; ci si può fidanzare personalmente, con tre modalità, *coram*, tramite un intermediario, o per lettera; ma il fidanzamento può avvenire attraverso l'intervento di un'altra persona, la quale può persino disporre di una propria discrezionalità³¹⁵. Diversamente opinando, non si spiegherebbe il bisogno di differenziare la modalità *per internuntium* da quella *per alium*. Chiaramente la scelta incide sul *modus* di manifestazione della volontà e del consenso.

La prima modalità presuppone la compresenza dei fidanzati: i due soggetti sono infatti presenti personalmente e parlano direttamente alla 'controparte', ossia tra loro, manifestando – appunto – 'direttamente' la propria adesione consensuale all' 'atto'.

L'intermediario, ossia l'*internuntius*, reca seco una volontà ed un consenso che si sono già formati entro la sfera emotiva di chi sta per fidanzarsi e che necessitano solo di una esteriorizzazione per il tramite di un terzo. La lettera manifesta e attesta la sussistenza della volontà previamente costituita: essa avrà peraltro un'efficacia probatoria scritta *ad probationem tantum*, che non rileva per la validità dell'atto, ma è comunque idonea ad attestare l'esistenza dello *status* di fidanzamento.

Nell'ultima ipotesi contemplata da Ulpiano – l'intervento dell'*alius*³¹⁶ – il soggetto terzo agisce frapponendosi tra il soggetto direttamente interessato e il destinatario della proposta. È plausibile persino ipotizzare che costui possa disporre altresì di un arbitrio relativo alla scelta della controparte; spersonalizzando l'atto e riconducendolo ad una dimensione meramente giuridica, egli

³¹⁴ Sul tema e per un commento alla fonte Fayer, *La familia romana*, cit. pp. 59-60.

³¹⁵ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 44.

³¹⁶ Si rileva sin d'ora la pregnanza del complemento di mezzo *per* seguito dall'accusativo, che bene esprime la funzione strumentale di questo *alius* che agisce per conto dell'interessato, come suo 'strumento'.

sembra dunque disporre di un ‘consenso in bianco’, di una volontà finalizzata ad un negozio ad ‘oggetto determinabile’, la quale fa capo a colui che vuole fidanzarsi. Infatti, se nell’ipotesi dell’*internuntius*, il contenuto dell’impegno, *rectius* della proposta, è già tutto predisposto *ab origine* dal diretto interessato, nell’ipotesi dell’*alius*, costui potrebbe integrare il contenuto del ‘negozio’, in quanto la volontà di fidanzarsi è stata manifestata dal protagonista nelle sole coordinate essenziali.

Detto in altre parole, l’*alius* potrebbe avere un ruolo di primo piano con riferimento alle ‘condizioni’ di fidanzamento e, finanche, nella scelta della ‘controparte affettiva’ stessa, anche se è tenuto a seguire le direttive generiche ed essenziali dettate dal futuro *sponsus*. Ma come conciliare il requisito del *consensus* e della *voluntas*? Come accertare la sussistenza dei due elementi in questa terza ipotesi?

Il comportamento concludente del fidanzando, ossia l’effettivo successivo matrimonio e, prima ancora, l’instaurazione dello *status* di fidanzamento, potrebbero ben rappresentare una ratifica a posteriori dell’atto di fidanzamento precedentemente concluso dall’*alius*. Stando a questa ipotesi, l’atto di Tizio che dà effettivamente avvio al ‘rapporto’ di fidanzamento con Caia – scelta però da Sempronio (*alius*) – seguito poi dal matrimonio, permette di ricostruire ed accertare *a posteriori* la sussistenza del consenso dato agli *sponsalia*. L’ipotesi è tuttavia molto teorica e la fonte effettivamente non consente di corroborarne la fondatezza; essa sembra tuttavia plausibile, soprattutto alla luce della teoria cd. ‘negoziale’ del matrimonio, della quale dà conto Astolfi³¹⁷, commentando un frammento dell’*Epitome Ulpiani* e in cui si trova una discussa definizione di *matrimonium iustum*, che qui si riporta per completezza:

Ep. Ulp. 5.2

Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

³¹⁷ *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. pp. 11-12.

Proviamo a questo punto ad ipotizzare la configurazione di un ‘mandato’. Il futuro fidanzato incarica un soggetto di assumere un impegno per suo conto con una ‘controparte’, ad esempio il *pater familias* della futura fidanzata. Al momento dell’attribuzione dell’incarico il mandante manifesta un duplice consenso: il primo ha ad oggetto il mandato stesso e conclude il negozio consensuale; il secondo ha ad oggetto l’atto che dovrà compiere il mandatario, ovvero interagire con la ‘controparte’ del fidanzamento, manifestare cioè la volontà di contrarre il fidanzamento e recare il consenso; potrebbe accadere che il mandante-fidanzando incarichi il mandatario di scegliere la *puella*, con un evidente potere discrezionale; il mandatario dunque adempirà all’incarico seguendo i criteri e le direttive fornite dal mandante, facendo ad esempio ricadere la scelta su una data classe sociale o – persino – sulle connotazioni fisiche della futura *sponsa*. Perché si configuri questa ipotesi di mandato, l’incarico non dovrà risolversi in una mera manifestazione di volontà e consenso; in altre parole il mandatario non dovrà essere un mero latore di *voluntas* e *consensus* precostituiti ed aventi un oggetto ben definito; in tal caso non si configurerebbe un vero e proprio mandato, ma, in base alla casistica ulpiana, una situazione nella quale un messaggero (appunto, l’*internuntius*) reca un semplice *nuntius* e si profilerebbe una delle ipotesi che Ulpiano riconduce alla categoria degli *sponsalia per se facta*³¹⁸.

Il mandato, come noto, è un contratto consensuale che, tra l’altro, obbliga il mandante ad assumere su di sé le conseguenze giuridiche che si producono tramite gli atti del mandatario. In che modo il mandante di un fidanzamento assume su di sé tali effetti e come dedurre la prova di assunzione di responsabilità da parte del mandante?

In primis, gli effetti diretti della promessa di fidanzamento di evoluzione classica non possono essere definiti giuridici, poiché la *sponsio* non solo non è più richiesta, ma è caduta in disuso in quanto ‘immorale’³¹⁹ e, dunque, priva di tutela processuale. Sono gli effetti che Bonfante³²⁰

³¹⁸ Si veda D.23.1.18, Ulp. 6 *ad ed*, in commento.

³¹⁹ Cfr. D.45.1.134, Paul. 15 *resp.* [...] *cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstat, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*; cfr. Parte I, Capitolo 1, § 10 e Parte II Cap. 2, § 9.

definisce indiretti e ‘secondari’ ad avere una rilevanza giuridica e attengono tutti al sistema della responsabilità da fidanzamento, qui definita ‘pre-familiare’.

Con questa premessa, è opportuno partire dalla soluzione proposta da Astolfi³²¹, che, tuttavia, sotto il profilo strettamente giuridico, non convince definitivamente, in quanto, pur originale, si colloca entro un significativo livello di astrazione: l’A. asserisce che «è valido soltanto il mandato a contrarre un fidanzamento conosciuto dal mandante negli elementi che lo individuano e lo caratterizzano, i quali dipendono tutti dalla persona con cui ci si lega. Altrimenti il fidanzamento è invalido a meno che non venga ratificato dal rappresentato dopo averlo conosciuto e valutato. A maggior ragione sarà necessaria la ratifica, se il rappresentante ha agito di sua iniziativa, come poteva avvenire nel caso di parenti o amici di fidanzati».

L’autore sembra interpretare l’istituto in modo da pretendere che l’oggetto del mandato sia (sempre) definito in termini precisi e determinati. L’assunto di Astolfi deve essere valutato attraverso il confronto con una sua affermazione precedente, per la quale il mandatario «intermediario ha il potere di decidere se contrarre fidanzamento e con chi». Se infatti l’intermediario ha il potere di scegliere discrezionalmente l’an del fidanzamento e, *a fortiori*, la controparte, è chiaro che l’oggetto del mandato, al momento del conferimento dell’incarico, risulta determinato nei suoi aspetti essenziali, ma determinabile nel suo contenuto peculiare. È predeterminata dal mandante la volontà di fidanzarsi, ma il mandatario ha il potere di specificare con chi, integrando e completando l’oggetto del negozio. Ad avviso dell’autore, la mancanza degli elementi che “individuano” e “caratterizzano” il mandato rende il contratto invalido. Su quali siano questi elementi è opportuno interrogarsi con più precisione.

Consentono di individuare un ‘mandato di fidanzamento’ quegli elementi che riconducono al mandante la volontà di conferire ad un soggetto estraneo al rapporto di fidanzamento il compito di interagire affinché gli *sponsalia* si compiano, nel proprio interesse. Costui dovrà tenere un

³²⁰ *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 311.

³²¹ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 69-70.

comportamento ‘giuridico’ (*sic!*), che integri un *quid pluris* rispetto alla mera relazione di volontà, altrimenti si ricadrebbe nella prima ipotesi di Ulpiano, quella dell’*internuntius*³²².

Caratterizzano quindi l’‘istituto’ in commento quegli elementi che possono essere riferiti solo all’oggetto tipico del ‘mandato di fidanzamento’: la scelta del fidanzato e le condizioni di fidanzamento. Infatti, il mandante predeterminerà la scelta della fidanzata rimettendo alla discrezione del mandatario l’integrazione del ‘negozio’ con le condizioni e con le eventuali ‘clausole secondarie’: dove, quando, con quali modalità, davanti a chi, con quali tipi di festeggiamenti.

Quando non è possibile ricostruire gli elementi di cui *supra* ascrivendoli alla *voluntas* del mandante che intende fidanzarsi, Astolfi ritiene che il mandato sia valido solo in presenza della ratifica successiva.

È opportuno interrogarsi a questo punto sull’esternazione della ratifica.

Appare semplicistico ritenere che la ratifica del ‘mandato di fidanzamento’ consista nel ‘contrarre’ – poi – le nozze. La soluzione è concettualmente errata e istituzionalmente incompatibile con l’interpretazione che vede fidanzamento e matrimonio quali atti/rapporti giuridici autonomi e separati³²³.

Non si può supporre la sussistenza di un fidanzamento solo per il fatto che venga successivamente contratto un matrimonio, atteso che è possibile contrarre le nozze anche in assenza di previ *sponsalia*, così come è possibile affermare che sia esistito un fidanzamento anche se poi non sia seguito il matrimonio. Prima ancora, occorrono elementi idonei a comprovare la predetta ratifica, anche e soprattutto ai fini dell’assunzione di responsabilità per il caso di mancata celebrazione delle nozze: se davvero il matrimonio fosse la prova di sussistenza di una ratifica al ‘mandato di fidanzamento’, la mancata celebrazione del matrimonio non potrebbe costituire un inadempimento alla promessa, quanto, piuttosto, la prova che la ratifica del fidanzamento non vi è

³²² D.23.1.18.

³²³ Questa interpretazione è corroborata dai ragionamenti e dalle osservazioni della più eminente dottrina; cfr. Parte II, Capitolo 2, § 1.

stata e, dunque, che il mandato sia invalido o, addirittura sia *tamquam non esset*. Il ragionamento è tutt'altro che capzioso: il mancato matrimonio o costituisce prova di inadempimento alla promessa assunta al momento degli *sponsalia*, o rappresenta un elemento che attesta l'omessa ratifica del fidanzamento *per alium*.

La ratifica del fidanzamento non può neppure riscontrarsi nella convivenza '*more uxorio*' che si instauri successivamente al negozio interposto *per alium*, dato che la stessa, sebbene orientata alle nozze, è eventuale e facoltativa e costituisce uno dei tanti modi di gestione di una relazione interpersonale di tipo sentimentale³²⁴.

Di certo non aiuta ragionare sulla 'forma' del fidanzamento: la *sponsio*, formale ed essenziale per la sussistenza del fidanzamento arcaico, come più volte ribadito, nell'evoluzione classica non rappresenta più alcuna condizione di esistenza dell'istituto. Pertanto non è possibile affermare che la ratifica successiva debba ravvisarsi in una *sponsio* replicata dal mandante-fidanzando³²⁵.

In età arcaica, quando un fratello, per esigenze straordinarie ed urgenti, *spondebat* sua sorella al futuro marito, il negozio, poi, veniva reiterato e dunque ratificato dal *pater*, una volta ritornato alle redini della *familia*; l'atto paterno, solenne e formale, ratificava il precedente impegno, attraverso una manifestazione di volontà negoziale chiara e inconfutabile.

Ma il fidanzamento classico non può contare sulla ratifica successiva *per sponsionem* e deve impostare la propria prova di esistenza su altri elementi, di natura fattuale ed eventualmente etico-religiosa più che giuridica. E ciò introduce la questione della prova del fidanzamento che sarà esposta in seguito³²⁶.

In ultimo Astolfi rimarca l'esigenza della ratifica nel caso in cui il rappresentante abbia agito di sua iniziativa. Tale caso sembra però esorbitare dalla fattispecie contrattuale del mandato, venendo a mancare l'elemento costitutivo essenziale di questo contratto consensuale: l'attribuzione

³²⁴ Volutamente non si usa qui l'espressione *deductio in domum*, che configura una situazione ben precisa.

³²⁵ Confronta Parte I, per il caso del fidanzamento contratto dal fratello della ragazza, *absente patre*, che poi viene ratificato con una *sponsio* dell'avente *potestas*.

³²⁶ Cfr. Parte II, Capitolo 2, § 10.

volontaria e consapevole dell'incarico³²⁷. Qualora un terzo, estraneo al rapporto di finanziamento, prenda spontaneamente l'iniziativa di assumere un impegno di finanziamento con una 'controparte', a vantaggio del diretto interessato, senza averne ricevuto mandato-incarico, al ricorrere di tutti i requisiti richiesti dall'istituto, potrebbe configurarsi un'ipotesi – *sui generis* – di *negotiorum gestio*, ragionevolmente tutelabile sotto il profilo processuale, in via utile³²⁸.

Vero è che la prassi del finanziamento concluso da un terzo (dotato o meno di discrezionalità) doveva essere frequente, come si attesta nel commento di Ulpiano: *et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur*. Tuttavia l'assunto ulpiano è oscuro: non possiamo sapere a quale periodo precipuo si stia riferendo; possiamo tuttavia dedurre dalla collocazione del frammento entro l'opera di Ulpiano che l'Editto doveva contemplare questa ipotesi, o meglio, che un rimedio doveva essere stato elaborato, in quanto la fattispecie fu ritenuta meritevole di tutela, forse proprio per la *diuturnitas* che la caratterizzò.

Che il finanziamento tra assenti fosse una prassi invalsa è inoltre ancora confermato sia dal maestro di Modestino, sia da Pomponio, anche nei loro commenti *ad Sabinum*:

D.23.1.5, Pomp. 16 *ad Sab.*

Haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.

D.23.1.4.1, Ulp. 35 *ad Sab.*

Denique constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri.

La lettura dei passi consente di cogliere un *quid pluris* rispetto alla mera assenza di requisiti formali, rilevata da Astolfi³²⁹. L'espressione *et hoc cottidie fieri* del secondo passo richiama l'*et fere*

³²⁷ D.17.1.1.pr. Paul. 32 *ad ed.*: *obligatio mandati consensu contrahentium consistit*.

³²⁸ Utili per tali supposizioni sono le riflessioni di A. Cenderelli, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*. 1, *Struttura, origini, azioni*, Torino 1997, pp. 204-208. Definitivamente completa la trattazione di G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio 1, Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999; Idem, *Ricerche in tema di negotiorum gestio 2.1, Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003; Idem, *Ricerche in tema di negotiorum gestio 2.2, Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006; anche se fa riflettere il fatto che questi autori, che si occupano compiutamente di *negotiorum gestio*, non prendano in considerazione il frammento *de quo*.

³²⁹ *Il finanziamento nel diritto romano*, cit. p. 70. Entrambi i frammenti sono accolti da Lenel, ancorchè in loci diversi, entro la sottorubrica *solutio matrimonio*, entro la rubrica *De iure dotium*: *Pal. 2.*, col. 123, fr. 636, ove lo studioso, alla nt. 4, fa un esplicito richiamo a D.23.1.6, Ulp. 35 *ad Sab.*, *Pal. 2.*, col. 115, fr. 2821,

plerumque condiciones interpositis personis expediuntur di D.23.1.18, visto in precedenza: entrambe le locuzioni dimostrano l'esigenza di Ulpiano di mettere bene in chiaro come la prassi del fidanzamento per intervento di terzi, o comunque tra soggetti assenti, fosse tipica e di uso quotidiano. Se tale prassi corrispondesse ad un modello giuridico ben definito ed inquadrato non è dato sapere con sicurezza; è però possibile presumere che l'ordinamento ammettesse tale modalità e si fosse preoccupato di assegnarle anche una tutela: forse un'*actio mandati* o, forse, *actiones* concesse in via utile.

L'*haec ita* di Pomponio potrebbe essere reso con "succede così"... "se coloro i quali siano assenti siano consapevoli del fidanzamento, oppure se, una volta che è stato contratto, lo abbiano ratificato".

Sembra quasi che Pomponio preannunci le modalità che sono elencate da Ulpiano in D.23.1.18; non è un caso che la sistematica delle Pandette veda i brani susseguirsi immediatamente in un ordine determinato dal contenuto; il *si scientibus his qui absint sponsalia fiant* contempla le tre modalità ulpianee, *coram*, *per internuntium* e *per epistulam*, le quali sottendono tutte la piena consapevolezza e conoscenza del diretto interessato; al contrario il *si postea ratum habuerint* ben può richiamare il fidanzamento contratto *per alium*. L'*alius* potrebbe agire spontaneamente e nell'interesse del fidanzando che, traendone utilità, successivamente ratifica il *negotium* 'gestito' da un terzo.

Astolfi³³⁰ ritiene che questo *alius* abbia ricevuto incarico di contrarre 'un' fidanzamento qualsiasi, non specificato. L'assunto pare logico, ma si pensi ad un'ipotesi ulteriore per la quale il terzo non ha ricevuto alcun incarico ed ha agito *sponte et utiliter*, nell'interesse del gestito da fidanzare, che poi accetta le conseguenze di questa gestione, assumendosi le relative responsabilità attraverso una ratifica. Stando ad Astolfi, in difetto di ratifica, il fidanzamento è nullo: tale effetto

ove si mette in risalto il ruolo della volontà della *puella*. Sui due passi, per tutti Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 60.

³³⁰ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 70.

non è previsto, né prescritto specificamente da alcuna fonte, ma l'ipotesi è più che condivisibile; meglio sarebbe forse ritenere il *negotium* come inesistente, prima ancora che nullo.

Torniamo all'*haec ita*. Cosa vuole dire Pomponio? L'autore dell'*Enchiridion* lascia ad intendere che in quei due casi accade qualcosa. Probabilmente conseguono effetti (giuridici) in entrambi i casi, sia che il fidanzando sia consapevole, sia che ratifichi in un secondo momento; si tratta, probabilmente, di medesimi effetti, in quanto 'ciò che succede' consegue ad entrambe le ipotesi; si tratta di un indizio per postulare, al momento senza possibilità di dimostrazione, che i due casi siano equiparati.

Da ciò non deve neppure evincersi una radicale assenza di forma nella procedura degli *sponsalia*, dato che né Ulpiano, né Pomponio nulla dicono sulla manifestazione della volontà da parte dell'*internuntius* o da parte dell'*alius*; piuttosto ci informano che ciò che rileva è la sussistenza della volontà e del consenso da parte dell'interessato, il quale esprime la sua adesione morale e giuridica al '*negotium*', nel primo caso preventivamente, in forza di un incarico, nel secondo, ratificando e quindi assumendo, *a posteriori*, su di sé gli effetti di un negozio gestito da un terzo.

Ci si deve a questo punto domandare se sia possibile annoverare entro il concetto di *alius* anche il tutore o il curatore³³¹.

4. Un presupposto per il fidanzamento: la capacità.

4.1. Furor.

Il fidanzamento presuppone il consenso degli interessati che deve essere reciprocamente manifestato. Il presupposto indispensabile per una volontà consapevole è quindi la comprensione

³³¹ Una risposta in merito potrebbe ravvisarsi nel rilievo di E. Nardi (*Squilibrio e deficienza mentale nel diritto romano*, Milano 1983, p. 162), il quale evidenzia la possibilità di esperire contro il *curator l'actio negotiorum gestorum*; tuttavia va osservato che il fidanzamento costituisce un atto dai risvolti giuridici, ma strutturato essenzialmente su una natura 'personalissima'. Oggetto dell'interrogativo è a questo punto la possibilità stessa che un curatore possa 'fidanzare' qualcuno; sul tema si vedano i §§. 4.2 e 8, di seguito.

della valenza del gesto e gli effetti (indiretti) che ne conseguono: solo con questo requisito infatti può essere compiuto l'atto di fidanzamento in modo consapevole e responsabile.

È opportuno esaminare quali fossero gli impedimenti che potevano inficiare il *consensus* e quindi il fidanzamento stesso. La sanità di mente relativa al momento iniziale degli *sponsalia* e, sotto certi profili, anche l'*aetas* dei 'contraenti'³³² erano infatti condizioni necessarie.

Per la validità dell'impegno è infatti fondamentale la capacità di intendere e, quindi, di volere il proprio fidanzamento. Colui che sta per fidanzarsi deve essere presente a se stesso, conscio dell'essenza del suo atto: si ricava dunque dalle fonti che chi fosse *furiosus* non poteva fidanzarsi, così come, *a fortiori*, non poteva sposarsi³³³:

D.23.1.8, Gai. 11 *ad ed. provinc.*

*Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est: sed postea interveniens sponsalia non infirmat*³³⁴.

³³² Si usa volutamente il termine, pur con accezione non tecnico-giuridica; in età classica il fidanzamento perde momentaneamente la sua valenza negoziale-'contrattuale', per recuperarla poi a partire dal IV sec. d.C.; il vocabolo 'contraenti' però rende bene l'idea di legame consensuale, ancorché di stampo prettamente affettivo e personalistico.

³³³ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 55, 58 e 78. In generale sul tema del *furiosus* si vedano, per tutti, A Guarino, «*Furiosus*» e «*prodigus*» nelle «*XII Tabulae*», in *Annali Catania* 3, 1948-1949, pp. 194-204, (= *Pagine di diritto romano* 4, Napoli 1994, pp. 154-165); E. Renier, *Observation sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in *RIDA* 4 1950, pp. 429-455; S. Solazzi, «*Furiosus vel demens*», in *AG* 143, 1952, pp. 16-24, (= *Scritti di Diritto Romano* 5, Napoli 1972, pp. 361-369); in tema anche S. Solazzi, *Furor vel dementia*, in *Scritti di Diritto Romano* 2, Napoli 1957 pp. 623-655; Idem, *I lucidi intervalli del furioso*, in *Scritti di Diritto Romano*, Napoli 1957, pp. 545-556; più specifico il contributo di F. Frigione, *Sulla condizione della «mulier furiosa»*, in *Labeo* 3, 1957, pp. 359-363; B. Cassinelli, *Il rescritto di Marco Aurelio e il concetto di malattia mentale*, in *Rassegna di Studi Penitenziari* 9, 1959, pp. 843-847; l'imprecindibile lavoro di Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale nel diritto romano* cit., specialmente per la storia della disciplina relativa, per i rilievi statistici, le ricorrenze e la sistematica; O. Diliberto, *Studi sulle origini della «cura furiosi»*, Napoli 1984; J. Pigeaud, *La follia nell'antichità classica. La mania e i suoi rimedi* (trad. it dall'ed. Paris 1987), Venezia 1995; fondamentale anche C. Lanza, *Ricerche su 'furiosus' in diritto romano* 1, Roma 1990; A. D'Alessandro, *L'alienazione mentale nell'antichità*, in J. Pigeaud, *La follia*, Venezia 1995, pp. 261-288; in modo specifico E. Parlamento, «*Servus melancholicus*» I «*vitia animi*» nella giurisprudenza classica, in *RDR* 1, 2001, pp. 325-344; G. De Simone, *La ricerca sulla follia dei giuristi romani. Una storia poco conosciuta*, in *Il sogno della farfalla* 2, 2005, pp. 30-52; J.J. Aubert, *Vitia animi: Tares mentales, psychologiques, caractérielles et intellectuelles des esclaves en droit romain*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Institut de la Préhistoire et des Sciences de l'antiquité, Faculté des lettres et sciences humaines, Université de Neuchâtel, 2011, pp. 236-248; S. Vallar, *Perseverantia voluntatis e furor*, in *Quaderni Lupiensii* 3, 2013, pp. 147-159; nonché il recente lavoro di G. Rizzelli, *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani*, Lecce 2014.

³³⁴ Sul frammento già Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit. p. 181.

Questo frammento del commento all'Editto provinciale di Gaio, inserito nel XXIII libro del Digesto, entro il titolo dedicato agli *sponsalia*, apre la sottorubrica *De nuptiis*, entro la rubrica *De re uxoria* attribuita al libro XI nella *Palingenesia* di Lenel³³⁵.

L'autore del manuale istituzionale fornisce due importanti informazioni: il *furor* iniziale impedisce un valido atto di fidanzamento; quello sopravvenuto non interrompe il rapporto. Innanzitutto si attesta come la pazzia rappresenti un 'impedimento' al fidanzamento e l'assunto sembra costituire una certezza incontrovertibile, come si può dedurre dal tenore delle parole del giurista stesso: *plus quam manifestum est*; sembra 'quasi ovvio' infatti ciò che Gaio afferma.

Si osserva tuttavia che questo importante principio è estratto da un commento all'Editto provinciale, fatto che suggerisce l'idea che una tale regola fosse presente anche nel testo dell'Editto del pretore urbano. Sembra inverosimile ritenere che il pretore urbano non si sia mai imbattuto in tale questione e, ancor meno, che il *casus* del *furiosus* fidanzando non sia mai stato affrontato dai giuristi dell'*Urbs*. Dobbiamo altresì tenere conto, come suggerito da Schulz³³⁶, che si tratta del commento all'Editto del governatore, che in buona parte concordava con quello del pretore. Il motivo che può avere spinto Gaio a dedicarsi attivamente al commento del testo edittale della provincia può congetturabilmente essere ricondotto alle lezioni tenute in provincia dal giurista. Si potrebbe altresì ritenere verosimile che la questione dell'impedimento dato dalla pazzia avesse costituito, o costituisse ancora ai tempi di Gaio, un motivo di contrasto, o, quanto meno, di interesse giurisprudenziale. È probabile che il principio esposto da Gaio per cui la follia 'iniziale' inficia l'atto di fidanzamento rappresenti un punto fermo persino sul piano civile e che non abbia mai suscitato problematiche interpretative, '*disputationes*' e/o '*controversiae*' da parte dei giuristi ed ancor meno possa aver impegnato il pretore in particolari attività di 'studio'.

La posizione quasi incipitaria di *furor* evidenzia che la (sola) pazzia è idonea ad inficiare l'atto di fidanzamento; non ci stupirebbe che il giurista, nel commentare l'Editto, si stia

³³⁵ *Pal.* 1, col. 217, fr. 247.

³³⁶ *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, pp. 341-342.

interrogando, più in generale, sui moti dell'*animus* e/o sulle turbe del comportamento o del temperamento idonei a costituire impedimento all'atto di fidanzamento e che riconosca nella follia uno *status* incompatibile con l'assunzione di responsabilità.

Partiamo dalle osservazioni linguistiche di Forcellini³³⁷: Gaio usa specificamente il termine *furor*, da intendersi quale *gravior mentis alienatio, concitatio, perturbatio*, corrispondente al greco *μελαγχολία* e *μανία*; stando alle predette osservazioni linguistiche, si tratta di una affezione della mente che *differt ab insania, ut maius a minori nihilo minus in sapientem cadere potest, insania non potest: quia furor intermittitur aliquando, insania perpetua est*. Si può rilevare come l'autore delle *Institutiones* non abbia utilizzato il termine *insania* che può, diversamente, definirsi quale *morbis animi, quo de suo stato deducitur dementia, insipientia, stultitia*, in greco *μανία*: dalle definizioni si evince come il *furor* sia un'affezione della mente di intensità maggiore, a cui non può resistere neppure il saggio, ma caratterizzato da intermittenza³³⁸; in ciò diverge dalla situazione di *insania, status* che affligge l'*animus* con minore intensità (e dunque inidonea a colpire il saggio), sebbene perpetua.

³³⁷ Ae. Forcellini, *LTL* 2, s.v. *furor*, p. 568; cfr. *TLL* 6, coll. 1629-1641: *furor* corrisponderebbe in Italiano a "furore", "pazzia"; in Francese a "fureur", "delire", "aveuglement", "phrenesie"; in Spagnolo "furor", "mania", "frenesi"; in Tedesco "Wahsinn", "Wurth", "Raserei", "blinde Leidenschaft", "tollie Bégierde"; in Inglese "fury", "madness", "rage", "distraction"; l'*insania* è resa in Italiano con "pazzia", "insania"; in Francese con "folie", "aliénation mental", "démence"; in Spagnolo con "locura", "demencia"; in Tedesco con "Wuth", "Raserei", "Verstandlosigkeit"; in Inglese con "madness", "folly", "distraction", "infatuation". I termini sono congiuntamente ricompresi nelle aree semantiche di "pazzia", "Wuth", "Raserei", "madness", "distraction", che evidentemente racchiudono nel loro alveo tanto l'affezione mentale quanto l'afflizione dell'animo. Suscita interesse la traduzione inglese "infatuation", da intendersi quale *insania* dovuta ad un intenso ed incontrollabile innamoramento, connotato da irrazionalità, a tal punto forse da obnubilare la consapevolezza delle proprie azioni. Per le diverse accezioni di '*furor*', si veda Lanza, *Ricerche su 'furiosus'*, cit. pp. 71-84; gli aspetti semantici sono presi in considerazione con particolare riferimento alla capacità del testatore (pp. 71-77). L'Autore si sofferma sul concetto di alienato mentale (pp. 79-80), ossia colui che nelle fonti è definito come privo di *voluntas* (D.50.17.40, Pomp. 34 *ad Sab.*; D.29.2.47, Afr. 4 *quaest.*); colui che *suae mentis non est* (es. D.9.2.5.2, Ulp. 18 *ad ed.*); o colui il quale *compos mentis non est* (es. D.28.1.20.4, Ulp. 1 *ad Sab.*); colui che *iudicio caret* (D.5.1.12.2, Paul. 17 *ad ed.*); o colui che *nullum intellectum habet* (Gai.3.19); o persino colui che *sensum non habet* (D.24.3.22.7, Ulp. 33 *ad ed.*); ma anche chi *affectu caret* (D.43.4.1.6, Ulp. 72 *ad ed.*) e colui che *exacti consilii capax non est* (Paul. *Sent.* 4.12.7: *servus furiosi domini vel pupilli iussu vincti dediticiorum numero non efficitur quia neque furiosus neque pupillus exacti consilii capax est*); e naturalmente anche chi non *scire neque discernere potest* (D.29.2.9, Paul. 2 *ad Sab.*); ed ancora colui per il quale *nihil agere natura manifestum est* (D.44.7.1.12, Gai. 2 *aur.*); si confronti Lanza, *Studi su 'furiosus'*, cit. pp. 79-80.

³³⁸ Sugli effetti dell'intermittenza della pazzia già Solazzi, *I lucidi intervalli del furioso*, cit. pp. 345-556.

Stando all'interpretazione letterale, sembra che al giurista interessi l'affezione della mente, la sola idonea a costituire un impedimento alla consapevolezza del gesto di fidanzamento e non piuttosto quella dell'animo, con la precisazione che il *furor* che sussista al momento dell'impegno invalida l'atto, ma che quello che eventualmente sopraggiunga in un secondo momento non preclude il 'rapporto' che ne deriva.

È condivisibile l'osservazione di Lanza³³⁹, secondo il quale per i giuristi «il *furiosus* viene ad apparire tale non tanto per l'aggressività, la violenza, la convulsione nervosa, quanto per l'assenza di *mens*, di cui questi sregolati comportamenti sono semplice (e non necessaria) prova [...]. In *furor* ciò che rileva è la sussunzione in *dementia*».

«'Furor' è, nel lessico giuridico del Principato, rigidamente riservato a designare l'alterazione psichica di origine organica»³⁴⁰: stando all'indagine di Rizzelli³⁴¹, le pulsioni interiori, sebbene marcatamente incisive sulla lucidità e sulla presenza a sé stessi – quali *calor*, *dolor*, *impetus*, *ira* – non assumono la stessa rilevanza di *furor*, o meglio, ne assumono una diversa.

Va osservato che, qualora tale *gravior mentis alienatio* persista sino all'atto delle *nuptiae*, essa assurge anche ad impedimento per il matrimonio stesso, come è rilevato dalla perfetta simmetria tra D.23.1.8 e D.1.6.8³⁴².

³³⁹ *Studi su 'furiosus'*, cit. p. 81.

³⁴⁰ Rizzelli, *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani*, cit. p. 83.

³⁴¹ Cfr. nota precedente.

³⁴² D.1.6.8.pr., Ulp. 26 ad Sab.: *patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. Nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. Quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. Sed et si in furore agente eo uxor concipiat, videndum an in potestate eius nascatur filius: nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: quod cum ita se habeat, in potestate filium habebit. Proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: sed et in furore eius conceptus ab eo qui non furebat sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium. Sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus: nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque.* A tal proposito ci pare significativa la collocazione sistematica: D.23.1.8 nella Palingenesia (1, col. 217, fr. 247) apre infatti la rubrica *de nuptiis*, mentre nel Digesto il passo è inserito nell'autonoma sezione dedicata agli *sponsalia*; D.1.6.8 è nel Digesto incluso entro la rubrica *De his qui sui vel alieni iuris sunt*; Lenel (*Pal.* 2, col. 1109, fr. 2684) raccoglie il passo sotto la rubrica *De patria potestate*.

La seconda parte del frammento evidenzia come la capacità di comprendere debba fondamentalmente sussistere al momento del compimento dell'atto, potendo per contro venire a mancare durante il 'rapporto' (*sed postea interveniens sponsalia non infirmat*). L'ordinamento responsabilizza il soggetto che intenda dare vita ad uno *status* perdurante produttivo di effetti giuridici, ma prevede anche la possibilità che costui perda in seguito il contatto consapevole col 'rapporto'. L'irrelevanza della *gravior mentis alienatio* sopravvenuta costituisce una costante che caratterizza specialmente i rapporti familiari: il pazzo non può infatti contrarre valide nozze, ma può continuare il proprio rapporto coniugale una volta che esso si è instaurato³⁴³. Il giurista Paolo tiene a precisare che tale condizione inficia tanto la volontà dell'uomo quanto quella della donna, riconoscendo implicitamente anche la rilevanza del *consensus* femminile.

Sarà poi Ulpiano tuttavia ad attestare un principio assonante col *sed postea [furor] interveniens sponsalia non infirmat* di Gaio, laddove esplicita che il *furiosus* non può sposarsi, ma può perpetuare il proprio matrimonio, nonché mantenere la propria *potestas* sul *filius*³⁴⁴.

La seconda parte del frammento in esame³⁴⁵ è connotata da incisiva *brevitas* e solo forzando leggermente il contenuto possiamo dedurre che l'insanità *superveniens non nocet* alla prosecuzione del rapporto matrimoniale. Il giurista infatti si limita ad affermare che il *furiosus* (da intendersi come "colui che è diventato pazzo in costanza di relazione") mantiene (tuttavia) la sua condizione di coniuge.

Un altro frammento di Ulpiano, tratto dal suo commento a Sabino, suscita al proposito particolare interesse³⁴⁶:

D.24.2.4, Ulp. 26 *ad Sab.*

³⁴³ Paul. Sent. 2.19.7.

³⁴⁴ D.1.6.8, Ulp. 26 *ad Sab.* Sul passo Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit. p. 26; l'A. procede dunque con una *comparatio* sistematica (pp. 185-194), dando conto delle posizioni della dottrina precedente. Si veda quindi Lanza, *Ricerche su 'furiosus'*, cit. pp. 20-22; l'A. si sofferma in particolare sul rapporto tra la condizione patologica *de qua* e la *patria potestas* (pp. 54-55 e p. 90).

³⁴⁵ D.23.1.8, Gai. 11 *ad ed. prov.*

³⁴⁶ Per i problemi testuali, la tradizione del testo e per l'analisi del frammento si veda E. Volterra, *Ancora sulla struttura del matrimonio classico*, in *Scritti* 3, pp. 147-153; J. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsgehalt in der klassik und zu Frage seines Wandels in der nachklassik*, Roma 1977, pp. 39-40 e p. 43.

Iulianus libro octavo decimo digestorum quaerit, an furiosa repudium mittere vel repudiari possit. Et scribit furiosam repudiari posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementiae neque curatorem eius, patrem tamen eius nuntium mittere posse. quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium: quae sententia mihi videtur vera.

Si tratta anche in questo caso di una fattispecie matrimoniale per la quale Ulpiano si richiama al pensiero di Giuliano. Quest'ultimo si domanda se una *furiosa* possa notificare il ripudio o, a sua volta, essere ripudiata. Dal tenore del testo, sembra scontato che costei possa subire il *repudium* in quanto viene ritenuta come "colei che ignora", ma si può presumere anche come "colei che è ignorante perché è inconsapevole"³⁴⁷.

Stando a Giuliano, la *furiosa* non può tuttavia ripudiare, proprio in conseguenza della sua affezione psichica. L'allievo di Giavoleno Prisco specifica poi che il gesto di ripudio non può essere compiuto neppure dal curatore della *furiosa*: probabilmente tale esclusione è dovuta al fatto che l'azione compiuta dal curatore altro non sarebbe se non una sostituzione radicale di volontà nel compimento di un atto personalissimo, precluso all'ingerenza del *curator*³⁴⁸. Giuliano ammette tuttavia che il *pater* della *furiosa* possa inviare un *nuntius*, poiché la donna non può compiere un atto di ripudio se non è consapevole di trovarsi in una relazione matrimoniale. E su questo punto Ulpiano sembra aderire al pensiero di Giuliano.

Il passo risulta qui rilevante in quanto, sulla base delle considerazioni svolte nel corso di questa disamina, si ritiene che molti principi espressi in tema di matrimonio possano essere estesi anche al rapporto di fidanzamento: tra essi proprio la disciplina dello *status* di pazzia.

Dunque la *furiosa* può essere ripudiata; la motivazione va riscontrata, come detto, nel fatto che ella non si rende conto di ciò che avviene. Diversamente da Lepri, non sembra che il passo

³⁴⁷ Per questa interpretazione non si riscontra un chiaro supporto etimologico o semantico; tuttavia sul rapporto tra *furiosus* e *ignorans*, ancora Lanza, *Ricerche su 'furiosus'*, cit. pp. 85-104, in un più ampio contesto linguistico comparativo sui termini *furiosus*, *absens*, *dormiens*, *ignorans*. Per l'assimilazione del *furiosus* al *pupillus*, Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit. p. 25.

³⁴⁸ M.F. Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* 1. *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone*, Firenze 1942, p. 75; Volterra, *Ancora sulla struttura del matrimonio*, cit. pp. 147-153; sul tema della *cura furiosi* tra gli altri Diliberto, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, cit.

evidenzi la necessità che sussista – per tale circostanza – una giusta causa di divorzio, dal momento che l’interesse dei due giuristi è teso piuttosto a valutare la capacità di compiere un atto rilevante sotto il profilo giuridico-affettivo, qual è il divorzio. L’A. sostiene poi l’ipotesi interpolazionistica con riferimento al *quia ignorantis loco habetur*, ravvisandone la *ratio* nel principio cristiano di indissolubilità del matrimonio. L’ipotesi non convince: l’interpretazione non sembra infatti avere a che fare con principi della morale cristiana; è più credibile che si tratti di una mera precisazione, peraltro utile nel contesto del discorso. Sembra che sia da accogliere l’idea che nel linguaggio dei giuristi classici i *furiosi* sono considerati *ignorantes*; purtroppo lo studioso non si è soffermato sul significato del termine, che merita ulteriori approfondimenti³⁴⁹.

Ciò che importa è che la *furiosa*, in quanto *ignorans*, può essere ripudiata, ma, in quanto *demens*, non può compiere il gesto del ripudio³⁵⁰. E’ ancora una volta efficace l’osservazione di Lanza³⁵¹, per il quale «l’assenza di *mens* è il tratto caratteristico, giuridicamente rilevante, del *furor*».

Se *ignorans* deve essere reso come ‘colei che non conosce’³⁵² e quindi probabilmente inconsapevole, *demens* non può intendersi quale sinonimo di *furiosus*: nei passi dei giuristi i due termini vengono infatti usati contemporaneamente, ma con valenza semantica ed etimologica diversa³⁵³. *De-mens* è colui che si allontana dalla ragione, dalla coscienza e, dunque, dalla consapevolezza dei propri gesti³⁵⁴. Lanza³⁵⁵, che riprende la sovraccitata posizione di Nardi, per cui

³⁴⁹ Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, cit. p. 75.

³⁵⁰ Nardi (*Squilibrio e deficienza mentale*, cit. p. 40), rileva come la *dementia* sia una conseguenza del *furor*, osservando l’analogia con D.24.3.2.2, Ulp. 35 *ad Sab.* [...] *et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia contradicere, consentire quis eam merito credit.* [...].

³⁵¹ *Studi su ‘furiosus’*, cit. p. 84.

³⁵² Cfr. Ae. Forcellini, *L.T.L.* 2, s.v. *ignoro*, pp. 706-707; *T.L.L.* 7.1, s.v. *ignoro*, coll. 310-315.

³⁵³ Ma si veda D.47.10.17.11, Ulp. 57 *ad ed.*, ove sembra che i concetti di *furor* e di *demens* stiano tra loro in un rapporto di contenenza, ovvero il *furor* sembrerebbe essere una forma o una manifestazione di *dementia*.

³⁵⁴ Fest. p. 159 L.: *mente captus dicitur cum mens ex homini potestate abit et idem demens quod a mente abierit* (Cfr. *T.L.L.* s.v. *demens* col. 476; cfr. anche *L.T.L.* 2, s.v. *demens*, pp. 55-56, che attesta invece la valenza sinonimica di *furiosus* e *demens* nell’ambito delle lingue neolatine e non solo, ad es. It. ‘pazzo’, ‘demente’; Fr. ‘hors de sens’, che rende bene l’allontanamento dalla ragione, ma anche ‘fourieux’; Ingl. ‘out of one’s mind’, che esprime la deviazione dalla ragione, da ciò che è sensato, ma anche *foolish*, ‘folle’).

la *dementia* sarebbe una conseguenza del *furor*, sintetizza in questo modo: “l’assenza di *mens* è il tratto caratteristico, giuridicamente rilevante, del *furor*”.

Peraltro l’attività del curatore non può spingersi sino alla sostituzione della volontà dell’assistito a tal punto da porre in essere un atto così personale come il *repudium*³⁵⁶. È dunque (solo) il *pater familias* che, con la massima estrinsecazione della sua *potestas*, può compiere l’atto in nome della *filia furiosa*, sebbene non ‘per conto’ della stessa, dato che la fanciulla non è in grado

Consideriamo anche l’uso del termine da parte dei giuristi: a titolo esemplificativo D.29.2.60. Iav. 1 *post. Lab.*: *filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. Paulus: et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est; D.26.1.3.1, Ulp. 37 ad Sab.: quia autem in pupillorum persona adgnos curatores non admittimus, idcirco putavi et si minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum. Et ita definiemus ei, quem aetas curae vel tutelae subicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem, et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit, cum magis aetati quam dementiae tantisper sit consulendum; D.5.2.13, Scaev. 3 resp: Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: " ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo. "Quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente; D.31.48.1, Proc. 5 *epist.*: bonorum possessione dementis curatori data legata a curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt: sed qui petent, cavere debebunt, si hereditas evicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit reddito iri; D.27.10.7.1, Iul. 21 *dig.*: curator dementi datus decreto interposito, uti satisfacere, non cavit et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur "si non curator vendiderit", replicatio dari debet " aut si satisfatione interposita secundum decretum vendiderit". Quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores praestabit. Più in generale, per un’analisi sul concetto di alienazione mentale, si veda l’interessante lavoro di E. Renier, *Observations sur la terminologie de l’aliénation mentale*, in *RIDA* 5, 1950, pp. 429-455; per l’analisi e la letteratura relativa alla differenza tra *furiosus* e *demens*, con riferimento al passo in commento Solazzi, «*Furor vel dementia*», cit. pp. 626-628; più in generale Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit. pp. 45 ss. ed ancora Lanza, *Studi su furiosus*, cit. pp. 105-119; l’A. (p. 114), per sostenere che i due termini appaiono “in modo vicendevole”, richiama D.24.2.4, Ulp. 26 *ad Sab.* ed a D.27.10.7, Iul. 21 *dig.*: *curator dementi datus decreto interposito, uti satisfacere, non cavit et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur " si non curator vendiderit", replicatio dari debet "aut si satisfatione interposita secundum decretum vendiderit". Quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores praestabit.**

³⁵⁵ Lanza, *Ricerche su ‘furiosus’*, cit. p. 84.

³⁵⁶ Lepri (*Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, cit. p. 75), evidenzia come in campo familiare il *curator* non abbia alcun potere.

di conferirgli alcun incarico, o, meglio, non è in grado di acconsentire o meno alle decisioni paterne³⁵⁷.

Ancora un'osservazione conclusiva: l'insegnamento di Gaio probabilmente si riferisce all'evoluzione classica del fidanzamento, come si può desumere dalla marcata rilevanza del *consensus* e della comprensione dell'atto che caratterizzano l'istituto nella sua fase evoluta. Tuttavia i principi enunciati potrebbero valere anche in riferimento alla fase arcaica, in quanto la promessa di fidanzamento richiede ovviamente la piena consapevolezza del proprio agire, vieppiù al momento della conclusione di un negozio giuridico. Lo *status* di *furor* al momento di una *sponsio* di fidanzamento assume infatti ancora maggiore pregnanza, poiché si tratta di un atto a forte connotazione giuridica; diversamente, il momento genetico del fidanzamento di età classica, non essendo giuridicamente vincolato nella forma, potrebbe sfuggire al controllo sulla consapevolezza dell'agire da parte del soggetto interessato.

4.2 Aetas. Il caso particolare di un'infedele quasi sponsa.

Restando in tema di capacità e consapevolezza, il problema dell'età per fidanzarsi impegna da sempre la dottrina.

Nelle *Pauli Sententiae* sembra enunciarsi un principio generale:

Paul. Sent. 2.19.1

*Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt*³⁵⁸.

Con tale affermazione Paolo attesta che può dunque essere contratto un fidanzamento sia tra soggetti di età pubere, sia tra *impuberes*, senza ulteriori specificazioni.

Il principio è apparentemente confermato anche nei *libri Differentiarum* di Modestino, laddove l'ultimo giurista classico afferma che non è fissata un'età minima per il fidanzamento, ma che è sufficiente che i fidanzati comprendano la portata del gesto:

³⁵⁷ Al problema accenna ancora Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 88 nt. 265.

³⁵⁸ Si veda anche Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 11.

D.23.1.14, Mod. 4 *diff.*

*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*³⁵⁹.

Secondo Modestino quindi, contrariamente a quanto avviene per il matrimonio, non è fissata un'età per contrarre il fidanzamento. Il giurista tiene a precisare che è perciò possibile fidanzarsi anche in tenera età (*a primordio aetatis*), con l'unica condizione per cui entrambi i soggetti comprendano l'atto che vanno a compiere (*si modo id fieri ab utraque persona intellegatur*); tuttavia il finale del frammento puntualizza un limite: l'età minima per contrarre il fidanzamento sono i sette anni. Proprio questa conclusione contraddittoria ha creato i maggiori dubbi interpretativi, tanto da portare molti studiosi a ritenere l'affermazione di Modestino un'interpolazione post-classica. Di questo sospetto di interpolazione ci si occuperà successivamente, dedicandosi per il momento alla prima parte del frammento, con la riserva di tornare in seguito più compiutamente sull'*id est, si non sint minores quam septem annis*. In effetti la precisazione dell'allievo di Ulpiano, *prima facie*, sembra stonare con i due principi affermati poco prima. Modestino, infatti, come già più volte ripetuto, inizia il passo sostenendo che non è fissata un'età per fidanzarsi per ribadire che sin dai primi anni di età è possibile 'contrarre' un fidanzamento.

Stando a quanto sopra, la dottrina più risalente ravvisa dunque nell'attestazione di Modestino una piena libertà di contrarre il fidanzamento anche da bambini³⁶⁰.

Per l'intervento della *lex Papia et Poppaea nuptialis*, per fidanzarsi, era stata introdotta, sia pure indirettamente, una soglia minima di dieci anni³⁶¹. Un fidanzamento con una bambina di età infradecennale è, in applicazione del correttivo augusteo, inefficace per poter assolvere all'obbligo matrimoniale; tale fidanzamento comporterebbe infatti una durata superiore ai due anni imposti

³⁵⁹ Per la cui disamina e per la cui bibliografia, con particolare riguardo alla presunta interpolazione finale, si veda di seguito. Per il momento ci si limita ad un'esegesi essenziale.

³⁶⁰ Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. p. 130; secondo Fayer (*La familia romana*, cit. p. 74), quanto meno relativamente all'età classica.

³⁶¹ Il tema sarà ripreso più compiutamente; per il momento si rinvia per tutti ad Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. *passim*.

come termine massimo³⁶²: l'averlo contratto potrebbe costituire paradossalmente una causa di rottura dello stesso³⁶³.

Se quel fidanzamento è sicuramente illecito agli occhi della legislazione matrimoniale augustea, tuttavia ci si chiede a questo punto se, sotto altri aspetti, sia produttivo di effetti giuridici indiretti. Effettivamente, anche dopo la legislazione del *princeps*, sembra sussistere una piena libertà di fidanzarsi, indipendentemente dall'età. In proposito, disponiamo persino di una testimonianza di Cornelio Nepote³⁶⁴, che attesta un fidanzamento concluso da Augusto stesso tra la nipote di Attico e Tiberio Claudio Nerone, nonché di alcune iscrizioni di epoca imperiale che riguardano bambine già maritate ben al di sotto della soglia dei dieci anni e dalle quali è possibile desumere *a fortiori* la liceità del previo fidanzamento³⁶⁵.

È molto difficile stabilire quale *status* rivesta la fanciulla che convive col futuro marito prima dei fatidici dodici anni e tale situazione di indeterminatezza comporta problematiche di varia natura, che possono afferire ad esempio, tanto alle questioni dotali³⁶⁶, quanto alla responsabilità per adulterio³⁶⁷.

L'intervento *ad corrigendum* di Augusto vuole evitare i fidanzamenti che possano perdurare più di due anni, ritenuti illegittimi; per rendere effettivo questo divieto viene così stabilita una soglia minima per contrarre gli *sponsalia*; infatti, prima del compimento del decimo anno di età da parte della fanciulla, il fidanzamento è, secondo l'interpretazione di alcuni studiosi, *tamquam non esset*,

³⁶² Si veda *infra*.

³⁶³ Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 10.

³⁶⁴ Corn. Nep. Att. 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 [...]*.

³⁶⁵ Cfr. Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 392 e ntt. 2 e 3.

³⁶⁶ Si veda ad esempio D.42.5.17.1 Ulp. 63 *ad ed.*: *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.*

³⁶⁷ Si veda il sotto-paragrafo successivo.

più precisamente, è irregolare in base alla *lex Papia et Poppaea*³⁶⁸. Ma questo, se da un lato sembra persino incentivare la rottura di un fidanzamento per contrarne uno nuovo che, per la giusta età dei fidanzati, abbia invece rilievo per la *lex*, dall'altro non esclude che il fidanzamento, inidoneo ad assolvere gli obblighi matrimoniali, produca altri effetti giuridici indiretti³⁶⁹.

Un fidanzamento irregolare, in base alla normativa di Augusto, è comunque valido e produttivo di effetti giuridici.

Ma veniamo ora ad esaminare il caso particolare di un'infedele *quasi sponsa*:

D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*

*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 relatam est*³⁷⁰.

³⁶⁸ Ma cfr. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 4-5 e p. 10 e Idem, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 144

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ È importante evidenziare che, a questo punto della disamina, coerentemente con l'impostazione della trattazione, non si è interessati tanto ad individuare il regime giuridico previsto per il tradimento perpetrato in costanza di una relazione *more uxorio*, quanto piuttosto a cogliere l'eventuale sussistenza di un regime specifico previsto per la condizione di fidanzamento, previa opportuna classificazione della condizione di *quasi sponsa*. In ogni caso si segnala che del passo si occupano fra gli altri Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 195 e nt. 2: l'A. si sofferma sull'esperibilità di una *accusatio adulterii* privilegiata, ovvero *iure viri*, per le sole ipotesi di *adulterium* in senso tecnico, ovvero di un tradimento perpetrato dalla donna in costanza di *iustae nuptiae* (pp. 194-199); Idem, *In tema di accusatio adulterii*, cit. p. 326: l'A. ritiene che l'*accusatio iure extranei* possa esperirsi anche in caso di *stuprum*; Garrido (*Minor annis XII nupta*, cit. pp. 81-83), che considera l'illecito come *stuprum*; J.A.C. Thomas, (*Accusatio adulterii*, in *Iura* 12, 1961, pp. 65-80, in part. pp. 71-72), che si interroga su ipotesi interpolazionistiche ed in particolare sul significato e la pregnanza della congiunzione 'vel'; C. St. Tumulescu, *Varsta minima ceruta*, in *Druptul roman, pentru casatoria fetelor*, in *Analele Universitatii Bucuresti, Stiinte Juridice*, 18, 1969 n. 1. Si occupa della questione terminologica Tafaro (*Pubes e viripotens*, cit. p. 174 e nt. 26), che poi torna sul passo con ampie ed esaustive considerazioni comparatistiche e sulla plausibilità di un'*accusatio iure viri* (pp. 184-195); ancora sulla terminologia Tafaro, *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari 1991, p. 106 e nt. 50: l'A. fornisce esaustive considerazioni sul concetto di *sponsa*, a p. 201 e nt. 26, ove si trova anche un commento all'impostazione di Volterra; per un'ampia disamina del frammento pp. 214-228. Ancora Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 122-123; G. Rizzelli, *La Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, p. 189; Fayer, *La familia romana 2*, cit. *passim*; sulla problematica relativa alla possibilità di esperire l'*accusatio iure extranei* anche avverso il reato di *stuprum* p. 189 e p. 243 nt. 264; sulla *comparatio* tra *sponsa* e *quasi sponsa* pp. 199-202.

Mi limiterò, per ora, ad un'analisi degli aspetti che riguardano l'età precoce e la 'capacità' della fanciulla, nonché del concetto di *quasi sponsa*, rimandando le questioni tecnico-giuridiche relative al tipo di illecito e alla *legitimatio* ad una successiva trattazione.

Il passo in esame è tratto dalla monografia ulpiana sull'adulterio, inserita nel titolo del Digesto dedicato alla legge Giulia sul delitto di *adulterium*; esso fa parte di un gruppo di 99 frammenti provenienti dalla medesima opera e raccolti da Lenel sotto la rubrica *Ad legem Iuliam de adulteriis libri V*³⁷¹.

Nel caso evidenziato nella monografia ulpiana, una fanciulla ancora infradodicesenne è stata condotta in casa da un tale a fini matrimoniali; la fanciulla lo tradisce prima di assumere legalmente la qualità di moglie, appunto prima del dodicesimo compleanno. Nel rescritto imperiale citato da Ulpiano, Severo stabilisce che il marito non potrà agire *iure viri*, in quanto l' 'illecito' è stato commesso prima dei dodici anni; egli potrà tuttavia accusarla in qualità di *quasi sponsa*.

Dal tenore del testo *in primis* emerge un ulteriore indizio di equiparazione tra la condizione di *sponsa* e quella di *nupta*³⁷², *in secundis* si nota l'utilizzo dell'espressione 'quasi sponsa', formula che, stando alle riflessioni svolte nella prima parte di questa trattazione³⁷³, sotto il profilo terminologico potrebbe essere intesa con "come fidanzata". L'espressione crea non poche perplessità, soprattutto se studiata alla luce dell'insieme delle fonti che, apprezzate in via comparatistica, potranno indurre a ritenere che, anche in età classica, la 'condizione' di *sponsi* assuma una veste formale anche nel suo 'momento genetico'³⁷⁴. Nella fattispecie descritta da Ulpiano la fanciulla, di fatto, vive sotto lo stesso tetto dell'uomo: in ogni caso non sussiste un matrimonio regolare. Se esso fosse stato celebrato, infatti, sarebbe inefficace sino al compimento del dodicesimo anno; se, al contrario, il matrimonio non fosse avvenuto, si sarebbe tuttavia avviata

³⁷¹ *Pal.* 2, coll. 931-939, fr. 1937-1976.

³⁷² Si veda Parte I, Capitolo 1, § 10, in antitesi con le considerazioni di Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. p. 411), laddove l'A. nega fermamente che il diritto romano classico equipari gli *sponsi* ai coniugi; per Castello (*Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 493) dal passo traspare, in generale, la pregnanza dell'istituto degli *sponsalia* agli occhi dei giuristi e secondo i principi dell'ordinamento.

³⁷³ Cfr. Parte I, Capitolo 1, §§ 3.1 e 5.

³⁷⁴ D. 23.1.9, Ulp. 35 *ad ed.*; D.24.1.32.27, Ulp. 33 *ad Sab.*, di seguito riportati e commentati.

una convivenza di fatto. Il testo peraltro non fa alcun riferimento alla celebrazione di *sponsalia*: a che titolo quindi può agire quell'uomo tradito dal momento che l'illecito è stato commesso prima della condizione di coniugio, sicuramente durante una convivenza, ma, con ogni probabilità, senza che siano intervenuti gli *sponsalia*?

La soluzione resta aperta: o si considera come rapporto di fidanzamento (informale) la condizione della fanciulla condotta in casa prima del compimento dei dodici anni ed allora si estende pacificamente alla fattispecie la tutela matrimoniale prevista in caso di adulterio, oppure si deve ammettere che, anche in una situazione di convivenza *more uxorio*, per così dire "qualificata", in quanto prodromica alla costituzione di *nuptiae legitimae*, che si consolideranno al compimento dell'età minima stabilita, venga concessa una tutela all'uomo tradito³⁷⁵. Questa seconda interpretazione non è priva di conforto da parte delle fonti³⁷⁶; ciò non di meno, quel *quasi sponsa* è

³⁷⁵ D.48.5.14.6, Ulp. 2 *de adult.*: *si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. Quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit.* Il giurista si limita a dire che in tale ipotesi non si potrà agire *iure viri*; ma che si possa agire *iure extranei* (o ad altro titolo) lo si può, al massimo, desumere *per argumentum a contrario*; la medesima *interpretatio* tuttavia potrebbe portare a sostenere altrettanto fondatamente che, in tal caso, non vi sia legittimazione ad agire ad alcun titolo. Pare certo dell'esperibilità dell'*accusatio iure extranei* Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. p. 161; ma l'A. si spinge oltre: egli deduce che non solo il *quasi sponsus* non possa agire in forma privilegiata, ma neppure il fidanzato ufficiale; quest'ultimo è portatore di un interesse pubblico ad agire, alla stregua di un qualunque altro cittadino. La deduzione è corretta, se effettuata alla luce della *comparatio*, ma il passo di Ulpiano, letteralmente apprezzato, non si esprime in tale senso. Si veda Idem, *Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 194 ss; Castello (*Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 493) desume dalla fonte che Augusto, nella *lex Iulia de adulteriis*, non si sia occupato del tradimento della fidanzata; in ogni caso l'illecito rientrava nei casi di esperibilità di un'*accusatio iure extranei*; sulle problematiche connesse al tema della convivenza della fanciulla non ancora dodicenne con il suo futuro marito si veda Idem, *Remarques sur des cas concernant le début du «iustum matrimonium»*, in *RIDA* 32, 1985, pp. 239-241.

³⁷⁶ Si consideri ad esempio D. 48.5.14.pr., Ulp. 2 *de adult.*: *si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit*; la fonte, *expressis verbis*, prevede una tutela per l'uomo tradito dalla concubina che può sostenere contro di lei un'accusa *iure extranei*. Ma, più in generale, è prevista una tutela del marito per ogni genere di matrimonio: D. 48.5.14.1, Ulp. 2 *de adult.*: *plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. Οὐ μόνον φιλέουσ' ἀλόξουσ' μερόπων ἀνθρώπων' Ἀτρεΐδαι.* La ragione per cui si accorda tutela al marito anche in caso di matrimonio non giusto è da ricercare nell'amore maritale; riteniamo che qui non si alluda all'*adfectio* nella sua accezione strettamente giuridica, ma proprio al sentimento umano; diversamente si sarebbe fatto uso di una terminologia più consona al denotato giuridico; stupisce tuttavia che venga addotta tale motivazione ed ancor più che sia evidenziata quasi all'inizio del Titolo V. Il riferimento al sentimento quale

davvero di difficile collocazione dogmatica. Nel *casus de quo* l'uomo, infatti, non potendo muovere l'accusa privilegiata, può agire *iure extranei*³⁷⁷. Ma tale soluzione nulla dice circa l'espressione *quasi sponsa*; la terminologia ulpiana, ed in generale quella dei giuristi, non è mai casuale ed il tecnicismo è maggiormente richiesto entro una monografia che si occupa di una problematica tanto delicata e così foriera di casi complessi: qui non si tratta di una 'concubina', categoria che trova nei giureconsulti una precisa definizione giuridica³⁷⁸ ed un titolo specifico nel Digesto di Giustiniano³⁷⁹.

La ricostruzione di Rizzelli³⁸⁰ vede nella qualifica di *quasi sponsa* la condizione di una persona che è già stata *deducta in domum*. Che la ragazza sia 'quasi/come fidanzata' è un elemento che non può passare inosservato; non è la circostanza che la *puella* sia stata condotta in casa ad escludere che si tratti di una *sponsa*, piuttosto è presumibile ipotizzare che non siano stati

ragione giustificativa si riscontra anche in D.27.6.11.3, Ulp. 35 *ad ed.*, ma questa volta come causa di giustificazione per non concedere l'azione: *Iulianus libro vicesimo primo Digestorum tractat, in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit. Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propensiore magis quam dolo malo id videri fecisse.*

³⁷⁷ Cfr. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 200.

³⁷⁸ Si veda il passo di Paolo su *pellex*, inserito dai compilatori nella rubrica *De verborum significatione*: D. 50.16.144, Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap: libro memorialium Massurius scribit "pellicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακήν Graeci vocant.* Peraltro, è di rilievo il fatto che Paolo, nel riportare l'attestazione di Sabino, al quale si premura di aggiungere le proprie considerazioni terminologiche, manifesti il suo intento definitorio proprio contestualmente al commento della *Lex Iulia et Papia*. Sul concubinato per tutti Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 1, cit. p. 371, che si riporta testualmente: «tutte le relazioni a scopo sessuale tra uomo e donna, che non fossero strette con intenzione maritale, avevano il carattere di mere unioni di fatto, che non originavano di per sé alcun rapporto giuridico tra le parti. Fra queste i romani ne distinsero *ab antico* una, cui diedero il nome di concubinato, caratterizzata da ciò che dell'*affectio maritalis* era presente una sola parte, ossia il proposito di una unione perpetua, ma mancava l'altra, ossia il proposito di un'unione piena». Cfr. anche Fayer, *La familia romana* 3, cit. pp. 11-54, con relativa bibliografia.

³⁷⁹ È il titolo 7 del libro XXV del Digesto, *De concubinis*.

³⁸⁰ Si vedano però le osservazioni dell'A., *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 201; sul problema della rilevanza della *deductio in domum* cfr. *ex multis* Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, cit. p.68; Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 162 ss.; ma anche Fayer, *La familia romana*, cit. pp. 443 ss. Si soffermano sul confine di significato tra *sponsa* e *quasi sponsa* anche Garrido, *Minor annis XII nupta*, cit. pp. 80 ss. e ancora la stessa Fayer, *La familia romana*, cit. p. 448. L'utilizzo del *quasi* ricorre nelle ipotesi e nelle fattispecie innovative, come acutamente osservava S. Riccobono in *Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso "quasi"*. *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D.10,3,14 [Paul. 3 ad Plautium]*, in *Scritti giuridici* 2, 1964, pp. 461-468.

formalmente celebrati previ *sponsalia* in quanto il testo non fa alcun riferimento alla relativa conclusione-celebrazione.

Il fatto che la fanciulla sia stata condotta in casa la rende effettivamente *quasi sponsa*, proprio in quanto spesso, intervenuti gli sponsali, in attesa della celebrazione delle *nuptiae* si dava luogo ad una convivenza³⁸¹.

Tuttavia, senza timore di ricadere entro facili categorizzazioni astratte, non suffragate dalle fonti, si può ragionevolmente affermare che si è o *sponsae* o *nuptae* o *concubinae* e che la zona grigia costituita dalla condizione di *quasi sponsa* non rappresenti uno *status* reale. ‘*Quasi*’ è un elemento tipico e raffinato del linguaggio di Ulpiano, che ricorre non infrequentemente. È un avverbio idoneo a rappresentare una situazione o un concetto giuridico nuovo o non ancora perfettamente definito: nel passo in esame è accostato al sostantivo *sponsa* e tale espressione costituisce un *hapax*³⁸².

Questo “*non-status*” di *quasi sponsa* presenterebbe poi non pochi problemi sotto il profilo della disciplina giuridica e, dunque, ai fini della presente disamina, della responsabilità. Non convince l’interpretazione per la quale fosse prassi chiamare *sponsa* la donna unita all’uomo che però non poteva considerarsi moglie³⁸³: se questo fosse vero e se dunque il termine *sponsa* venisse adoperato in senso atecnico per definire più generalmente un’unione non matrimoniale, quale ragione avrebbe avuto il giurista per definirla *quasi sponsa* e non, direttamente, *sponsa*?

Volterra ritiene che nel linguaggio comune la fanciulla non ancora sposata, ma unita di fatto con l’uomo, venga definita con il termine *sponsa*; stando alla predetta lettura, anche una convivenza *more uxorio* instauratasi senza previo fidanzamento attribuirebbe lo *status de quo*; tale interpretazione, per giunta non corroborata dalle fonti, non sembra tuttavia convincente.

³⁸¹ Diversa la posizione di Rizzelli (*Lex Iulia de adulteriis*, cit. pp. 200-201); l’A. si sofferma altresì sul rapporto tra concubinato e matrimonio e sulla possibilità di ricomprendere il concubinato nell’alveo del *matrimonium*, sebbene *iniustum*, pp.186-188.

³⁸² *VIR* 4.2, s.v. *quasi*, coll. 1459-1473.

³⁸³ La tesi di Volterra viene commentata anche sotto altri profili da Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. pp. 200-205.

Nella prima parte della presente trattazione si è già peraltro affrontata la questione terminologica: ad ogni *status* sembra corrispondere un termine che denota una ‘condizione’ ben definita. La progressione *sperata, dicta, pacta, sponsa* rende in *climax* ascendente la progressiva consolidazione giuridica di uno stato sentimentale³⁸⁴: lo evidenziano le fonti letterarie³⁸⁵ e la competenza giuridica del commediografo sarsinate, come più volte evidenziato, contribuisce ad attestare la puntuale corrispondenza tra le situazioni di fatto ed il corrispettivo *status* giuridico.

Il profilo terminologico non sembra tanto interessare Volterra, più che altro preoccupato di dimostrare che allo *sponsus* possa concedersi l'*accusatio ex iure extranei* e non, piuttosto, quella *ex iure mariti*. Il problema è proprio questo: non si tratta di uno *sponsus*, ma di un *quasi sponsus* e dunque non è pensabile che da D.48.5.14.8 possa evincersi *expressis verbis* la regola per cui allo *sponsus* possa concedersi l'*accusatio ex iure extranei*, pubblica ed intentabile da qualunque cittadino³⁸⁶.

Nel caso descritto nel passo di Ulpiano l'*accusatio de qua* spetta al soggetto leso proprio in quanto è un *quasi sponsus*.

Si può ritenere in conclusione che il termine *quasi sponsa* venga adoperato proprio perché il fidanzamento non è stato celebrato e perché la realtà di fatto configura una situazione che si avvicina non poco alla condizione di fidanzamento. Non si vede come la *deductio in domum* possa interrompere un rapporto di fidanzamento, allorché venga effettuata in assenza di *iustae nuptiae*; se una fanciulla fidanzata è *deducta in domum*, qualora il matrimonio non venga a sussistere per l'impedimento dell'età, il fidanzamento dovrebbe comunque permanere. Nel caso in esame sembra che l'espressione *quasi sponsa* sia usata in quanto il fidanzamento non è stato celebrato.

La fedifraga è ‘piccola’, è una infradodicenne, ma, evidentemente, deve aver compreso la portata del suo atto moralmente illecito, che però assurge alla soglia della rilevanza penale solo in

³⁸⁴ Si richiama ancora una volta l'accurata disamina di Bartocci, '*Spondebatur pecunia aut filia*', cit. *passim*.

³⁸⁵ Ad esempio Plaut. *Amph.* 676; Verg. *Aen.* 2.678; Non. p. 706 L.; cfr. Parte I, Capitolo 1, § 5.

³⁸⁶ *Contra* Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 410-411.

quanto è successivamente seguito un matrimonio legittimo con l'uomo leso dal comportamento contrario al dovere di fedeltà. L'illecito viene quindi perseguito – per così dire – retroattivamente, poichè il bene giuridico tutelato è sì l'*honor* del soggetto tradito, ma solo in quanto è poi divenuto marito legittimo. L'atto in sé, ovvero il fatto di aver commesso un illecito afferente ad un generico diritto-dovere di fedeltà, non ha rilevanza considerato in sé e per sé, ma ne acquista, evidentemente, in virtù di un intervenuto matrimonio. L'elemento materiale della condotta illecita è il tradimento, che nel caso di specie è definito da Ulpiano letteralmente con *adulterium*. Se accogliamo l'accezione ristretta del termine, ovvero come un congiungimento carnale compiuto con un soggetto diverso dal marito in costanza di nozze legittime, dovremmo dedurre che la terminologia ulpiana sia 'imprecisa'³⁸⁷. Tuttavia al maestro di Modestino era ben chiara la differenza tra gli illeciti di *stuprum* e di *adulterium* e la loro diversa area di applicazione, come si può desumere da un altro frammento del commento alla legge Giulia *de qua*:

D. 48.5.14.7, Ulp. 2 *de adult.*

Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicetur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur.

La fattispecie di certo qui è peculiare, ma dimostra la piena consapevolezza dell'autore circa la portata semantica e giuridica dei due termini.

³⁸⁷ Sulla terminologia, tra gli altri, Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. p. 216; con le osservazioni dell'Autore, ipotizziamo che Ulpiano possa anche sussumere entro la categoria di *adulterium* un caso di *stuprum*; su tali concetti va tuttavia ricordato il noto frammento di Modestino, tratto dai libri *Differentiarum* (D.50.16.101.pr., Mod. 9 diff.), raccolto nel Titolo *De verborum significatione* del Digesto: *inter "stuprum" et "adulterium" hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*, dove evidentemente si attesta l'uso promiscuo della terminologia, peraltro sulle orme di una – precedente – testimonianza papiniana (D. 48.5.6.1, Pap. 2 *de adult.*), inserita nel titolo del Digesto dedicato alla legge Giulia sull'adulterio: *lex stuprum et adulterium promiscui et κατάχρηστικώτερον appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci φθοράν appellant*. La tematica è complessa e la letteratura in materia è ampia. L'economia e la sistematica del presente lavoro non consentono altro che un rapido cenno al riguardo. Per la bibliografia relativa si rimanda alla Parte II, Capitolo 2, §§ 2 e 3 del presente lavoro.

Si deve altresì osservare, insieme a Tafaro³⁸⁸, che con Augusto veniva individuato come illecito il rapporto sessuale con una vergine e che, in età severiana, la minore poteva in ogni caso essere perseguita, dato che era proibito ogni rapporto con fanciulle non viripotenti: l'*accusatio* era proprio *iure extranei*; è altresì rilevante evidenziare che, sempre sotto i Severi, si estende alla *sponsa* il trattamento previsto per l'*uxor*³⁸⁹ e, evidentemente, alla *quasi sponsa* il trattamento riservato alla *sponsa*³⁹⁰. E infine è opportuno sottolineare, sempre con Tafaro³⁹¹, come Ulpiano dia conto dell'estensione della *vindicatio adulterii* a tutte le unioni matrimoniali, ivi comprese quelle *iniustae*.

In realtà la narrazione contenuta nel passo che si sta commentando bene rende lo stato dei fatti: l'intenzione delle parti era quella di vivere come marito e moglie, anche perché la *deductio in domum* va intesa quale atto prodromico alla costituzione della convivenza coniugale: rileva dunque l'elemento psicologico che sorregge l'*adfectio maritalis*³⁹². L'illecito, di conseguenza, è stato compiuto nella consapevolezza di essere 'come sposati'; questo forse è il motivo che deve avere spinto Ulpiano ad usare il termine *adulterium*.

A questo punto della trattazione è bene evidenziare la responsabilità che viene riconosciuta persino in capo ad una infradodicesenne: occorre tuttavia interrogarsi sui criteri per i quali una giovane *puella* venga considerata responsabile. E dunque, per meglio comprendere questo frammento di Ulpiano è opportuno ricorrere al suo allievo ed ancora una volta al discusso

³⁸⁸ Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. p.216.

³⁸⁹ Lo attesta lo stesso Ulpiano in D.48.5.14.3, Ulp. 2 *de adult.: divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur*; e se ne trova un indizio anche in Coll.4.6.1, Paul. *l.s. de adult.: in uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam sponsam. Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt*; sebbene letteralmente la fonte si limiti ad escludere l'*accusatio iure mariti* nel caso di tradimento della fidanzata.

³⁹⁰ Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. p. 222.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 222 nt. 49.

³⁹² Si veda Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 200: la *deductio in domum* di un'infradodicesenne si consolida in *iustae nuptiae* solo al compimento del dodicesimo anno; accurata disamina sulla *deductio in domum* corredata di ampie testimonianze storiche letterarie e giuridiche in Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 512-563; cfr., tra gli altri, anche I. Piro, *Spose bambine. Risalenza diffusione e rilevanza giuridica in età romana*, Milano 2013, p. 7, ove l'A. riprende le tesi di Garrido, tornando poi sul nostro frammento con riferimento alle innovazioni restrittive augustee, che sanciscono l'irregolarità del fidanzamento di una infradecenne ai fini dell'elusione dell'obbligo matrimoniale. Imprescindibile Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*.

frammento estratto dai *libri Differentiarum*, che in ogni caso sarà oggetto di specifica esegesi tra breve:

D. 23.1.14, Mod. 4 *diff.*

*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*³⁹³.

Come si vedrà, Modestino chiarisce che nel fidanzamento non viene definita una soglia minima per concludere gli *sponsalia*, dato che l'unico presupposto richiesto è che entrambi i futuri *sponsi* comprendano la portata del loro atto. Ciò detto, possiamo avanzare l'ipotesi per cui la giovanissima fedifraga risponde del tradimento qualora abbia compreso la natura della sua azione. Ma occorre essere più precisi: sembra che l'indagine di chi è chiamato a valutare il comportamento debba spingersi sino alla valutazione dell'elemento psicologico che ha sorretto il comportamento illecito; si può perciò riconoscere la responsabilità della fanciulla laddove ella vi abbia acconsentito volontariamente, ovvero nel caso in cui il 'terzo' individuo non l'abbia costretta, ma abbia potuto contare sulla 'collaborazione' della *puella*.

Muoversi sul terreno delle supposizioni è sempre aleatorio, ma talvolta necessario, soprattutto ove non è possibile basarsi sulla chiarezza delle fonti. Non sembra peraltro essere proficuo estendere al presente caso i principi dettati e previsti in tema di adulterio 'tecnico', inteso quale gesto di infedeltà compiuto *constante matrimonio legitimo*³⁹⁴.

Atteniamoci dunque al rescritto di Settimio Severo citato da Ulpiano³⁹⁵: il marito può perseguire l'atto di infedeltà compiuto dalla sua attuale moglie quando questa era ancora *quasi sponsa*, perpetrando contro la stessa un'*accusatio* non *iure mariti* ma *iure extranei*; ed evidentemente lo può fare anche contro una fanciulla che ha compiuto il tradimento quando ancora non aveva dodici anni.

³⁹³ Si veda Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. p. 13; prima ancora accenna al frammento Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 405.

³⁹⁴ Si vedano Thomas, *Accusatio adulterii*, cit. pp. 71-72 e Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 200 nt. 111.

³⁹⁵ D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*, cfr. p. 112.

Sulla base della *comparatio* dei passi di Ulpiano³⁹⁶ e di Modestino³⁹⁷, se si osserva in particolare il finale del frammento dell'ultimo giurista classico – *id est, si non sint minores quam septem annis* –, si può concludere che forse il settimo anno di età è il termine *post quem* sia possibile ritenere la fanciulla responsabile per un atto contrario alla *reverentia*; infatti, se a quell'età la fanciulla è in grado di comprendere il significato della condizione di *sponsa*, allora è plausibile che le si possa imputare anche la piena consapevolezza del tradimento nei confronti del proprio *sponsus*.

Tornando al problema dell'*aetas*³⁹⁸, come ribadito, nei suoi *libri Differentiarum* Modestino mette in evidenza che solo per il matrimonio viene fissata un'età minima per il compimento dell'atto: in realtà l'allievo di Ulpiano sembra esprimersi in termini molto più precisi. È noto che l'età del matrimonio viene fissata a dodici anni per la fanciulla, mentre per il fidanzamento essa non viene stabilita; da ciò è evidentemente possibile desumere che ci si possa fidanzare già ai primordi dell'età. Il presupposto necessario e sufficiente è che entrambe le persone fidanzande comprendano l'atto che stanno compiendo, ma, a quanto pare, la possibilità di *intellegere* l'atto di fidanzamento si verifica a partire dal compimento del settimo anno di età.

Ci sembra che Modestino usi una locuzione – *effici possunt* – che, in quanto generica, è compatibile con l'ipotesi di una celebrazione che, se certamente viene decisa dagli aventi potestà sui fidanzandi, non esclude tuttavia la compartecipazione volontaristica di questi ultimi e la loro adesione consensuale. Il passo del giurista, coerentemente con la *ratio* dell'opera – funzionale all'insegnamento del diritto³⁹⁹ – mira ad evidenziare la diversa disciplina giuridica di situazioni eterogenee, benchè connotate da analogia⁴⁰⁰.

³⁹⁶ D. 48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*

³⁹⁷ D.23.1.14, Mod. 4 *diff.*; si rimanda ogni questione interpolazionistica relativa al frammento nella successiva sede opportuna.

³⁹⁸ E dunque alla tematica in esame.

³⁹⁹ I *libri Differentiarum* di Modestino rappresentano un *unicum*: nessun giurista si è mai cimentato in un'opera del genere; sull'autore e sull'opera citata si veda la completa ed esaustiva trattazione di G. Viarengo, *Studi su Erennio Modestino. Profili Biografici*, Torino 2009 e G. Viarengo, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto*, Torino 2012, in part. pp. 17-25. Essi sono una sorta di “trattatello didattico impostato sulla contrapposizione definitoria fra istituti di diritto e

I criteri per legittimare i due diversi istituti sono divergenti: nel caso del matrimonio occorre la pubertà e dunque l' idoneità attiene più che altro alla capacità riproduttiva di chi contrae le *nuptiae*⁴⁰¹; nel fidanzamento ciò che conta invece è la cognizione delle conseguenze del proprio agire⁴⁰².

Per le *nuptiae*, l' elemento dirimente è dunque di carattere obbiettivo: la maturazione sessuale rappresenta la linea di confine tra idoneità e inidoneità a contrarre matrimonio e questo comporta una previsione anagrafica precisa.

Nel fidanzamento invece, almeno per un certo periodo, il controllo si effettua casisticamente, volta per volta, al fine di valutare la sussistenza o meno della capacità di *intelligere id fieri*. Potremmo dunque avere soggetti al primordio dell'età perfettamente in grado di rappresentarsi le conseguenze del fidanzamento e, diversamente, soggetti prossimi alla pubertà che non *intelligunt* ciò che vanno a costituire. Evidentemente Modestino si riferisce ad un periodo nel quale all'ordinamento preme che entrambi i soggetti agiscano consapevolmente, siano essi maschi o femmine: va quindi considerata anche la cognizione delle proprie azioni da parte della fanciulla, rilevando, dunque, il suo *consensus* consapevole⁴⁰³.

Come più volte ricordato, l' incongruenza tra l' *incipit* del passo e la sua conclusione ha fatto supporre un' interpolazione⁴⁰⁴, dato che non avrebbe senso esprimere nello stesso contesto un

sull'analisi (di tipo alquanto elementare) degli stessi: a differenza di altri manuali istituzionali, la disposizione degli argomenti appare conforme a quella edittale": come sempre efficaci le considerazioni di F. Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014, cit. p. 93 e nt. 6.

⁴⁰⁰ Cfr. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 11.

⁴⁰¹ La tematica è complessa e oggetto di vari studi di cui dà conto Fayer, *La familia romana*, cit. pp. 412-454. Sul tema della pubertà ancora Tafaro (*Pubes e viripotens*, cit. pp. 157-195), in particolare con riferimento all'età per contrarre matrimonio, e Idem, *La pubertà a Roma*, cit. in part. pp. 179-228. La capacità procreativa degli sposi era richiesta già in età arcaica dal *ius sacrum*, come riporta Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. pp. 88-94.

⁴⁰² Fayer, *La familia romana*, cit. p. 74; si leggano le osservazioni di Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 59.

⁴⁰³ Ulteriore prova che il frammento si riferisce al fidanzamento di evoluzione classica.

⁴⁰⁴ Lo deducono: Bonfante (*Corso di diritto romano* 1, cit. p. 228), leggendo Modestino in parallelo con 2.19.1, *Paul. Sent.*, che limpidamente afferma *sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt*; Perozzi (*Istituzioni di diritto romano* 1, cit. pp. 355-356 e nt. 1), il quale tuttavia contesta la tesi di S. Solazzi (*Le nozze della minorenne*, in *Atti della R. Accad. delle Scienze di Torino* 51, 1916, pp. 749-774, in part. p. 761, (= *Scritti di diritto romano* 2, Napoli 1957, pp. 147-165, in part. p. 155 nt. 25.3) che,

concetto lato quale il *primordium aetatis*, per poi quantificarlo in modo apparentemente immotivato.

L'ipotesi interpolazionistica è stata affrontata, discussa e risolta in modo più che convincente ed esaustivo da Lamberti⁴⁰⁵, che considera dirimente la *ratio* sottesa all'opera di Modestino, protesa a dare conto, sintetizzandole, della varie posizioni della dottrina che, nel tempo, si sono succedute. L'A. effettivamente riconosce nel passo dell'ultimo giurista classico l'attestazione di un dibattito precedente, sviluppatosi in un contesto più ampio; tuttavia accoglie l'ipotesi per la quale la sintesi delle varie discipline caratterizzanti la questione giuridica *de qua* nella sua evoluzione dalla fase

diversamente, ritiene interpolata l'espressione *si modo id fieri ab utraque persona intellegatur*. Ma, sul punto, si osservino le considerazioni dell'A. Concorde sull'interpolazione anche Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. p. 373; Idem, *Sul consenso della filia familias agli sponsali*, (= *Scritti Giuridici* 1, Milano 1991, pp. 291-303, in part. pp. 294-295 ed ancora in *Diritto di famiglia*, cit. pp. 129-130), che, nell'ambito di ragionamenti in tema di consenso della *puella*, conferma le riserve di Bonfante sulla tesi di Solazzi, corroborando le eccezioni anche attraverso la comparazione con C. Th. *De spons.* 3.5.2 *pr.*, che, stando a Volterra, nel *principium* attesterebbe una norma compatibile con il *si modo...intellegatur*. Sul passo non può non segnalarsi il dibattito tra Volterra e Solazzi attestato e chiarito in Volterra, *Ancora sul consenso della filia familias agli sponsali*, cit. pp. 527-537. Si evince la tesi dell'interpolazione anche nell'edizione del 1952 del manuale istituzionale di V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1952, p. 448; ancora, concordi sull'interpolazione della chiusa sono Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 11) in modo drastico e conciso; anche e prima Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 43 nt. 33 e Astolfi (*La lex Iulia et Papia*, cit. p. 7 nt. 20 e Idem, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 59), il quale dà una lettura comparata delle fonti: D.26.7.1.2, Ulp. 35 *ad ed.: sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent*; C. Th. 8.18.8: *certis annorum intervallis in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut sive maturius sive tardius filius fandi sumat auspicia intra septem annos aetatis eius pater aut bonorum possessionem impleret aut qualibet actis testatione successionem amplectatur*, [...]. In particolare Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, p. 60) osserva come la *ratio* della costituzione del 407 d.C. di Arcadio sia quella di accertare una volta per tutte l'inizio della maturità intellettuale, facendola necessariamente coincidere con la fine dell'infanzia (*Ibidem*, p. 60). La regola convince anche Giustiniano che la fa riproporre in C.6.30.18.*pr.*: *Impp. Theod., Valent.: si infanti, id est minori septem annis [...]*. Ancora Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 75 e nt. 219; *contra* H.G. Knothe, *Zur 7-Jahresgrenze der 'infantia' im antiken römischen Recht*, in *SDHI* 48, 1982, pp. 239-256. Più in generale sull'età dell'infante S. Solazzi, *Saggi di critica romanistica. L'età dell'infans*, in *BIDR* 49-50, 1947, pp. 338-409, (= *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1963, pp. 653-657); sul tema anche A. Burdese, *Sulla capacità intellettuale degli impubes in diritto romano*, in *AG* 150, 1956, pp. 10-66. Naturalmente, sul passo e sul tema in modo compiuto ed esaustivo Lamberti, (*La familia romana e i suoi volti*, cit. pp. 91-102), che discute in modo definitivo l'ipotesi interpolazionistica.

⁴⁰⁵ Lamberti, *La familia romana e i suoi volti*, cit. pp. 92-93. L'A. approfondisce la questione nelle pagine seguenti, (pp. 99-101), eccependo sulla posizione di M. Casola (*L'età del fidanzamento secondo Modestino*, in *Diritto@Storia* 12, 2014) – per cui le parole di Modestino conterrebbero «il frutto della sintesi delle discipline succedutesi dall'età repubblicana sino ai tempi di Modestino» – e riferendosi specificamente a fonti che corroborano l'ipotesi di una *disputatio*, che giustificerebbe l'apparente incongruenza modestiniana.

repubblicana a quella in cui opera l'allievo di Ulpiano sarebbe in realtà successiva al giurista stesso⁴⁰⁶.

Deve escludersi perciò l'interpretazione per cui l'espressione *a primordio aetatis* significhi, semplicemente, 'dalla nascita': la lettura comporterebbe infatti nuovamente un'incongruenza rispetto al successivo *si modo id fieri ab utraque persona intellegatur*⁴⁰⁷. È da ritenersi dunque preferibile aderire all'interpretazione consolidata che rende l'espressione come "sin dalla prima infanzia"⁴⁰⁸.

Lamberti⁴⁰⁹, in disaccordo con Casola, interpreta il *primordium* con valenza sinonimica rispetto alle espressioni *a primis aetatis annis*⁴¹⁰ e *a primis temporibus*⁴¹¹ e quindi in assonanza con "sin dalla prima infanzia".

Sembra che il *si modo id fieri ab utraque persona intellegatur* di Modestino non trovi consonanza col *consentire intellegitur* del maestro⁴¹²; diverso è il significato delle due coniugazioni del verbo *intellegere*: il primo si riferisce alla consapevolezza dei *nubendi*, mentre il secondo alla possibilità di comprendere se la fanciulla acconsenta o meno; l'oggetto dell'*intellegatur* modestiniiano è l'atto stesso di fidanzamento, quello dell'*intellegitur* ulpiano è proprio il 'consenso' della fanciulla.

Ci si domanda a questo punto che cosa debba intendersi per 'comprensione'.

⁴⁰⁶ Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*, cit. p. 101.

⁴⁰⁷ Si può dunque ritenere superata la posizione di Solazzi, *Le nozze della minorenni*, cit. p. 155 nt. 25 n. 3: l'A. legge nell'*a primordio aetatis* la possibilità di fidanzare «qualunque bambina».

⁴⁰⁸ Così già Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 356 nt. 1), il quale tuttavia non esclude che, in tempo risalente, vi sia stata la possibilità di fidanzare anche i neonati; ed anche Volterra, *Sul consenso della filia familias agli sponsali*, cit. p. 296 nt. 1. Diffusamente, sull'età delle fanciulle, Fayer, *La famiglia romana*, cit. pp. 440 ss. Ritorna sul problema, soffermandosi sul termine *primordium*, Casola, *L'età del fidanzamento*, cit. § 4. L'A. coglie, peraltro, lo spunto per ribadire l'ingerenza paterna nell'ambito del fidanzamento ancora in età classica.

⁴⁰⁹ Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*, cit. pp. 96-97 e ntt. 14 e 15.

⁴¹⁰ Quint. *decl. mai.* 9.3.6: *sine dubio a primis aetatis annis iunxerat nos potentissimus amor ille puerilis, dum aut nulla erant inter parentes odia aut a nobis non intellegebantur.*

⁴¹¹ Cic. *Tusc.* 5.5: *sed et huius culpa et ceterorum vitiorum peccatorumque nostrorum omnis a philosophia petenda correctio est. Cuius in sinum cum a primis temporibus aetatis nostra voluntas studiumque nos compulisset, his gravissimis casibus in eundem portum, ex quo eramus egressi, magna iactati tempestate confugimus.*

⁴¹² D. 23.1.12.pr., Ulp. *l. s. de sponsal.*: *sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur.* Di diverso avviso Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*, cit. p. 97.

È ragionevole concordare con chi postula l'uso della ragione da parte della fanciulla quale condizione necessaria per essere promessa e condotta presso la dimora del futuro sposo; Garrido⁴¹³ evidentemente ritiene assolto il *si modo id fieri ab utraque persona intellegatur* dalla semplice capacità d'uso della ragione e lo considera un requisito necessario sia per la promessa di matrimonio sia per poter condurre la fanciulla presso la dimora dello *sponsus*. Tuttavia l'A. evidenzia come un eventuale rapporto sessuale con la fanciulla, capace di intendere il proprio gesto, ma minore degli anni dodici, inquadri un comportamento illecito, tanto da assurgere a delitto: dalle sue parole sembra potersi evincere una legittimazione ad una convivenza *more uxorio* che anteceda il matrimonio, ma che debba essere condotta "in bianco", pena una illiceità penale. L'uso della ragione, dunque, consentirebbe un fidanzamento preliminare al matrimonio, nonché un rapporto di fatto, da procrastinare sotto lo stesso tetto, ma senza consumare rapporti, in attesa del compimento del dodicesimo anno della fanciulla, momento in cui «la menor se considera formada física e intelectualmente».

Di Marzo⁴¹⁴ per contro dà al passo di Modestino un'interpretazione che *ictu oculi* parrebbe restrittiva: infatti per l'A. è sufficiente che i due protagonisti abbiano inteso che stanno concludendo gli *sponsalia*; ma tale lettura è forse troppo formalistica, dal momento che, diversamente, sembra essere rilevante non solo la capacità di classificare il gesto come 'fidanzamento', ma anche la possibilità di comprendere la portata delle conseguenze che ne derivano. Si pensi infatti all'episodio della *quasi sponsa* descritto in D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*: in quella sede si imputava una responsabilità persino ad una *puella* che, giovanissima, non era neppure formalmente fidanzata.

Quando si effettuano gli *sponsalia*, i futuri coniugi debbono dunque presumibilmente essere consapevoli non solo che si tratta di 'un fidanzamento', ma anche di tutte le 'relative implicazioni', insomma di tutti gli 'effetti indiretti' che esso comporta a livello sociale e giuridico.

⁴¹³ *Minor annis XII nupta*, cit. pp. 76-88, in part. p. 85.

⁴¹⁴ Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 11.

Si richiede, dunque, che essi abbiano consapevolezza dell'atto sotto il profilo affettivo, morale e giuridico, nonché del conseguente rapporto che si viene ad instaurare. Tuttavia Di Marzo⁴¹⁵ sembra cogliere pienamente la problematica: la capacità prospettica di valutare le future conseguenze di un proprio gesto da parte di un soggetto che agisce *a primordio aetatis* è limitata; è impossibile giudicare infatti se abbia compreso o meno le conseguenze futuribili dell'«*actum*»: la valutazione della consapevolezza, specie con riferimento ad un *infans*, può infatti investire solo *l'hic et nunc*, senza potersi proiettare nel futuro.

Queste osservazioni, di natura antropologica e prima ancora di buon senso, consentono di supporre che l'*intelligere* infantile possa riguardare sicuramente l'atto del fidanzamento, il momento iniziale e che forse al bambino non sia neppure richiesta una rappresentazione in termini giuridici delle conseguenze, essendo sufficiente la piena cognizione del *factum* genetico. Teoricamente gli si richiede la capacità di pronunciare parole e di comprenderne il significato⁴¹⁶; una capacità, dunque, che è indicativa della idoneità a intendere il mero 'fatto' concreto di fidanzarsi.

Appare plausibile a questo punto che, per capire quale livello di comprensione sia richiesto all'*infans* che si vuole fidanzare, non aiuti la comparazione con gli altri negozi produttivi di *obligationes verbis*⁴¹⁷, essendo in esse del tutto assenti i risvolti sul piano affettivo, che possono ritenersi essenziali e, forse, anche sufficienti nell'ambito dell'oggetto dell'*intelligere* modestiniano.

Sono più che condivisibili le parole di Lamberti⁴¹⁸: «anche bambini piccoli possono intendere il senso del 'fidanzarsi'». Non potendo però trovare risposte nella fonte, resta il dubbio sollevato, se l'*intelligere* abbia ad oggetto il solo 'atto' di fidanzamento, oppure anche (tutte) le conseguenze che ne derivano.

⁴¹⁵ *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 11.

⁴¹⁶ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 59.

⁴¹⁷ Prese in esame e commentate efficacemente da Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*, cit. p. 100.

⁴¹⁸ Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*, cit. p. 99.

Vero è che il tema delle unioni precoci ha una significativa rilevanza sociale, etica e giuridica e trova ampia testimonianza nelle fonti storiche, letterarie e giuridiche. A titolo esemplificativo si pensi a Plutarco⁴¹⁹, a Tacito⁴²⁰, alla commedia di Plauto, alla poesia di Catullo, alla sottile e raffinata satira di Petronio, alle Metamorfosi di Apuleio, a Gellio⁴²¹, nonché a Svetonio⁴²² e a Dione Cassio⁴²³. Non mancano altresì riscontri giuridici relativi alla tematica⁴²⁴.

Stando ad alcune fonti, già in età repubblicana, il fidanzamento di fanciulli in tenera età non era prassi inusuale⁴²⁵ e la ragione poteva ravvisarsi nell'esigenza utilitaristica di stringere alleanze tra le famiglie, specie di ricchi senatori e cavalieri⁴²⁶.

⁴¹⁹ *Lyc.- Num.* 26.4.1.3.

⁴²⁰ *Germ.* 20.2; *Ann.* 14.64.1 e 12.58.

⁴²¹ 2.23.9, che riporta la Commedia di Menandro (fr. 333 Koerte).

⁴²² *Aug.* 62.1; *Nero* 7.8; *Claud.* 27.1-6.

⁴²³ 60.5.7.

⁴²⁴ Gell. 4.4; Dio Cass. 56.7.1-2; Suet. *Aug.* 34.4; Dio Cass. 54.16.7; 56.6.6; Tert. *apol.* 4.8 (che qui sono preziose fonti giuridiche); Gai. 1.178; D.12.4.8, Nerat. 2 *Membr.*; D.18.1.11.1, Ulp. 28 *ad Sab.*; D.19.1.11.5, Ulp. 32 *ad ed.*; D.23.1.9, Ulp. 35 *ad ed.*; D.23.1.14, Mod. 4 *diff.*; D.23.2.4, Pomp. 3 *ad Sab.*; D.23.3.368, Pap. 10 *quaest.*; D.24.1.32.27, Ulp. 33 *ad Sab.*; D. 24.1.65, Lab. 6 *post. a Iav. epit.*; D.26.7.59, Scaev. 26 *dig.*; D.27.6.11.3-4, Ulp. 35 *ad ed.*; D.29.5.1.32, Ulp. 50 *ad ed.*; D.32.51, Paul. 4 *ad Sab.*; D.32.81.pr., Mod. 9 *diff.*; D.32.81.1, Mod. 9 *diff.*; D.34.2.25.9, Ulp. 44 *ad Sab.*; D.35.1.101, Pap. 8 *resp.*; D.36.2.30, Lab. 3 *post. a Iav. epit.*; D.42.4.5.2, Ulp. 59 *ad ed.*; D.42.5.17.1, Ulp. 63 *ad ed.*; D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*; D.48.5.37, Pap. 3 *quaest.*; D.48.19.38.3, Paul. 5 *sent.*; D.50.16.13.pr., Ulp. 7 *ad ed.*; D.50.16.204, Paul. *epit. Alf.*; I.1.10.pr.; *Tit. ex corp. Ulp.* 5.2; *Tit. ex corp. Ulp.* 11.28; *Tit. ex corp. Ulp.* 16.1; *Tit. ex corp. Ulp.* 11.18 e 11.20.

⁴²⁵ Ne dà conto già Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404; si veda anche Fayer, *La familia romana*, cit. p. 74.

⁴²⁶ Si veda Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 491; è preziosa la ricerca di Fayer, *La familia romana*, pp. 76-79, sui precedenti storici autorevoli: il fidanzamento concluso da Augusto stesso tra Vipsania Agrippina, nipote di Pomponio Attico, di appena un anno e il figlio adottivo Tiberio; lo attesta Cornelio Nepote, *Att.* 19.4: *nata est autem Attico neptis ex Agrippa, cui virginem filiam collocarat. Hanc Caesar vix anniculam Ti. Claudio Neroni, Drusilla nato, privigno suo, despondit; quae coniunctio necessitudinem eorum sanxit, familiaritatem reddidit frequentiore.* È da citare anche il fidanzamento concluso tra Giulia, figlia di Augusto, e Marco Antonio Antillo; Suet. *Aug.* 63.2; ed ancora il fidanzamento tra Ottavia figlia di Claudio e Messalina, e Giunio Silano, a sua volta in tenera età; lo riportano Dio Cass. 60.5.7 che usa il termine *παῖς* ed anche Suet. *Claud.* 24.3: [...] *triumphalia ornamenta Silano, filiae suae sponso, nondum puberi dedit [...]*. L'episodio, la cui narrazione risulta dalla lettura sistematica di Dione Cassio, Svetonio e Tacito (*ann.* 12.58.1: *D. Iunio Q. Haterio consulibus sedecim annos natus Nero Octaviam Caesaris filiam in matrimonium accepit. [...]*), è apprezzabile sul piano giuridico: deduciamo dalle testimonianze letterarie che il fidanzamento poteva essere contratto in età precocissima, che gli aventi potestà avevano ancora un ruolo di gravidanza anche in età classica (ma questo non esclude la necessità del consenso del diretto interessato); che il fidanzamento poteva protrarsi per un lungo periodo e che poteva essere sciolto. Quando Augusto porrà un limite all'età per fidanzarsi, il provvedimento susciterà malumori. Si veda al proposito il paragrafo successivo. In generale, sul tema delle unioni precoci, cfr. M. Durry, *Le mariage des filles impubères dans la Rome Antique*, in *RIDA* 2, 1955, pp. 263-273, in part. p. 266; J. Reinach, *Puberté féminine et mariage romain*, in *RDH* 34, 1956, pp. 268-273, in part. p. 269; Piro, *Spose bambine*, cit. pp. 24-25.

5. *Fidanzamenti elusivi.*

La disamina prosegue ora sullo sfondo dell'intervento augusteo finalizzato ad una politica matrimoniale in particolare con riferimento alla *lex Papia et Poppaea nuptialis*, che costituisce un correttivo alla precedente *lex Iulia de maritandis ordinibus* e che incide direttamente sulla disciplina del fidanzamento. L'economia del lavoro non consente l'opportuno inquadramento storico legislativo se non limitatamente a qualche considerazione di carattere sociologico.

Augusto, preoccupato tra l'altro per il calo demografico, per la salvaguardia dei costumi e per la tutela della stirpe romana, impone l'obbligo di contrarre le nozze con la *lex Iulia de maritandis ordinibus*⁴²⁷: gli uomini di età compresa tra 25 e 60 anni e le donne tra i 20 ed i 50 anni sono obbligati a contrarre matrimonio, sotto la minaccia di una sanzione⁴²⁸; ma i soggetti in età da matrimonio potevano assolvere alla prescrizione anche col solo fidanzamento⁴²⁹; fidanzarsi significava dunque evitare le conseguenze previste per il celibato⁴³⁰.

⁴²⁷ L'intervento normativo è del 18 a.C.; cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, cit. pp. 443-445.

⁴²⁸ La tematica è ampiamente discussa dalla dottrina, per tutti si vedano Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, cit. pp. 443-445; V. Arangio Ruiz, *La legislazione*, in *Augustus. Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma 1938, pp. 101-146, (= *Scritti di Diritto Romano* 3, Napoli 1977, pp. 249-294); B. Biondi, *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano 1939, pp. 141-262, in part. pp. 198 ss., (= *Scritti giuridici* 2, Milano 1965, pp. 77-188, in part. pp. 128 ss.); B. Biondi, *Leges populi romani*, in *Acta divi Augusti* 1, Roma 1946, pp. 103-223, (= *Scritti giuridici* 2, Milano 1965, pp. 189-306, in part. pp. 250 ss.); L.F. Raditsa, *Augustus' Legislation concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in *ANRW* 2.13, 1980, pp. 278-339; F. Della Corte, *Le 'leges Iuliae' e l'elegia romana*, in *ANRW* 2.30.1, 1982, pp. 539-558; T. Spagnuolo Vigorita, *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli 1984, in part. pp. 149 ss.; Idem, *Casta domus*, Napoli 2010; M. Zablocka, *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR* 89, 1986, pp. 379-410; Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., *passim*; Fayer, *La familia romana* 2, pp. 80 ss. e pp. 563-598 *et passim*; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*.

⁴²⁹ Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 80; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 134.

⁴³⁰ Sono significative le fonti classiche letterarie: Suet. *Aug.* 34: *cumque etiam in maturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coartavit, divortii modum imposuit*; Dio Cass. 54.16.7 e 56.7.1-2; Zon. *epit.* 10.34; Svetonio, con particolare riferimento all'espressione conclusiva *divortii modum imposuit*, ha richiesto peculiare attenzione esegetica, per cui si veda Volterra, *Ricerche intorno agli sponsalia*, cit. p. 348 nt. 1. Riportiamo anche la testimonianza di J. G. Heineccius, *Operum ad universam iuris prudentiam philosophiam et litteras humaniores pertinentium tomus quintus*, Ginevra 1748, p. 176, efficace per la sua chiarezza: *nimirum, lata lege Iulia, nullum inter marito sed sponsor discrimen statuerat Augustus, sed hos aequae ac illos a poenis caelibatus immunes esse iusserat.*

Come è immaginabile, gli *sponsalia*, ancora una volta equiparati al matrimonio circa gli effetti⁴³¹, divennero strumento per eludere questa forma di responsabilità verso l'ordinamento giuridico⁴³²; era prassi infatti che gli uomini si fidanzassero con fanciulle che non erano ancora in età da matrimonio e che i fidanzamenti venissero protratti *ad libitum*; era invalso quindi l'uso di 'simulare' il fidanzamento o, più semplicemente, di protrarlo ingiustificatamente⁴³³.

Dopo 27 anni di reiterazione di queste attività elusive l'imperatore, come noto, promulgò la *lex Papia et Poppaea nuptialis*⁴³⁴ per correggere il precedente intervento normativo, imponendo che il fidanzamento con una fanciulla impubere non potesse durare più di due anni⁴³⁵. L'intervento rappresenta un correttivo cui Augusto ricorre per ovviare ad un proprio errore di valutazione. Come

Quemadmodum vero ingeniosa adversus leges esse solet improbitas ita: inde occasionem arripiebant Romani, vim legis Papiae Poppaeae immaturitate sponsarum eludendi. Stipulabantur enim sibi puellas, nundum viri potentes, eoque otentu, nuptiis diutissime trahebant donec, potiti maritorum praemiis, sponsas repudiarent, fraudem hoc modo legi facientes impudentissime; per cui cfr. Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. pp. 143-144; P. Voci, *Diritto ereditario romano* 1, Milano 1967, p. 439; Astolfi, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, cit. pp. 671 ss.; Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 492; M. Balestri Fumagalli, s.v. *Sponsali* (*Diritto romano*), in *Enc. Dir.* 43, Milano 1990, p. 505; Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. p. 205 nt. 31; Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 80-82.

⁴³¹ Cfr. Parte I, Capitolo 1, §. 10.

⁴³² Cfr. già G. Rotondi (*Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911, pp. 69-70), che esclude la sussistenza di una *fraus legis* nell'atto di chi si fida con l'intento meramente elusivo circa l'obbligo matrimoniale; sul punto, più possibilista è Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 349; si veda Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 4; netta è la lettura di Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 80-81.

⁴³³ Cfr. Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. p. 144, che tuttavia si riferisce alla *lex Iulia de maritandis ordinibus*, senza specificare l'apporto del successivo intervento augusteo, al quale, invece, fa riferimento Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 4; Piro (*Spose bambine*, cit. p. 113 e nt. 53), che efficacemente parla del secondo intervento normativo di Augusto come rimedio previsto per la «corsa a fidanzarsi con bambine, che, *ictu oculi*, non sarebbero potute divenire spose che solo dopo molti anni».

⁴³⁴ Suet. *Aug.* 34: *leges retractavit et quasdam ex integro sanxit, ut sumptuariam et de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus*. La legge è del 9 d.C.; cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, cit. pp. 457-462, che prende criticamente le distanze dalle attestazioni di Dione Cassio (54.16.7 e 56.7.2).

⁴³⁵ Dio Cass. 56.7.2 (da cui è possibile ipotizzare che prima dell'entrata in vigore dell'intervento augusteo sussistesse la 'prassi' per cui il fidanzamento non potesse avvenire con la fanciulla infra decenne; tuttavia lo storico allude al fatto che Augusto li 'permettesse', 'επετρέψα'); Dio Cass. 54.16.7 (dove attesta l'introduzione del divieto); Corn. *Nep. Att.* 19.4; Suet. *Aug.* 34.2: *cumque etiam immaturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coartavit, divortii modum imposuit*. Sulla nullità delle nozze simulate D.23.2.30, Gai. *ad l. Iul. et Pap.*: *simulatae nuptiae nullius momenti sunt*. Sul tema, *ex multis*, vedi seconda nota di paragrafo.

rileva Volterra⁴³⁶, l'imperatore con l'intervento del 18 a.C. avrebbe esentato dalla sanzione non solo gli ammogliati, ma anche coloro i quali ricorrevano al fidanzamento o ad altra unione, con l'intenzione di addivenire al matrimonio qualora la fanciulla non fosse ancora in età da marito, intraprendendo con essa una relazione pre-coniugale. Più precisamente Augusto avrebbe esteso l'esenzione non solo agli ammogliati, ma anche a tutti coloro che si erano uniti ad una donna al di sotto dell'età legale, ritenendola moglie legittima, pur mancando dunque la sussistenza di *iustae nuptiae*.

Già Volterra⁴³⁷, sulla base di un passo del commento a Sabino di Pomponio, osservava che, decorsi due anni di fidanzamento 'legale', il matrimonio si sarebbe perfezionato *ipso iure* al compimento del dodicesimo anno:

D.23.2.4, Pomp. 3 *ad Sab.*

*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos*⁴³⁸.

Secondo tale lettura, il fidanzamento comporterebbe allora un'assunzione di responsabilità più che significativa, atteso che la manifestazione del consenso agli *sponsalia* ed il suo mantenimento

⁴³⁶ Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, cit. p. 351. Stando all'A., l'elusione del divieto di celibato poteva avvenire non solo attraverso gli *sponsalia*, ma anche tramite qualunque unione (non illecita), prodromica alle nozze.

⁴³⁷ Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, cit. p. 351 e nt. 1.

⁴³⁸ Dalla fonte Castello (*Consortium omnis vitae*, cit. p. 446) deduce il principio per cui durante il Principato non era possibile considerare come matrimonio quello contratto con fanciulle infra dodicenni. Cfr. però Tafaro, *Pubes et viripotens*, cit. p. 144 e nt. 37; Idem, *La pubertà a Roma*, cit. pp. 164-165 e nt. 31. Sempre Tafaro (*Pubes et viripotens*, cit. pp. 158-159 e *La pubertà a Roma*, cit. pp. 180-187) esclude che la regola potesse essere oggetto di controversia; osserva ancora, forte delle testimonianze di Pomponio (D.23.2-4, 3 *ad Sab.*) e di Papiniano (D.23.3.68, 10 *quaest.*), che tra il secondo ed il terzo secolo prevalse l'orientamento per cui il matrimonio contratto con la minore dei dodici anni era considerato 'pendente', in attesa proprio del dodicesimo compleanno della fanciulla; l'A. precisa ancora che Nerazio (D. 12.4.8, 2 *membr.*) assimila la moglie prematura alla fidanzata (*Pubes et viripotens*, cit. p. 163 nt. 9; *La pubertà a Roma*, cit. p. 187 nt. 9). Ritengo che Nerazio non assimili *tout court* gli istituti, ma si limiti ad estendere al matrimonio la disciplina della ripetizione dotale relativa al fidanzamento. Affronta gli aspetti puramente sistematici e comparatistici Romano, *Matrimonium iustum*, cit. pp. 97-98; si sofferma sulla paternità del pensiero tradito nel frammento Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 45; Fayer (*La familia romana* 2, cit. p. 84) parla di 'convivenza' che poi si trasforma in una legittima unione coniugale al compimento del dodicesimo anno, senza necessità di (ulteriore) *deductio in domum* della fanciulla (p. 375, nt. 141): dalle osservazioni dell'A. deduciamo che la prassi di *deducere in domum* una *puella* non ancora dodicenne fosse frequente. Situazione questa che non sfugge alla riflessione dei giuristi: D.23.1.9, Ulp. 35 *ad ed.*; D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.*; D.23.3.68, Pap. 10 *quaest.*; D.12.4.8, Nerat. 2 *membr.* Sulla funzione della *deductio in domum* nell'ipotesi descritta da Papiniano, anche Garrido, *Minor annis XII nupta*, cit. pp. 77-80.

in costanza di rapporto implicherebbero anche una dimostrazione di assenso alle nozze tanto significativa da trasformare automaticamente il rapporto di fidanzamento in un matrimonio. Stando a quanto sopra, saremmo ben lungi dal potere considerare gli effetti giuridici degli *sponsalia* come “secondari” ed “indiretti”. Tuttavia sembra che il passo di Pomponio sia stato caricato di una portata estensiva che il tenore letterale non sembra avallare. L’autore dell’*Enchiridion* informa infatti che una minore degli anni dodici maritata sarà considerata moglie legittima quando in casa dell’uomo avrà compiuto i dodici anni. Nel frammento si fa riferimento ad un matrimonio con una minore degli anni dodici, a cui presumibilmente è seguita una convivenza che, a quanto pare, se protratta sino al compimento del dodicesimo anno, comporta la trasformazione in *nuptiae legitimae*. Nessun cenno per contro è rivolto allo *status* di fidanzati, che quindi non può e non deve essere dedotto per il solo fatto che i due soggetti stiano convivendo, anche se si è concordi nel ritenere che fosse prassi far precedere al matrimonio gli *sponsalia*⁴³⁹; ad onor del vero si deve dare conto anche di una testimonianza di Dione Cassio⁴⁴⁰, che comproverebbe persino l’obbligo giuridico di far precedere il matrimonio dal fidanzamento, ascrivibile all’epoca dell’imperatore Caligola.

Tornando alla legislazione augustea, osserviamo che l’imperatore, con il primo intervento normativo del 18 a.C., si affida alla buona fede ed alla lealtà dei suoi *cives*, i quali tuttavia disattendono le sue aspettative, ricorrendo agli *sponsalia* con ragazze immature solo per procrastinare *ad libitum* il momento delle nozze⁴⁴¹.

La legge evidentemente è di grande impatto sociale e suscita la reazione dei giuristi, tra cui poi persino Gaio, che, a distanza di tempo, scriverà:

D.23.1.17, Gai. 1 *ad l. Iul. et Pap.*

⁴³⁹ Cfr. tra gli altri Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 351.

⁴⁴⁰ Dio Cass. 59.12.1

⁴⁴¹ Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. pp. 144-145.

*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*⁴⁴².

Le parole dell'autore delle Istituzioni potrebbero celare un approccio critico verso un provvedimento che, evidentemente, al fine di porre un freno ad una prassi elusiva, non tiene conto di situazioni che, al contrario, sono idonee a giustificare il comportamento temporeggiante degli *sponsi*. In alcuni casi, precipuamente esemplificati dal giurista (malattia di uno dei due fidanzati, morte di un parente, accusa per crimini capitali o viaggi lunghi suggeriti da necessità) essi non possono e non sono (più) in grado di assumersi l'impegno matrimoniale promessosi col fidanzamento⁴⁴³. È possibile che la visione critica dell'autore delle Istituzioni attesti indirettamente i malumori suscitati dall'intervento contenitivo di Augusto, dal momento che la prassi di fidanzare i

⁴⁴² Si segnala l'ampio commento di Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 353-361), all'esito del quale si prospetta la sussistenza di *causae iustae ac necessariae*, idonee a giustificare il differimento delle nozze oltre i termini; sul punto anche Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 492 e nt. 27 e la nota bibliografica di Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 91 nt. 276.

⁴⁴³ Occorre dare atto delle problematiche che il passo ha suscitato in ordine a presunte interpolazioni o sulla riferibilità dello stesso non tanto alla *Lex Papia Poppaea*, quanto piuttosto alla precedente *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, per cui si veda il resoconto di Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 393-395), che, così come Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 25), conclude per una soluzione intermedia: i compilatori avrebbero operato una forzatura nel collocare il frammento entro la rubrica dedicata agli *sponsalia*, evidentemente attribuendogli un significato differente e ponendolo in relazione con le costituzioni imperiali successive ai provvedimenti di Augusto. Non si riesce però a comprendere come l'inserimento entro la rubrica *de sponsalibus* possa costituire una forzatura da parte dei compilatori, e non sembra possibile leggere, se non con grande sforzo ermeneutico-sistematico, il nesso con le costituzioni imperiali senza ricadere nella pericolosa spirale dell'"interpolazionismo a tutti i costi". L'intervento dei compilatori può semmai cogliersi nell'annoverare i *capitalia crimina* entro le cause di giustificazione del differimento delle *nuptiae*: è dunque condivisibile l'osservazione di Volterra per cui, prima di costituire una giusta causa di prolungamento del fidanzamento, devono considerarsi veri impedimenti matrimoniali; l'A. torna sul tema anche in *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 356-357. Anche ammettendo la predetta parziale interpolazione, l'interpretazione più plausibile potrebbe leggere nelle parole di Gaio, coerentemente con l'idea che le accompagni una *vis polemica*, una funzione esemplificativa, e a tratti iperbolica, in ogni caso idonea a rappresentare l'eccessivo rigore dell'intervento augusteo. Congruamente con tale lettura, si può ritenere, sulla base di un'interpretazione letterale, che Gaio si stia riferendo proprio alla *Lex Papia Poppaea de nuptiis* e che la stia commentando criticamente. Forte dell'idea di Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 358 nt. 1), che vede nella casistica gaiana ipotesi di temperamento alla norma augustea, accolgo altresì la considerazione di Astolfi (*La lex Iulia et Papia*, cit. p. 6), per il quale il riferimento che il testo fa al *biennium* per i compilatori del Digesto perderebbe addirittura di significato, atteso che il divieto del fidanzamento ultrabiennale permane finché perdura l'obbligo di contrarre nozze per le categorie di individui sopra riportate. Dobbiamo segnalare in ultimo la drastica lettura interpolazionistica di Volterra, dapprima in *Ricerche intorno agli sponsalia* (cit. pp. 353-354), ove peraltro dà conto delle ricostruzioni di Gotofredo e di Cuiacio e, successivamente, nel suo *Diritto di famiglia* (cit. p. 146), ove l'autore ritiene l'intero frammento di fattura giustiniana. Le problematiche connesse al frammento di Gaio sono complesse ed hanno costituito oggetto di studi approfonditi, ai quali, per economia del lavoro, sembra opportuno farvi esclusivamente un cenno.

bambini in tenera età muoveva da *rationes* utilitaristiche, quale, a titolo esemplificativo – come si è accennato – l’esigenza di stringere alleanze tra famiglie di senatori e cavalieri⁴⁴⁴.

Astolfi ritiene che le cause elencate dall’autore delle *Institutiones* costituiscano casi che, se sussistenti, rendono peraltro ingiustificata la rottura del fidanzamento; la visione sembra formalista e non conferma l’essenza libertaria – sovente esaltata dall’Autore stesso – del fidanzamento di età classica: un conto è sostenere che, anche con riferimento a questo periodo, un atto essenzialmente mosso da pulsioni affettive possa determinare conseguenze giuridiche indirette e secondarie, un altro è ritenere, seppur implicitamente, che la rottura del fidanzamento debba necessariamente fare i conti con la presenza di cause che la giustifichino. In altre parole, il fidanzamento ‘classico’ sembra un atto libero e personalissimo, che comporta effetti giuridici indiretti, richiedendo altresì presupposti legittimanti; tuttavia, persistendone la natura personalissima anche nella sua ‘fase patologica’, è ragionevole ipotizzare che non debba richiedersi, per l’interruzione del rapporto, la sussistenza di una giusta causa rilevante agli occhi dell’ordinamento giuridico⁴⁴⁵.

La dimensione giuridica dell’‘atto’ e del conseguente ‘rapporto’ esigono effettivamente il rispetto di alcune formalità; ma questo pare non andare a scapito della dimensione affettivo-personalistica, elemento pregnante del fidanzamento classico, che sembra porsi alla base, unitamente a logiche economiche, della scelta soggettiva di fidanzarsi o di rompere questo rapporto: una scelta che, tuttavia, resta apparentemente libera. Detto in termini più semplici, se vi è libertà di fidanzarsi, si può ragionevolmente presumere che vi sia la libertà anche di sciogliere gli *sponsalia*.

Alcuni presupposti legali e formali giuridici incidono solo di riflesso sul fidanzamento.

Come sopra accennato, stando alla *lex Papia et Poppaea*, la regolarità del fidanzamento con una fanciulla ancora impubere infatti era subordinata al fatto che la ragazza avesse quanto meno dieci anni; diversamente, il fidanzamento sarebbe durato più di due anni, dato che una *puella* non poteva sposarsi prima dei dodici anni: soltanto se la ragazza aveva almeno dieci anni ci si poteva

⁴⁴⁴ Sono convincenti al proposito le osservazioni di Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 491; cfr. paragrafo precedente.

⁴⁴⁵ Ci si occuperà della rottura del fidanzamento nella parte finale di questo lavoro.

definire fidanzati davanti alla legge⁴⁴⁶. È stato osservato tuttavia come tanto l'equiparazione degli *sponsi* ai mariti ai fini dell'esenzione dalle pene sul celibato, quanto il divieto di celebrare il fidanzamento prima dei dieci anni fossero prescrizioni circoscritte al periodo augusteo, non trovandosene traccia per il periodo posteriore⁴⁴⁷: il dato statistico attesta infatti la prevalenza di fanciulle sposate ancora infradecenni⁴⁴⁸; la testimonianza di Gaio⁴⁴⁹ sembra però contraddire tale assunto, attestando la persistenza del divieto di fidanzamenti ultrabiennali⁴⁵⁰.

A ben vedere, il fidanzamento in età classica presenta una doppia *facies*: una di tipo sociale, etico e affettivo, scevra di apparenti formalità e di ogni vincolo giuridico relativo all'atto di fidanzamento e un'altra di tipo giuridico-formale, che richiede il soddisfacimento di presupposti legali per la stessa sussistenza dell'atto e del conseguente rapporto. Il fidanzamento non è imposto da alcun vincolo, ma soggiace a determinate regole previste dall'ordinamento; diversamente, non si configurano *sponsalia*, ma rapporti affettivi 'di fatto'.

Come conciliare il principio espresso da Modestino (D.23.1.14), con la legislazione augustea, anche alla luce del globale contesto giuridico, considerato in modo unitario? Il problema è complesso: occorre accertare infatti se si tratti di un rapporto giuridicamente inesistente o, al contrario, di uno *status* inidoneo a produrre effetti giuridici limitatamente ad una *lex publica*, ma produttivo di effetti sul piano del *ius civile*.

Secondo una prima possibile ricostruzione il fidanzamento sarebbe valido per il tempo che precede e segue l'intervento *ad corrigendum* di Augusto; parte della dottrina riscontra tale ipotesi proprio nel principio espresso da Modestino: *in sponsalibus contrahendis aetas contrahentium*

⁴⁴⁶ Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 4.

⁴⁴⁷ Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 352;

⁴⁴⁸ Tra le testimonianze, alcune iscrizioni imperiali di cui dà conto l'Heineccius, *Operum ad universam iuris prudentiam*, cit. pp. 178-179; cfr. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 353 nt. 1; Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 412-454 *et passim*. Sulla tematica, Piro, *Spose bambine*, cit. *passim*.

⁴⁴⁹ D.23.1.17, Gai. *ad leg. Iul. et Pap.*

⁴⁵⁰ La soluzione interpolazionistica – accolta da Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 353-354) – come anticipato, non convince del tutto: le dilazioni di uno, due, tre, quattro anni potrebbero essere meramente esemplificative.

*definita non est*⁴⁵¹. Il frammento è effettivamente significativo: l'ultimo giurista classico – come più volte sottolineato – ci sta informando come il fidanzamento fosse ammissibile anche in tenera età, essendo sufficiente per la sua efficacia la sola piena comprensione dell'atto da parte di entrambi i 'contraenti'⁴⁵²; ma non abbiamo modo di appurare con certezza a quale periodo il giurista si stia riferendo.

Il brano potrebbe dunque darci due informazioni distinte, ma si deve premettere che si tratta di ricostruzioni che si muovono sul terreno delle ipotesi.

Secondo una prima interpretazione, Modestino attesterebbe la situazione relativa al periodo successivo a quella legislazione augustea che va a toccare anche la materia del fidanzamento. Quanto alla chiosa del frammento – *id est, si non sint minores quam septem annis* –, sia aderendo alla tesi interpolazionistica, sia escludendola, questa sarebbe idonea ad attestare che, nel periodo successivo ad Augusto, fosse ammissibile il fidanzamento di soggetti di età inferiore ai dieci anni; se infatti la chiosa costituisce un'interpolazione, allora l'età minima pari a 7 anni decorrerebbe dal periodo giustiniano, o quanto meno post classico; se, al contrario, si tratta del pensiero genuino di Modestino, la soglia minima configurerebbe un'elaborazione (già) dei giuristi classici.

Una seconda ipotesi vedrebbe instaurarsi un rapporto (di convivenza) diverso dal fidanzamento: più precisamente, nel caso di fidanzamento con una infradecenne, gli *sponsalia* muterebbero essenza, configurandosi come un'unione affettiva ma non giuridicamente definibile, o quanto meno non ascrivibile a categorie normative ben precise o giurisprudenzialmente definibili, salva l'ipotesi di un concubinato.

La testimonianza di Paolo – *sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt*⁴⁵³ - non aiuta a risolvere il problema, dato che il giurista severiano non ci dà informazioni precise sull'età dei fidanzandi, né è possibile ricostruire a quale periodo il giurista si stia

⁴⁵¹ Si vedano le considerazioni di Fayer, *La familia romana* 2, cit. p 82 e nt. 241.

⁴⁵² La questione è stata già trattata; cfr. sopra, § 4.2.

⁴⁵³ Paul. *Sent.* 2.19.1

riferendo⁴⁵⁴. Considerazioni analoghe valgono per quanto è riportato da Ulpiano nel suo commento all'Editto: *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 [...]*⁴⁵⁵ –. Il maestro di Modestino si sta riferendo ad un'età antecedente ai dodici anni, senza specificare ulteriormente; il periodo storico di riferimento può essere dedotto con maggiore precisione e l'attestazione è particolarmente preziosa: il passo di Ulpiano fa infatti esplicito riferimento al pensiero di Giuliano e di Labeone; se l'allievo di Giavoleno Prisco scrive sotto Adriano, Antonino Pio e Marco Aurelio, il maestro fondatore della scuola proculiana scrive proprio durante il principato di Augusto. Labeone, stando ad Ulpiano, ritiene possibile che sussista un fidanzamento celebrato prima dei dodici anni. Ulpiano si limita ad aderire al pensiero labeoniano sulla persistenza di *sponsalia* celebrati prima del dodicesimo anno, senza specificare ulteriori limitazioni.

Stando ad una terza ricostruzione, il fidanzamento dell'infradecenne darebbe luogo ad un rapporto valido sul piano del *ius* e l'inefficacia sarebbe quindi circoscritta al beneficio dell'esonazione dall'obbligo matrimoniale.

Il fidanzamento con una fanciulla infradecenne non è valido ai sensi della *lex Papia et Poppaea nuptialis* e non consente di beneficiare dell'esonazione dall'obbligo di nozze; ma questo non significa che il fidanzamento non esista, sarà infatti irregolare agli occhi della normativa augustea e valido sotto tutti gli altri profili. Alla luce delle considerazioni di Astolfi, se Tizio si fida con una fanciulla infradecenne, non potrà beneficiare della normativa augustea, o meglio l'unione non assolverà agli obblighi matrimoniali imposti dall'imperatore; ma, per tutte le altre conseguenze giuridiche previste dall'ordinamento, i due fidanzati con l'atto di fidanzamento si sono assunti la piena responsabilità.

⁴⁵⁴ Ammessa la genuinità del frammento e supponendo che l'editore delle *Pauli Sententiae* non abbia compiuto alterazioni del testo, incidendo sul pensiero paolino.

⁴⁵⁵ D.23.1.9, Ulp. 35 *ad ed.*; frammento già in esame per altri aspetti, cfr. §§. 1 e 8.

Tale considerazione ha poco più che un valore indiziario sulla possibilità che il fidanzamento con una fanciulla di età inferiore ai dieci anni, durante la vigenza della legislazione matrimoniale augustea, potesse ritenersi valido agli effetti del *ius civile*⁴⁵⁶, sebbene irregolare secondo la *lex Papia et Poppaea nuptialis*⁴⁵⁷.

6. Il fidanzamento dell'*alieni iuris*.

Il soggetto maschio *sui iuris*, sano di mente, privo di tutore pupillare e di curatore, può contrarre autonomamente il proprio fidanzamento; dotato di capacità giuridica e svincolato da qualsivoglia ingerenza paterna, egli può assumersi la propria responsabilità. Già in età arcaica costui era pienamente capace di impegnarsi e di assumere le relative conseguenze della promessa di matrimonio; l'evoluzione classica dell'istituto garantisce ancor più l'autonomia del soggetto di proprio diritto⁴⁵⁸.

Quid iuris in caso di un sottoposto? Il problema ben si coglie nelle conseguenze di un gesto che configura nel mondo romano un atto di disposizione della propria libertà personale-affettiva.

Il confronto di due testi paolini impegna da sempre la dottrina che si interroga sull'autonomia dei futuri *sponsi*:

D.23.1.7.1, Paul. 35 *ad ed.*

⁴⁵⁶ Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 351-352), dalla lettura delle fonti storico-letterarie (tra cui Corn. Nep., *Att.* 19-20) e di quelle giuridiche (D.23.1.14, Mod. 4 *diff.* e Paul. *Sent.* 2.19.1), deduce che anche successivamente alla legislazione augustea fosse ammesso il fidanzamento con la fanciulla infradecenne; la posizione di Astolfi, (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 65-66) è ancor più precisa e ben definita: il fidanzamento contratto con l'infradecenne è «non regolare» e «irrilevante» secondo la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, così come aggiornata dalla *lex Papia et Poppaea nuptialis*. L'A. trova conforto proprio nell'attestazione di Modestino (D.23.1.14, 4 *diff.*).

⁴⁵⁷ Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 10; Idem, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. *passim*.

⁴⁵⁸ Applichiamo in via analogica, se non addirittura *per argumentum a fortiori*, la regola di Modestino, espressa in D.23.2.25, Mod. 2 *reg.*: *filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest et susceptus filius ei heres erit* e sottintesa anche nell'*incipit* di un passo tratto dal commento all'Editto del suo maestro, in D.37.4.3.5, Ulp. 39 *ad ed.*: *si emancipatus filius uxore non ex voluntate patris ducta filium fuerit sortitus* [...]. Sull'argomento Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 60; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 75.

*In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit*⁴⁵⁹.

D.23.2.2, Paul. 35 *ad ed.*

Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.

Entrambi i passi sono estratti dal XXXV libro di commento all'Editto e sono raccolti nel titolo *De sponsalibus* del Digesto. Si trovano in successione nella *Palingenesia* di Lenel⁴⁶⁰, entro la sottorubrica *De matrimonio contrahendo et dirimendo*, che afferisce alla rubrica *De re uxoria*. Non a caso lo studioso riporta i due passi uno di seguito all'altro⁴⁶¹. Nel primo passo Paolo attesta che per il fidanzamento è richiesto il consenso di tutti quelli che devono acconsentire anche alle nozze; nel secondo esprime il principio che le nozze richiedono il consenso di tutti, sia dei nubendi sia di coloro che hanno la potestà su di loro. Nei due frammenti si può cogliere la simmetria tra la disciplina che governa le nozze e quella che connota gli *sponsalia*. I due passi del commento

⁴⁵⁹ Sebbene quell'*etiam* non possa e non debba essere trascurato: nel fidanzamento infatti si richiede il consenso 'anche' di coloro dai quali esso si esige per le nozze; 'anche': dunque il consenso dell'avente potestà è necessario ma non sufficiente; si condivide dunque l'osservazione di Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 10; sul passo già Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404. Orestano (*La struttura giuridica del matrimonio romano, passim*), riferisce la disputa dottrinale tra chi sostiene l'alterazione relativa al regime del consenso degli aventi potestà e tra chi la esclude. L'A. confronta il testo in epigrafe con un frammento dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, 5.3, e con D.23.1.2, Iul. 16 *dig.* ed ancora con D.23.2.2, Paul. 35 *ad ed.* (quest'ultimo però si riferisce esclusivamente al matrimonio); la sua lettura comparata rassicura, in quanto anche Orestano sostiene un'applicazione analogica sul fidanzamento del regime previsto per il matrimonio e riscontra nei quattro testi un comune inquadramento dogmatico da parte della giurisprudenza classica; tuttavia non riesce a sottrarsi al sospetto di interpolazione che, a suo dire, accomunerebbe le fonti; tuttavia l'A. non estende – cosa che sembra maggiormente rilevante – anche al consenso un regime che l'A. ritiene di fattura classica. Del frammento si occupa anche Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 10), che si sofferma più che altro sulla seconda parte del passo in epigrafe, dedicata al consenso della fanciulla. L'A. giustifica le posizioni interpolazionistiche sulla base del fatto che appare strano che già ai tempi di Giuliano venisse riconosciuta l'indipendenza della fanciulla, prendendone poi tuttavia le distanze, dal momento che non trova affatto insolito che in età adrianea l'ingerenza paterna nell'ambito del fidanzamento della *filia* fosse meno pregnante di quella esercitata sugli *sponsalia* del figlio maschio, in quanto era fondamentale che il *pater* non avesse successori senza il suo *imprimatur*. Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 71), da una lettura comparata con D.23.2.2, Paul. 35 *ad ed.*, deduce la necessità del consenso del padre del fidanzato che sia in potestà del nonno, dal momento che, alla morte dell'*avus*, i figli del novello sposo cadranno nella sua *potestas*; la stessa ragione esclude il necessario consenso del padre della fidanzata in potestà del nonno, poichè i figli generati dal futuro matrimonio cadranno sotto la *potestas* dello sposo stesso, o del suo avente potestà. Lo stesso ragionamento si trova in Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 60-61; ben definita è anche la posizione di Lamberti (*La famiglia romana e i suoi volti*, cit. pp. 98-99 e nt. 24), laddove l'A. riconosce che la validità degli *sponsalia* è subordinata al consenso dei fidanzati; vieppiù con riferimento all'avanzato Principato.

⁴⁶⁰ *Pal.* 1, coll. 1039-1040, fr. 523-524.

⁴⁶¹ D.23.1.7, Paul. 35 *ad ed.*

all'Editto paolino sono dunque assonanti, sebbene solo nel secondo Paolo espliciti più chiaramente la necessità del *consensus* dei diretti interessati (*id est qui coeunt*).

Le regole espresse da Paolo sembrano compatibili con le affermazioni di Giuliano, contenute in un passo dei suoi *Digesta*, compreso a sua volta entro la rubrica *De sponsalibus* del Digesto e raccolto da Lenel sotto il titolo *De nuptiis*⁴⁶², che afferisce alla rubrica *De re uxoria*:

D.23.1.11, Iul. 16 *dig.*

Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet.

È quindi Giuliano a sancire l'imprescindibilità del *consensus* dei contraenti, tanto con riferimento alle nozze quanto relativamente agli *sponsalia*. Il giurista dunque da un lato comprova che è necessaria una consapevole volontà di fidanzarsi da parte dei diretti interessati, dall'altro attesta una delle analogie sussistenti tra i due istituti.

La regola contenuta nei *Digesta* di Giuliano potrebbe essere ancora operante quando scrive Paolo.

Sia D.23.1.7.1, Paul. 35 *ad ed.*, sia D.23.1.11, Iul. 16 *dig.* sono bipartiti: le prime parti (*in sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptis desideratur* e *sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt*) sono preposte ad attestare la necessità del consenso dei protagonisti dell'atto e dei loro aventi potestà; le parti finali (*intellegi tamen semper filiae patrem consentire nisi evidenter dissentiat Iulianus scribit* e *et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*) sono peculiarmente dedicate alla rilevanza del *consensus* della ragazza.

Muovendo da Astolfi⁴⁶³, con riferimento al passo di Paolo si possono trarre alcune considerazioni di carattere sintattico: rilevata la difficoltà indotta dalla strutturazione della frase con la doppia subordinata oggettiva, diversamente da lui, si vuole qui evidenziare la posizione semi-proclitica del *tamen*, all'inizio del capoverso che potrebbe assumere la funzione di un *at*, quasi a voler rimarcare una cesura con l'enunciato precedente. Forse Paolo intende esplicitare quale sia la

⁴⁶² Pal. 1, col 362, fr. 262.

⁴⁶³ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 71.

‘regola’, *rectius* la prassi ancora invalsa nell’epoca cui si sta riferendo il giurista; egli tende però a fornire un’ulteriore precisazione riportando il pensiero di Giuliano: se è vero, dunque, che per fidanzarsi devono acconsentire tutti coloro il cui consenso è richiesto per le nozze, viene tuttavia specificato che, se il padre non dissente apertamente, significa che egli presta il consenso alla scelta della figlia. Per Giuliano, infatti, il ‘silenzio’ del *pater* va letto come ‘assenso’. La doppia casistica ha quasi valore antitetico: nel primo caso il comportamento attivo del *pater* è funzionale all’assenso e, dunque alla validità del gesto; nella seconda fattispecie l’agire del *pater* invalida l’impegno. Stando alla prima parte del frammento, se è necessario anche il consenso del padre che rientra di diritto nell’*eorum...quorum in nuptiis* (il consenso) *desideratur*, dalla precisazione di Giuliano si può dedurre che se il *pater* non interviene, manifestando dissenso alla scelta filiale, l’atto di fidanzamento produce i suoi effetti.

Si potrebbe provare a sintetizzare questo principio: è necessario il consenso paterno che, con riferimento alla *filia*, si manifesta nel ‘silenzio-assenso’. Il tutto quindi si tradurrebbe in una questione di interpretazione del silenzio⁴⁶⁴.

Il *nisi* ha valore condizionale, per cui deve essere correttamente reso con il ‘qualora’ e non, al contrario, in modo un pò più libero, con il ‘quando’; la proposizione *nisi evidenter dissentiat* è, infatti, condizionale: il fidanzamento è valido nell’ipotesi in cui il *pater* scelga di non esprimere palesemente il suo dissenso, e non ‘quando’, di fatto, non lo faccia per qualsivoglia ragione o causa. Questo rilievo non è tautologico: il valore condizionale esprime meglio la circostanza che il genitore sia consapevole di quanto la figlia abbia intenzione di fare e scelga deliberatamente di non intervenire con un dissenso. Il valore temporale, viceversa, contemplerebbe anche l’ipotesi in cui il *pater* non possa intervenire in quanto non è a conoscenza del progetto della figlia, magari per motivi oggettivi, o, ancor più semplicemente, non faccia in tempo ad intervenire.

Si suggerisce il seguente paragone: il silenzio paterno vale come l’atteggiamento passivo del *dominus* a fronte delle parole pronunciate dall’*adsertor libertatis*, in occasione della *manumissio*

⁴⁶⁴ Si veda la posizione di Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 10.

compiuta con la *vindicta* davanti al magistrato. In tale forma di liberazione del *servus*, il *dominus* è presente e ‘sa’ cosa sta avvenendo e ne ‘vuole’ le conseguenze. Specularmente nel fidanzamento del passo paolino il *pater* vuole le conseguenze dell’atto della figlia e ‘manifesta’ tale volontà rimanendo inerte. Il *pater* non è il grande assente del fidanzamento; non rappresenta neppure il invitato di pietra degli *sponsalia*, ma integra, col suo silenzio, le volontà necessarie all’atto.

Sul punto in questione Castello⁴⁶⁵, nella recensione all’edizione del 1989 della monografia di Astolfi, sorvola sull’effettivo ruolo del consenso paterno e sulla relativa modalità di manifestazione, limitandosi ad evincere, dalla lettura comparata dei due passi, la necessità che sussista il consenso dei diretti interessati⁴⁶⁶. Il consenso della figlia e quello paterno sembrano potersi legare da una congiunzione inclusiva, necessitando il primo di una manifestazione attiva, esternandosi il secondo con un silenzio-assenso.

Lo stesso anno Castello⁴⁶⁷ scrive un’altra recensione all’opera di Astolfi. In questa sede, tornando sull’argomento, lo studioso genovese sembra isolare in modo granitico una *regula iuris* universalmente valida per il fidanzamento romano: «In ogni epoca della storia di Roma anche per il fidanzamento, e non solo per le *iustae nuptiae* dei *filii* e delle *filiaefamilias*, è necessario il consenso del loro *pater*»; egli prosegue poi proponendo alcune deroghe, nel caso in cui il *pater* fosse *captus ab hostibus*, *absens* o, forse, anche *furiosus*. Egli non si sofferma sul problema che potrebbe sorgere nel caso in cui il *pater* non possa acconsentire in quanto catturato, assente o pazzo, e sulle eventuali possibilità di sostituzione del *pater* stesso, in attesa di un suo eventuale ritorno o di un rinsavimento.

Castello⁴⁶⁸ attribuisce il *nisi evidenter dissentiat* del passo di Paolo alla figlia: il padre, insomma, decide per il fidanzamento della figlia e l’atto è valido se essa non sarà manifestamente dissenziente. Questa interpretazione non sembra del tutto condivisibile, benchè supportata da altri

⁴⁶⁵ C. Castello, Rec. a R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, in *IURA* 40, 1989, pp. 89-91, in partic. p. 90.

⁴⁶⁶ Sembra conforme anche una tarda costituzione di Giustiniano del 530 d.C., C.5.4.25.1.

⁴⁶⁷ In *SDHI* 55, 1989, pp. 482-488.

⁴⁶⁸ Castello, Rec. a R. Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 486.

passi esaminati di Ulpiano⁴⁶⁹ e di Giuliano⁴⁷⁰, ma soprattutto da un passo ulpiano tratto dalla monografia sugli sponsali⁴⁷¹, laddove il maestro di Modestino attesta che è concesso alla figlia dissentire dalla scelta paterna nel caso in cui essa sia ricaduta su un soggetto *indignus moribus vel turpis* e, dunque, in un caso specifico e peculiare⁴⁷². Tuttavia, se per il passo di Paolo siamo in grado di sostenere che il giurista severiano si stia riferendo alla disciplina del fidanzamento sussistente nell'arco temporale compreso tra Giuliano e Paolo stesso, viceversa, non siamo in grado di comprendere a quale epoca si stia riferendo Ulpiano, che bene forse fornisce un ragguaglio sull'assetto giurisprudenziale vigente per il fidanzamento pre-classico, ma, presumibilmente, in un momento in cui già si comincia ad intravedere il tramonto della *sponsio* quale (unico) strumento per contrarre gli *sponsalia*. Castello incentra la responsabilità dell'atto di fidanzamento sulla figura dell'avente potestà, mentre Astolfi sembra ammettere la visione di una *filia* 'emancipata'⁴⁷³ e dunque maggiormente 'responsabilizzata' di fronte all'ordinamento.

L'analisi dell'autorevole dottrina consente di mantenere una posizione mediana e quindi una lettura che vede una progressiva autonomia e una graduale responsabilizzazione della *filia* circa la portata di quell'atto che è finalizzato al matrimonio: la 'fanciulla arcaica', 'passiva' e 'promessa', diviene ora, in età classica, 'parte attiva' e 'protagonista' della propria vicenda sentimentale, benchè sotto lo sguardo del *pater*, il quale, integrando la volontà della *filia* con un comportamento

⁴⁶⁹ D.23.1.4, Ulp. 35, *ad Sab.*: *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*.

⁴⁷⁰ D.23.1.11, Iul. 16 *dig.*: *sponsalia sicut nuptiae consensus contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*.

⁴⁷¹ D.23.1.12, Ulp. *l.s. de spons.*: *sed quae patris voluntati non repugnat consentire intelligitur. Tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*. Il passo effettivamente sembra militare nella direzione di Castello, in quanto si esplicita la facoltà della *filia* di dissentire dal padre, seppure in un caso specifico; la parte finale del frammento è tuttavia sospettata – a mio avviso fondatamente – di interpolazione post-classica; sulla questione tornerò diffusamente nel paragrafo successivo dedicato al consenso della *filia*. Sulla *comparatio* di D.23.1.11, D.23.1.7.1, D.23.1.12 e D.23.1.4 si vedano le considerazioni di Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*, cit. pp. 98-99 nt. 24.

⁴⁷² Per un esame più dettagliato si veda più avanti.

⁴⁷³ Nell'accezione sociale del termine.

passivamente consenziente, la affianca nell'assunzione di responsabilità, senza sostituirsi alla sua volontà e senza assumersi le relative conseguenze e le determinazioni giuridiche⁴⁷⁴.

Quanto al figlio maschio si propongono tre fonti: un passo del commento all'Editto di Paolo; un brano tratto dai *libri responsorum* di Marcello ed una costituzione di Alessandro Severo.

D.23.1.13, Paul. 5 *ad ed.*

Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt.

D.24.3.38, Marcell. *l.s. resp.*

Lucius Titius cum esset filius familias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit et dotem pater accepit: Maevia Titio repudium misit: postea pater repudiati absente filio sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit: Maevia deinde repudium sponsalibus misit atque ita alii nupsit. Quaero, si Maevia aget cum Lucio Titio quondam marito et a patre herede relicto de dote et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum, an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere. Marcellus respondit, etiamsi ut heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen, si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris multandam esse⁴⁷⁵.

C.5.4.5, *Imp. Alex.*

Si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cuius fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes, nepotem suum ne non agnoscat.

Quanto ai figli maschi, Astolfi⁴⁷⁶ sottolinea la maggiore pregnanza del ruolo del *consensus*; si deve invero rilevare che, anche nel caso di matrimonio del *filius*, le fonti sembrano riconoscere il valore di assenso nel silenzio paterno⁴⁷⁷; saranno tuttavia valide le nozze contratte dal *filius* in assenza di consenso paterno, nel caso in cui l'avente potestà sia assente o prigioniero. A ben vedere non si tratta di dissenso, ma di omessa manifestazione di non-dissenso per motivi di rilevanza obiettiva⁴⁷⁸. La regola sembrerebbe estendibile a maggior ragione al fidanzamento. Non vi sono peraltro passi che attestino espressamente l'estensione di tale *regula* anche al fidanzamento; è

⁴⁷⁴ Al momento della *sponsio* di fidanzamento, tipica dell'epoca precedente (come trattato nella Parte I), il *pater* assumeva su di sé ogni responsabilità relativa all'inadempimento della promessa matrimoniale, pagandone il fio anche con il versamento della somma che aveva costituito oggetto di specifica stipulazione penale. Sul problema del silenzio-assenso già si interrogava Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. p. 130 e p. 132): l'autore sosteneva tuttavia che la fanciulla che restasse silente assentisse in tal modo alla decisione paterna.

⁴⁷⁵ Tralascio tutte le questioni relative agli aspetti dotali, attingendo solo le informazioni sul *consensus* paterno e filiale.

⁴⁷⁶ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 72.

⁴⁷⁷ Vat. Frag. 102, Paul. 7 *resp.*

⁴⁷⁸ Così già osserva Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 402.

tuttavia possibile osservare che, anche nel caso degli *sponsalia*, così come nel passo di Paolo precedentemente esaminato (D.23.1.7.1), “le soluzioni di Giuliano” – *mutatis mutandis* – “ebbero molta importanza per l’attenuazione del rigore tradizionale” in questo ambito⁴⁷⁹.

7. Ancora sul consensus della filia familias.

La presente trattazione non può prescindere dal ruolo del consenso femminile al momento dell’atto di fidanzamento, orientato all’acquisto di una piena responsabilità circa la condotta da tenersi durante il ‘rapporto’ prematrimoniale. Le fonti sembrano compatibili con la tesi per cui la fanciulla debba essere consenziente e quindi debba manifestare in modo consapevole la propria volontà per la sussistenza dell’unione prematrimoniale⁴⁸⁰.

Non lascia spazio a dubbi la testimonianza di Salvio Giuliano, secondo la quale è necessario che la figlia acconsenta al proprio fidanzamento:

D.23.1.11, Iul. 16 dig.

*Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*⁴⁸¹.

Pare corretto interpretare l’ablativo *consensu* con valore strumentale: gli *sponsalia*, infatti, si realizzano per mezzo del consenso di chi li contrae, così come le nozze. Al principio espresso da Giuliano dobbiamo accostare l’insegnamento ulpiano *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*⁴⁸², che sembra ribadire che il consenso sia condizione necessaria e sufficiente per la validità dell’atto di fidanzamento. Ma Giuliano tiene a precisare che, tanto per le nozze quanto per

⁴⁷⁹ *Ibidem*, nt. 16.

⁴⁸⁰ Qui come altrove non ci si soffermerà, se non nei casi assolutamente necessari, sulle ipotesi interpolazionistiche avanzate sui testi in modo piuttosto frequente dagli studiosi. Non si può prescindere al riguardo dalle considerazioni di Volterra (*Ancora sul consenso della filia familias agli sponsalia*, cit. p. 535), particolarmente incisive anche in quanto inserite nel contesto di un’aspra polemica tra due grandi maestri dei quali l’uno è appunto Volterra e l’altro è S. Solazzi, *In tema di divorzio*, in *BIDR* 34, 1915 pp. 1-28.

⁴⁸¹ Diversamente Orestano (*La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 210-211 e nt. 558), che dà conto anche delle tesi interpolazionistiche, preferendo aderire alla recente impostazione di Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 72-74. Come segnalato, si occupava del rapporto tra consenso paterno e filiale già Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404.

⁴⁸² D.23.1.4.pr., Ulp. 35 ad Sab.

gli *sponsalia*, occorre che (anche) la figlia acconsenta. La precisazione denota evidentemente che, quando il giurista scrive, l'assunto non fosse poi così pacifico e così scontato; va altresì rilevato che *oportere* è un termine proprio del linguaggio tecnico-giuridico civilistico, da cui è possibile evincere che la questione non sia stata affrontata ed approfondita solo in ambito pretorio, ma risalga probabilmente ad un dibattito afferente al *ius civile* stesso.

Quanto agli aspetti linguistico-giuridici, si rileva come l'autore dei *Digesta* faccia esplicito riferimento alla categoria delle *filiae familias* e non, più in generale, alla categorie delle donne: non vengono utilizzati termini quali *puella* o *femina*, ma proprio quello di *filia, in potestate*. Il rilievo non è fine a se stesso: non ci stupisce che sia necessario (anche, *sic!*) il consenso della donna *sui iuris*, anche se dovremo tuttavia interrogarci sul ruolo del suo tutore al momento del compimento dell'atto, ponendoci il problema dell'integrazione della sua volontà⁴⁸³.

Quando la *filia* si trova sotto la potestà paterna il padre suole prendere le decisioni più importanti e tra queste, di certo, va annoverata anche la scelta del fidanzato; ma tale scelta, stando a Giuliano, evidentemente non può prescindere dall'adesione personale della diretta interessata.

È il caso a questo punto di porre a confronto col passo di Giuliano un frammento estratto dalla monografia ulpiana sugli *sponsalia*:

D.23.1.12.1, Ulp. l.s. *de spons.*

Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.

A ben vedere Ulpiano restringe le ipotesi in cui la figlia possa manifestare dissenso a fronte della scelta paterna; più precisamente, il passo contiene due informazioni: *in primis* si può prescindere da un assenso ostentatamente manifestato; *in secundis* il dissenso filiale è opponibile solo nel caso in cui la scelta paterna sia ricaduta su un soggetto 'indegno per la sua condotta morale' o 'deforme'⁴⁸⁴.

⁴⁸³ La tematica sarà presa in esame in seguito.

⁴⁸⁴ L'accezione fisica dell'aggettivo *turpis*, proposta da Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 73 nt. 27), è accolta da Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 62-63 e nt. 168; gli AA. mettono in risalto la congiunzione *vel*; tuttavia, forse, i 'difetti', per assumere una rilevanza idonea a giustificare il rifiuto,

Non si comprende però come, ai tempi di Ulpiano⁴⁸⁵, la prassi di considerare rilevante l'opinione della *filia* in ordine alla scelta del proprio fidanzato fosse (in parte) venuta meno, o comunque ridimensionata⁴⁸⁶. Pertanto, almeno in questo caso, sembra opportuno aderire all'ipotesi interpolazionistica prospettata da Volterra, avente ad oggetto il passo del giurista severiano, sebbene limitatamente alla chiosa *indignus moribus vel turpis* ed all'avverbio *solum*⁴⁸⁷; la scelta di restringere la possibilità di opporsi solo in questo caso specifico ha forse un'impronta post-classica, pur nella consapevolezza che, quando si affronta il tema delle interpolazioni, occorre procedere con estrema prudenza⁴⁸⁸. Desta tuttavia perplessità la restrizione della possibilità di opporsi da parte della fanciulla al solo caso di un fidanzato dai costumi indegni o deforme. Potrebbe trattarsi di un'impronta 'cristiana' per quanto attiene alla rilevanza della moralità, ma certo non anche con riferimento alla deformità fisica; l'influenza della cultura cristiana potrebbe ravvisarsi anche nell'espressione *turpem sponsum*, laddove l'aggettivo *turpis* non avesse un'accezione fisica o, pur avendola, inerisse alla sola incapacità procreativa, impedimento significativo in ambito tardo-cristiano. Riteniamo tuttavia che quest'ultima osservazione operi sul terreno della mera supposizione.

potrebbero dover coesistere. Diversamente da Fayer, si può ritenere che casi di tal fatta non dovessero essere così infrequenti.

⁴⁸⁵ Poco più di mezzo secolo dopo rispetto al periodo adrianeo.

⁴⁸⁶ Sebbene Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 3) ritenga sussistere una sorta di ricorso storico per il quale il *consensus* della *filia* non rileva in età preclassica, assume invece un ruolo significativo durante il periodo classico, ma già sotto i Severi tornerebbe a ridimensionarsi (C.5.4.1, *Imp. Sev. e Ant.*, del 199 d.C.), sino ad essere soppresso nel tardo impero.

⁴⁸⁷ Cfr. sopra. Ma sul punto si veda Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 73), che ritiene che questa limitazione alla libertà di giudizio sia conforme al diritto post-classico e giustiniano.

⁴⁸⁸ Giungiamo, pur per altra via, alle medesime conclusioni di Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. pp. 132-140), che sostiene l'interpolazione sulla base di una *comparatio* tra regime classico e regime post-classico, partendo dall'esegesi di D.23.1.11, Iul. 16 *dig.*; D.23.1.12, Ulp. *l.s. de spons.*; D.23.1.7, Paul. 35 *ad ed.*; C.Th. 3.5.11; C.Th. 3.5.12; C.Th. 3.10.11; C.5.1.4; C.5.4.20; D. 23.1.12.1.; riscontriamo un concorde avviso nelle parole di Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 9; Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 310; Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. pp. 382-383. Sul tema anche Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404 ntt.29-30. D'accordo sull'interpolazione ancora Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 9), il quale afferma che, stando alla visione dei giustiniane, solo in caso di esigenze etiche imprescindibili la figlia ha la possibilità di opporsi al padre; sul punto anche Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 73 nt. 27 e Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 63.

Ma veniamo al significato di *turpis*. *Turpis: quod est informis et turpeat*, secondo i lessici si può rendere con ‘brutto’, ‘deforme’, ‘sconcio’, nella sfera fisica, ma è anche sinonimo di *indecens*, *inhonestus*, *flagitiosus*, *indignus*, *infamis*, da intendersi come ‘vergognoso’, ‘vituperoso’, ‘infame’, ‘indecente’, ‘disonesto’, ‘turpe’, ‘indegno’, in ambito morale⁴⁸⁹. I giuristi ne danno sempre un’accezione morale⁴⁹⁰. Peraltro, nel frammento in esame, compare la disgiuntiva *vel*: le due condizioni – indegnità o turpitudine – sembrano pertanto essere autonomamente idonee e sufficienti a legittimare l’opposizione della fanciulla.

Stupisce a questo punto la ridondanza: perché i compilatori del Digesto avrebbero dovuto utilizzare la doppia aggettivazione riconducibile alla medesima area semantica? Vero è che se la *puella* fosse legittimata ad esperire il rifiuto (anche) a fronte della scelta di un *partner* poco avvenente, l’intensità della rilevanza della sua volontà e del suo consenso sarebbero più che significativi anche per quanto attiene alla visione giustiniana.

È tuttavia sul mero riferimento alla morale che si potrebbe fondare il sospetto di interpolazione⁴⁹¹, unitamente alla considerazione che il tenore del testo di Giuliano non desta incertezze, visto anche l’uso di una terminologia tecnico-giuridico-civilistica: *ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*. Indipendentemente dalla modalità di manifestazione, il consenso della fanciulla sembra proprio essere imprescindibile⁴⁹².

⁴⁸⁹ *L.T.L.*, s.v. *turpis*, 4, p. 837.

⁴⁹⁰ *VIR*, s.v. *turpis*, 5, coll. 1144-1145.

⁴⁹¹ Come si è già detto, in epoca post-classica, ad un certo punto il fidanzamento prevede nuovamente una promessa dell’uomo sorretta dalla dazione di un’*arrha sponsalicia* che il ‘promittente’ perderà nel caso in cui il matrimonio non avvenga. Se il matrimonio non avverrà per motivi imputabili alla ragazza, costei dovrà restituire in un primo tempo il quadruplo della caparra e, successivamente, grazie ad una mitigazione della disciplina, il doppio della stessa; a ben vedere in età post-classica la dimensione consensuale-volontaristica, di elaborazione pretorio-giurisprudenziale, che caratterizzava l’età classica, perde terreno e, con una sorta di struttura ad anello, si avrà il ritorno di una dimensione formalistica e patrimoniale a scapito della rilevanza del *consensus*. La responsabilità che ne sorge è primariamente di tipo giuridico-patrimoniale. Peraltro gli ‘istituti familiari’ saranno altresì connotati se non addirittura intrinseci della morale cristiana, che non poco influirà sulla disciplina degli stessi. Per tali ragioni giustifichiamo la nostra tesi interpolazionistica, atteso che il restringimento della possibilità di un rifiuto da parte della fanciulla al solo caso di indegnità di costumi e di amoralità non corrisponde al modello classico pre-cristiano. Si rinvia in proposito al cenno al fidanzamento post-classico e giustiniano di cui in *Premessa*. Per la consueta capacità di esaustiva sintesi si veda, a questo punto della disamina, Brutti, *Diritto privato nell’antica Roma*, cit. p. 211.

⁴⁹² Dello stesso parere sembra essere Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 9.

A queste riflessioni si può aggiungere l'osservazione che la gravidanza del *consensus* della diretta interessata si possa desumere anche dall'*et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur*, contenuto nel più tardo e discusso passo di Modestino⁴⁹³; solo la rilevanza del *consensus* può infatti giustificare la ragione per cui lo stesso allievo di Ulpiano si interroghi sulla capacità di discernimento del fidanzando (*si modo ... intellegatur*)⁴⁹⁴: soltanto chi comprende la portata del proprio gesto può esprimere un valido consenso.

In un altro passo il maestro di Modestino specifica altresì che il consenso si possa desumere anche da un silenzio-assenso della *filia*:

D.23.1.12 *pr.*, Ulp. *l.s. de spons.*
*Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*⁴⁹⁵;

Da questo principio enunciato da Ulpiano Astolfi⁴⁹⁶ deduce che la figlia possa sempre opporsi al padre, purché lo faccia apertamente.

Tuttavia, da quando scrive Giuliano qualcosa potrebbe essere comunque cambiato: l'allievo di Giavoleno Prisco riconosce valido il fidanzamento scelto dalla figlia, al quale il padre acconsenta implicitamente, rimanendo silente⁴⁹⁷. Ulpiano prescrive che alla scelta paterna ci si possa opporre soltanto espressamente da parte di una *filia repugnans*: una situazione speculare e contraria rispetto a quella descritta da Giuliano. A meno di non accogliere l'interpretazione di Castello che, nella sua esegesi di D.23.1.7.1, nel ricondurre quel *nisi evidenter dissentiat*- espresso da Paolo nel suo

⁴⁹³ D.23.1.14, Mod. 4 *Diff.*, per la cui esegesi si veda sopra. Accogliamo l'ipotesi di Volterra (*Ancora sul consenso della filiafamilias agli sponsalia*, cit. pp. 531-532), che tuttavia ritiene che il consenso della fanciulla sia «passivo».

⁴⁹⁴ Non riteniamo di stravolgere la fonte estendendo il principio tanto al maschio quanto alla bambina, forti anche del *ab utraque persona* che richiede la cognizione dell'atto da parte di entrambi i 'contraenti'.

⁴⁹⁵ Insegnamento che per Volterra (*Ancora sul consensus della filiafamilias*, cit. p. 529), assurge evidentemenete a *regula iuris*; l'A. si esprime in termini di «consenso passivo» in *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 375. È significativa anche la lettura di Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 9), per cui vige nel diritto classico il principio in base al quale la *filia* «si ritiene consenziente 'anche' se tace»; quell' 'anche' è apprezzabile e sembra cogliere nel segno: il *consensus* è talmente importante, che lo si può desumere anche dal silenzio conseguente alla scelta paterna; sul frammento anche Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404.

⁴⁹⁶ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 73.

⁴⁹⁷ D.23.1.7, Paul. 35 *ad ed.*, cfr. sopra.

commento all'Editto⁴⁹⁸ - alla figlia, subordina la validità del fidanzamento organizzato dal padre al non-dissenso della *filia*⁴⁹⁹ - interpretazione che renderebbe omogenea la disciplina -, dobbiamo necessariamente riscontrare un mutamento dei *mores* che caratterizza l'arco temporale compreso tra l'età adrianea e il III secolo d.C.

Vero è che da un passo contenuto nei *libri Responsorum* di Marcello sembra *prima facie* possibile evincere l'assoluta libertà di una donna di rompere il fidanzamento, limitandosi a notificare il "ripudio" al diretto interessato:

D. 24.3.38, Marc. *l.s. resp.*

Lucius Titius cum esset filius familias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit et dotem pater accepit: Maevia Titio repudium misit: postea pater repudiati absente filio sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit: Maevia deinde repudium sponsalibus misit atque ita alii nupsit. Quaero, si Maevia aget cum Lucio Titio quondam marito et a patre herede relicto de dote et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum, an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere. Marcellus respondit, etiamsi ut heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen, si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris multandam esse⁵⁰⁰.

Il passo è connotato da una rilevante complessità; è probabile che si tratti di un caso di scuola, come comproverebbero i nomi fittizi, ma l'intricata struttura della vicenda descritta fa supporre che la base possa essere reale.

Molti sono gli aspetti che rilevano ai fini di questa disamina; ma, a questo punto della discussione, ci interessano peculiarmente solo alcuni elementi⁵⁰¹. La prima parte del passo è impostata con una chiarezza didascalica, la descrizione non lascia nulla alla fantasia o alla interpretazione; tutto viene espresso e specificato: Lucio Tizio prende in moglie Mevia per volontà

⁴⁹⁸ D.23.2.2, Paul. 35 *ad ed.*. Per quanto riguarda l'osservazione di Castello si rinvia al paragrafo precedente.

⁴⁹⁹ Cfr. sopra.

⁵⁰⁰ Si sofferma maggiormente sugli aspetti dotali e sulla *culpa mulieris* J. Paricio, *La relevancia juridica de unos esponsales*, cit. pp. 493-498. Per l'inquadramento dell'opera di Marcello cfr. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, p. 232; R. Orestano, in *NNDI* 10 s.v. *Marcello Ulpio*, Torino 1957, p. 206; C. Zülch, *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, Berlino 2001.

⁵⁰¹ Ci riserviamo tuttavia di riprendere - anche più volte - il presente frammento; è interesse esplicitare che, trascurando volutamente ogni aspetto inerente alla dote ed alle donazioni obnuziali per esigenze contenutistiche e di economia del lavoro, scegliamo volutamente di citare solamente ma di non commentare proprio il *quaesitum* e la *solutio* del *casus*, soffermandoci esclusivamente sugli antefatti della vicenda, in quanto connotati da significativa rilevanza ai fini delle considerazioni su quello che costituisce oggetto del presente paragrafo.

del di lui padre, in quanto è un *filius familias*, e, come tale, sottoposto alla *potestas*. L'informazione che ricaviamo da questa premessa è che il figlio *in potestate* può maritarsi *voluntate patris*⁵⁰²; nel caso di specie abbiamo anche un soggetto di sesso femminile - di cui non conosciamo l'età né la condizione - che *mittit repudium*, ovvero scioglie unilateralmente le nozze. Stando al tenore del passo, costei agisce in prima persona, senza intervento apparente di qualcun altro, né del *pater* né, tanto meno, del *tutor*. Ella manifesta semplicemente la volontà speculare e contraria nei confronti delle *nuptiae*; venendo meno il suo consenso, questo evidentemente basta ad interrompere il rapporto matrimoniale.

La vicenda non termina qui: ancora, il *pater* di Lucio Tizio provvede ad instaurare con la stessa Mevia un rapporto di fidanzamento con il figlio; ma, questa volta, l'esaustiva narrazione di Marcello delinea una situazione giuridica del tutto difforme dalla precedente: Mevia notifica il ripudio con la finalità di sciogliere il fidanzamento, ma non è specificato il soggetto destinatario della *renuntiatio*. Potrebbe essere lo stesso *Titius*, o il *pater* di costui, esso non è chiaramente indicato; tuttavia una cosa è certa, la donna agisce *nomine proprio* in prima persona. Fayer⁵⁰³ ipotizza che si tratti di una donna *sui iuris* ed in età idonea a prendere da sola le decisioni della propria vita. Tuttavia il frammento non precisa nulla sul punto, per cui si può accogliere l'idea che la fanciulla sia davvero *sui iuris*, oppure che, anche se *in potestate*, per il compimento di un atto personalissimo, ella possa agire liberamente; oppure ancora possiamo ipotizzare che il giurista semplicemente non si sia posto il problema, essendo il frammento incentrato sulla valutazione giuridica degli atti compiuti dal *filius*, da suo padre, nonché sugli aspetti dotali-patrimoniali della questione⁵⁰⁴.

La fanciulla *sui iuris* ha di certo una libertà maggiore:

⁵⁰² Sull'espressione '*in potestate*' si tornerà di seguito.

⁵⁰³ Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 88 e nt. 268.

⁵⁰⁴ D. 24.3.38, Marc. *l.s. resp.: quaero, si Maevia aget cum Lucio Titio quondam marito et a patre herede relicto de dote et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum, an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere. Marcellus respondit, etiamsi ut heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen, si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris multandam esse.*

D.23.1.10, Ulp. 3 *disp.*

*In potestate manente filia pater sponso nuntium remittere potest et sponsalia dissolvere. enimvero si emancipata est, non potest neque nuntium remittere neque quae dotis causa data sunt condicere: ipsa enim filia nubendo efficiet dotem esse conditionemque extinguet, quae causa non secuta nasci poterit. Nisi forte quis proponat ita dotem patrem pro emancipata filia dedisse, ut, si nuptiis non consentiret, vel contractis vel non contractis repeteret quae dederat: tunc enim habebit repetitionem*⁵⁰⁵.

Ulpiano lo esplicita chiaramente: se la figlia si trova sotto la potestà, il *pater* ha la possibilità di inviare la *renuntiatio* al fidanzato di lei, sciogliendo così il fidanzamento. Se, al contrario, è intervenuta l'emancipazione, questo potere paterno è chiaramente venuto meno, tanto con riferimento allo scioglimento in sé, quanto riguardo alla modalità di esternazione della volontà di *dissolvere*, benchè essa avvenga attraverso un *nuntius*. Si devono fare al proposito due osservazioni. In primo luogo Ulpiano riferisce che il padre può sciogliere il fidanzamento della figlia *in potestate* inviando al suo fidanzato il *nuntius*. Innanzitutto egli non sembra affermare – ma neppure negare – che, per farlo, il *pater* debba agire con il consenso della *filia*. In secondo luogo merita rilevare come il giurista specifichi che, nel caso di una figlia emancipata, il padre non possa sciogliere gli *sponsalia*, tanto meno inviando un *nuntius*. Evidentemente tale precisazione non è fine a se stessa: porre termine ad un rapporto che è primariamente personale ed affettivo prima che giuridico, attraverso l'intervento di un latore della volontà del diretto interessato, può costituire una questione delicata già di per sé; l'intervento ulteriore di un terzo soggetto, sebbene si tratti del *pater* che agisce nell'esercizio della sua *potestas*, è ancora più problematico: non sarà un caso che l'argomento venga affrontato nelle *Disputationes*⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵

Ai fini della nostra disamina interessa la prima parte del frammento; la seconda parte si occupa della dote, argomento espunto dall'oggetto della nostra ricerca; abbiamo ritenuto tuttavia di riportare integralmente il passo. Peraltro, dobbiamo evidenziare che il frammento è estratto dalle *disputationes*: il giurista severiano dunque conferma che trattasi di questione controversa, tutt'altro che pacifica, forse ancora quando egli scrive.

⁵⁰⁶

Sul frammento, quanto alle questioni dotali, cfr. P. Simonius, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basilea 1958, pp. 230-232; H.H. König, *Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht*, in *SDHI* 29, 1963, pp. 151-237, in part. pp. 215-216. Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. pp. 21-22), riscontra nel passo una prova circa la libertà paterna di sciogliere il fidanzamento della *filia in sua potestate, tout court*, dando conto di ipotesi interpolazionistiche con riferimento alla parte del frammento destinata agli aspetti dotali; Voci (*Storia della patria potestas*, cit. p. 405) si limita a dedurre una piena libertà paterna di sciogliere un fidanzamento senza assenso della figlia, da

Dopo questa puntualizzazione contenuta nel passo di Ulpiano, occorre ora tornare sul frammento dei *Responsa* di Marcello⁵⁰⁷. L'*incipit* del passo è significativo: si specifica chiaramente che il *filius* si trova *in potestate* e che questa è la ragione per cui il matrimonio con Mevia è organizzato e concluso per volontà del padre. La *consecutio modorum* non lascia spazio a dubbi: “dal momento che Lucio Tizio è *filius familias*”. La dimensione personalistica dell’istituto matrimoniale emerge solo nell’espressione *Mevia Titio repudium misit*: la donna scioglie unilateralmente il vincolo e notifica il *repudium* al diretto interessato. Sin qui non traspaiono elementi idonei ad attribuire la giusta rilevanza al *consensus* del *filius*, ma, proseguendo nella narrazione, ci si imbatte nell’espressione *pater...absente filio sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit*. La situazione descritta è radicalmente diversa; differente è l’istituto coinvolto nell’atto paterno – prima il matrimonio, poi il fidanzamento; differente è altresì la modalità di realizzazione dell’atto: gli *sponsalia* sono conclusi dal *pater* con Mevia ‘*absente filio*’; se si rende questa espressione con “mentre il figlio è assente”, essa consente semplicemente un inquadramento temporale della vicenda e nulla indica in ordine alla rilevanza del consenso da parte del figlio. Così come per il precedente matrimonio, la volontà significativa e necessaria (nonché sufficiente) è solo quella paterna; l’unica differenza è che il figlio ora non c’è, è assente.

Se, diversamente, attribuiamo un valore causale all’*absente filio*, rendendolo con un ‘poiché il figlio era assente’, l’espressione assume un preciso significato, compatibile con l’idea di una rilevanza del *consensus* filiale: ci pensa il padre, in qualità di mandatario, oppure in veste di *gestor*, in quanto il figlio non ha la possibilità di provvedervi in prima persona.

Meno articolata sembra la ricostruzione di Zülch⁵⁰⁸. L’Autore isola due possibili soluzioni: si tratta di un fidanzamento valido se il *filius* ha preventivamente manifestato il suo assenso, oppure qualora egli abbia ratificato successivamente l’atto compiuto in suo nome dal *pater*. Zülch esclude

ciò ricavando la minor importanza degli *sponsalia* rispetto all’istituto del matrimonio; l’A. tuttavia, poco dopo, parla molto efficacemente di «concorso necessario delle due volontà».

⁵⁰⁷ D.24.3.38, Marc. *l.s. resp.*

⁵⁰⁸ *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, cit. pp. 92-93.

tuttavia la seconda ipotesi ritenendola incompatibile con l'espressione *si sponsalibus non consensisset*.

L'esegesi del frammento, a questo punto, comporta necessariamente un confronto con il passo tratto dal commento paolino all'Editto:

D. 23.1.13, Paul. 5 *ad ed.*

*Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt*⁵⁰⁹.

Occorre paragonare subito le due espressioni - *absente filio...de nomine filii sui fecit* - contenuta nel passo dei responsi di Marcello sopra riportato⁵¹⁰ - e *nomine eius*, usata da Paolo⁵¹¹.

Dal tenore del passo di Paolo sembra che la *libertas eligendi* del figlio maschio fosse significativa⁵¹². A ben vedere però il passo prende in considerazione un'ipotesi peculiare: che non si tratti cioè di un banale caso di fidanzamento contratto tra una fanciulla e un *filius* che, *obtorto collo*, prende atto della scelta paterna, adempiendo alla *voluntas* del genitore, ma riguardi un atto compiuto in nome del *filius*. Per comprendere quale situazione giuridica si configuri nel frammento in esame è opportuno individuare quale sia il soggetto deputato a contrarre il fidanzamento per conto del *filius*; la soluzione più semplice farebbe pensare al *pater* che, però, agirebbe in qualità di latore della propria volontà e non di quella del sottoposto. Nel caso di specie, al contrario, chi partecipa attivamente all'atto di fidanzamento lo fa *nomine eius*, in nome del diretto interessato, manifestando forse la volontà di quest'ultimo. La descrizione proposta dal passo di Paolo potrebbe contemplare una delle ipotesi che vengono prospettate nel frammento ulpiano che chiude la

⁵⁰⁹ Sul frammento Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 9; Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 405; dal passo Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 73-74) ricava l'idea di un maggiore rilievo della volontà dell'uomo rispetto a quella donna, elemento caratterizzante l'età classica.

⁵¹⁰ D. 24.3.38, Marcell. *l.s. resp.*

⁵¹¹ Lenel, *Pal.*, II, p. 975 attribuisce il frammento *ad verba edicti*.

⁵¹² È richiesta in ogni caso anche manifestazione di consenso paterno, come ricordato da D.23.1.7.1, *Paul. 35 ad ed.* di cui sopra; si veda in proposito Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 10; più in generale sul *consensus* matrimoniale di età classica è imprescindibile Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 187-258 e pp. 303-384; ma prima ancora Fadda, *Diritto delle persone e della famiglia*, cit. p. 246; Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 311; ed anche il cenno di Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit. p. 151 e pp. 163-166; di rilievo la posizione di Voci (*Storia della patria potestas*, cit. p. 404), per cui gli sponsali sono conclusi dal figlio col consenso del padre, oppure dal *pater* con il consenso filiale; ancora Romano, *Matrimonium iustum*, cit pp. 101-107; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit. pp. 94-102.

rassegna del titolo *de sponsalibus*, ovvero il fidanzamento ‘contratto’ *nomine eius*⁵¹³; nella fattispecie in esame tuttavia quel *nomine eius* non va inteso come un caso di *sponsalia* contratti *per internuntium* – altrimenti Paolo non si porrebbe il problema del dissenso – ma di fidanzamento contratto da un *pater* in nome del figlio, in forza della *potestas*.

Stando al tenore letterale del frammento di Paolo, se il *pater* agisce quindi di propria volontà, in forza della *potestas*, è in ogni caso necessario che il *filius* vi consenta, *rectius* non dissenta; anche se va detto che sulla modalità di manifestazione del non-dissenso non possediamo in realtà alcuna informazione. Dove è possibile, dunque, cogliere l’accezione del fidanzamento da parte del diretto interessato? In nulla di formale se non in una condotta compatibile con uno *status* di fidanzamento e, quindi, nel comportarsi ‘da fidanzato’, in un comportamento di fatto, non riconducibile ad una specifica formalità giuridica. Il fidanzato accetta di vivere la propria condizione e, dunque, non dissenziando, ha di fatto accettato, implicitamente, la scelta operata dal *pater*, soddisfacendo quindi il principio espresso a chiare lettere da Paolo.

Dall’analisi comparata dei frammenti di Marcello e di Paolo sembra emergere che, di fronte ad una maggiore ingerenza paterna nei confronti del figlio maschio, sussista al contrario una tanto significativa quanto inaspettata libertà della fanciulla. Se infatti per la *puella* viene indicata espressamente la sua facoltà di acconsentire – *ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*⁵¹⁴ – o la sua possibilità di dissentire – *tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur*⁵¹⁵ – il *filius in potestate* sembra per contro essere ‘in balia’ della discrezionalità paterna.

⁵¹³ D. 23.1.18, Ulp. 6 ad *ed.*: *in sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur*; cfr. sopra. La questione può essere sintetizzata in questi termini: Ulpiano, a quanto pare, ci informa di una piena libertà quanto alle modalità di ‘contrarre’ il fidanzamento; lo può fare il diretto interessato, tanto di persona, quanto attraverso l’invio di un latore che si limiti a recare la sua volontà e persino per iscritto attraverso il recapito di una lettera; ma vi può essere anche l’intervento di un *alius* che agisca in qualità di mandatario o – riteniamo – persino a titolo di *negotiorum gestor*, con conseguente ‘facoltà’ per il diretto interessato di ratificare il gesto compiuto. Se la scelta ricadrà su una fidanzata gradita infatti il negozio si potrà ritenere utile e vantaggioso; diversamente non sussisterà obbligo di assumere le conseguenze ‘giuridiche’ dell’atto.

⁵¹⁴ D.23.1.11, Iul. 16 *dig.*

⁵¹⁵ D.23.1.12.1, Ulp. *l.s. de spons.*

Si deve infine concludere con alcune osservazioni su un passo di Giuliano che, nel passare in rassegna *haec quae notantur infamia*, è particolarmente significativo nel riprodurre le esatte parole del pretore⁵¹⁶:

D.3.2.1, Iul. 1 *ad ed.*

[...] *quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.*

Nel passo, il proclitico *quive* fa permanere il dubbio se la questione debba riguardare il solo maschio oppure anche la femmina, dal momento che poco dopo viene espressa chiaramente la doppia ipotesi (*quem quamve*).

In caso di doppio fidanzamento ne risponde l'autore: il figlio che l'abbia contratto in prima persona o il *pater* che l'abbia contratto in nome del *filius* in forza della *potestas*, ma non anche quel *pater* che non si sia opposto al doppio fidanzamento contratto dal *filius*, solo per il fatto che questi si trovi *in potestate*.

Dal tenore del contenuto non si può dedurre che la responsabilità paterna fosse esclusiva, facendola assurgere a regola generale. L'Editto, in realtà, prende in considerazione la doppia ipotesi: l'infamia va a colpire il figlio che, in proprio nome, contrae doppio fidanzamento, oppure il padre che l'abbia fatto in nome del sottoposto o della sottoposta. Nessuna affermazione presente nel frammento può legittimare a pensare che il padre risponda in ogni caso, per il solo fatto di aver consentito al (doppio) fidanzamento.

Se ad agire è il *filius*, la responsabilità per una condotta evidentemente grave ricade sull'agente che, consapevolmente, commette un illecito; in questo caso la responsabilità paterna non si configura; diversamente il fatto gli verrebbe imputato per così dire... a titolo oggettivo, o forse più realisticamente per *culpa in instituendo*.

Tutto questo parrebbe costituire un indizio ulteriore circa l'autonomia decisionale del *filius* in ordine ad un atto personalissimo, peraltro foriero di importanti conseguenze ed effetti giuridici. Il

⁵¹⁶ Con altri termini, Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 74.

contesto d'altra parte consente di ribadire la valenza certamente sociale dell'istituto, dato che l'infamia, più che come una pena, deve essere considerata come perdita del valore e della stima sociale di un individuo⁵¹⁷.

Così come il consenso della *filia* è pregnante al momento dell'atto di fidanzamento, esso si può ritenere essenziale anche al momento della rottura dello stesso, la quale può avvenire anche per decisione unilaterale attraverso un *repudium*.

8. Casi peculiari: curatela e tutela del futuro fidanzato.

La tutela muliebre è un istituto che consiste in un'integrazione più che in una sostituzione di volontà femminile: si tratta di un'assistenza prevista per quegli atti che potrebbero pregiudicarla sotto il profilo patrimoniale⁵¹⁸.

Col passare del tempo, il riconoscimento di una maggiore autonomia gestionale va progressivamente di pari passo con la limitazione dell'ingerenza da parte del tutore; nel Principato il *tutor* assisterà la donna nei soli atti giuridici formali, quali ad esempio la *mancipatio* e la *stipulatio*⁵¹⁹.

La donna sottoposta a tutela, per fidanzarsi, non necessita del consenso del tutore. Con evidenza si può affermare che non sia necessaria l'integrazione della volontà nel caso in cui venga compiuto un atto da intendersi quale (mera) manifestazione di consenso ed esternazione della sfera emotiva e personale; la tesi è compatibile con l'interpretazione del fidanzamento come 'atto personalissimo'.

⁵¹⁷ Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. p. 168) spesso insiste sulla connotazione più sociale e meno giuridica dell'istituto degli *sponsalia* classici, ad esempio anche nell'ambito delle sue considerazioni sull'*iniuria* perpetrata in danno della *sponsa* (pp. 166-167).

⁵¹⁸ Per i rilievi istituzionali si veda Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. p. 156.

⁵¹⁹ Ancora Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. p. 157.

Univoche sono le testimonianze rintracciabili in un passo di Paolo che commenta l'*Oratio divi Marci et Commodi* (il cui principio sembra essere ribadito in una costituzione di Gordiano del 241d.C.) e nel commento a Sabino di Ulpiano:

D.23.2.20, Paul. *ad orat. Divi Marci Ant. et Comm. l.s.*

Sciendum est ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla an non, quia officium eius in administratione negotiorum constat: et ita Severus et Antoninus rescripserunt in haec verba: "ad officium curatoris administratio pupillae pertinet: nubere autem pupilla suo arbitrio potest".

C.5.4.8, *Imp. Gord.*

In copulandis nuptiis nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum vel adfinium ulla auctoritas potest intervenire, sed spectanda est eius voluntas, de cuius coniunctione tractatur.

D.23.1.6, Ulp. 36 *ad Sab.*

Si puellae tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt, non putarem suffecturum ad dissolvendam nuptiarum spem hunc nuntium, non magis quam sponsalia posse eos solos constituere, nisi forte omnia ista ex voluntate puellae facta sint.

È condivisibile l'accurata analisi di Volterra⁵²⁰: la pupilla a cui si fa riferimento nel frammento di Paolo è in età da matrimonio e dunque più che di *tutor* pupillare bisogna parlare di 'tutore muliebre', sebbene il passo rechi l'espressione *ad officium curatoris administratio pupillae pertinet*. Dal brano di Paolo, *expressis verbis*, si evince che la competenza del curatore afferisce ai soli *negotia*, dal novero dei quali evidentemente deve essere escluso il fidanzamento, le cui implicazioni devono essere accettate consapevolmente e direttamente dall'interessata. Alle fanciulle *sui iuris* il matrimonio non può essere imposto e, a maggior ragione, non può essere imposto il fidanzamento⁵²¹; il *consensus* del *tutor* e quello del *curator* non sono quindi necessari.

⁵²⁰ Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. p. 225) osserva che la costituzione non è genuina, atteso che al posto di *Divi Severi* si dovrebbe leggere *Marci Antonini*. Aderiamo all'osservazione di Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 75) che, confermando la tesi di Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. p. 225), riporta un'interpretazione più corretta: probabilmente l'originale D.23.2.20 menzionava il tutore e non il curatore, figura maggiormente conferente con la necessità di integrazione della volontà femminile. Si osserva tuttavia che non si è in grado di conoscere le condizioni personali della donna assistita nel caso in commento.

⁵²¹ Usa ragionevolmente l'*argumentum a fortiori* Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 64.

Anche sulla base di un'osservazione di Astolfi⁵²², si può escludere l'ingerenza del curatore nella scelta del futuro marito: è pensabile un conflitto di interessi di natura economica da parte del curatore, in quanto egli potrebbe operare la sua scelta anche sulla base del proprio tornaconto economico; il futuro coniuge potrebbe infatti influenzare l'assistito nella valutazione dell'operato del curatore stesso. L'Autore sostiene che il fidanzamento di una fanciulla possa essere direttamente concluso dal curatore o dal tutore, pur non richiedendo necessariamente il loro consenso ad integrazione o sostituzione di quello della *puella*, qualora l'atto venga compiuto da questa in prima persona. Il loro ruolo potrebbe risolversi casomai in un'attività tipica dell'*internuntius*, ovvero di un latore della volontà e del consenso dell'interessata, senza alcuna sostituzione e/o imposizione.

Come accennato, la prassi di fidanzare bambine molto piccole era tuttavia assai frequente⁵²³ ed effettivamente tanto più la fanciulla era piccola, tanto meno poteva essere ritenuta rilevante la sua volontà⁵²⁴. All'ordinamento preme che il fidanzamento *ab utraque intellegatur*. Fayer⁵²⁵ in particolare osserva che, se in epoca tardo-imperiale la conclusione e lo scioglimento degli *sponsalia* della *puella* sono rimessi (nuovamente) all'arbitrio del *pater*, del *curator*, del *tutor* e persino di un parente, in epoca imperiale al tutore non si riconosceva «alcuna ingerenza nella conclusione degli sponsali della pupilla». Da ciò possiamo evincere che il *tutor* e il *curator*, durante l'epoca classica, potessero/dovessero presenziare al momento dell'«atto» di fidanzamento, forse *pro forma*, senza alcun potere impositivo e senza che il loro *consensus* costituisse elemento preclusivo della validità del fidanzamento. Si può anche ipotizzare che il loro ruolo, in alcuni casi, si sovrapponesse a quello dell'ulpiano *internuntius*⁵²⁶, alla stregua di un qualunque latore di volontà.

Sembra invece ragionevole ritenere essenziale l'intervento del curatore o del tutore per quanto attiene alle costituzioni di dote che potessero avvenire nel contesto di un fidanzamento, data la

⁵²² Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 75-76.

⁵²³ Sembra attestarlo Modestino (D.23.1.14, Mod. 4 *diff.*), che si sofferma sul requisito richiesto per il caso di fidanzamenti precoci; sulla tematica, per tutti, cfr. Piro, *Spose bambine*, cit. *passim*.

⁵²⁴ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 76; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 109.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ D.23.1.18, Ulp. 6 *ad ed.*

natura essenzialmente patrimoniale dell'atto; la ricostruzione è compatibile con il *qui solam rei familiaris sustinet administrationem* della costituzione di Gordiano e con il *quia officium eius in administratione negotiorum constat: et ita Severus et Antoninus rescripserunt in haec verba: "ad officium curatoris administratio pupillae pertinet"* del frammento di Paolo: espressioni entrambe che sottolineano la valenza patrimoniale dell'area di competenza del tutore /curatore.

Tale argomentazione corrobora ancora l'ipotesi che il fidanzamento possa considerarsi atto "personalissimo".

Di segno opposto parrebbe tuttavia un rescritto del 199 d.C. di Severo ed Antonino, dal quale, *ictu oculi*, sembra potersi dedurre che 'chiunque' entro l'*entourage* della fanciulla possa avere voce in capitolo nella scelta del futuro marito⁵²⁷:

C.5.4.1, *Imp. Sev. et Ant. A. A. Potito*
*Cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est*⁵²⁸.

Il quesito posto agli imperatori da un provinciale, un certo Potito, riguarda il contrasto che si è creato tra il tutore, la madre e i parenti di una giovane rispetto alla scelta del futuro marito. Gli imperatori ritengono necessario rimandare la questione alla decisione del *praeses provinciae*.

Non si possiedono dettagliate informazioni sul caso di specie, per cui non è dato sapere l'età della fanciulla, le sue condizioni psico-fisiche, né tanto meno se vi fosse l'intenzione di far precedere uno stato di fidanzamento, dato che la scelta del futuro marito non implica necessariamente che vengano celebrati gli *sponsalia*; successivamente alla scelta, infatti, potrebbe immediatamente seguire un matrimonio o una convivenza di fatto, *rectius* un'unione non meglio classificata.

⁵²⁷ Si vedano le considerazioni di Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 65 e ntt. 179-180.

⁵²⁸ Volterra (*Lezioni di diritto romano*, cit. p. 225) osserva che la costituzione è emanata prima dell'Editto del 212 d.C. e dunque non si può escludere che si riferisca ad usi non romani; l'A. riporta altri rescritti imperiali, ove si parla dell'intervento dei parenti: C. 5.4.18 e C.Th. 3.7.1. Inoltre si occupa del frammento anche in *Diritto familiare di Ardea*, cit. pp. 674-677, ove ricostruisce le posizioni della dottrina più risalente, per concludere poi che l'intervento del *praeses* fosse limitato ad impedire che tutore, madre o parenti agissero contro l'interesse della fanciulla.

Una volta intervenuta l'autorità pubblica, ci si chiede quale rilevanza essa possa avere sul *consensus* della fanciulla: astraendo il ragionamento dal singolo caso concreto è possibile ipotizzare che, se ella è impubere, forse la decisione dell'autorità possa essere vincolante; mentre, col crescere dell'età, maggiore potrebbe essere il peso della volontà della diretta interessata. Si ritiene tuttavia più verosimile che il *decisum* del *praeses* sia sicuramente vincolante nell'ambito della disputa tra curatori, tutori e madre, ma probabilmente non idoneo ad esplicitare i suoi effetti *contra voluntatem* della ragazza⁵²⁹. Bisogna attenersi dunque al tenore del passo: la costituzione non dice che il consenso e la volontà della *puella* sono sostituiti da quelli di una madre, dei parenti o del tutore, ma si limita ad informarci che, in caso di dissidio tra questi soggetti è chiamato a risolvere la disputa il preside della provincia e che la scelta quindi non può essere imposta alla ragazza. È probabile dunque che il contrasto tra questi soggetti si riferisca alla scelta del futuro sposo; ma solo a questo esso si riduce, ad una scelta, che tuttavia potrà e dovrà essere sottoposta al vaglio del consenso della *puella* stessa.

A questo punto della trattazione si posseggono diverse informazioni: si sa che il *consensus* della ragazza che si fida è importante, se non addirittura fondamentale⁵³⁰; si sa altresì che la prassi di fidanzare fanciulle in tenera età era molto frequente e che questo deve avere contribuito a portare la giurisprudenza ad interrogarsi sulla sussistenza e sulla natura del *consensus* dei fidanzati giovanissimi⁵³¹; sappiamo ancora che non spetta al curatore/tutore l'ingerenza nella scelta personale di fidanzarsi o meno⁵³².

La costituzione è del 199 d.C., mentre Giuliano è stato attivo più di cinquanta anni prima; Paolo, Ulpiano e Modestino appartengono tutti al III secolo d.C: anche ammettendo che la

⁵²⁹ Fayer, (*La familia romana* 2, cit. p. 66) deduce che si debba trattare di una fanciulla di alto lignaggio, che la scelta abbia come oggetto gli *sponsalia* e che la decisione del *praeses* obblighi la fanciulla a contrarre il matrimonio, non potendo più la stessa sciogliere il fidanzamento. Il passo tuttavia non consente di fondare questi assunti, sebbene credibili.

⁵³⁰ D.23.1.11, Iul. 16 *dig.*; D.23.1.7.1, Paul. 35 *ad ed.*; D.23.1.12.1, Ulp. *l.s. de spons.* (se si accoglie l'ipotesi interpolazionistica sull'ultima parte del frammento).

⁵³¹ D.23.1.14, Mod. 4 *diff.*

⁵³² D.23.2.20, Paul. *ad orat. Divi Marci Ant. et Comm. l.s.*; D.23.1.6, Ulp. 36 *ad Sab.*

costituzione di Severo e Antonino costituisca un'eccezione, le altre fonti citate attesterebbero un *continuum* temporale, connotato dalla rilevanza del consenso della fanciulla, incompatibile con la possibilità di imporle una scelta in ordine al marito o ancor più al fidanzato.

Astolfi, che mette in collegamento la costituzione di Severo e Antonino con un intervento normativo più tardo di Valentiniano I, Valente e Graziano⁵³³, sostiene che la fanciulla di cui si deve occupare il *praeses* sia in realtà una pupilla; sembra tuttavia che l'A. estrapoli dalla fonte *magis quam dixit*; non è del tutto dimostrabile infatti che sussista una connessione tra i due interventi imperiali.

Quanto a C.5.4.1, il preside della provincia è chiamato in causa in quanto vi è contrasto tra tutore, madre e parenti, chiamati probabilmente ad integrare la volontà della fanciulla nella scelta del futuro marito. L'intervento pubblico serve solo a dirimere il conflitto ma non esclude che la giovane possa avere in ogni caso voce in capitolo nella sua scelta.

Astolfi⁵³⁴ tuttavia legge nella fonte un indebolimento della rilevanza del *consensus* della fanciulla, che, come in una sorta di struttura ad anello, connoterebbe l'epoca severiana: si tratterebbe di un ritorno al passato, dopo un breve intermezzo 'classico', caratterizzato dalla piena libertà matrimoniale. Ma è lo stesso A. a rilevare che, nel caso che impegna il preside della provincia, la ragazza probabilmente è giovane, forse giovanissima, 'impubere', insomma una pupilla, un soggetto non pienamente capace di valutare la portata di un atto tanto personale quanto importante sul piano delle conseguenze (giuridiche)⁵³⁵.

È possibile a questo punto fare alcune supposizioni: è ragionevole credere che una ragazza molto giovane possa necessitare di assistenza per la scelta del futuro marito e che, nell'accertare

⁵³³ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 77; La costituzione è in C.Th. 3.7.1.1, Valentinianus, Valens et Gratianus A.A.A. *ad senatum: quod si in condicionis delectu mulieris voluntas certat sententiae propinquorum, placet admodum, ut in pupillarum coniunctionibus sanctum est, habendo examini auctoritatem quoque iudicariae cognitionis adiungi, ut, si pares sunt genere ac moribus petitores, is potior aestimetur, quem sibi consulens mulier approbaverit.*

⁵³⁴ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 3 e p. 77.

⁵³⁵ Si vedano le considerazioni di Fayer (*La familia romana* 2, cit. p. 64), anche se riferite ad un passo di Ulpiano (D.23.1.6, Ulp. 36 *ad Sab.*), di seguito commentato.

quale sia la reale volontà della *puella*, la madre, il tutore o i parenti siano in disaccordo sulla scelta dell'uomo, una scelta che dovrà essere in ogni caso approvata dalla diretta interessata. Tale ricostruzione non è incompatibile con la rilevanza del consenso della ragazza, tanto con riferimento all'assunzione consapevole delle responsabilità che derivano dal fidanzamento, quanto in relazione alla volontà di contrarre le *nuptiae futurae*.

Il passo in esame ha per oggetto la scelta del futuro marito; il frammento tuttavia non specifica se gli *sponsalia* debbano precedere queste *nuptiae*. Astolfi⁵³⁶ fa riferimento alla prassi consolidata per cui il matrimonio era generalmente preceduto dal fidanzamento, per supporre che la disputa e soprattutto l'intervento del preside abbiano ad oggetto non solo il matrimonio ma anche un previo fidanzamento. In effetti il frammento riporta l'espressione *de eligendo futuro marito*: il matrimonio probabilmente non è immediato, ma tra la scelta del marito ed il momento della celebrazione intercorrerà un lasso di tempo di durata indeterminata; la prassi di far precedere le *nuptiae futurae* dal fidanzamento e l'ormai nota definizione di Fiorentino⁵³⁷ - *sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum* -, ove ricorre appunto l'aggettivo *futurus*, corroborano l'ipotesi che, nel caso di specie, un fidanzamento abbia preceduto le *nuptiae* e che quindi il dissidio parentale abbia prima avuto ad oggetto proprio gli *sponsalia*.

Ma anche qualora gli *sponsalia* non avessero preceduto il matrimonio, si può ipotizzare che un principio valido per le *nuptiae* spesso possa essere efficacemente esteso per analogia anche alla disciplina del fidanzamento⁵³⁸, nonostante, come ribadito, gli istituti mantengano la propria autonomia giuridica⁵³⁹.

Al di là del caso specifico, che, come rilevato, riguarda una fanciulla assai giovane e molto probabilmente provinciale, in linea più in generale sembra ragionevole affermare che la scelta del

⁵³⁶ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 76.

⁵³⁷ D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*

⁵³⁸ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 75.

⁵³⁹ Cfr. Parte II, Capitolo 2, § 1.

fidanzato non rientri nella competenza del *tutor* o del *curator*. Tale ipotesi è, tra l'altro, espressamente esclusa da Ulpiano:

D.23.1.6, Ulp. 36 *ad Sab.*

*Si puellae tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt, non putarem suffecturum ad dissolvendam nuptiarum spem hunc nuntium, non magis quam sponsalia posse eos solos constituere, nisi forte omnia ista ex voluntate puellae facta sint*⁵⁴⁰.

Il giurista prende in considerazione due ipotesi. Nella prima, i tutori di una ragazza hanno inviato un *nuntius* con il compito di porre termine al fidanzamento della fanciulla, fattispecie già nota; si sa infatti, come riferisce Ulpiano in D.23.1.18, Ulp. 6 *ad ed.*, che il fidanzamento può essere contratto e dunque sciolto anche per intervento di un *internuntius* che sia latore di volontà e consenso dell'interessato. È proprio questo a rilevare: nel caso descritto dall'autore del commento a Sabino, il *nuntius* reca una volontà che non è della *puella*, ma dei suoi tutori; per tale motivo viene escluso che l'atto sia idoneo ad elidere la speranza del matrimonio.

Nell'ipotesi prospettata in D.23.1.6 da Ulpiano quindi si esclude che la sola volontà dei tutori sia sufficiente per l'atto di fidanzamento. La motivazione, subito dopo esplicitata, si ravvisa nel fatto che la costituzione e lo scioglimento degli *sponsalia* si realizzano solo per volontà della diretta interessata.

Mentre la responsabilità relativa agli aspetti patrimoniali richiede la presenza di una figura che integri la volontà della fanciulla, quella che attiene al profilo marcatamente personale ed affettivo non può tollerare l'ingerenza del tutore o del curatore, a meno che non si configuri un'ipotesi di mandato o di gestione di terzi, ipotesi entrambe che necessitano, previamente o successivamente, di una manifestazione personale di volontà e consenso da parte della diretta interessata, ossia di un incarico o di una ratifica successiva.

Ancora una osservazione: il fatto che un tutore o un curatore contraggano o dissolvano un fidanzamento si ammette solo considerandoli entro il novero di quegli *alii* di cui il maestro di

⁵⁴⁰ Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. pp. 22-23), ritiene che il finale del frammento – *nisi forte omnia ista ex voluntate puellae facta sint* – non sia di paternità ulpiana, considerando l'espressione ultronea e ridondante rispetto alla precedente – *non magis quam sponsalia posse eos solos constituere* –; il finale del testo sembra tuttavia una sorta di spiegazione dei principi sopra enunciati.

Modestino parla in D.23.1.18, commentando l'Editto. Ma, come osservato, in tal caso non si configurerebbe un atto compiuto dal tutore o dal curatore in quanto tali, ma si verificherebbe un'ipotesi di mandato o di gestione spontanea che, ovviamente, richiedono volontà e consenso della diretta interessata, nella forma di previo assenso o ratifica successiva⁵⁴¹.

Commentando Sabino, Ulpiano esprime il proprio parere in modo prudente: *non putarem*. L'interpretazione dunque potrebbe non essere univoca nel periodo in cui scrive il maestro di Modestino e, probabilmente, proprio Sabino potrebbe pensarla diversamente. La prudenza di Ulpiano, tuttavia, sembra sfumare con riferimento alla costituzione degli *sponsalia*: detto in altre parole, dal tenore del testo sembra maggiormente probabile che la costituzione del fidanzamento non possa passare per il tramite esclusivo del curatore, senza un'evidente manifestazione di volontà convergente da parte dell'interessata; al contrario, lo scioglimento per mano di un curatore, probabilmente, è un'ipotesi non altrettanto pacifica ed ancora discussa dai giureconsulti, fatte sempre salve le ipotesi di mandato e/o gestione di affari altrui.

9. Residui di formalismo.

Come più volte ribadito, il fidanzamento 'arcaico' richiede una celebrazione formale sotto il profilo giuridico: una *sponsio* con la quale si promettono le nozze future; una promessa che poteva essere accompagnata da una registrazione scritta e da una 'stipulazione penale'⁵⁴²: il tutto seguiva le regole di forma previste per questo negozio verbale.

Diversamente, in fase classica, come più volte ricordato, l'istituto assume una marcata pregnanza sociale e personalistica, improntata sul *consensus*, sulla volontà e sulla responsabilizzazione soggettiva e consapevole dei diretti interessati, seppure non svincolata da significativi effetti giuridici indiretti.

⁵⁴¹ Cfr. sopra.

⁵⁴² D.23.1.7.pr., Paul. 35 *ad ed.* ; D.45.1.134. *pr.*, Paul. 15 *resp.*; cfr. Parte I, Capitolo 1, § 10.

Il formalismo che connotava il momento genetico della condizione di *sponsi* viene meno; progressivamente infatti il fidanzamento non viene più ‘contratto’ con una *sponsio* sorretta e garantita da una stipulazione penale in ossequio ad un principio di *libertas* nelle relazioni affettive matrimoniali: i due soggetti, con o senza l’intervento degli aventi potestà, assumono un impegno tra loro senza necessità di ricorrere ad una forma giuridica particolare. Ci si chiede a questo punto se l’‘atto’, con riferimento all’evoluzione classica dell’istituto, richieda ancora una qualche veste formale e, in tal caso, a quale fine.

Ci si può domandare quindi se in epoca classica vi fosse quanto meno l’usanza di una qualche forma celebrativa, che, al di là del mero aspetto cerimoniale, fosse idonea a costituire prova (giuridica) dell’avvenuto fidanzamento. Con gli strumenti ottenuti dalle fonti sin qui analizzate possiamo affermare che il fidanzamento di certo rappresenta un mero *status* di fatto, ma configura una condizione giuridicamente significativa, posta in essere e mantenuta sulla base di comportamenti e di ‘atti’ che assumono una rilevanza agli occhi dell’ordinamento.

Posto che gli *sponsalia*, ancora in fase classica, generano significative conseguenze e comportano quindi l’assunzione di una responsabilità⁵⁴³, è opportuno interrogarsi se sia ‘necessaria’ una qualche ‘forma’ di celebrazione imposta dall’ordinamento o quanto meno che consenta *a posteriori* di accertare l’esistenza del ‘rapporto’ di fidanzamento. Detto in altre parole è fondamentale comprendere se, per il compimento dell’ ‘atto’ di fidanzamento, sia ancora necessaria una qualche ufficializzazione.

Occorre dunque rivolgersi nuovamente alle fonti che hanno già costituito oggetto di specifica trattazione nel corso di questo lavoro, le quali permettono di rinvenire almeno indizi utili e che possano far presumere che, per la validità di sussistenza del ‘rapporto’, sia richiesta una celebrazione ufficiale e formale.

⁵⁴³ Parte II, Capitolo 2, § 1 e Capitolo 3.

È opportuno quindi muovere dagli ormai noti passi di Ulpiano, contenuti nei suoi commenti

all'Editto e a Sabino⁵⁴⁴:

D.23.1.9, Ulp. 35 *ad ed.*

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.

D.24.1.32.27, Ulp. 33 *ad Sab.*

Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. Et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo Quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit.

Nel primo frammento il giurista attesta un problema portato all'attenzione di Giuliano, la cui risposta non abbiamo modo di conoscere, se non attraverso il confronto con il secondo passo ulpiano. Ulpiano riporta il parere di Labeone e di Papiniano, a cui si sente a sua volta di aderire.

Nel *casus* esposto dal maestro di Modestino ci si domanda se il fidanzamento antecedente ad un matrimonio contratto prima che la fanciulla compisse i 12 anni di età possa essere considerato sussistente. Sono dunque validi quegli *sponsalia* che promettono un matrimonio celebrato prima dell'età minima? La soluzione giuridica prospettata da Labeone, a cui si affianca quella di Papiniano, è bipartita: nel caso in cui siano stati celebrati gli *sponsalia* antecedentemente al matrimonio irregolare, permane la condizione di fidanzamento, sebbene la ragazza abbia iniziato a vivere in casa come una donna sposata⁵⁴⁵. Nell'ipotesi in cui il fidanzamento non sia stato precedentemente celebrato, per questo solo fatto lo stato di convivenza non può essere ritenuto una condizione di fidanzamento. Leggere il *quod* quale rafforzativo causale dell'*hoc ipso* ci consente di

⁵⁴⁴ Per i profili esegetici relativi alle due fonti si rinvia alla Parte II, Capitolo 2, § 1 del presente lavoro.

⁵⁴⁵ Castello (*Consortium omnis vitae*, cit. p.60 nt. 6), analizzando il passo congiuntamente a D.23.2.4, Pomp. 3 *ad Sab.*, a D.24.1.32.27, Ulp. 33 *ad Sab.* ed a C.5.60.3, sottolinea che, in tal caso, la ragazza maritata divenga moglie al momento del compimento dei dodici anni.

supporre che la situazione di convivenza *more uxorio* non possa costituire elemento dirimente per poter considerare tale situazione ‘di fatto’ come fidanzamento: non si devono cioè ritenere sussistenti gli *sponsalia* per il fatto stesso che la fanciulla sia stata condotta in casa (come una sposa).

Tale interpretazione del passo consente di dedurre importanti informazioni: evidentemente gli *sponsalia*, all’epoca di Labeone e poi di Papiniano e di Ulpiano, rivestono ancora una portata formale; la loro sussistenza non è una realtà secondaria né può ricavarsi automaticamente da situazioni di fatto. Un matrimonio irregolare non può ‘retrocedere’ a fidanzamento per il solo fatto che, nel frattempo, sia iniziata una convivenza: tra le righe del commento all’Editto leggiamo dunque la necessità che i soggetti interessati manifestino una volontà formalmente convergente verso l’atto di fidanzamento, affinché il conseguente rapporto possa considerarsi sussistente e perdurante.

Da qui la necessità di affermare in modo tautologico che chi vuole il ‘rapporto’ di fidanzamento deve ‘fidanzarsi’, compiendo un ‘atto’ idoneo.

Nel commento a Sabino, come già ricordato, il problema affrontato è più specifico, in quanto non riguarda la sola sussistenza degli *sponsalia*, ma la validità delle donazioni effettuate in occasione del fidanzamento. All’inizio del frammento viene citato e ripreso il pensiero di Giuliano, che sembra dettare un principio generale, per il quale deve considerarsi sussistente un fidanzamento nell’ipotesi in cui una minore di dodici anni sia stata condotta in casa del quasi marito, benché immatura per il matrimonio. Da una lettura *prima facie* sembra che Giuliano non subordini la sussistenza del rapporto di fidanzamento alla previa celebrazione formale dello stesso. Il frammento infatti si limita ad un *ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit*. Labeone, Papiniano ed Ulpiano esplicitano la distinzione: il *si quidem praecesserint* è infatti espresso solo dopo, coerentemente con l’esigenza di fornire due *solutiones* differenti: l’una per il caso in cui, appunto, il fidanzamento sia stato previamente e formalmente celebrato e l’altra nel caso in cui non via sia stata celebrazione degli *sponsalia*.

Ritenere che il fidanzamento sussista a prescindere da una sua celebrazione formale sarebbe un'ipotesi illogica per due ragioni: in primo luogo perché la validità della donazione è subordinata proprio alla previa celebrazione, in secondo luogo sulla base di una lettura congiunta ricavabile dal raffronto dei due frammenti.

Riteniamo che il commento a Sabino *minus dixit quam voluit*: Ulpiano, infatti, richiama rapidamente e ancora una volta il pensiero di Giuliano, ma non intende soffermarsi sul problema della mera sussistenza del fidanzamento, quanto piuttosto sulla validità di una donazione effettuata in occasione dello stesso; per tale ragione non indugia sulla questione della permanenza della condizione di fidanzamento, riproponendo in modo più preciso la regola già espressa in D.23.1.9, ma, questa volta, per rispondere al quesito avente ad oggetto la validità della donazione.

Ai fini della presente disamina il passo è indicativo per ribadire l'esigenza – anche con riferimento all'evoluzione classica – di porre in essere gli *sponsalia* in modo formale, o, quanto meno ufficiale, in modo che risultino sussistere agli occhi dei terzi e dell'ordinamento: *si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt*. Il concetto sembra proprio non lasciare dubbi: se non c'è stata una previa celebrazione degli *sponsalia*, questi non possono desumersi come esistenti, in quanto non vi furono. Il *quoniam non fuerunt* non è tautologico, ma esprime efficacemente l'esigenza che, per potersi parlare di *sponsalia*, è necessario un atto consapevole e – probabilmente – manifesto, che dia origine, in modo ufficiale, al conseguente rapporto di fidanzamento. Evidentemente, sebbene non sia necessaria una *sponsio*, occorre un atto simbolico e formale che consenta di attestare l'esistenza di una condizione che rileva anche (ed ancora) sotto il profilo giuridico.

I passi dei giuristi offrono lo spunto per riflettere con Orestano⁵⁴⁶ sull'individualità di due diversi istituti: il fidanzamento e il matrimonio debbono infatti essere considerati atti e rapporti autonomi, nonché connotati da finalità differenti. Se gli *sponsalia* costituiscono un logico

⁵⁴⁶ Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 339-340. L'A. rafforza poi la condivisibile tesi dell'autonomia tra gli istituti sotto il profilo storico, sistematico, teleologico e terminologico, in part. cfr. pp. 339-347.

antecedente al matrimonio, non deve tuttavia evincersi che esso debba conseguirvi necessariamente, né che gli *sponsalia* costituiscano una ‘endo-fase’ necessaria di un unico rapporto giuridico-affettivo, che inizia con il fidanzamento e termina con il matrimonio. Gli *sponsalia* non sono infatti (sempre) un atto preparatorio alle *nuptiae*: successivamente ad essi, gli *sponsi* potrebbero infatti scegliere di dare luogo ad una convivenza – legittimata dal fidanzamento formale – senza poi convolare alle nozze. In tal caso, si tratterebbe di un’assunzione di responsabilità di valore più che altro sociale, finalizzata ad attribuire una veste formale alla convivenza stessa e, dunque, a prevenire eventuali censure o biasimi.

Tornando al tema di partenza ed alla luce delle precedenti riflessioni, l’interpretazione per cui il fidanzamento con una fanciulla infradecenne sussistesse solo in fatto e non fosse produttivo di effetti sul piano giuridico pare forse troppo semplicistica; sotto il profilo terminologico si può ritenere piuttosto che tale fidanzamento, pur presentando ‘vizi di regolarità’, non fosse del tutto invalido. Fatta questa premessa, ci sentiamo infatti di aderire alla già richiamata impostazione di Astolfi⁵⁴⁷: fidanzarsi con una fanciulla infra-decenne determina (solo) un’irregolarità ai sensi della *lex Iulia et Papia*; più precisamente, gli *sponsalia* con una ragazza minore di dieci anni durerebbero necessariamente più di un biennio e diverrebbero regolari solo al compimento del decimo anno di età. La durata ultra-biennale determina evidentemente le sanzioni previste dalle norme imperiali e l’impossibilità di fruire dei benefici stabiliti. Questo non impedisce tuttavia che il fidanzamento produca tutti gli altri effetti giuridici (secondari ed indiretti) previsti dalla normativa che esorbita dalla *lex Iulia et Papia*⁵⁴⁸.

Più in generale, parte della dottrina sostiene una tesi radicalmente diversa ritenendo che, per la validità del fidanzamento, non sia richiesto alcun presupposto formale⁵⁴⁹. Le deduzioni in tal

⁵⁴⁷ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 65-67 e Idem, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 7.

⁵⁴⁸ Per cui si veda Parte I, Capitolo 1, § 10.

⁵⁴⁹ Così già Voci, *Storia della patria potestas*, cit. p. 404; conferme si trovano in Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. *passim* ed approdano in parte sino alle letture più recenti, (ad es.

sensu di Volterra⁵⁵⁰ muovono anche dal già noto passo del commento all'Editto di Paolo, che, tuttavia, *ex litteris*, fa riferimento alla *sponsio*, forma celebrativa incompatibile con l'evoluzione classica dell'istituto, allorquando la *sponsio* di fidanzamento e la relativa stipulazione penale assumono il carattere dell'illiceità:

D.45.1.134.pr., Paul. 15 resp.

*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habenti familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstatutam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*⁵⁵¹.

Come ricordato, in età preclassica il fidanzamento si contrae con una *sponsio*, una promessa avente ad oggetto un matrimonio futuro⁵⁵². Autore di quest'atto è il diretto interessato, qualora *sui iuris*, o l'avente potestà. Il vincolo è giuridico e obbliga alla futura celebrazione ed è assistito processualmente da un'*actio ex sponsu*. La *sponsio* è sostanzialmente in genere 'garantita' con una stipulazione penale, che consiste nella promessa di pagare una somma nell'ipotesi in cui il matrimonio non venga celebrato per ragioni imputabili alla parte promettente. A ben vedere sono i requisiti stessi di validità della *sponsio* a definire il formalismo dell'atto di fidanzamento arcaico ed a costituire una 'prova' di celebrazione.

Si tratta di un istituto che sembra avere poco a che fare con una dimensione affettivo-personalistica; è un impegno giuridico formale che viene 'blindato' da una promessa formale (*desponderetur*), assistita e garantita da una promessa avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro per l'ipotesi in cui il matrimonio non avvenisse (*adiecta poena*) e per di più garantita a

Mitchell, *On the Legal Effects of Sponsalia*, cit. pp. 400-444), che tuttavia danno conto di significativi effetti giuridici del fidanzamento.

⁵⁵⁰ D.45.1.97.2, Cels. 26 dig.: "*si tibi nupsero, decem dari spondes?*" *Causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est*; D.45.1.134.pr. Paul. 15 resp.; D.35.1.71.1 Pap. 17 quaest.; sul punto Volterra, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 506; Idem, *Diritto di famiglia*, cit. pp. 128-129; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 50-51.; cfr. sopra.

⁵⁵¹ Per la cui esegesi si richiama ancora Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. pp. 128-130.

⁵⁵² Cfr. *supra* e Parte I, Capitolo 1, *passim*.

livello probatorio, non solo dalla presenza dei testimoni, ma anche dall'interposizione di una *probatio* scritta (*instrumentum*)⁵⁵³.

Nei *libri Responsorum* Paolo si esprime in termini più che espliciti con riferimento all'inopportunità della *sponsio* di fidanzamento: se è vero che gli *sponsalia* per sussistere debbono essere formalmente celebrati, è altrettanto vero che non occorre più assumere reciprocamente una responsabilità contrattuale/obbligatoria.

Più precisamente, riteniamo che, sotto il profilo del *ius civile*, in età classica la realizzazione di una *sponsio* non sia più necessaria, né *ad substantiam*, né *ad probationem*; quanto al diritto onorario, si evince la pregnanza dell'intervento pretorio, laddove viene riconosciuta, probabilmente all'inizio solo *in factum*, la fondatezza dell'*exceptio doli* a fronte di un'*actio ex sponsu* finalizzata a far valere la promessa di fidanzamento e la relativa stipulazione penale. Il pretore così paralizza la pretesa attorea volta a far valere una promessa di fidanzamento e l'esecuzione della relativa stipulazione penale. Precisamente Paolo ritiene "non onesta" la coercizione patrimoniale della promessa di matrimonio, quindi solo uno dei tre elementi giuridici che strutturano il fidanzamento 'arcaico'.

La *ratio*, come detto, va rinvenuta nei costumi già consolidati, che rendono "non-onesta" la coercizione giuridica finalizzata all'atto di matrimonio. Sono il disvalore sociale e morale della *sponsio* di fidanzamento e della relativa stipulazione penale a rappresentare quell'esigenza comune e collettiva che il pretore, ritenendola meritevole di tutela, va ad assecondare con il riconoscimento della *exceptio*. In realtà, stando al passo di Paolo, il profilo di illiceità attiene peculiarmente alla stipulazione penale: il giurista infatti ritiene 'non onesta' la stipulazione penale e non la promessa di matrimonio *tout court*, la quale potrebbe essere sopravvissuta per più tempo, anche se priva della garanzia offerta dalla 'penale'. Probabilmente, col tempo, ci si sarà resi conto che il formalismo di una *sponsio* non garantita era divenuto inutile e si iniziò a ricorrere a strumenti celebrativi giuridicamente meno formali.

⁵⁵³ M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munchen 1996, *passim*.

Dunque dall'epoca arcaica all'epoca classica c'è un'evoluzione; a livello pretorio non viene più concessa tutela in caso di inadempimento alla *sponsio* di fidanzamento, in quanto ciò non è più conforme alle esigenze sociali ed ai costumi. Questa assenza di formalità, se da un lato asseconda evidenti esigenze di libertà in un ambito personale ed affettivo, dall'altro pregiudica la sussistenza di una 'prova' certa di celebrazione. Il fidanzamento tuttavia continua a produrre significativi effetti giuridici per cui si rende necessario accertarne sempre la sussistenza.

Una qualche formalità diversa dalla *sponsio* celebrativa deve, per questo motivo, essere necessariamente richiesta a fini probatori.

10. La prova del fidanzamento.

Gli *sponsalia* comportano conseguenze giuridiche significative⁵⁵⁴; deve pertanto esservi certezza sulla reale sussistenza di un rapporto di fidanzamento. A tal fine si possono ritenere necessarie alcune brevi osservazioni sulla cd. eventuale 'prova' di fidanzamento.

Gli sponsali arcaici venivano contratti con una simmetrica promessa verbale, che vincolava il promittente ad un matrimonio futuro. Le 'prove di celebrazione', sotto il profilo meramente giuridico, erano strettamente connesse alle regole che sovrintendevano alla *sponsio*⁵⁵⁵. È ancora una volta Brutti⁵⁵⁶ con icastica brevità ad attestare la portata di questa *obligatio verbis*: «Le parole sono artefici della situazione giuridica, obbediscono ad un rigoroso ordine formale; compongono uno schema adattabile ad una molteplicità di rapporti concreti e di prestazioni [...]. Questo agile rituale servirà ogni genere di relazioni e di interessi nella storia della società romana: dalle convenzioni rilevanti per la vita familiare al meccanismo per la circolazione dei beni [...], dai rapporti in sé privi di effetti giuridici a quelli nei quali già vi è un vincolo obbligatorio [...]».

⁵⁵⁴ Alcune di esse saranno rapidamente passate in rassegna nel prosieguo della disamina.

⁵⁵⁵ Cfr. Parte I.

⁵⁵⁶ *Diritto privato romano*, cit. pp. 474-475.

L'efficace descrizione ci ricorda la versalità dell'istituto idoneo a realizzare persino la volontà di impegnarsi verso *nuptiae futurae*⁵⁵⁷; sotto il profilo probatorio è proprio la prova della celebrazione della *sponsio* a costituire testimonianza di celebrazione del fidanzamento: la promessa, come noto, è azionabile processualmente con l'*actio ex stipulatu* e, prima ancora, con le *legis actiones* attraverso una *legis actio per iudicis postulationem*⁵⁵⁸. Nella fase *apud iudicem* la prova 'regina' sarà la testimonianza di coloro che hanno direttamente assistito alle celebrazioni della *sponsio*.

Alla fine dell'età repubblicana il fidanzamento veniva celebrato pubblicamente e la cerimonia terminava generalmente con un banchetto al quale prendevano parte parenti ed amici⁵⁵⁹. Al di là del fatto che il *dies sponsalis* mantenga un rilievo di carattere etico e sociale⁵⁶⁰, la *ratio* sottesa alle modalità celebrative non riguardava solo gli aspetti festosi: sussisteva infatti anche un intento probatorio in quanto i parenti e gli amici intervenuti sarebbero stati i testimoni dell'avvenuta celebrazione.

⁵⁵⁷ D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*: *sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. Si sono già fatte osservazioni sulla 'versatilità' della definizione di Fiorentino che, per certi aspetti, può essere declinata sia per la fase arcaica, sia per quella classica.

⁵⁵⁸ Gai. 4.17: *per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat [...].* Cfr. Parte I, Capitolo I, §. 9.

⁵⁵⁹ Suet. *Aug.* 53.3: *officia cum multis mutuo exercuit, nec prius dies cuiusque sollemnes frequentare desiit, quam grandior iam natu et in turba quondam sponsaliorum die vexatus*. Si trattava tuttavia di una scelta discrezionale; non mancavano casi di *sponsalia* celebrati sobriamente nell'intimità di poche persone; il precedente storico riguarda Ottavia, la figlia di Claudio, come attestato ancora da Svetonio (*Claud.* 12.1): *at in semet augendo parcus atque civilis praenomine Imperatoris abstinuit, nimios honores recusavit, sponsalia filiae natalemque geniti nepotis silentio ac tantum domestica religione transegit*. Cicerone (*ad Quint. fr.* 2.4.2 e 2.6.1) vi fa riferimento utilizzando il verbo *despondere*. La stessa partecipazione al banchetto di fidanzamento era considerata talvolta un onere sociale (Plin. *nat. hist.* 9.117; Tert. *de idol.* 16.1); Plinio il giovane (*ep.* 1.9.4) attesta la frequenza di *sponsalia*, cui i suoi contemporanei dovevano assistere tra le varie futilità che ingombravano le loro giornate: *hodie quid egisti? [...] sponsalia aut nuptias frequentavi*. Il banchetto era offerto dal padre della fidanzata; cfr. Fayer, *La familia romana*, cit. p. 68. La testimonianza di Paolo (D.23.1.7, Paul. 35 *ad ed.*) sembra invece riferirsi alla 'prova' nel fidanzamento arcaico.

⁵⁶⁰ Fayer, *La familia romana*, cit. p. 66. L'A. lo evince anche dalla necessità di scegliere con oculatezza il giorno del fidanzamento, così come il giorno del matrimonio, atteso che non tutti i giorni erano propizi.

Dal momento che spesso la dote veniva promessa contestualmente agli *sponsalia*, l'intervento dei testimoni assicurava altresì l'esigenza di attestare la costituzione della stessa. A tal proposito è presumibile che l'interesse patrimoniale prevalessse su quello sociale ed affettivo e dunque che i testimoni rilevassero, principalmente, a garanzia delle aspettative economiche che discendevano dall'atto.

Anche l'anello che veniva donato dallo *sponsus* alla fanciulla costituiva prova di fidanzamento, impegno per il futuro e suggello tra umano e divino, dato che si pensava che un nervo collegasse l'anulare nel quale veniva infilato, direttamente al cuore⁵⁶¹.

L'anello non costituiva l'unica forma di *donatio* contestuale alla cerimonia; altri doni potevano essere offerti tra i fidanzati⁵⁶²; stando alle fonti, l'anello ha un valore simbolico, anche sul

⁵⁶¹ Gell. 10.10: *quae eius rei causa sit, quod et Graeci veteres et Romani anulum in eo digito gestaverint, qui est in manu sinistra minimo proximus. Veteres Graecos anulum habuisse in digito accipimus sinistrae manus, qui minimo est proximus. Romanos quoque homines aiunt sic plerumque anulis usitatos. Causam esse huius rei Apion in libris Aegyptiacis hanc dicit, quod insectis apertisque humanis corporibus, ut mos in Aegypto fuit, quas Graeci ἀνατομάς appellant, repertum est nervum quandam tenuissimum ab eo uno digito, de quo diximus, ad cor hominis pergere ac pervenire; propterea non inscitum visum esse eum potissimum digitum tali honore decorandum, qui continens et quasi conexus esse cum principatu cordis videretur*; Giovenale (6.25-27) parla di 'patto convenuto': *conventum tamen et pactum et sponsalia nostra / tempestate paras iamque a tonsore magistro / pectus et digito pignus fortasse dedisti?* Tert. apol. 6.4: *circa feminas quidem etiam illa maiorum instituta ceciderunt quae modestiae, quae sobrietati patrocinabantur cum aurum nulla norat praeter unico digito quem sponsus obpignerasset pronubo anulo [...]*; si noti l'uso del verbo *obpignero*, che bene rende il senso del vincolo, dell'impegno futuro; il dono dell'anello evidentemente ha lo stesso valore della promessa di fidanzamento pronunciata *verbis*; conforta tale supposizione l'uso che ne fa Terenzio, *heaut. 794: num illa oppignerare filiam meam me invito potuit?* Sull'anello e sul significato dell'anulare anche Macrobio (*sat. 7.13.7*), che rielabora la materia di Gellio ed ancora Isidoro (*de eccl. off. 2.20.8* ed *etym. 11.1.71: quartus (digitus) anularis, eo quo in ipso anulus geritur*; per ulteriori fonti e bibliografia sull'*anulus pronubus* si veda Fayer, *La familia romana 2*, cit. pp. 69-72 e, in partic. nt. 199; non contava tanto il valore dell'anello, ma il simbolo e, dunque, la prova di fidanzamento, Plin. *nat. hist. 33.12*; più in generale, sui risvolti sociali del fidanzamento e sulle usanze P. Grimal, *L'amore a Roma* (trad. it. di D. Interlandi), Milano 1964, pp. 75-80.

⁵⁶² D.16.3.25.pr. Pap. 3 resp.: *die sponsaliorum aut postea res oblatas puellae, quae sui iuris fuit, pater suscipit: heres eius ut exhibeat recte convenietur etiam actione depositi*; D.24.1.27, Mod. 7 reg.: *inter eos, qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta iure consistit, etiamsi eodem die nuptiae fuerint consecutae*. D.24.1.32.27, Ulp. 33 ad Sab.: *si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. Et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit*. D.24.1.65, Lab. 6 Post. a Iav. epit.: *quod vir ei, quae nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo*, anche se la fattispecie non allude, *expressis verbis*, ad un precedente fidanzamento; D.24.1.66.pr., Scaev. 9 dig.: *Seia Sempronio cum*

piano etico, rappresentando un impegno per il matrimonio futuro; il valore di tale impegno non è però giuridico, ma solo sociale e morale⁵⁶³, mentre gli altri doni non assurgono ad un valore più che probatorio. Pare peraltro che l'*anulus pronubus* venisse inviato dallo *sponsus* alla fidanzata e non piuttosto consegnato di persona⁵⁶⁴.

Col Principato la prova del fidanzamento è fornita anche per iscritto, con *tabulae nuptiales* o *sponsales*⁵⁶⁵.

È netta la posizione di Astolfi⁵⁶⁶: con riferimento all'ultimissima fase della repubblica e, ancor più, nel corso del Principato, tuttavia, le prove del fidanzamento, anche qualora rappresentino

certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere; anche in questo caso non è possibile evincere con sicurezza la sussistenza di precedenti *sponsalia*, anche se il riferimento alle *tabulae* potrebbe farlo supporre. Ciò non di meno, se era prassi la donazione in vista delle nozze, anche in assenza di precedente fidanzamento, *a fortiori* deve potersi ammettere l'usanza di una *donatio* in costanza di *sponsalia*. Fayer, *La familia romana*, cit. p. 69.

⁵⁶³ Si può concordare con Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 73; di pregio sono i suoi rilievi terminologici su Giovenale (6.27) e Tertulliano (*apol.* 6.4; *de idol.* 16.1), che attestano la pregnanza sociale del dono, idoneo evidentemente a creare un vincolo morale e affettivo e coerentemente utilizzano il sostantivo *pignus* ed il verbo *oppignerare*; Paolo (D.24.1.36.1, Paul. 36 *ad ed.*, sotto riportato) lo ritiene un *munus*, come tale inidoneo a creare obblighi giuridicamente vincolanti; come noto è lo stesso giurista severiano ad attestare che l'impegno giuridico per *sponsionem* e la relativa *stipulatio poenae* siano contrarie al costume ed alla morale (D.45.1.134.pr., Paul. 15 *resp.*): [...] *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*. Sull'anello e la sua funzione tra gli altri già E. Costa, *Storia del diritto romano privato*, cit. p. 54; commentando il fidanzamento arrale, Volterra, *Studio sull'«arrha sponsalicia»*, cit. pp. 31 ss.; L. Anné, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, p. 36; Treggiari, *Roman Marriage*, cit. p. 149; J. Carcopino, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, (Trad. it. E. Omodeo Zona) Roma-Bari 1991⁶, pp. 96-101, in part. p. 97.

⁵⁶⁴ Plin. *nat. hist.* 33.12; Gell. 4.4, anche se il frammento, come noto, si riferisce al fidanzamento arcaico, in quanto parla di *sponsio*. Ma è attestato anche nel Digesto (24.1.36.1, Paul. 36 *ad ed.*), in un frammento del commento all'editto di Paolo, per una fattispecie davvero peculiare: *sponsus alienum anulum sponsae muneri misit et post nuptias pro eo suum dedit: quidam et Nerva putant fieri eum mulieris, quia tunc factam donationem confirmare videtur, non novam inchoare, quam sententiam veram esse accepi*.

⁵⁶⁵ Lo attesta Giovenale, che scrive durante il Principato, sotto i Flavi e gli Antonini, sino ad Adriano (6.200): *si tibi legitimis pactam iunctamque tabellis / non es amaturus, ducendi nulla videtur / causa [...]*. Il frammento è tutto incentrato sulla responsabilità personale e affettiva, che costituisce l'essenza della relazione e non può sfociare in alcuna formalizzazione giuridica qualora sia venuto meno l'*amor*, *rectius* il '*bene velle*'. Emerge qui la pregnanza personalistica del rapporto di fidanzamento: durante tale rapporto, il *consensus* è un presupposto giuridico, l'affetto invece è un elemento personalistico, entrambi strutturano l'ontologia dell'istituto-rapporto. Dal passo Fayer (*La familia romana*, cit. p. 59 nt. 151) deduce che Giovenale accenni alla piena libertà di sciogliere gli *sponsalia*; se così fosse l'istituto si reggerebbe quindi sul *continuus consensus* che, venuto meno, legittimerebbe lo scioglimento. Questo consentirebbe di dare maggiore credito alle posizioni dottrinarie più risalenti, che appunto fanno leva proprio sul *continuus consensus*; posizione alla quale si intende qui aderire. Ma si veda di seguito, nel prosieguo della disamina, relativamente allo scioglimento degli *sponsalia*.

un impegno sul piano affettivo e morale, non comportano implicazioni di carattere giuridico. Né, tantomeno possono considerarsi requisiti formali per la validità del fidanzamento: pertanto, se mancano, non inficiano gli *sponsalia*; se vi sono, non comportano obblighi giuridici.

La prova in età classica resta dunque libera e facoltativa⁵⁶⁷, in quanto assente è qualunque onere di forma; ciò che conta quindi è la sostanza, ossia la volontà dell' 'atto', il *consensus*, che accompagna, sussiste e traspare nell'agire stesso. Le prove celebrative tuttavia consentiranno maggiore certezza con riferimento agli effetti giuridici che connotano il 'rapporto'.

Detto in altre parole, se il fidanzamento è valido anche in assenza di celebrazione formale, quest'ultima sarà utile per accertare la sussistenza del rapporto e dunque per l'applicazione delle conseguenze giuridiche che connotano la responsabilità 'da fidanzamento'. Occorre essere certi infatti del fatto che due soggetti siano legati da un rapporto di fidanzamento, al fine di poter riconoscere responsabilità significative, quali ad esempio quella per l'omicidio della fidanzata, per l'*iniuria* alla stessa o per il tradimento commesso dalla *sponsa* in danno del proprio fidanzato.

⁵⁶⁶ Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 67.

⁵⁶⁷ Si interpreta *a fortiori* l'insegnamento di Paolo, presumibilmente riferibile al periodo arcaico, nel quale per concludere il fidanzamento era necessaria la *sponsio*: *in sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat* (D.23.1.7.pr., Paul. 35 ad ed.).

CAPITOLO 3

LA RESPONSABILITÀ NEL FIDANZAMENTO

Premessa.

Per quanto riguarda gli effetti giuridici, l'atto ed il rapporto di fidanzamento non sono di certo indifferenti all'ordinamento del periodo 'classico'.

Il 'fatto' di fidanzarsi determina infatti conseguenze significative sul piano del diritto⁵⁶⁸: gli *sponsi* assumono una responsabilità che può ritenersi per certi aspetti 'reciproca'; l'ordinamento richiede loro alcuni specifici comportamenti e, allo stesso tempo, li protegge da 'attacchi antiggiuridici' da parte di soggetti terzi, attraverso un complesso sistema di tutela giuridico-processuale.

1. L'uccisione del fidanzato.

Sotto il profilo della responsabilità ci si occupa ora delle conseguenze giuridiche relative all'uccisione degli *sponsi* che riguardano profili di rilevanza penale pubblicistica.

In particolare ci si interroga sulla possibilità di un'applicazione congiunta della *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* e della *lex Pompeia de parricidio*⁵⁶⁹, che avrebbe esteso la portata applicativa della legge di Silla⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Ne forniva un'elencazione di tipo dogmatico già Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. p. 141.

⁵⁶⁹ Dell'81 a.C. la prima, risalente al 55 a.C. la seconda; *Paul. sent. 5.24: lege Pompeia de parricidiis [tenetur] qui patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patronum, patronam occiderint, etsi antea insuti culleo in mare precipitabantur, hodie tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur*; D. 48.9.6, Ulp. 8 *de off. procons.*: *utrum qui occiderunt parentes an etiam conscii poena parricidii adficiantur, quaeri potest. Et ait Maecianus etiam conscios eadem poena adficiendos, non solum parricidas. Proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt.*; D.48.9.1, Marc. 14 *inst.* e D.14.9.9.pr., Mod. 12 *pand.*, di seguito riportati nel testo; l'apparente antinomia tra i passi di Marciano e Modestino fa supporre che il primo intervento normativo non prevedesse anche le ipotesi peculiari introdotte con la seconda legge; soltanto

La disciplina della responsabilità per l'uccisione del fidanzato e della fidanzata si ricava da una lettura comparata di alcuni passi di Marciano. I frammenti del giurista attestano che, dall'applicazione congiunta delle due leggi – delle quali quella di Pompeo costituirebbe un intervento *ad integrandum* che determinava l'estensione della precedente a casi ulteriori – si ricava l'equiparazione della gravità del gesto omicida compiuto contro il marito, la moglie, il suocero, la suocera, il fidanzato, la fidanzata ed i genitori di questi ultimi.

Procediamo quindi con la lettura congiunta dei tre passi di Marciano:

D.48.9.1, Marcian. 14 *inst.*

Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum avunculum amitam, 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.

Pompeo avrebbe infatti istituito una *quaestio* speciale prevedendo altresì una pena peculiare, sostituendo l'*aqua et igni interdictio* con la *poena cullei*. La *lex Pompeia de parricidio* prevede una particolare casistica, punendo l'uccisione di genitori, avi, fratelli, zii, cugini, nipoti, coniugi e fidanzati, affini in primo grado, figliastri e patroni; cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, cit. pp. 357-358; sul tema Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 379-387), che si sofferma sulle difficoltà esegetiche dei passi di Marciano, di seguito commentati, anche e soprattutto alla luce delle conoscenze sul contenuto e sulla portata applicativa della *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* e della *Lex Pompeia de parricidio*. La tematica è complessa ed ampiamente trattata dalla dottrina; è intenzione qui attenersi strettamente alle questioni che possano avere una rilevanza con riferimento alla sola responsabilità nel fidanzamento. In generale sul tema e sul problema del parricidio confronta H. Kupiszewski, *Quelques remarques sur le 'parricidium' dans le droit romain classique et post-classique*, in *Studi in onore di E. Volterra* 4, Milano 1971, pp. 601- 614, in part. pp. 606-607 (= *Scritti minori*, con pagine introduttive di L. Labruna e M. Zablocka, Napoli 2000, pp. 225 ss.); A. Magdelain, *Paricidas*, in *Duchâtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de morte dans le monde antique*. Table ronde, Rome 9-11 novembre 1982, Paris-Rome 1984, pp. 549-571 (= *Ius Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Roma 1990, pp. 519-538; H. Stiegler, *Konkubinenkind «privignus», «parricidium»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 7, Napoli 1984, pp. 3191-3214; M. Torres Aguilar, *El parricidio del pasado al presente de un delito*, Madrid 1991 *passim*; F. Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, pp. 161 ss., in part. p. 16 ntt. 38-39; E. M. Lassen, *De ultimate Crime. Parricidium and the Concept of Family in the Late Roman Republic and Early Empire*, in *Classica et Mediaevalia*, 43, 1992, pp. 147-161; R. Mentxaka, *Algunas consideraciones sobre los crimina contra las personas in las Etimologias de Isidoro (5,26)*, in *Mélanges F. Sturm* 1, Liège 1999, pp. 777-788; B. Santalucia, *Cic. pro Rosc. Am. 3.8. e la scelta dei giudici nelle cause di parricidio*, in *IURA* 50, 1999, pp. 143-151; A. Casamento, *Cienti, patroni, parricidi e declamatori. Popillio e Cicerone (Sen. contr. 7.2)*, in *La parola del passato* 59, 2004, pp. 361-377; G. Rizzelli, *Il furor di Elio Prisco. Macer 2 iud publ. D.1.18.14*, in *Studi per G. Nicosia* 6, Milano 2007, pp. 495-530; D. Cloud, *Leges de sicariis: the first chapter of Sulla's lex de sicariis*, in *ZSS* 126, 2009, pp. 114-155.

⁵⁷⁰ Sul tema già E. Costa, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, p. 71 e p. 157; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, pp.145-149, pp.161-162: *la lex Pompeia de parricidiis* detta nuove norme in materia di parricidio, estendendo la portata dell'illecito anche all'uccisione dei prossimi congiunti e dei patroni, rendendo comminabile al parricidio la pena prevista per l'omicidio semplice; Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 117.

*Sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare*⁵⁷¹.

D.48.9.3, Marcian. 14 *inst.*

Sed sciendum est lege Pompeia de consobrino comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur.

D.48.9.4, Marcian. 1 *de publ. iudic.*

Cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur.

I tre frammenti, raccolti nel XLVIII libro del Digesto, titolo 9, rubricato *De lege Pompeia de parricidiis*, non sono disposti in modo consecutivo, infatti il primo frammento apre il titolo predetto ma è immediatamente seguito da un passo tratto dai *libri Regularum* di Scevola⁵⁷². I primi due passi sono estratti dalle *Institutiones*, mentre il terzo proviene dalla monografia dedicata ai giudizi pubblici. Nella *Palingenesia* di Lenel⁵⁷³ i due frammenti tratti dalle *Institutiones* di Marciano sono raccolti sotto la medesima rubrica *De lege Pompeia de parricidiis*. Si trova anche il passo della monografia sui pubblici giudizi⁵⁷⁴, rubricato a sua volta *Ad legem Pompeiam de parricidiis*, unico frammento della monografia di Marciano dedicato al commento di questa legge. Tuttavia Lenel⁵⁷⁵ fa espresso richiamo al primo passo riportato in epigrafe (D.48.9.1), invitando al confronto con le parole *si quis ... [socerum] generum ... occideret*. Mommsen⁵⁷⁶ nell'apparato critico in relazione a D.48.9.1 fa un esplicito richiamo a D.48.9.4, per integrare l'elenco contenuto nel primo frammento.

⁵⁷¹ Sul passo di Marciano tra gli altri si vedano G. Longo, *Il tentativo nel diritto penale romano*, in *AFGG* f. 1, 1977, pp. 1-68; L. Fanizza, *Il parricidio nel sistema della Lex Pompeia*, in *Labeo* 25, 1979, pp. 267-289, in part. pp. 268-270; E. Nardi, *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, Milano 1980, p. 7, pp. 69-73, p. 79; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 181 nt. 547; vi accenna anche U. Wesel, *Rhetorische Statuslhre und Gesetzesauslegung der römischen juristen*, Köln 1967, p. 63 nt. 87; H. Kupiszewski, *Quelques remarques sur le 'parricidium' dans le droit romain classique et post-classique*, in *Studi in onore di E. Volterra* 4, Milano 1971, pp. 601- 614, in part. pp. 606-607 (= *Scritti minori*, con pagine introduttive di L. Labruna e M. Zablocka, Napoli 2000, pp. 225-238); H. Stiegler, *Konkubinenkind, «privignus», «parricidium»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 7, Napoli 1984, pp. 3191-3214, in part. p. 3207.

⁵⁷² D.48.9.2, Scaev. 4 *reg.*

⁵⁷³ *Pal.* 1, col. 673, fr. 172-173.

⁵⁷⁴ *Pal.* 1, col. 676, fr. 189.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, nt. 1

⁵⁷⁶ *Ed. maior* 2, *ad loc cit.*, p. 821, nt. 6.

Quindi il primo passo di Marciano contiene un elenco che già nell'*editio maior* del Digesto e nella *Palingenesia* si ritiene possibile completare e integrare attraverso gli altri due frammenti marcianei.

Il primo frammento, che fa parte del XIV libro delle *Institutiones*, dedicato alle *leges* ed ai *iudicia publica* e non consente di apprezzare lo stile del giurista, definito da parte della dottrina più risalente – come rilevato da Schulz⁵⁷⁷ – «elegante ed elevato», si riduce fondamentalmente ad un'elencazione casistica di soggetti sottoposti all'applicazione congiunta delle due *leges*.

Il passo presenta dunque un elenco di persone che sono soggette all'applicazione della pena prevista dalla *lex Cornelia de sicariis*, per effetto di una estensione statuita dalla *lex Pompeia de parricidiis*; segnatamente subiranno la medesima pena prevista dalla *lex Cornelia de sicariis* – *ut poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis* – coloro i quali avranno ucciso intenzionalmente il padre, la madre, l'ascendente, ossia l'avo sia esso uomo o donna, il fratello o la sorella, il cugino per parte di padre o di madre, il fratello del padre, e dunque lo zio paterno, il fratello della madre, e dunque lo zio materno, la sorella del padre, e dunque la zia paterna, il cugino di primo grado e la cugina di primo grado, la moglie, il marito, il genero, la suocera, il patrigno, il figliastro o la figliastra, il patrono o la patrona⁵⁷⁸.

Occorre dare atto che una elencazione analoga è contenuta anche nelle *Pauli Sententiae*, la quale tuttavia contempla meno soggetti a cui applicare la disciplina in oggetto:

Paul. Sent. 5.24.1

Lege Pompeia de parricidiis [tenentur] qui patrem matrem avum aviam, fratres, sororem, patronum, patronam occiderint, etsi antea insuti culleo in mare praecipitabantur, hodie tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur.

Tornando a Marciano, nell'ultima parte del passo si coglie nella struttura grammaticale del frammento, segnatamente nelle parole *sed et mater [...]* *et avus [...]* un senso di incompiutezza.

L'uso della congiunzione avversativa seguita, poco dopo, dall'*eius legis poena adficitur*

⁵⁷⁷ *Storia della giurisprudenza romana*, cit. pp. 306-307.

⁵⁷⁸ Il D.48.9.1, Marcian. 14 *inst.* è comunque sospettato di essere non del tutto fedele al disposto della *lex Pompeia*; Fanizza (*Il parricidio nel sistema della Lex Pompeia*, cit. pp. 269-270), infatti, dà conto anche di ipotesi di rimaneggiamenti successivi seppure non da parte dei compilatori; ad esempio con riferimento all'aggiunta delle categorie di *patruelis* e *matruelis*, sistemati nel testo probabilmente per un errore dei copisti durante una trascrizione successiva alla redazione del testo da parte di Marciano.

attesterebbe l'interpretazione estensiva che i giuristi potrebbero aver dato all'ambito applicativo della *lex Pompeia de parricidiis*, idonea quindi a ricomprendere anche altri soggetti. Si tratta tuttavia solo di un'ipotesi ricostruttiva, atteso che non ci è dato conoscere il processo formativo dell'elenco contenuto nella prima parte del frammento⁵⁷⁹. Stranamente l'elenco non fa menzione esplicita della 'nuora' e del 'suocero'⁵⁸⁰.

Nel secondo passo che prosegue la trattazione (D.48.9.3), Marciano continua il discorso con alcune osservazioni esegetiche: egli afferma che nel testo della legge non compaiono le matrine e – soprattutto – le fidanzate, ma che si potrebbe dare un'interpretazione estensiva alla norma sulla base della *ratio* che vi è sottesa⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 118.

⁵⁸⁰ L'acc. *socrum* può in realtà riferirsi anche al suocero; coglie la stranezza già Fayer (*La familia romana* 2, cit. p. 181), che rileva l'esistenza di altre fonti che attestano l'elenco dei soggetti la cui uccisione era sanzionata con la pena capitale in applicazione della *lex Pompeia*: *Paul. Sent.* 5.24.1; D.48.9.9.pr-1, Mod. 12 *pand.*: *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 aviam (quos more maiorum puniri supra diximus), capitis poena plectentur aut ultimo supplicio mactantur; C.Th.* 9.15.1: *si quis in parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia solenni poena subiugetur, sed insutus culeo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentum contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei coelum superstiti, terra mortuo auferatur. Interpretatio. Si quis patrem matrem, fratrem sororem, filium filiam aut alios propinquos occiderit, remoto omnium aliorum genere tormentorum, facto de coriis sacco, qui culeus nominatur, in quo quum missus fuerit, cum ipso etiam serpentes claudantur: et si mare vicinum non fuerit, in quolibet gurgite proiciatur, ut tali poena damnatus nullo tempore obtineat sepulturam.; C.9.17.1, *Imp. Const.*: *si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis 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. I.* 4.18.6: *alia deinde lex asperrimum crimen nova poena persequitur, quae Pompeia de parricidiis vocatur. qua cavetur, ut, "si quis parentis aut filii, aut omino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id" ausus fuerit, nec non is cuius dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, "poena parricidii puniatur, et neque gladio neque ignibus neque ulli alii solenni poenae subiugetur, sed insutus culleo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia et inter eius ferales angustias comprehensus,"secundum quod regionis qualitas tulerit, "vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat et ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur."Si quis autem alias cognatione vel adfinitate coniunctas personas necaverit, poenam legis Corneliae de sicariis sustinebit.* Si rileva già sin d'ora che nessuna delle fonti riportate in nota fa riferimento esplicito all'uccisione dello *sponsus* e della *sponsa*.*

⁵⁸¹ D.48.9.3, Marcian. 14 *inst.*, nella sua parte finale, è ritenuto da Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 381 e p. 387) una glossa che sarebbe stata incorporata al testo utilizzato dai compilatori e dagli stessi inserita nel Digesto; per l'A., al di fuori di essa, nessun'altra fonte prevederebbe per l'uccisione

Pertanto, anche se il dato letterale della legge non consente l'estensione della pena all'uccisione della fidanzata, lo spirito dell'intervento normativo (...*sententia tamen legis continentur*), ad avviso del giurista, consente di ricomprendervi anche tale fattispecie.

Spesso una *lex* o una norma civilistica necessitano, da parte dei giuristi, di una successiva *interpretatio* estensiva per andare a ricomprendere fattispecie che non sono direttamente contemplate dal disposto normativo e che, per potervi rientrare, magari per esigenze sociali, necessitano di un'attività ermeneutica da parte della giurisprudenza. Tuttavia occorre prestare attenzione all'osservazione di Volterra⁵⁸² che, rispetto al complesso delle fonti, rileva il fatto che l'estensione interpretativa compiuta da Marciano rappresenta un *unicum*; l'A. porta a fondamento della propria tesi il passo delle *Sententiae* di Paolo⁵⁸³ e, con un salto cronologico, una costituzione imperiale di Costantino, raccolta nel Codice Teodosiano, accompagnata dalla relativa *interpretatio*:

C.Th.9.15.1 *Imp. Constantin. A. ad Verinum vicarium Africae.*

Si quis in parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culeo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentum contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei coelum superstiti, terra mortuo auferatur.

*Interpretatio. Si quis patrem matrem, fratrem sororem, filium filiam aut alios propinquos occiderit, remoto omnium aliorum genere tormentorum, facto de coriis sacco, qui culeus nominatur, in quo quum missus fuerit, cum ipso etiam serpentes claudantur: et si mare vicinum non fuerit, in quolibet gurgite proiiciatur, ut tali poena damnatus nullo tempore obtineat sepulturam*⁵⁸⁴.

della fidanzata la sanzione del parricidio. Sulle ipotesi interpolazionistiche del frammento, come accennato, discute Fanizza (*Il parricidio nel sistema della Lex Pompeia*, cit. p. 271), che osserva: «il giurista rovescia la logica interna della legge, mirante al mantenimento della struttura tradizionale della famiglia attraverso la tutela dei suoi esponenti più autorevoli e riafferma, nell'ambito della responsabilità penale, l'ormai avvenuta formalizzazione dei ruoli e dei poteri inerenti a ciascuno dei suoi membri». Sul passo anche Wesel, *Rhetorische Statuslhere*, cit. p. 63 nt. 87; in generale sul passo di Marciano si veda Fanizza, *Il parricidio nel sistema della Lex Pompeia*, cit. pp. 270-272; Kupiszewski, *Quelques remarques sur le 'parricidium'*, cit. p. 606; Stiegler, *Konkubinenkind «privignus»*, cit. p. 3207.

⁵⁸² Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 385-387.

⁵⁸³ *Sent.* 5.24, vedi sopra.

⁵⁸⁴ Osserva Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 385-387) che, probabilmente, prima di Costantino, l'uccisione del coniuge era punito *tout court* dalla *Lex Cornelia*, atteso che, stando alle fonti letterarie, l'uccisione del coniuge non viene mai definita *parricidium*.

Ed in effetti si è costretti ad osservare come né le *Pauli Sententiae* né la costituzione di Costantino rinforzino la ‘tesi’ di Marciano.

Anche Astolfi⁵⁸⁵, così come Volterra⁵⁸⁶, sostiene che vi sia stata nel passo un’interpolazione; stando allo studioso si sarebbe trattato tuttavia di un rimaneggiamento finalizzato a riassumere il pensiero del giurista e non a modificarne il contenuto: l’intervento postclassico insomma avrebbe operato una sintesi del pensiero di Marciano senza – forse – intervenire sull’elenco dei soggetti a cui applicare la normativa. Astolfi fa altresì un fine ragionamento di tipo sillogistico: egli parte dal presupposto per cui, per ipotizzare che anche la *sponsa* venga ricompresa nell’applicazione della *lex*, sia necessario riconoscere che nella prima parte del frammento sia stata omessa anche la menzione dello *sponsus*⁵⁸⁷. Non avrebbe senso, infatti, interrogarsi sulla riconducibilità dell’uccisione della *sponsa* entro il predetto intervento normativo senza dare per scontato che vi sia prevista la stessa regola anche per l’omicidio dello *sponsus*⁵⁸⁸. L’intuizione vale anche con riferimento all’omicidio della nuora.

Per completare il quadro delle fonti, la trattazione relativa all’uccisione della fidanzata non può non tenere conto anche di un insegnamento di Servio, contenuto nell’*Enchiridion* di Pomponio:

D.38.10.8, Pomp. 1 *ench.*

*Servius recte dicebat socii et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri*⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ *Il fidanzamento*, cit. p. 118.

⁵⁸⁶ *Ricerche intorno agli sponsali*, p. 380.

⁵⁸⁷ In proposito si veda l’osservazione di Volterra, *Ricerche intorno agli sponsalia*, cit. p. 44.

⁵⁸⁸ Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 118-119) si sofferma approfonditamente su ulteriori omissioni dell’elenco contenuto in D.48.9.1. Si vedano già le considerazioni di Volterra, (*Diritto di famiglia*, cit. pp. 163-164) che, ravvisando problematiche interpretative, risolve i dubbi ipotizzando l’intervento di una glossa; cfr. sopra.

⁵⁸⁹ Relativamente al frammento, desta interesse tuttavia l’osservazione di F. Dumont (*Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928 p. 11): «La designation d’une adfinitas entre époux ou fiances semble appartenir seulement au langage courant». Sul tema dell’*adfinitas* in generale tra gli altri si vedano C. Castello, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano 1942, pp. 142-154, in part. p. 147 nt. 2; A. Watson (*The Law of Persons in the later Roman Republic*, Oxford 1967, p. 18) con efficace *brevitas* riconosce l’importanza del fidanzamento in ordine alle rilevanti conseguenze giuridiche; l’A. osserva altresì che, dei testi evidenziati, nessuno prende in considerazione l’età dei fidanzati. Per un inquadramento comparatistico, per la tradizione del frammento e per la valenza lessicografica del passo si veda M. Bretone, *Linee dell’Enchiridion di Pomponio*, Torino 1975, p. 26, p. 31, pp. 37-40 e *passim*; sempre Bretone (*Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit. p. 211) offre un inquadramento del frammento, ritornando poi sul tenore lessicografico del passo (pp. 215-219), mentre Fayer propone opportunamente il confronto con

Il maestro di Alfeno Varo attesta che anche con il fidanzamento si creano particolari rapporti di affinità, quale quello tra generi e nuore con i suoceri. Il passo di Servio tuttavia può assurgere ad un valore poco più che indiziario, come ritenuto anche da Astolfi⁵⁹⁰, per il quale il frammento può definirsi quale «criterio interpretativo generale».

Il terzo frammento di Marciano contribuisce a corroborare l'ipotesi che l'uccisione della fidanzata possa ricadere nell'ambito applicativo della *lex Pompeia de parricidiis*⁵⁹¹. Il tenore letterale del frammento ci informa che, nell'ambito della denominazione dei suoceri, rientrano anche i genitori dei due fidanzati; la scelta dei compilatori di inserire questo frammento di Marciano dopo quelli tratti dalle sue *Institutiones* nel medesimo titolo del Digesto asseconda evidentemente un'esigenza di integrazione dell'elenco che compare in D.48.9.1; un modo insomma per inserirvi l'omicidio dei genitori dei due fidanzati, ma anche l'uccisione del *socer*. Vere queste premesse, potremmo dunque ricomprendere nella casistica l'omicidio del fidanzato della figlia, ma anche quello della fidanzata del figlio.

Al fine di chiarire il problema è utile esaminare brevemente il notissimo passo di Modestino sul parricidio:

D. 48.9.9.pr.-1, Mod. 12 *pand.*

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

D.38.10.6.1, Ulp. 5 *ad l. Iul. et Pap.*: *generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continetur: item soci et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur*. Il frammento, congiuntamente a D.46.3.107, Pomp. 2 *ench.*, è raccolto da Lenel sotto la rubrica *Enchiridii libri II*, cfr. *Pal.* 2, col. 44, fr. 174,176.

⁵⁹⁰ Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 119.

⁵⁹¹ Sospettata, per via del *cum* seguito dall'indicativo, di essere di impronta bizantina: cfr. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 381-382; sulla tesi di Volterra si vedano tuttavia le osservazioni di Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 494 e pp. 496-498. Come ricordato, sul concetto di *adfinitas*, cfr. Castello, *Studi sul diritto familiare*, cit. pp. 147-148 e nt. 7. Propone la lettura congiunta del passo in epigrafe con D.48.9.1 e con D.48.9.3 Kupiszewski (*Quelques remarques sur le 'parricidium'*, cit. pp. 606-607), interrogandosi sulla completezza dell'elencazione di Marciano e sull'eventuale rimaneggiamento da parte dei compilatori (pp. 605-610); sul frammento anche Nardi, *L'oltre dei parricidi*, cit. p. 70; si veda altresì l'analisi comparatistica tra D.48.9.1.3, Marc. 14 *inst.* e D.48.9.1.4, Marc. 1 *de publ. iudic.* di Wesel, *Rhetorische Statuslhre*, cit. p. 63 nt. 87; la lettura comparata dei passi di Marciano è proposta anche da Fayer, *La familia romana*, cit. pp. 146-147 e ntt. 422 e 423; l'A. deduce quindi che chi uccideva il futuro genero o i futuri suoceri o la futura nuora (per interpretazione estensiva) veniva accusato di parricidio.

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 (quos more maiorum puniri supra diximus), capitis poena plectentur aut ultimo supplicio mactantur.

Modestino, nei suoi *libri Pandectarum*, ci informa circa la sorte del parricida, fornendo anche preziose informazioni sull'applicabilità della *poena capitis* ordinaria – senza alcun aggravio speciale – all'ipotesi dell'uccisione di altri soggetti (*qui alias personas occiderint praeter matrem et patrem et avum et aviam (quos more maiorum puniri supra diximus [...])*); tra essi potrebbe rientrare il fidanzato, ma l'ipotesi non viene contemplata esplicitamente da parte dell'ultimo giurista classico⁵⁹².

Più precisamente, proprio dall'allievo di Ulpiano apprendiamo che la *poena parricidii* veniva comminata solo in caso di uccisione degli ascendenti, regola che, stando a Modestino, sarebbe in vigore ancora ai tempi di Adriano; per tutte le altre uccisioni, comprese quelle dei coniugi e dei fidanzati, si doveva applicare la pena capitale ordinaria, salvo aggravanti. Da ciò potrebbe evincersi che l'uccisione del fidanzato fosse annoverata nell'omicidio semplice. Tale deduzione è in effetti compatibile con gli altri elenchi presentati dalle fonti diverse da Marciano, come ad esempio quello contenuto nelle *Pauli Sententiae*⁵⁹³, anche se si deve rilevare che quest'ultima fonte, rispetto a Modestino, presenta alcuni soggetti diversi: i fratelli, le sorelle e i patroni, ma non menziona il coniuge ed il fidanzato.

Il passo di Modestino va confrontato anche con la costituzione di Costantino contenuta nel codice Teodosiano⁵⁹⁴, rubricato sotto il titolo *De his qui parentes vel liberos occiderint*, dal quale possiamo evincere che, prima di Costantino, il parricidio si applicava alla sola uccisione di

⁵⁹² Lo rileva Volterra (*Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 384), leggendo l'insegnamento di Modestino alla luce del passo paolino, *Sent.* 5.24.1 che, riferendosi alla *lex Pompeia*, restringe il novero delle persone soggette alla pena speciale ad un catalogo più ristretto di quello proposto da Marciano; l'A. osserva altresì che manca la menzione del coniuge e – *a fortiori* – dei fidanzati anche in una costituzione di Costantino, contenuta nel Teodosiano (9.15.1).

⁵⁹³ 5.24.1.

⁵⁹⁴ C.Th. 9.15.1.

ascendenti e discendenti: la fonte sarebbe quindi congruente rispetto alle informazioni fornite dall'allievo di Ulpiano.

E' opportuno inoltre un confronto con il frammento delle *Institutiones* di Giustiniano⁵⁹⁵, che prevede una distinzione abbastanza netta tra l'applicazione della *lex Pompeia de parricidiis*, con la relativa pena peculiare, e l'applicazione della *lex Cornelia de sicariis*: nel primo caso rientra l'omicidio di *parentes aut filios aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continentur*; nel secondo caso è prevista l'uccisione di *alias cognatione vel adfinitate coniunctas personas*.

A questo punto⁵⁹⁶, in conclusione, dobbiamo riconoscere che, per affermare che l'uccisione della fidanzata rientri nella casistica sottoposta all'applicazione della *lex Pompeia de parricidiis*, ci si può affidare soltanto al passo di Marciano, la sola fonte a contemplare l'ipotesi⁵⁹⁷; ma dobbiamo altresì osservare che la fattispecie non viene presa in considerazione in altre parti della compilazione di Giustiniano: all'uccisione della fidanzata o del fidanzato non si fa altrove alcun cenno esplicito⁵⁹⁸. La scelta di inserire il frammento nel Digesto nel I libro sui pubblici giudizi – ma secondo la sistematica seguita da Marciano probabilmente il passo doveva riferirsi ad altra questione⁵⁹⁹ – entro il titolo 9 del XLVIII libro, potrebbe costituire quanto meno un indizio circa la volontà da parte dei compilatori di ricomprendere l'uccisione della fidanzata nell'ambito applicativo della *lex Pompeia de parricidiis*.

Dall'analisi dei frammenti è possibile dedurre che Marciano rilevi una responsabilità per omicidio, previsto e punito dalla *lex Cornelia de sicariis*, nell'ipotesi di:

uccisione del coniuge;

⁵⁹⁵ I.4.18.6.

⁵⁹⁶ Salve le ipotesi interpolazionistiche di cui si è fatto appena cenno, cfr. sopra.

⁵⁹⁷ In quest'atto di fede non sono solo: cfr. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 357; Bonfante, *Corso di diritto romano I*, cit. p. 311; Di Marzo (*Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 19), che sembra dare per scontato che l'uccisione dello *sponsus* o della *sponsa* rientri nella *Lex Pompeia de parricidiis*; Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 494.

⁵⁹⁸ Ad es. C.Th. 9.15.1; C.9.17.1, *Imp. Const.*; I.4.18.6; saranno i traduttori bizantini dei Basilici però a modificare l'elenco contenuto in D.48.9.1, accostando al marito anche il fidanzato (Bas. LX.40.1); cfr. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 44.

⁵⁹⁹ Si accoglie così l'osservazione di Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 380.

uccisione del fidanzato da parte della fidanzata;

uccisione della fidanzata da parte del fidanzato;

uccisione del genitore del fidanzato o della fidanzata da parte di questi ultimi;

uccisione del genero, ossia del fidanzato della figlia da parte del genitore della figlia stessa;

uccisione della nuora, ossia della fidanzata del figlio da parte del genitore del figlio stesso⁶⁰⁰.

In base alla testimonianza di Marciano, la fidanzata dunque è una persona offesa dal reato di omicidio che qualifica la fattispecie, facendola rientrare nell'ambito di applicazione congiunta della *lex Cornelia de sicariis* e della *lex Pompeia de parricidiis*; se ne può dedurre che la responsabilità penale di chi uccide la *sponsa* è grave tanto quanto quella di chi uccide la moglie⁶⁰¹.

Va tuttavia tenuta in conto l'osservazione di Volterra⁶⁰² per cui, se il catalogo enunciato nel frammento di Marciano fosse davvero stato in vigore, ne avremmo molto probabilmente trovato traccia anche in Paolo, in Modestino, oppure in altre fonti.

Si può concludere sottolineando l'importanza del fatto che l'estensione dell'applicazione di una normativa tanto rilevante anche al caso di uccisione dei fidanzati abbia quanto meno suscitato l'interesse di 'un giurista'. Se dunque non v'è certezza sulla previsione normativa specifica sull'omicidio dei fidanzati né sul tipo di *poena* comminabile per il caso di specie, dobbiamo però osservare che la loro posizione giuridica rilevi in modo più che significativo anche sotto il profilo della responsabilità penale per omicidio, in quanto i giuristi hanno voluto quanto meno porsi il problema di ricomprendere gli *sponsi* nel novero dei legittimati passivi della *lex Pompeia de*

⁶⁰⁰ Si vedano, in proposito le considerazioni di Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 113, quelle di Fayer, *La familia romana*, cit. pp. 181-183 e la precedente accuratissima analisi di Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 380-387.

⁶⁰¹ Per un'interpretazione estensiva della *Lex Pompeia de parricidiis* relativa al periodo classico e la conseguente perseguibilità dell'omicidio dei futuri suoceri, del genero, della nuora cfr. S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 1, cit. p. 357; Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 311; P. E. Corbet, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, p. 17; Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p.494; Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 19; Fayer, *La familia romana*, cit. p. 182. Più precisa la posizione di Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 119): i giuristi classici avrebbero esteso ai fidanzati l'applicazione della *lex* prevista per i coniugi ed i compilatori avrebbero ampliato l'applicazione anche all'omicidio dei genitori dei fidanzati, del fidanzato della figlia e della fidanzata del figlio. Astolfi tuttavia non esclude che tale estensione sia attribuibile direttamente a Marciano.

⁶⁰² *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 382 nt. 2.

parricidiis; potrebbe insomma essersi trattato di un *ius controversum*, relativamente al quale purtroppo dobbiamo accontentarci di un'unica testimonianza.

2. Il tradimento durante il fidanzamento.

Augusto, con la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, intende perseguire l'adulterio, il rapporto sessuale compiuto dalla donna sposata, in costanza di relazione coniugale, con un soggetto diverso dal marito⁶⁰³.

⁶⁰³ L'intervento di Augusto si colloca entro una più ampia politica legislativa che copre quasi completamente il periodo del suo potere: l'impegno dell'imperatore si ritrova nel testo delle *Res Gestae*. L'impostazione dell'intera normativa (matrimoniale) augustea asseconda l'intento di contrastare il decadimento morale ed etico degli ultimi decenni. Sul tema per tutti C. Cascione, *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto Romano*, Copanello 4-7 giugno 2008, a cura di F. Milazzo, Milano 2014, pp. 23-94, in part. pp. 72-73. Augusto stesso definisce le sue leggi come *novae*, in quanto «contrastano le tendenze di una età che aveva smarrito gli antichi valori; a questi Augusto si volge, li riporta in vita, li offre come modello ai posteri, rifondatore come delle strutture costituzionali cos' anche del tessuto etico romano», sono le parole di T. Spagnuolo Vigorita, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli 1992, p. 26. La famiglia è evidentemente al centro della visione giuridica e la riforma si incentra anche sull'aspetto etico matrimoniale. Sul punto anche P. Zanker, *Augusto e il potere delle immagini*, Torino 1989, pp. 179 ss. *et passim*. Sull'adulterio la bibliografia è più che significativa: l'argomento sarà trattato solo in funzione del fidanzamento. Sulla tematica si vedano *ex multis*: Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. p. 158; Idem, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, in *Scritti giuridici* 2, pp. 3-68, in part. p. 57; D. Daube, *The accuser under the Lex Iulia de adulteriis*, in *Salonica Congress of Byzantine Studies*, Athens 1955, pp. 8-21 (= *Collected Studies in Roman Law* 1, Frankfurt am Main 1991, pp. 561-573); J.A.C. Thomas, *Accusatio adulterii*, in *IURA* 12, 1961, pp. 65-80; G. Rizzelli, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR* 28, 1986, pp. 411-441; H. Ankum, *La 'sponsa adultera': problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, Pamplona 1987, pp. 192-193; J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4°-7° siècle) 1. Le droit impérial*, Paris 1990; S. Puliatti, *La dicotomia tra vir-mulier e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo-imperiali*, in *SDHI* 61, 1995, pp. 471-529, in part. pp. 478-479; F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996; G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997; F. Lucrezi, F. Botta, G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*; F. Botta, "Per vim inferre". *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari 2004; per G. Rizzelli (*Adulterium. Immagini, etica, diritto*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto Romano*, Copanello 4-7 giugno 2008, a cura di F. Milazzo, Milano 2014, pp. 145-322, in part. p. 315) l'*adulterium* si configura «unicamente» nell'«unione sessuale di una donna sposata con un uomo diverso dal proprio marito»; Volterra (*Per la storia dell'"accusatio adulterii iure mariti vel patris"* (= *Scritti giuridici* I, Napoli 1991, pp. 219-278, in partic. p. 221) ne dà una definizione di più ampio respiro, ravvisando il reato in «qualunque relazione sessuale fuori del matrimonio [...] legittimo», fatte salve alcune situazioni particolari. Si seguirà l'impostazione di Volterra; la lettura dell'A. è particolarmente significativa ai fini della presente disamina, attesa la sua peculiare sensibilità esegetica e la profondità delle sue osservazioni, ma si evidenziano altresì eventuali elementi che si ritengono più problematici ai fini di questo lavoro.

Durante il regime classico l'*adulterium* si configura come *crimen*, che l'ordinamento giuridico ha interesse a perseguire a tutela del buon costume ed a protezione dei diritti di padre e marito nei confronti della donna⁶⁰⁴. Si tratta di un atto particolarmente grave, censurabile per lo stesso diritto di natura⁶⁰⁵. Il bene giuridico tutelato dalla norma è caro all'imperatore ed è in linea con la *ratio* sottesa alla produzione normativa imperiale in tema di famiglia e matrimonio: la tutela della stirpe⁶⁰⁶, dei costumi e della moralità, come è possibile evincere dal discorso augusteo riportato da Dione Cassio in occasione della presentazione della legislazione matrimoniale⁶⁰⁷.

La gravidanza della tutela in caso di tradimento è indiscutibile⁶⁰⁸ e la rilevanza pubblicistica della tematica è evidente; viene istituito un vero e proprio procedimento penale pubblico, attraverso una *quaestio*, con una minuziosa regolamentazione; ed anche la disciplina relativa alla legittimazione attiva a proporre il giudizio conferma ulteriormente la gravidanza dell'illecito⁶⁰⁹.

Se l'interesse alla repressione dell'adulterio è pubblico, ciò che viene tutelato afferisce in ogni caso alla dimensione personale del soggetto offeso; la possibilità che il *pater* dell'adultera o,

⁶⁰⁴ Volterra, *Per la storia dell'"accusatio adulterii iure mariti vel patris"*, cit. p. 219. L'autore si occupa del tema anche in *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 375-379; ancora: sulle evoluzioni successive, particolarmente in tema di *praescriptiones*, Idem, *Nota critica alla L. 27 (28) C. ad L. Jul. de ad.*, in *Scritti Giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 283-290.

⁶⁰⁵ È lo stesso Ulpiano ad annoverarlo tra i gesti più spregevoli, un gesto che sembra molto negativo sia *civiliter* sia secondo il *mos*, D.50.16.42, Ulp. 57 *ad ed.*: "*probrum*" *et obprobrium idem est. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. Ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* Si veda G. Rizzelli, *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, cit. p. 145 e p. 150.

⁶⁰⁶ L'adultera infatti acconsente che il proprio sangue venga contaminato da quello di un uomo diverso dal proprio marito, compiendo anche un atto idoneo a destare incertezza sulla legittimità della prole; sul punto di recente ancora Rizzelli (*Adulterium*, cit. p. 146): si tratta di un gesto *turpis*, contro natura (p. 149), che ingenera «turbamento dell'ordine familiare e sociale razionalmente strutturato, "naturale", attraverso la corruzione dell'adultera, causata dall'immissione di un sangue estraneo che inquina, determinando incertezza sull'effettiva paternità del figlio concepito all'interno del matrimonio» (p. 221); stando a F. Mencacci («*Sanguis / cruor*». *Designazioni linguistiche e classificazione antropologica del sangue nella cultura romana*, in *MD* 17, 1986, pp. 25-91, in part. p. 55), la procreazione è «fusione di sangue» e quando essa proviene da un *adulterium sanguinis* (l'espressione è di Plinio *nat.hist.* 7.14) si determina un'*externae Veneris mixtura* (Lucan. 9.900). Sul tema anche L. Beltrami, *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Bari 1998, pp. 53-56. Sul tema Dio Cass. 56.3.4.

⁶⁰⁷ Dio Cass. 46.2-9. Orazio (*carm.* 3.6.17-32), attesta la decadenza dei costumi che contestualizza la legislazione matrimoniale augustea.

⁶⁰⁸ D.48.5.14.2, Ulp. 2 *de adult.*: ad esempio non rileva neppure la precedente eventuale condotta discutibile della donna: anche se è stata una prostituta, essa, una volta sposata, deve garantire fedeltà al proprio consorte.

⁶⁰⁹ Per le linee istituzionali Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit. pp. 201-205.

addirittura, un qualsiasi terzo, portatore dell'interesse pubblico, possano rivolgere l'accusa è subordinata all'omesso esperimento di essa da parte del diretto interessato, il marito⁶¹⁰. Si parla infatti di *accusatio iure mariti vel patris*⁶¹¹; la pregnanza della dimensione strettamente affettivo-personale del marito emerge anche nella doppia possibilità che costui ha nel far valere l'accusa, sia *iure mariti*, sia *iure extranei*⁶¹².

L'infedeltà matrimoniale e quella relativa ad unioni diverse da quelle inserite entro la cornice del fidanzamento non interessano la presente trattazione, pur collocandosi nell'ambito della più ampia tematica della 'responsabilità familiare e – si consenta l'espressione moderna – para-familiare'. Ci occuperemo quindi esclusivamente del tradimento in danno dello *sponsus*.

Veniamo quindi alle fonti relative ad esso. Una costituzione imperiale del 224 d.C. di Alessandro Severo fornisce un'informazione importante:

C.9.9.7.pr.-1, *Imp. Alex. Herculano*, a. 223.

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. Sed si ipsa iniurias suas adsistentibus curatoribus, per quos etiam negotia eius gerenda sunt, persequatur, praeses provinciae pro debita tanto delicto, si probetur, severitate examinabit.

Il passo, raccolto dai compilatori sotto la rubrica *ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro*, è decisamente significativo ai fini della tematica in esame.

Occorrono alcune premesse di carattere dogmatico: la repressione dell'adulterio viene estesa anche al tradimento compiuto in danno del fidanzato⁶¹³. Alla luce delle informazioni acquisite nel corso di questa trattazione, stando all'impostazione che attribuisce al fidanzamento una dimensione giuridica autonoma, definita e rilevante, potremmo a questo punto in via preliminare definire il

⁶¹⁰ Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 220.

⁶¹¹ Quanto meno sino a Costantino, quando l'adulterio cessa di avere un'intensa pregnanza pubblica, tanto che l'Imperatore arriva a restringere la legittimazione attiva all'*accusatio iure extranei* a pochi soggetti, che non sono più portatori di un interesse pubblico, ma di uno proprio e personale; si tratta infatti dei prossimi congiunti. Cfr. anche Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 220.

⁶¹² Una testimonianza si trova in Coll. 4.5.1: l'*accusatio iure mariti* è privilegiata e può essere esperita dal legittimato attivo in via principale; l'*accusatio iure extranei* è surrogata alla prima ed è priva dei privilegi; cfr. Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 220.

⁶¹³ Cfr. già Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. p. 156.

tradimento ai danni del fidanzato come quel comportamento contrario al dovere di fedeltà dovuto nei confronti dello *sponsus* e che consiste nella congiunzione carnale della *sponsa* con un soggetto diverso dal proprio fidanzato.

Pare ragionevole affermare che, affinché si possa configurare questo tipo di illecito, sia necessario che il fidanzamento sia stato (formalmente, *rectius* ufficialmente) ‘contratto’.

‘Tradire’ il fidanzato significa, quindi, avere rapporti sessuali con un soggetto terzo diverso dallo *sponsus*: la condotta materiale è dunque assimilabile a quella che caratterizza l’*adulterium* in senso tecnico. Il soggetto agente è la sola *sponsa*, atteso che non sembra essere previsto un onere di fedeltà in capo allo *sponsus*, mentre la ‘persona offesa’ è il fidanzato stesso, al quale spetta la legittimazione attiva a proporre l’*accusatio adulterii iure extranei*. Il bene giuridico tutelato sembra essere da un lato un interesse pubblicistico alla repressione di condotte che possano pregiudicare la speranza di matrimonio e dunque la garanzia di filiazione legittima, dall’altro il sentimento del ‘tradito’ e la sua personale aspettativa matrimoniale.

Volterra⁶¹⁴ nega qualsiasi rilevanza dello *status* della persona offesa; esclude cioè che l’ordinamento riconosca allo *sponsus* una tutela speciale in quanto tale, poiché egli potrà rivolgere appunto l’*accusatio iure extranei* come un qualsiasi cittadino ed in quanto portatore di un interesse pubblico. Sembra invece che le fonti dicano qualcosa di più: la posizione di ‘fidanzato’ assume una rilevanza più che significativa.

Nel caso descritto nella costituzione di Alessandro Severo, emanata nel 223 d.C., è stata commesso uno stupro violento nei confronti di una giovane nubile che, successivamente, contrae un matrimonio legittimo. Già a questo punto si deve tenere a mente l’osservazione di Botta⁶¹⁵, secondo il quale sul tema della ‘violenza sessuale’, da intendersi come prevaricazione fisica di un uomo su una donna finalizzata ad imporle un rapporto sessuale da lei non voluto, il quadro normativo di riferimento sembra essere articolato e talvolta confuso. Tale fattispecie criminosa viene attratta

⁶¹⁴ Per la storia dell’*“accusatio adulterii”*, cit. p. 266.

⁶¹⁵ *Violenza sessuale e società antiche*, cit. p. 92 e in generale pp. 85-148, *passim*.

talvolta entro la cornice di *adulterium/stuprum*, talora in quella della *vis* ed ancora nell'ambito dell'*iniuria*, punita *extra ordinem*.

Tale quadro normativo non brilla per chiarezza, infatti si assiste ad un tentativo di sistemazione della materia criminalistica operato dalla giurisprudenza, anche attraverso le grandi opere di commento e di ausilio alla prassi relative alla tarda età severiana⁶¹⁶. Secondo una possibile ricostruzione, la fattispecie della violenza carnale sino a Diocleziano sarebbe stata considerata una particolare *species* di *adulterium*, per poi rientrare nell'ambito della repressione *extra ordinem* dell'*iniuria*⁶¹⁷ e solo i giustinianeî avrebbero previsto la fattispecie nell'ambito della repressione *de vi publica*⁶¹⁸.

L'analisi di Puliatti⁶¹⁹ costituisce il punto di partenza per questa esegesi; come rileva l'Autore, gli imperatori statuiscono che l'uomo avrà una *legitimatio* attiva per sostenere l'*accusatio iure mariti*, solo nell'ipotesi in cui la violenza sia avvenuta mentre i due erano fidanzati. Su tale base dobbiamo distinguere due fattispecie alternative. Prima ipotesi: la vittima e l'uomo hanno precedentemente contratto gli *sponsalia*. Seconda ipotesi: l'uomo e la donna non avevano contratto il fidanzamento. Qualora il fidanzamento sia stato 'ufficialmente-formalmente' celebrato, la circostanza determinerebbe conseguenze significative in merito al tipo di illecito, al bene giuridico tutelato, alla legittimazione attiva all'accusa, al termine di prescrizione dell'*accusatio* e, più in generale, con riguardo ai criteri di responsabilità. Secondo la ricostruzione di Puliatti, se c'è stato un precedente fidanzamento, si configurerebbe in capo a colui che dopo è divenuto marito legittimo, un'*accusatio stupri*. Nella diversa ipotesi di mancato previo fidanzamento, la legittimazione attiva sussisterebbe in capo alla persona offesa, ma con riguardo ad un'*actio iniuriarum extra ordinem*, con l'assistenza dei curatori che normalmente assistono la donna nella gestione dei suoi affari.

⁶¹⁶ Botta, *Violenza sessuale e società antiche*, cit. pp. 93-103

⁶¹⁷ *Paul. Sent.* 5.4.1-4.

⁶¹⁸ Botta (*Violenza sessuale e società antiche*, cit. pp. 93-94 e ntt. 19-20) espone e discute la predetta ipotesi.

⁶¹⁹ Puliatti, *La dicotomia tra vir-mulier*, cit. pp. 478-479.

Botta⁶²⁰ evidenzia come la costituzione potrebbe rappresentare l'unica fonte che contempla il diritto dello *sponsus* ad un'*accusatio* privilegiata, che, diversamente, dovrebbe spettare soltanto al *pater* o al *maritus* della fedifraga. A questo proposito Thomas⁶²¹ aveva ritenuto interpolato il *nisi*, che, originariamente doveva essere un *etsi*: in tal caso anche la condizione di *sponsa* non costituirebbe presupposto per un'*accusatio* privilegiata *ex iure mariti*; Beaucamp⁶²² si è spinto oltre, ipotizzando che il *nisi puella violata sponsa ius fuerit* fosse un'aggiunta post-classica⁶²³. Entrambe le posizioni effettivamente consentirebbero di allineare la fonte con tutte le altre che, come si vedrà di seguito, riconoscono in capo allo *sponsus* tradito una *legitimatio* attiva ad esperire contro la *sponsa* fedifraga un'*accusatio adulterii ex iure extranei*⁶²⁴.

Peculiare è la posizione di Rizzelli⁶²⁵ che, in parte, riprende il ragionamento di De Dominicis⁶²⁶: la costituzione non statuisce un diritto dello *sponsus* di accusare *iure mariti* la fidanzata infedele, ma si occupa invece della *legitimatio* dell'uomo a perseguire *iure viri* la condotta di chi ha corrotto la propria moglie quando ancora non era tale, ma era 'solo' sua *sponsa*, ancora impubere. Più o meno dello stesso tenore sono le considerazioni di Daube⁶²⁷, il quale ritiene altresì che la condotta descritta nella fonte sarebbe paragonabile all'*adulterium*, conseguentemente al fatto che, successivamente, sono state celebrate le *nuptiae*. Anche su questo punto la questione può destare problematiche interpretative, in quanto la costituzione allude ad una violenza che dovrebbe escludere la copartecipazione volontaria all'illecito da parte della donna.

⁶²⁰ Botta, *Legittimazione*, cit. p. 363 nt. 261.

⁶²¹ Thomas, *Accusatio adulterii*, cit. pp. 72-75.

⁶²² Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance*, cit. p. 151 nt. 75.

⁶²³ Così anche Astolfi, nella sua prima edizione dell'1989 de *Il fidanzamento*, cit. p. 94.

⁶²⁴ Ad esempio D.48.5.14.6, Ulp. 2 *de adult.*: *si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit.*

⁶²⁵ *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR* 89, 1986, pp. 411-441, in part. p. 431 nt. 63.

⁶²⁶ D.48.5.12 § 7 (*A proposito dell'accusatio adulterii della sponsa "iure mariti"*), in *AG* 170-171, 1966, pp. 34-40, in part. p.38.

⁶²⁷ Daube, *The accuser under the Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 16.

Di pregio ancora la ricostruzione di Rizzelli⁶²⁸: nel caso in cui ci sia stato un precedente fidanzamento, al marito divenuto tale viene concessa l'*accusatio iure viri*; un *unicum* giustificato dal fatto che l'ipotesi sia davvero speciale; il marito avrebbe una legittimazione attiva all'*accusatio* qualificata, ma solo contro quel terzo che ha usato violenza contro la sua attuale moglie quando la stessa gli era 'solo' fidanzata. L'illecito dunque configurerebbe un'ipotesi peculiare di *adulterium*, connotato però dalla condotta di prevaricazione fisica dell'uomo sulla donna, che non è consenziente al rapporto: una condotta non idonea a configurare una *vis*, ma di certo non irrilevante. Probabilmente la *legitimatio* ad un'*accusatio* privilegiata si giustifica per la particolare gravità dell'*iniuria* arrecata direttamente alla giovane, ma indirettamente anche al marito.

Analoga è poi la visione di Ankum⁶²⁹, per il quale la fattispecie configura un'ipotesi di adulterio e il marito avrebbe la possibilità di rivolgere l'accusa solo contro colui che ha 'violato' la donna. Botta⁶³⁰, nel riassumere le posizioni precedenti, fornisce un'altra ricostruzione: anche se c'è stato un previo fidanzamento, al momento del fatto illecito, il richiedente non era in ogni caso *iustus maritus* e dunque non può essere *iustus accusator* di un'accusa privilegiata. Nel caso *de quo* è rilevante se la donna fosse consenziente o meno. Sono rilevanti anche le osservazioni del medesimo studioso⁶³¹ in tema di concorso di più persone nel reato laddove discute le tesi di Ferrini⁶³².

In effetti l'*adulterium* inteso quale *crimen* comune può rappresentare un illecito plurisoggettivo di tipo 'proprio', che si configura allorchè i soggetti agenti siano più d'uno e, per di più, abbiano una peculiare qualifica soggettiva. Nel caso dell'*adulterium* gli 'agenti' sono il 'terzo' estraneo al rapporto coniugale e l'adultera; la peculiare connotazione soggettiva di una delle parti, segnatamente la donna, è costituita dal suo essere maritata: se dunque può essere perseguito il terzo ed anche la donna che partecipa al rapporto adulterino, deve necessariamente escludersi dalla repressione il soggetto che *vim patitur*, ovvero colui che passivamente subisce il rapporto senza

⁶²⁸ *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata*, cit. pp. 436-437 nt. 76.

⁶²⁹ Ankum, *La 'sponsa adultera'*, cit. pp. 192-193.

⁶³⁰ *Legittimazione*, cit. pp. 363-365 nt. 261.

⁶³¹ *Violenza sessuale e società antiche*, cit. pp. 103-107.

⁶³² *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976, pp. 107-126.

comparteciparvi volontariamente⁶³³. Qualora non vi sia compartecipazione di uno dei soggetti, in particolare la donna, permarrebbe l'illecito di *adulterium* o di *stuprum*⁶³⁴, ma dovrebbe riconoscersi la perseguibilità della sola condotta di colui che *vim infert*. Botta osserva ancora che dalla giurisprudenza del III secolo d.C. si può dedurre la possibilità di perseguire il *crimen adulterii* anche solo in capo ad uno dei soggetti «coagenti necessari», qualora sia possibile escludere la sussistenza del coefficiente soggettivo necessario anche in capo all'altro, ad esempio proprio per costringimento fisico.

È quindi fondamentale l'indagine sull'elemento psicologico che sorregge la condotta della donna: se essa è consenziente al 'rapporto' potrebbe configurarsi un'ipotesi di *adulterium* che legittimerebbe un'*accusatio* tanto nei confronti del terzo, quanto nei confronti della donna stessa; Botta⁶³⁵ precisa in proposito che il consenso relativo all'unione sessuale costituisce un elemento determinante ai fini della configurabilità dell'illecito di *adulterium*⁶³⁶; quindi il *crimen* si manifesta quando all'elemento materiale della condotta, ossia la congiunzione carnale al di fuori del rapporto di coniugio, si affianca quello soggettivo del dolo⁶³⁷. A ben vedere quindi la punibilità del *reus* sarebbe subordinata all'effettiva volizione del fatto che costituisce reato. L'accertamento da parte del giudicante deve infatti provare che l'azione sia voluta, ovvero decisa in piena consapevolezza⁶³⁸. L'*adulterium*, stando a Giuliano, non può essere commesso *sine dolo malo*⁶³⁹;

⁶³³ Ferrini, *Diritto penale romano*, cit. p. 107; Botta, *Violenza sessuale e società antiche*, cit. p. 104.

⁶³⁴ A seconda del tipo di condotta e delle circostanze.

⁶³⁵ *Violenza sessuale e società antiche*, cit. pp. 108-109.

⁶³⁶ D.48.5.13, Ulp. 1 *de adult.: haec verba legis " ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo" et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.*

⁶³⁷ Ma si veda D.48.19.11.2, Marcian. 2 *de publ. iud.*, con i commenti in proposito di C. Gioffredi (*I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, *ad loc.*), che si sofferma sul termine *delinquere*, da rendere con un valore oggettivo nel senso di 'commettere' un fatto previsto come illecito da una norma penale e che offre poi un'esegesi puntuale del frammento; cfr. anche G. Polara, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato. Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*, in *BIDR* 77, 1974, pp. 89-138, in part. pp. 89-91 e 134-138; sul passo Rizzelli, *Adulterium*, cit. pp. 278-283.

⁶³⁸ Rizzelli, *Adulterium*, cit. p. 178

⁶³⁹ D.48.5.44, Gai. 3 *ad l. XII tab.: si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit. idque Salvius Iulianus respondit, quia adulterium, inquit, sine dolo malo non committitur: quamquam dicendum, ne is, qui sciret eam ex lege repudiatam non esse, dolo malo committat*; sul significativo passo di Gaio cfr. P. Giunti, *Il modus divortii*

occorre dunque un atteggiamento intenzionale dell'autore, un 'dolo diretto' proprio alla commissione di un atto che si sa rilevare negativamente sia sul piano morale che su quello giuridico, in quanto crimine contro natura⁶⁴⁰.

Sul tipo di *accusatio adulterii*, esperibile appunto nel caso in cui vi fosse il consenso della donna, la dottrina ha peraltro discusso ampiamente⁶⁴¹. Astolfi⁶⁴² osserva che, in assenza di consenso della donna, si configura un *crimen di vis publica*, per il quale la *lex Iulia de vi publica* accorda una *legitimatio al quivis de populo*; precisando altresì che, sul finire dell'età classica, in età severiana, l'autore della violenza può subire un'*accusatio ex iniuria* nell'ambito della *cognitio extra ordinem*. Fatte queste premesse, con riferimento al caso di specie, l'A. afferma che il *maritus* non viene riconosciuto *iustus accusator*, in quanto la donna, che all'epoca della violenza era *impubere – puella* –, non poteva essergli ancora moglie. Per lo studioso l'uomo potrebbe (tuttavia) agire *iure mariti*, solo a condizione che, al momento dell'illecito, sussistesse un rapporto di fidanzamento. Astolfi nella più recente edizione de *Il fidanzamento nel diritto romano* rivede una propria posizione, assunta nella prima edizione (1989), ove riconosceva che l'estensione dell'accusa privilegiata di adulterio anche al fidanzato era di fattura giustiniana. Nell'edizione del 1994⁶⁴³ l'Autore esprime l'opinione per cui va esclusa la configurabilità dell'adulterio laddove la moglie

nella legislazione augustea. *Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini* 2, 2009, pp. 323-353, in part. p. 327.

⁶⁴⁰ Rizzelli (*Adulterium*, cit. p. 200) precisa che l'accertamento del coefficiente psicologico può essere complesso, atteso il pregiudizio nei confronti della donna, ritenuta più dell'uomo incline al piacere erotico (p. 246). Si veda anche Idem, *In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet. (Sen. Contr. 2.7.3). Donne, passioni, violenza*, in *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2011², pp. 149-199, in part. pp. 163-169. Sull'asimmetria nella valutazione del comportamento di marito e moglie ancora G. Rizzelli (*Agostino, Ulpiano e Antonino*, in *Studi in Onore di M. Talamanca* 7, Napoli 2002, pp. 69-120, in part. pp. 98-101), il quale si occupa di D.48.5.14.5, Ulp. 2 *de adult.: iudex adulterii ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*. Sul tema si veda C.9.9.1, ove Settimio Severo e Antonino Caracalla si soffermano sull'agire del marito infedele, ribadendo però che la donna non ha legittimazione per perseguire il marito fedifrago mediante pubblico giudizio; cfr. P. Resina, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid 1996, pp. 45-48; Botta, *Legittimazione*, cit. pp. 360-362.

⁶⁴¹ Ne dà conto ancora Rizzelli (*Adulterium*, cit. pp. 200-201 nt. 99), che ipotizza che la difesa della donna di cui alla vicenda, qualora la stessa fosse incriminata, farebbe leva sulla *necessitudo*, ovvero sulla mancanza di volontà dell'azione; Quint. *inst. or.* 7.2.51-52.

⁶⁴² *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 128.

⁶⁴³ *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 128.

non consenta al rapporto col terzo e, dunque, *vim patitur*. La donna, stando allo studioso, non dovrebbe quindi essere punita, ma il motivo andrebbe ravvisato non tanto nell'assenza di dolo del suo comportamento, quanto nella condotta materiale perpetrata nei suoi confronti, caratterizzata da violenza «di cui l'unico autore possibile è chi la esercita⁶⁴⁴». Per Astolfi dunque il *crimen de quo* non sarebbe l'*adulterium*, ma una *vis publica*.

Sembra quindi che, a seconda del tipo di illecito, cambi anche l'elemento materiale della condotta: nel caso di adulterio atecnico il rapporto sessuale è consumato dunque *sine vi* col consenso della donna; nell'ipotesi della violenza carnale la condotta lesiva consiste nel perpetrare una violenza fisica in danno della donna poiché *contra voluntatem suam*⁶⁴⁵.

Dobbiamo tuttavia osservare che la terminologia del rescritto porta in una precisa direzione: gli imperatori specificano che colui che è divenuto successivamente marito di una *puella* che ha subito violenza non può sostenere l'*accusatio iure mariti*, in quanto non lo era al momento dell'illecito. La costituzione però conferma la *legitimatio* privilegiata per l'ipotesi in cui al momento dell'illecito il *maritus* e la *puella* violata fossero *sponsi*: di *crimen adulterii* dunque si deve trattare.

Pare opportuno così aderire alla posizione di Ankum⁶⁴⁶ e di Rizzelli⁶⁴⁷: si configurerebbe insomma un caso di *adulterium sui generis*, connotato da prevaricazione fisica dell'uomo sulla donna, così grave da portare la cancelleria a riconoscere addirittura una legittimazione privilegiata

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁴⁵ Osserviamo tuttavia con Puliatti (*La dicotomia tra vir-mulier*, cit. p. 478) che, in occasione della consumazione del *crimen* di violenza carnale, in certa casistica, si verificava la sussistenza della prodromica condotta del 'ratto', di solito perpetrato proprio al fine della violenza carnale, configurandosi dunque una fattispecie criminale complessa. L'A. in proposito accenna altresì alla distinzione e ai rapporti tra il *crimen impudicitiae* e la successiva costituzione di autonome figure di reato quali il ratto, lo *stuprum* e l'*adulterium*, i cui profili di rilevanza di natura squisitamente penalistica esorbitano dall'oggetto di questa trattazione. Dobbiamo inoltre tenere presente l'osservazione di Botta, (*Violenza sessuale e società antiche*, cit. pp. 85 e nt. 2), per cui non è possibile parlare di autonomia concettuale della violenza carnale dall'età classica sino all'Ecloga (*E.* 17.30). Si tratta di un illecito attratto entro il *crimen vis publica*, con conseguente sussunzione già durante il sistema delle *quaestiones* nell'ambito della *lex Plotia* e poi nella *lex Iulia de vi*.

⁶⁴⁶ *La sponsa adultera*, cit. pp. 192-193.

⁶⁴⁷ *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata*, cit. pp. 436-437 nt. 76.

in capo a quel marito che, ai tempi della consumazione dell'illecito, era già *sponsus* della *puella violata*⁶⁴⁸.

Nella seconda ipotesi contemplata nel passo citato, ovvero qualora non siano stati celebrati gli *sponsalia* antecedentemente alla consumazione della violenza sulla donna, al soggetto divenuto marito è preclusa l'*accusatio iure mariti*. Tuttavia un illecito simile non può restare impunito: da qui l'esigenza di legittimare la donna ad un'*accusatio* diversa⁶⁴⁹.

Astolfi⁶⁵⁰ osserva che la costituzione non parla di *actio iniuriarum*, ma nel testo viene utilizzata l'espressione *sed si ipsa iniurias suas persequatur*: a suo avviso l'uso del termine *delictum* al paragrafo primo non avrebbe un'accezione tecnica, potendo riferirsi anche ad un illecito di rilevanza pubblicistica⁶⁵¹. Botta⁶⁵², ancor prima di Astolfi, si interroga sulla natura dell'*accusatio* a disposizione della donna⁶⁵³. L'Autore propende per un'ipotesi in ogni caso sussumibile entro il *publicum iudicium ex lege Iulia de vi* e non, diversamente, per un caso di repressione di *iniuriae extra ordinem*, verso la quale militerebbe in effetti la testimonianza contenuta in un passo delle *Pauli Sententiae*:

*Paul. Sent. 5.4.1 Iniuriam patimur aut in corpus, aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri; extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur*⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ Sul punto anche Botta ("Per vim inferre", cit. p. 60, nt. 83).

⁶⁴⁹ Si veda Astolfi, Il fidanzamento, cit. p. 127. D.47.10.5.6, Ulp. 56 *ad ed.: illud quaeritur, an pater filio familias iniuriam passo ex lege Cornelia iniuriarum agere possit: et placuit non posse deque ea re inter omnes constat. Sed patri quidem praetoria iniuriarum actio competit, filio vero legis Corneliae*. Il passo attesta il carattere personalissimo del bene giuridico tutelato, dato che in caso di *iniuria* la legittimazione attiva spetta di diritto al *filius familias* e non al di lui *pater*. Nel caso riportato nel commento all'editto di Ulpiano la violenza perpetrata in danno di un *filius familias* viene perseguita dalla persona offesa direttamente in applicazione della *lex Cornelia*, mentre al padre spetta l'*actio iniuriarum* conseguente a *delictum*. Sulla *legitimatio* del fidanzato, con riferimento all'*iniuria* morale in danno della *sponsa*, si veda il paragrafo successivo.

⁶⁵⁰ *Il fidanzamento*, cit. pp. 127-128.

⁶⁵¹ Diversa la posizione di Ankum, *La sponsa adultera*, cit. pp. 192-193 e nt. 96.

⁶⁵² *Legittimazione*, cit. p. 365, ove, alla nt. 369, si attesta la conformità ai parametri dettati dalle fonti coeve, con ampia letteratura.

⁶⁵³ Sulla *lex Cornelia de sicariis* si veda, tra gli altri, anche A.D. Manfredini, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, Milano 1977, pp. 217-252.

⁶⁵⁴ Sul passo si segnala in particolare il lavoro di M. Balzarini, 'De iniuria extra ordinem statui'. *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983, pp. 193 ss. con ampia bibliografia. Sono peraltro concordi sull'ipotesi di *accusatio de vi publica* O.F. Robinson, *Women and the criminal law*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia* 8, 1985 (= *Raccolta di scritti in memoria*

Botta mostra ancor più prudenza nell'affermare che, per la repressione dell'illecito in commento, è possibile invocare o meno il regime della *lex de vi* in base alla «contiguità cronologica della costituzione in esame con D.48.5.30.9, Ulp. 4 *de adult.*»⁶⁵⁵. Puliatti⁶⁵⁶, in proposito, riconosce in capo alla donna una *legitimatio extra ordinem* all'*actio iniuriarum*.

Le informazioni sopra esposte consentono di ribadire non solo la pregnanza degli *sponsalia* come istituto dotato di una propria autonomia e dimensione giuridica, ma anche la necessità di una loro reale sussistenza, accertabile anche attraverso le prove di una celebrazione formale. Si ripropone quindi una tematica già affrontata e discussa in precedenza, nonché l'esigenza quasi tautologica di affermare che il fidanzamento, per poter produrre effetti giuridici indiretti e per determinare un peculiare sistema di responsabilità trasversali, deve, in effetti, 'esistere'. La sua esistenza necessita di una prova e quest'ultima è di certo agevolata da una 'forma' celebrativa.

In un passo della *Collatio* si accenna ad una prescrizione di Settimio Severo e Antonino Caracalla, che esclude in modo piuttosto categorico la possibilità che il tradimento possa essere perseguito *iure mariti* anche nel caso venga compiuto dalla fidanzata.

Coll. 4.6, Paul. *l. s. de adulteriis*.

*In uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam in sponsam Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt*⁶⁵⁷.

di R. Moschella, pp. 527-560, in part. p. 558), ed anche Beaucamp, *Le statut de la femme* 1, cit. p. 151 nt. 74. *Contra* Rizzelli, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata*, cit. p. 435 nt. 76.

⁶⁵⁵ *Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est*; Botta conferma la sua tesi in "Per vim inferre", cit. pp. 63-67.

⁶⁵⁶ *La dicotomia vir-mulier*, cit. p. 478.

⁶⁵⁷ Da sempre la dottrina dibatte sul frammento; già Cuiacio (*Observ. et emendat. Lib. XX cap. XVI*, in *Opera*, III p. 535 (per cui si veda Volterra «*In tema di accusatio adulterii*», cit. p. 314) rileva una "bipartizione" del passo: riconduce il "*in uxorem adulterium vindicatur iure mariti*" al disposto della *Lex Iulia de adulteriis* e poi riscontra nella citazione del rescritto di Severo e Caracalla un'interruzione brusca idonea a far supporre che, al contrario, gli imperatori abbiano esteso la legittimazione passiva alla *sponsa*. Un suo allievo, il Burgius, stravolgendo il testo, propone persino la sostituzione di "*non etiam in sponsam*", con "*immo etiam in sponsam*"; altri, come Schulz (si veda Volterra «*In tema di accusatio adulterii*», cit. p. 314) si limitano a rilevare alterazione nei testi relativi alla materia degli *sponsalia*; Arangio Ruiz (*Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 409 nt. 1) in modo drastico, dall'antinomia con D.48.5.14.3, esclude che la fidanzata, in periodo classico, sia in grado di commettere un illecito ascrivibile all'adulterio; di diverso avviso sembra Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, cit. p. 312 ntt. 2 e 3; più approfondita la disamina di Volterra («*In tema*

Il tenore letterale del passo comprova che, se è possibile perseguire l'adulterio della moglie con una *legitimatio iure mariti*, questo non si può fare nei confronti della *sponsa fedifraga*. Già Volterra⁶⁵⁸ osserva che nel frammento non si nega la possibilità che la *sponsa* possa *aliunde* essere perseguita, per dedurre quindi, per il caso di specie, l'applicabilità di un'*accusatio iure extranei*.

Il commento ulpiano alla legge Giulia sull'adulterio riporta un rescritto degli stessi imperatori di contenuto analogo – forse si tratta della stessa costituzione riferita in una forma più articolata – che conferma l'opportunità che il comportamento fedifrago della fidanzata non resti impunito:

D. 48.5.14.3, Ulp. 2 *de adult.*

*Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur*⁶⁵⁹.

Il rescritto stabilisce che non si deve violare né il matrimonio né la speranza di un matrimonio futuro: quindi *versus* la *sponsa*, anche se non si è legittimati ad intentare l'*accusatio iure mariti*, si può intentare l'accusa *iure extranei*⁶⁶⁰.

di accusatio adulterii», cit. p. 314), che ribadisce con certezza la genuinità del passo della *collatio*, con argomentazioni convincenti (p. 315 nt. 6), nonché la perfetta compatibilità contenutistica tanto con riferimento alla disciplina 'classica' dell'adulterio, quanto con riferimento al regime degli *sponsalia* (p. 317). L'A. dà peraltro rilievo al *quoque*: evidentemente Severo e Caracalla non sarebbero stati i soli a precisare tale norma (p. 320); sul punto parla di 'corrente giurisprudenziale' Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 123.

⁶⁵⁸ *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 409. Interpretazione che a mio avviso può evincersi tuttavia solo dalla lettura congiunta delle fonti, *in primis* con D.48.5.14.3, di seguito epigrafato e commentato.

⁶⁵⁹ Da questo rescritto Castello (*Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 493), ricava la pregnanza della tematica degli *sponsalia*, idonea a quanto pare ad «attirare l'attenzione dei giureconsulti e dei principi». Thomas (*Accusatio adulterii*, cit. pp. 70-71) mette a confronto la fonte con Coll. 4.6.1.

⁶⁶⁰ Si veda Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. pp. 160-161), che trova conforto alla sua osservazione nella *comparatio* con D.48.5.14.8, Ulp. 2 *de adult.* Sulla compatibilità tra Coll. 4.6.1 e D.48.5.13.3 si vedano anche le considerazioni di Rizzelli (*Lex Iulia de adulteriis*, cit. pp. 203-206), il quale dà conto delle diverse posizioni della dottrina, ossia di chi ritiene che prima dei Severi l'adulterio della fidanzata fosse perseguito *iure extranei* e poi a titolo di *stuprum* (Daube, *The accuser*, cit. p. 18, per cui il rescritto in oggetto concederebbe l'*accusatio iure mariti* anche al fidanzato) e di chi sostiene che in precedenza i *cives* potessero esperire un'accusa *ex stupro* verso la *sponsa* infedele (Ankum, *La sponsa adultera*, cit. pp. 178 ss.): per l'autore il rescritto dei Severi legittima il fidanzato tradito all'*accusatio iure extranei*; sulle posizioni di Ankum si veda l'accurata disamina di Rizzelli, *Lex Iulia del adulteriis*, cit. pp. 204-206.

Dal tenore della costituzione di Severo e Caracalla sembra potersi evincere che il bene giuridico tutelato, in quest'ultimo caso, sia più che altro l'aspettativa matrimoniale, *rectius*, la speranza di un matrimonio⁶⁶¹.

Restando in tema di casistica relativa alla possibilità o meno che si configuri l'*adulterium*, passiamo ad una rapida disamina di altre fattispecie con l'ausilio di alcuni brani ulpiani.

D.48.5.14.pr.-1, Ulp. 2. *de adult.*

Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.

Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. οὐ μόνοι φιλέουσ' ἄλόχους μερόπων ἀνθρώπων' Ἀτρεΐδαι.

Dal testo è possibile evincere un'equiparazione della fidanzata alla moglie, atteso che anche la *sponsa* sarà punita per il tradimento, ma non anche l'equiparazione dello *sponsus* al *maritus*, in quanto il fidanzato tradito beneficerà dell'*accusatio iure extranei* alla stregua di chiunque⁶⁶².

Il confronto tra il *principium* e il primo paragrafo attesta l'estensione della *lex Iulia* anche alle unioni non matrimoniali, cosa di cui Ulpiano è evidentemente consapevole⁶⁶³; nel secondo paragrafo il giurista esprime la non rilevanza dell'onestà della fanciulla e dunque del suo temperamento⁶⁶⁴ ai fini dell'applicazione della legge; è evidente in ogni caso che si mira soprattutto a tutelare l'uomo:

⁶⁶¹ Sul punto si vedano le considerazioni di Tafaro (*La pubertà a Roma*, cit. p. 215), che riferisce le posizioni di chi ravvisa congruenza tra Coll. 4.6.1 e D.48.5.14.3 e di chi, diversamente, sostiene una sorta di antinomia tra i due passi.

⁶⁶² Cfr. Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 121.

⁶⁶³ D.48.5.14.pr.-1., Ulp 2 *de adult.*: *si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit. Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit [...].*

⁶⁶⁴ Che, nel caso di seguito esposto, è connotata da trascorsi discutibili. Astolfi (*Il fidanzamento*, cit. p. 121) efficacemente osserva come con una ragazza dai dubbi costumi sia lecito anche commettere *stuprum*, purché non sia ancora fidanzata. Sulla proponibilità dell'accusa di adulterio da parte del fidanzato si veda il confronto con D.48.5.12.7, Pap. *l.s. de adult.*: *quaerebatur, an iure mariti possit accusare vir eam feminam,*

D. 48.5.14.2, Ulp. 2 *de adult.*

Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur.

Il quarto paragrafo di D.48.5.14 attesta l'estensione dell'*accusatio iure extranei* a tutti quei casi in cui vi sia stata una relazione estranea al rapporto tra una donna e un uomo, che abbia anche solo l'intenzione di considerarla come moglie:

D.48.5.14.4, Ulp. 2 *de adult.*

*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 accusare eam non posse, iure extranei posse*⁶⁶⁵.

Ulpiano sembra offrire una sorta di clausola di chiusura: nell'ipotesi di una relazione incestuosa e nel caso in cui vi sia un impedimento matrimoniale, ma sussistano il *consensus* e l'*adfectio maritalis*, qualora la donna tenga un comportamento contrario ad un generico 'dovere di fedeltà', non sarà possibile agire *iure mariti*, bensì *iure extranei*. Volterra⁶⁶⁶ sottolinea come in questo caso non si tratti di adulterio (in senso tecnico), quanto piuttosto di *stuprum*. Si può evidenziare come il passo ulpiano sia una delle fonti che attesterebbero la possibilità di agire *iure extranei* anche nell'ipotesi di *stuprum*⁶⁶⁷.

Guarino⁶⁶⁸ usa il frammento come prova ulteriore che l'*incestum* fosse contemplato dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*. Orestano⁶⁶⁹ e Volterra⁶⁷⁰ concordano sulla genuinità del frammento,

quae, cum ei desponsa fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita. Respondit: novam rem instituire huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterii crimen obicere desiderat propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella a patre in matrimonium alii fuerit tradita; nel passo il giurista interpellato sostiene che nell'ipotesi in cui una fanciulla sia stata promessa in isposa ad un uomo e poi concessa dal padre in matrimonio ad un altro sia possibile agire senza però poter sostenere un'accusa di adulterio.

⁶⁶⁵ Ma, ai fini della valutazione circa la massima portata applicativa dell'*accusatio iure extranei*, rileva anche l'ormai già noto successivo paragrafo 8: D. 48.5.14.8, Ulp 2 *de adult.*: *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.*

⁶⁶⁶ Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, cit. pp. 3-68, in part. p. 57.

⁶⁶⁷ Si veda Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 199. Analoghe considerazioni in Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 151, ove l'A. evidenzia l'importanza di volontà e consenso quali elementi essenziali del matrimonio e che, tuttavia, debbono fare i conti con gli impedimenti matrimoniali.

⁶⁶⁸ *Studi sull' "incestum"*, in ZSS 63, 1943, pp. 175-267, in part. p. 220.

⁶⁶⁹ *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. p. 215.

⁶⁷⁰ *La conception du mariage*, cit. p. 57 e *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 151.

dato che la distinzione tra *accusatio iure mariti* e *iure extranei* di matrice classica è stata poi abbandonata dai giustiniani⁶⁷¹. In sostanza si può ritenere che, se anche si tratta di unione matrimoniale ‘ingiusta’, non vi è ragione per non punire il comportamento fedifrago⁶⁷²: la *ratio* va ravvisata nelle istanze moralizzatrici della normazione.

L'apparente antinomia tra *Collatio*, che riporta il rescritto imperiale, ed il frammento che attesta l'opinione di Ulpiano, può superarsi quindi attraverso una corretta interpretazione letterale; nella prima fonte, infatti, viene esclusa la sola *accusatio iure mariti* e non anche l'*accusatio adulterii tout court*⁶⁷³: pertanto, in caso di tradimento della fidanzata, lo *sponsus* potrà agire *iure extranei* e non *iure mariti*; (forse) non è possibile parlare di *adulterium* nella sua accezione più tecnico-giuridica, ma di *stuprum*⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ H. Ankum, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA* 32 1985, pp. 153-205, in part. p. 188.

⁶⁷² In questo senso anche M. Falcao, *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, Pamplona 1973, pp. 37-38.

⁶⁷³ Così già interpreta Volterra, prima in *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 376, poi in *In tema di accusatio adulterii*, cit. pp. 314-315, a cui rimanda anche dal suo lavoro *Per la storia dell' «accusatio adulterii»*, cit. p. 266 e, successivamente, in *Diritto di famiglia*, cit. pp. 157-158, superando, per una volta (*sic!*), le tesi interpolazionistiche relative al passo ulpiano; in particolare l'A. evidenzia come il sistema dell'*accusatio* muti in modo significativo sino a che la differenza tra *accusatio iure mariti* e l'*accusatio iure extranei* sfuma progressivamente. La graduale sovrapposizione dei due tipi di *accusatio* contribuisce ad avvicinare la tutela del marito e del fidanzato, conseguente ad un tradimento. L'A. deduce la possibilità che il fidanzato tradito possa agire *iure extranei* - *per argumentum a contrario* - da D.48.5.14.6, Ulp 2 *de adult.*: *si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituire non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. Quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit*, da leggersi unitamente a D.42.5.17.1, Ulp. 63 *ad ed.*: *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*, passo che, in tema di dazione dotale, offre un paragone tra *sponsa* e *uxor deducta* quando ancora infradodicenne.

⁶⁷⁴ È necessaria una puntualizzazione: stando al tenore tecnico, l'*adulterium*, in quanto tale, sembra configurarsi nelle sole ipotesi in cui, in costanza di matrimonio legittimo, la moglie si congiunga carnalmente con un soggetto diverso dal marito; tutti gli altri casi ricadrebbero, invece, nell'ambito dello *stuprum*. In realtà l'uso giuridico dei due termini presenta connotazioni di promiscuità. Papiniano, nel primo libro sull'adulterio (D.48.5.6.1), ci dà un resoconto circa la predetta situazione terminologica e giuridica: *lex stuprum et adulterium promiscui et κατάχρηστικότερον appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci φθοράν appellant*; peraltro i due illeciti sarebbero soggetti alla medesima pena. Come noto, anche le fonti letterarie attestano l'uso promiscuo dei termini: Cic. *Phil.* 2.99; *in Verr.* 2.34; Sall. *bell. Cat.* 23.3; Suet. *Nero* 35.2; Quint. *decl. mai.* 18.3; Sen. *de benef.* 6.32; la “confusione” persiste anche in ambito giuridico: Paolo usa *adulterium* in luogo di *stuprum* in *Paul. Sent.* 2.26.11; Marciano fa una precisazione nell'ambito del rapporto tra concubinato e adulterio (D.25.7.3.1, Marc. 12 *inst.*): *nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis*

La lesione del *foedus*⁶⁷⁵ in costanza di fidanzamento, se non si pone sullo stesso piano della violazione del vincolo di fedeltà coniugale, di certo comporta una responsabilità penale per la *puella* fedifraga, la persecuzione della quale interessa lo stesso ordinamento giuridico.

3. Alcune considerazioni sulla legittimazione attiva all'accusa della fidanzata.

La tematica dell'*accusatio adulterii* è vasta ed ampiamente dibattuta in dottrina, da quella più risalente a quella più recente. Le considerazioni svolte in questa sede non intendono affrontare l'ampio tema della *legitimatio* in quanto tale, ma brevi osservazioni di portata generale saranno meramente funzionali allo specifico tema del fidanzamento⁶⁷⁶.

In caso di *adulterium* vi sono legittimati privilegiati, *maritus* e *pater*, e legittimati ordinari, chiunque altro, *quivis de populo*.

La persecuzione è incisiva e la rilevanza pubblicistica emerge dall'estensione casistica: persino un liberto può accusare il proprio patrono⁶⁷⁷; anche un figlio è legittimato ad avanzare l'accusa pur in assenza di consenso da parte dell'avente potestà, trattandosi evidentemente di una

*poenam est, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scripsit. Si ha un confronto degli istituti anche in D.48.5.12.1, Pap. l.s. de adult.: militem, qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterii poena teneri rectius dicitur; sembra, invece, fare chiarezza una costituzione imperiale: C.9.9.22, Impp. Diocl et Max.: si ea quae tibi stupro cognita est passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cessat. Solo nel Codice di Giustiniano la legge muta opportunamente il nome della propria rubrica in *Lex Iulia de adulteriis et de stupro*; in proposito, Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. pp. 221-222; *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. p. 377; *In tema di accusatio adulterii*, cit. pp. 316 e 320. Sulla questione terminologica e segnatamente sull'impiego di *stuprum* e *adulterium* in letteratura latina, S. Puliatti, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001. Sono particolarmente efficaci le parole di Rizzelli (*Adulterium*, cit. pp. 308-309): «[...] forse, l'abitudine a ricollegare, praticamente in modo automatico, il significato di 'stuprum' all'atto sessuale riprovato conduce talvolta a interpretare i testi leggendo in essi i riferimenti che potrebbero non sussistere nelle intenzioni degli autori»; «Non appare inverosimile che il legislatore augusteo abbia sfruttato a pieno la capacità evocatrice di 'stuprum', la sua efficacia comunicativa, impiegandolo per alludere all'adulterio» (p. 311).*

⁶⁷⁵ Cat. 109 v. 6.

⁶⁷⁶ Sull'*accusatio* e *legitimatio adulterii* si veda, tra i molti autori che si sono occupati del tema, la bibliografia di cui al paragrafo precedente.

⁶⁷⁷ D.48.5.39.9, Pap. 36, *quaest.: liberto patroni famam lacessere non facile conceditur: sed si iure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo si atrocem iniuriam passus esset. Certe si patronum, qui sit ex eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere. Quod durum nobis esse videtur: nam cuius famae, multo magis vitae parcendum est.*

lesione di un diritto personalissimo, afferente alla sfera affettiva⁶⁷⁸. Per rafforzare la tutela del bene giuridico, si prescinde, poi, da qualunque rigore formale nel proporre l'accusa⁶⁷⁹ e, infine, se nessuno propone l'accusa – *iure viri vel iure extranei* – sembra persino potersi procedere d'ufficio⁶⁸⁰; nel rispetto della *legitimatio* privilegiata che spetta al *pater* ed al *maritus*, chiunque ha diritto di intentare l'accusa, attesa l'iperbolica rilevanza pubblica dell'interesse a perseguire tali illeciti⁶⁸¹. Persino il minore⁶⁸² o il soggetto colpito da infamia possono agire direttamente, senza il tramite di un sostituto processuale⁶⁸³. Come sopra accennato, la potrà sostenere anche il *filius*

⁶⁷⁸ D.48.5.38, Pap. 5 *quaest.*: *filium familias publico iudicio adulterium in uxorem sine voluntate patris arguere constitutum est: vindictam enim proprii doloris consequitur*; da notare nel passo l'utilizzo del termine *dolor*.

⁶⁷⁹ D.48.5.12.6, Pap. *l.s. de adult.*: *sexaginta dies, qui marito accusanti utiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem praesidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod privilegium si amisit, non prohibetur intra alios quattuor menses querellam suam apud iudicem deferre*; D.48.5.2.8: *si simul ad accusationem veniant maritus et pater mulieris, quem praeferri oporteat, quaeritur. Et magis est, ut maritus praeferatur: nam et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, in tantum, ut et si pater praevenit et libellos inscriptionum deposuerit, marito non neglegente nec retardante, sed accusationem parante et probationibus instituyente atque muniente, ut facilius iudicantibus de adulterio probetur, idem erit dicendum*. Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 120.

⁶⁸⁰ L'informazione è presente nelle fonti letterarie, ad es. in Tacito, *ann.* 2.85: [...]*atque illo praetendente sexaginta dies ad consultandum datos necdum praeterisse, satis visum de Vistilia statuere; eaque in insulam Seriphon abdita est*. [...]; Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 226. Occorrerebbe tuttavia una più attenta valutazione della presunta titolarità all'*accusatio* prevista in capo agli organi dell'ordinamento.

⁶⁸¹ Le fonti stesse parlano talvolta di *accusatio iure publico*: D.48.5.41.pr., Paul.19 *resp.*: *quaesitum est, an ea, quam maritus adulterii crimine se accusaturum minatus est nec quicquam egit vel iure mariti vel iure publico, nubere possit ei, quem in ea reum adulterii destinavit. Paulus respondit nihil impedire, quo minus ei, quem suspectum maritus habuit, ea de qua quaeritur nubere possit*; Volterra (*In tema di accusatio adulterii*, cit. p. 316), se ancora fosse necessario, precisa che in questo passo ci si riferisce all'epoca classica.

⁶⁸² Sebbene la sua *accusatio* non sia 'speciale', ma *iure extranei*. Ci fornisce preziose informazioni anche sulla responsabilità per calunnia dell'infraventicinquenne il D.48.5.16.6, Ulp. 2 *de adult.*: *lex Iulia de adulteriis specialiter quosdam adulterii accusare prohibet, ut minorem annis viginti quinque: nec enim visus est idoneus accusator, qui nondum robustae aetatis est. Quod ita verum est, si non matrimonii sui iniuriam exequatur: ceterum si suum matrimonium vindicare velit, quamvis iure extranei ad accusationem veniat, tamen audietur: nec enim ulla praescriptio obicitur suam iniuriam vindicanti. Sane si iuvenali facilitate ductus vel etiam fervore aetatis accensus ad accusationem prosilit, accusanti ei non facile calumniae poena irrogabitur. Minorem viginti quinque annis etiam eum accipimus, qui vicensimum quintum annum aetatis agit*. Sul frammento, tra gli altri, F. Botta, *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, pp. 439-463, in part. pp. 444-446, con ampia bibliografia e letteratura; D.A. Centola, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Napoli 2011, p. 35; forse il *si non matrimonii sui iniuriam exequatur* costituisce proprio un'eccezione al divieto di *accusatio adulterii* in capo al minore; di segno opposto la lettura di Rizzelli, *Adulterium*, cit. p. 301.

⁶⁸³ Coll. 4.4.2: [...] *licet talis sit, qui alias accusare non possit, ut libertinus aut minor viginti quinque annorum, aut infamis, tamen ad accusationem admittitur, ut et Papinianus libro XV scripsit*. Si veda Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 224; *Diritto di famiglia*, cit. p. 159.

familias, in assenza di consenso paterno, dato che il bene giuridico tutelato è il suo *dolor*⁶⁸⁴. Osserviamo tuttavia che tale estensione non asseconda tanto e solo l'esigenza pubblica della persecuzione, ma sottende ad una tutela speciale di beni giuridici particolarmente delicati: anche il *minor* e *l'infamis* sono direttamente colpiti nell'*honor* e nell'*adfectio* e, dunque, direttamente debbono poter agire. L'elemento materiale dell'illecito si concretizza dunque in una doppia lesione di interessi, di quelli cari all'ordinamento giuridico e di quelli afferenti ad una dimensione personalissima, entro la quale i beni giuridici tutelati sono ragionevolmente *l'honor* del *pater* e *l'honor* – nonché il *dolor* – del marito. Se, come detto, sussiste una legittimazione attiva generale (*iure extranei*), se ne riscontra anche una speciale (*iure mariti vel patris*), con riferimento ad alcuni soggetti cd. 'privilegiati', in quanto portatori di interessi propri speciali, quali appunto il *maritus* e il *pater* della fanciulla⁶⁸⁵.

I due tipi di *legitimatio*, come noto, sono connotati da un diverso regime processuale. Tuttavia va ricordata un'ulteriore restrizione: è possibile sostenere un'*accusatio iure mariti vel patris* solo con riferimento al caso dell'*adulterium* nella sua più stretta accezione tecnico-giuridica, ossia il tradimento perpetrato dalla donna, con un soggetto terzo, in costanza di *iustae nuptiae*⁶⁸⁶.

Va peraltro rammentato che l'*accusatio iure mariti vel patris* trova (ulteriori) limitazioni non solo in riferimento all'elemento oggettivo dell'illecito, ma anche con riguardo ad un termine di tipo 'decadenziale': l'*accusatio* privilegiata può infatti essere esperita da parte del marito entro sessanta giorni dal *divortium*⁶⁸⁷. Come noto, il divorzio maritale è un atto necessitato, che da un lato

⁶⁸⁴ D.48.5.38, Pap. 5 *quaest.*; cfr. anche Centola, *Le sofferenze morali*, cit. pp. 34-35.

⁶⁸⁵ Sul tema, sotto una prospettiva peculiare, anche Centola, *Le sofferenze morali*, cit. p. 33.

⁶⁸⁶ Volterra, *Per la storia dell'"accusatio adulterii"*, cit. p. 263. Mentre l'*accusatio iure extranei* si può sostenere anche contro lo *stuprum*. È altresì esclusa dall'ambito applicativo dell'*accusatio iure mariti* anche l'ipotesi di un tradimento commesso entro un matrimonio contratto in assenza di *conubium*; si veda Coll. 4.5.1, Pap. 15 *resp. sub tit. ad leg. Iul. de adult.*

⁶⁸⁷ Tra gli altri Volterra, *Per la storia dell'"accusatio adulterii iure mariti vel patris"*, cit. p. 226; M.A. De Dominicis, *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare "constante matrimonio" la moglie adultera (a proposito di D.48.5.27 pr.)*, in *SDHI* 16, 1950, pp. 221-253 in part. p. 229; Ankum, *La captiva adultera*, cit. p. 177 *et passim*; Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 37 *et passim*; Centola, *Le sofferenze morali*, cit. p. 33.

costituisce un obbligo sanzionabile con l'accusa di lenocinio⁶⁸⁸, dall'altro rappresenta il presupposto giuridico per l'esperibilità dell'azione privilegiata: detto in termini più semplici, il marito tradito deve obbligatoriamente divorziare per non incappare nell'*accusatio lenocinii*, che è pubblica⁶⁸⁹; successivamente, entro il termine di sessanta giorni – utili⁶⁹⁰ –, deve proporre l'*accusatio iure mariti*; decorso inutilmente il termine *de quo*, egli perde la sua legittimazione attiva privilegiata,

⁶⁸⁸ Per tutti, Rizzelli, *Adulterium*, cit. pp. 124-141; peculiare sul punto è la precedente visione di A.J. Mc Ginn, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, Oxford 1998, pp. 171-184.

⁶⁸⁹ D.48.5.2.2, Ulp. 8 *disp.*: *lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit.* Si veda tra gli altri Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 126. In generale, sul *crimen lenocinii* e sulla relativa casistica cfr. D.48.5.30.pr.-4, Ulp. 4 *de adult.*: *mariti lenocinium lex coercoit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. Tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim lex ita locuta est "adulterum in domo deprehensum dimiserit", quod voluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere. Quod ait lex, adulterii damnatum si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, an et ad stuprum referatur, videamus: quod magis est. Certe si ob aliam causam ea lege sit condemnata, impune uxor ducetur. Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit: nec interest, utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet: quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, poena erit plectendus. Ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet. Qui quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, plectitur: nec enim mediocriter deliquit, qui lenocinium in uxore exercuit. Quaestum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor: sive enim saepius sive semel accepit, non est eximendus: quaestum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod si patiatur uxorem delinquere non ob quaestum, sed negligentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur.*

⁶⁹⁰ Infatti il termine si computa con riferimento ai giorni in cui effettivamente il padre ed il marito hanno la facoltà di intentare l'accusa: se, al contrario, si trovano nell'impossibilità oggettiva di esperire l'azione, il termine viene sospeso o si interrompe, ad esempio nel caso in cui, nelle more dei sessanta giorni, essi si trovino sotto custodia: D.48.5.12.5, Pap. *l.s. de adult.*: *quidam accusare volebat adulterii mulierem et postulabat, ne sibi computarentur dies, quos in custodiam fecisset: me hoc admittente exstitit qui mihi contradiceret. Cuius opinionem an tu probes, rogo maturius mihi scribas. Respondit: opinionem tuam et verba legis et sententia adiuvant, cui placuit utiles dies accusatori computandos esse, id est quibus potuit accusationis sollemnia implere. Quare sine dubio dies, quibus quis in custodia fuit, extra computationem utilium dierum existimanti tibi constitutos contradici non debuit;* i giorni festivi rientrano nel computo, soltanto se, durante gli stessi, si è legittimati ad adire il preside della provincia. Sul termine per l'azione anche D.48.5.12.6, Pap. *l.s. de adult.*: *sexaginta dies, qui marito accusanti utiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem praesidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod privilegium si amisit, non prohibetur intra alios quattuor menses querellam suam apud iudicem deferre.* Ulpiano attesta chiaramente la sospensione (forse meglio sarebbe parlare di 'sospensione' e non di 'interruzione', *contra* Volterra, *Per la storia dell'"accusatio adulterii"*, cit. p. 227 nt. 1) del termine per l'ipotesi in cui il marito abbia agito preventivamente rispetto al *pater*; l'azione del *vir* giova alla *praescriptio* del *pater*: D.48.5.4.pr., Ulp. 8 *disp.*: *si maritus praevenerit accusareque instituerit, tempora non cedunt patri, quod accusationem instituere non potest, sic tamen, ut, quoad unus occupet, utriusque tempora cedant, ubi vero maritus occupavit, residua tempora ei, qui occupare non potest, non cedant. Quod et in eo dici potest, qui ab adultero vel adultera coepit: nam adversus eum, adversus quem non coepit, desinunt ei tempora cedere. Haec in maritis et patribus dicta sunt.* Cfr. Fayer, *La familia romana* 3, cit. p. 276. Sui *dies utiles* C.9.9.6, *Imp. Alex. Sev.*, si veda nt. successiva.

residuandogli quella generale, *iure extranei*, in concorso con tutti gli altri⁶⁹¹. Da questo momento chiunque può intentare la causa, in quanto portatore di un interesse pubblico⁶⁹². Peraltro, nel caso in cui il marito e/o il *pater* dichiarino di rinunciare all'*accusatio*, ogni cittadino potrà esperire l'azione anche prima dei 60 giorni decadenziali⁶⁹³. Qualora, come detto, invece essi avessero lasciato decorrere invano i 60 giorni, perdendo così la legittimazione *iure mariti vel patris*, avrebbero potuto in ogni caso esprimere quella *iure extranei*⁶⁹⁴.

Il padre e il marito hanno una legittimazione apparentemente simmetrica: l'accusa del marito, *prima facie*, sembra essere maggiormente privilegiata rispetto a quella paterna, in quanto, in caso di *accusatio* contestuale, si dà la precedenza a quella maritale⁶⁹⁵: la ragione potrebbe ravvisarsi nell'economia processuale e non anche in ambito sostanziale, morale, etico o assiologico; l'ordinamento potrebbe infatti voler evitare due accuse contestuali e due giudizi legati da connessione oggettiva.

Ma sotto il profilo del bene giuridico tutelato va prestata particolare attenzione ad un frammento del Digesto, tratto dalle *Disputationes* di Ulpiano ed essenziale ai fini della presente trattazione, che dimostra come la precedenza data al marito possa attenersi proprio anche all'ambito morale ed affettivo:

⁶⁹¹ Lo si attesta esplicitamente in D.48.5.15.2, Scaev. 4 *reg.*: *marito primum, vel patri eam filiam quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas exspectatur*, nonché in D.48.5.4.1, Ulp. 8 *disp.*: *extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles [...]*, ed infine nel Codice, C.9.9.6, *Imp. Alex. Sev.*: *iure mariti adulterii accusare volenti sexaginta dies utiles computantur, quibus in publico eius facultas fuerit, apud quem reus vel rea postulari potest. Et cum praeterierint dies isti utiles, maritus quoque iure extranei agere potest*. Il marito deve tuttavia dimostrare di non aver potuto sostenere l'accusa privilegiata per un legittimo impedimento, come risulta da D.48.5.4.2, Ulp. 8 *disp.* (...*si idoneas causas allegare possit, quibus impeditus non instituit accusationem...*), di seguito commentato. Cfr. Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 225; *Diritto di famiglia*, cit. p. 159; Botta, *legittimazione*, cit. p. 341.

⁶⁹² Cfr. fonti nt. precedente; così anche Centola, *Le sofferenze morali*, cit. p. 34.

⁶⁹³ D.48.5.16.5, Ulp. 2 *de adult.*: *si negaverint se pater et maritus accusaturos intra diem sexagesimum, an statim incipiant tempora extraneo cedere? Et primus Pomponius putat admitti ad accusationem extraneum posse statim atque isti negaverint. Cui adsentiendum puto: fortius enim dicitur eum, qui se negaverit acturum, postea non audiendum*. Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 228.

⁶⁹⁴ Così anche Fayer, *La familia romana* 3, cit. p. 301 e ntt. 353 e 354 con bibliografia essenziale.

⁶⁹⁵ Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii"*, cit. p. 266.

D.48.5.2.8, Ulp. 8 *disp.*

*Si simul ad accusationem veniant maritus et pater mulieris, quem praeferri oporteat, quaeritur. et magis est, ut maritus praeferatur: nam et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, in tantum, ut et si pater praevenierit et libellos inscriptionum deposuerit, marito non neglegente nec retardante, sed accusationem parante et probationibus instituyente atque muniente, ut facilius iudicantibus de adulterio probetur, idem erit dicendum*⁶⁹⁶.

Il frammento è estratto dalle *Disputationes* di Ulpiano ed è inserito dai compilatori nel titolo dedicato alla legge Giulia sull'adulterio. Viene raccolto da Lenel⁶⁹⁷ sotto la medesima rubrica *Ad legem Iuliam de adulteriis*.

Nel passo si fa un esplicito riferimento al *dolor* provato dal soggetto che subisce il tradimento. Le osservazioni e gli interrogativi di Centola⁶⁹⁸, in relazione alle sofferenze morali in ambito giuridico-romanistico, contribuiscono in modo significativo a questo lavoro di rilettura e di indagine relativo al fidanzamento, con particolare riguardo alla rilevanza del patimento morale nel campo della responsabilità familiare. Con riferimento al caso specifico è in questa sede di precipuo interesse da un lato osservare l'eventuale rapporto sussistente tra il *dolor* e la facoltà di ripudio del fidanzato attraverso la formulazione di un'*accusatio adulterii iure extranei*, dall'altro valutare la possibilità che anche lo *sponsus* tradito possa beneficiare del trattamento penale di favore previsto per il marito tradito che, sorpresa la moglie in flagranza di *adulterium*, la uccide.

Il passo di Ulpiano prende in considerazione l'ipotesi in cui vi sia un'*accusatio* contestuale da parte del marito e del padre nei confronti di una donna che presumibilmente deve avere commesso *adulterium*, circostanza che non viene esplicitata dal brano, ma che è evincibile dal contesto che raccoglie i frammenti ulpiane (D.48.5.2.pr.-9), in tema di adulterio. Ulpiano espone chiaramente la ragione per cui l'*accusatio* del marito debba essere privilegiata: le motivazioni non sembrano potersi ravvisare tanto nel rilievo pubblicistico della fattispecie, ma più che altro entro la sfera emozionale, emotiva e personalistica dei soggetti coinvolti. Il marito deve essere preferito in quanto

⁶⁹⁶ Sul passo, anche in merito alla metodologia ulpiana delle *disputationes*, A. Lovato, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari 2003, pp. 233-234 nt. 84, con relativa bibliografia.

⁶⁹⁷ *Pal. 2*, coll. 417-418, fr. 155.

⁶⁹⁸ Centola, *Le sofferenze morali*, cit. p. 7.

connotato da rabbia più intensa e da maggiore rincrescimento, ovvero in quanto «più animoso e vendicativo⁶⁹⁹». Botta⁷⁰⁰ osserva che si tratta probabilmente di un'opinione personale di Ulpiano, introdotta ed evidenziata dal *et magis est* e non da *lege expressum est ut*, ossia da un intervento normativo, come diversamente si legge ad esempio in D.48.5.2.9⁷⁰¹, ove la questione, quando il giurista scrive, probabilmente non è più controversa⁷⁰². In effetti il frammento è estratto dalle *Disputationes* del giurista severiano, ove si dà conto di un *ius controversum* nell'ambito di un caso discusso⁷⁰³.

Rizzelli⁷⁰⁴ osserva che il *dolor* provato dal marito è maggiore di quello sentito dal *pater*; questa circostanza, se da un lato preclude al marito la possibilità di ricorrere al *ius occidendi*, dall'altro gli garantisce la precedenza nel proporre l'accusa privilegiata⁷⁰⁵. Tuttavia è lo stesso *dolor* a costituire una circostanza attenuante nell'ipotesi in cui il marito tradito uccida la moglie sorpresa in flagranza di adulterio. L'illecito del marito non va esente da pena; costui infatti sarà condannato ai lavori perpetui se *humili loco natus* o alla *relegatio in insulam*, qualora *honestior*. È la *lex Iulia*, come noto, ad attribuire al *pater cum potestate* o *sine potestate* la facoltà di *necare* l'adultero scoperto in flagranza di adulterio nella propria *domus*, o in quella del genero se questi lo ha convocato affinché uccida anche la *filia*. Il marito deve limitarsi a uccidere l'adultero se questo è di bassa estrazione sociale. Qualora uccida la moglie, viene considerato omicida⁷⁰⁶; tuttavia ha la

⁶⁹⁹ R. Lambertini, *Ancora sui legittimati ad uccidere "Iure patris ex lege Iulia de adulteriis"*. (A proposito di un recente saggio), in *SDHI* 58, 1992, pp. 362-375, in part. p. 367.

⁷⁰⁰ *Legittimazione*, cit. p. 222.

⁷⁰¹ Ulp. 8 *disp.*: *sed et quotiens alii, qui post maritum et patrem accusare possunt, ad accusandum prosiliunt, lege expressum est, ut is, cuius de ea re notio est, de iusto accusatore constituat*. Si vedano anche le osservazioni di Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 53, nt. 164.

⁷⁰² Fayer (*La familia romana* 3, cit. p. 281) osserva che la questione relativa al passo in commento deve avere avuto infatti una soluzione giurisprudenziale e non normativa.

⁷⁰³ Si veda Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 53 nt. 165 e si confronti con il lavoro di Lovato, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, cit. pp. 233-234 nt. 84.

⁷⁰⁴ *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 65.

⁷⁰⁵ Si sofferma sulle questioni relative agli oneri probatori dell'*accusatio* maritale G. Zanon, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato*, Padova 1998, p. 73.

⁷⁰⁶ D.48.5.25.pr., Macer. 1 *publ.*

facoltà, nel caso sorprenda i due adulteri nella propria casa, di invitare il suocero affinché eserciti il proprio *ius occidendi*⁷⁰⁷.

Che l'illecito non resti tuttavia impunito è testimoniato ancora in un passo di Papiniano:

Coll. 4.10.1, Pap. *l.s. de adult.*

Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit an in legem de sicariis incidat, quaero. Respondit: nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur: quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur. Sed si de poena tractas, non inique aliquid eius honestissimo calori permittitur, ut non quasi homicida puniatur capite vel deportatione, sed usque ad exilium poena eius statuatur.

ed anche in:

Coll. 4.12.4, Paul. *Sent.* 2.26.5

Maritum qui uxorem deprehensam cum adultero occidet, quia hoc inpatientia iusti doloris admisit, levius puniri placuit.

Dal tenore dei frammenti contenuti nella *Collatio* emerge sì la necessità di una punizione, ma con la comminazione di una pena più lieve, nel rispetto del *iustus dolor*⁷⁰⁸ del *maritus* tradito; a ben vedere una pulsione interiore rileva a fini sostanziali e processuali come attenuante. Rizzelli⁷⁰⁹ osserva anche che il *ius occidendi*, stando ad un insegnamento di Papiniano, è concesso al *pater* in quanto di solito costui agisce per il bene dei figli diversamente dal *maritus*, mosso più che altro dal *calor* e dall'*impetus* del dolore.

Ira, dolor, calor, impetus: ecco i moti dell'*animus* che muovono le reazioni di un marito tradito e che rilevano agli occhi dell'ordinamento giuridico, il quale intende darvi protezione e tutela, cercando al contempo di limitarne gli eccessi. Il *dolor* è ingenerato dall'offesa subita,

⁷⁰⁷ *Ex multis* in tema Rizzelli, *Adulterium*, cit. pp. 284-287.

⁷⁰⁸ Cfr. D.48.5.39.8, Pap. 36 *quaest.*: *Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: "si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet". nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: "ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari"* e D.48.8.1.5, Marcian. 14 *inst.*: *sed et in eum, qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, divus Pius leviolem poenam irrogandam esse scripsit, et humiliore loco positum in exilium perpetuum dari iussit, in aliqua dignitate positum ad tempus relegari.* Gli imperatori stabiliscono che, se qualcuno ha ucciso la propria moglie in flagranza di adulterio, la pena sarà più lieve tenuto conto della condizione sociale dell'omicida, poiché il *dolor*, che è *iustus* in quanto giustificato in base al sistema di valori socialmente condivisi, è più difficile da mitigare. Non è dunque la vendetta ad essere censurata dall'ordinamento giuridico, ma l'eccesso della reazione; si veda Rizzelli, *Adulterium*, cit. pp. 291-296.

⁷⁰⁹ *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 65.

un'*iniuria* a tutti gli effetti, idonea a determinare l'ira', che a sua volta conduce alla vendetta (*ultio*⁷¹⁰), la quale, se consumata, finalmente attenua il *dolor*⁷¹¹. Tuttavia questa pulsione non sempre è idonea ad escludere la consapevolezza delle proprie azioni e la volontà di compierle⁷¹².

Rizzelli⁷¹³ arriva a presumere che, stando a Papiniano, la legge riconosca solo al *pater* il diritto di uccidere entrambi gli adulteri, in quanto è presumibile che, contrariamente al marito, l'avente potestà si asterrà dall'esercitarlo⁷¹⁴.

Centola pone in evidenza come, ai fini dell'applicazione di una pena più lieve, debbano ricorrere contestualmente tre elementi: deve sussistere uno stato emotivo passionale ben definito (*impetu tractus doloris*), che dunque va a caratterizzare il coefficiente psicologico che sorregge l'azione delittuosa dell'agente⁷¹⁵; occorre anche un *quid* che qualifichi l'elemento materiale del reato, e cioè che la moglie sia colta in flagranza di adulterio, ovvero nell'atto di congiungimento carnale con un soggetto estraneo al rapporto di coniugio (*uxorem in adulterio deprehensam*)⁷¹⁶.

Il terzo elemento che deve coesistere ai fini dell'applicazione di una sanzione *levior* è il fatto che il *dolor* del soggetto agente debba essere *iustus*. La modernità del concetto è significativa e induce a riflettere su cosa potesse intendersi per *iustus dolor* in una società come quella romana; ed in effetti la connotazione dell'espressione *iustus dolor* ha una marcata accezione sociologica. Soccorrono a questo punto le efficaci parole di Cantarella⁷¹⁷: esso «consisteva in un particolare stato

⁷¹⁰ Cic. *de inv.* 2.66.

⁷¹¹ D. 48.5.38, Pap. 5 *quaest.*; Coll. 4.11.1; Rizzelli, *Adulterium*, cit. p. 253 e pp. 260-265.

⁷¹² Cic. *part.* 12.42-43.

⁷¹³ *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 65.

⁷¹⁴ Lo evidenzia anche Centola (*Le sofferenze morali*, cit. p. 20) che offre ampia recente bibliografia; è particolarmente rilevante anche E. Cantarella (*La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco, in Testimonium amicitiae*, Milano 1992, pp 73-94): l'A. sottolinea il succedersi di interventi imperiali volti ad attenuare il regime sanzionatorio verso il marito che uccida la moglie sorpresa in flagranza di adulterio. Gli AA. evidenziano entrambi la *ratio* sottesa ai provvedimenti, da ravvisarsi nel fatto che sia *difficillimum iustum dolorem temperare* (si veda D.48.5.39.8); il passo di Papiniano deve confrontarsi con un frammento di Marciano (D.48.8.1.5, Marcian. 14 *inst.*).

⁷¹⁵ Sul tema si segnala in particolare Polara, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, cit. pp. 89-138.

⁷¹⁶ Questo elemento oggettivo è attestato anche da altre fonti: ad es. D.29.5.3.3, Ulp. 50 *ad ed.*; Coll. 4.10.1 e Coll. 4.12.4.

⁷¹⁷ E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976, p. 193. Più in generale, sul concetto di *iustus*, si rimanda a G. Donati, *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in

emotivo determinato dall'offesa ad un valore che la coscienza sociale condivideva e voleva difendere: talchè, di conseguenza, lo sdegno contro chi lo aveva messo in pericolo e la conseguente reazione contro di lui veniva in un certo senso valutata positivamente, e quindi giustificata».

Dunque la circostanza per cui la donna sia sorpresa in flagranza di adulterio non costituisce un'esimente idonea ad elidere l'antigiuridicità della condotta, ma certamente assurge a elemento che attenua il disvalore penale del gesto così come percepito dalla collettività⁷¹⁸. Pertanto, se l'uccisione dell'adultera colta nell'atto fedifrago non comporta l'applicazione della *lex Cornelia de sicariis*, anche tenendo conto dell'intervento della *lex Pompeia de parricidiis*⁷¹⁹, l'ordinamento giuridico ravvisa tuttavia la sussistenza di un reato, sebbene perseguibile con pene meno severe⁷²⁰.

Svolte queste considerazioni, ci si deve soffermare sulla *legitimatio* dello *sponsus* e sul *dolor* dello stesso.

Il tradimento da parte della *sponsa* comporta dunque la possibilità che il fidanzato esperisca un'*accusatio iure extranei* nei suoi confronti, che sarà soggetta alla forma, al contenuto ed ai

Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia 33, 1922, pp. 377-436 (= *Studi di diritto romano* 1, Milano 1976, pp. 35-94).

⁷¹⁸ Sul punto cfr. Centola (*Le sofferenze morali*, cit. p. 24 nt. 13), che rileva peraltro un'incongruenza tra D.48.5.39.8 e Coll. 4.10.1: nella *Collatio* si fa infatti menzione dell'*exilium*; diversamente Papiniano parla di *opus perpetuum* o di *relegatio in insulam*. L' A. si sofferma altresì sulle questioni relative all'uccisione dell'amante (p. 25).

⁷¹⁹ Cfr. § 1.

⁷²⁰ Tuttavia la lettura comparata di D.48.5.39.8, di Coll. 4.10.1 e di Coll. 4.12.4, confrontate con D.29.5.3.3, Ulp. 50 *ad ed.*, potrebbe far supporre un'antinomia giurisprudenziale, se non addirittura normativa, atteso che i primi tre frammenti attestano per l'agente una pena più lieve, mentre l'altra fonte si esprime in termini di assoluzione. Diversamente da Centola (*Le sofferenze morali*, cit. pp. 26-27), non pare potersi ravvisare anche in D.29.5.3.2 un'ipotesi assolutoria nei riguardi del marito, occupandosi la fonte della sola responsabilità dei servi in applicazione del Senatoconsulto Silaniano. Ma, con l'A., trovo risposta all'interrogativo nel pensiero di V. Marotta (*Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, p. 303): si tratta di un'aporia solo apparente, in quanto nell'ambito della *cognitio extra ordinem* la comminazione di una pena più lieve rispetto a quella prevista dalla *lex* poteva essere ritenuta una sorta di *genus absolutiois*; pertanto in realtà l'*absolutio* si riferiva alla sola accusa proposta dalla legge di riferimento; infatti un'altra pena poteva essere comminata. Sul punto tuttavia Centola (pp. 28-29) sembra prendere le distanze da Marotta, anche sulla base di considerazioni terminologiche per le quali *ignosco* avrebbe proprio il significato di 'perdonare'; peraltro, stando ai rilievi dell'autore, il vocabolo sarebbe proprio del linguaggio dei giuristi severiani, segnatamente di Ulpiano. Il giurista adopera il termine anche in D.29.5.3.5, Ulp. 50 *ad ed.* (*ignosci ei debere*) e in D.29.5.3.7, Ulp. 50 *ad ed.* (*ignoscitur etiam his*). Per tali ragioni Centola ritiene plausibile che, in via di prassi giudiziaria, l'omicidio della moglie adultera colta in flagranza talvolta sia stato perseguito con pene più lievi di quella prevista dalla *lex Cornelia de sicariis* e talvolta sia rimasto persino impunito. In quest'ultima ipotesi dovremmo quindi riconoscere nella flagranza di adulterio una vera e propria esimente; sul tema Rizzelli, *Adulterium*, cit. pp. 260-265.

termini decadenziali di un'*accusatio adulterii* mossa da parte di un qualunque cittadino. In primo luogo dobbiamo rilevare che, se il tradimento del marito comporta per l'uomo l'onere di chiedere il divorzio, sanzionabile con l'accusa di lenocinio⁷²¹, la stessa prescrizione non sembra sussistere in capo allo *sponsus* tradito – seppure nella forma del *repudium* – al quale residuerebbe così una facoltà di azione *ex adulterio*, soggetta al termine decadenziale ordinario di quattro mesi⁷²².

Va fatta a questo punto una considerazione di matrice processuale: dal momento della consumazione dell'adulterio dell'*uxor*, *rectius* dal momento dell'obbligatorio ripudio da parte del marito tradito, decorrono due mesi, ovvero 60 giorni per la formulazione dell'*accusatio iure mariti vel patris*, trascorsi inutilmente i quali, iniziano a decorrere i quattro mesi entro i quali un *quivis de populo* potrà esperire l'*accusatio iure extranei*. Il termine di decadenza complessivo per la perseguibilità dell'*adulterium* in senso tecnico è di 6 mesi.

Diversa è la disciplina per il tradimento della fidanzata. Mancando la possibilità di un'*accusatio* privilegiata, il termine per esperire quella ordinaria è di 4 mesi, presumibilmente a partire dalla consumazione del fatto. Il fidanzato tradito non sembra avere, come il marito, un obbligo di ripudio, o meglio le fonti non lo esplicitano. Vero è che la legislazione matrimoniale augustea protegge il matrimonio, le *iustae nuptiae*, la moralità, la stirpe e la procreazione e dunque il rapporto di fidanzamento, non identificandosi con quello matrimoniale e non riducendosi ad un presupposto logicamente antecedente alle *nuptiae*, mantenendo quindi la propria autonomia giuridica ed istituzionale, soggiace giustamente ad una disciplina peculiare e non si presta alla sovrapposizione *tout court* di quella matrimoniale. D'altro canto il fidanzamento è un rapporto che si regge anche in quanto finalisticamente orientato al matrimonio, ovvero in quanto negli *sponsalia* è riposta la stessa *spes matrimonii*: il fidanzamento è contratto in vista di un progetto più grande e

⁷²¹ A partire dalla *lex Iulia de adulteriis*, cfr. *ex multis*, Fayer, *La familia romana* 3, cit. p. 274.

⁷²² D.48.5.4.1, Ulp. 8 *disp.*: *extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles*. Per tutti, Fayer, *La familia romana* 3, cit. p. 302.

l'atto stesso altro non è che una *mentio et repromissio nuptiarum futurarum*⁷²³. Lo stesso Augusto è intervenuto con la *lex Papia et Poppaea nuptialis* per impedire che il fidanzamento fosse elusivo dell'obbligo di contrarre le nozze, rendendo in tal modo implicitamente illegittimo il fidanzamento 'fine a se stesso'.

Queste considerazioni costituiscono forse una buona argomentazione per sostenere la tesi che vede anche in capo al fidanzato tradito un onere di ripudio, dal momento che il tradimento dello *sponsus* giunge ad inficiare la stessa *spes matrimonii*. Ma nessuna delle fonti considerate ci consente di suffragare tale supposizione. Certamente gli *sponsalia* generano una responsabilità significativa in ordine ad un onere, anzi ad un vero e proprio obbligo di fedeltà. Non si tratta tuttavia di una responsabilità 'biunivoca': in caso di tradimento da parte dell'*uxor* scatta una duplice responsabilità, quella dell'*uxor* verso il *maritus*, leso nell'*honor* e nella *reverentia*, colpito dal *dolor iniustus*; scatta altresì la responsabilità del marito tradito nei confronti dell'ordinamento giuridico, che persegue l'illecito di *adulterium*, ma anche quello eventuale conseguente che consiste nel *lenocinium*. Il marito tradito deve divorziare assecondando un'istanza pubblicistica; una volta ottemperato alla prescrizione augustea, 'può' avvalersi anche degli strumenti di tutela che l'ordinamento gli mette a disposizione, a difesa dei suoi interessi personalistici, affettivi e sociali: lo *sponsus* tradito può avvalersi degli strumenti preposti a tutela e a salvaguardia di diritti e valori a connotazione privatistica o pubblicistica, ma senza oneri di sorta.

Le considerazioni e l'analisi svolte nel paragrafo precedente consentono di dare per certo che, entro una forbice temporale non meglio definita, il fidanzato tradito ha una legittimazione attiva ad esperire un'*accusatio adulterii*, a tutela della sua posizione personale e sociale e a salvaguardia del *dolor* provato. Non sembra sussistere un onere di azione come per il marito tradito, pertanto la possibilità di un'*accusatio* è prevista come una facoltà a disposizione del soggetto leso; la lesione

⁷²³

D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*

può di certo avere connotazione patrimonialistiche⁷²⁴, ma assume altresì una rilevanza strettamente personalistica laddove attiene alla sfera dell'intimo, nella forma appunto del *dolor*.

Come s'è detto, la presente disamina intende riferirsi alla fase classica, con, al più, qualche cenno al periodo successivo, tralasciando integralmente di affrontare l'istituto nella sua veste contrattuale.

A questo punto si rende però necessario un salto cronologico finalizzato a prendere in considerazione una costituzione del Codice Teodosiano, relativa al quarto secolo, in quanto tale fonte offre un'elencazione dei soggetti legittimati all'*actio de adulterio*:

C.Th.9.7.2, imp. Constantin. A. *ad Evagrium pf.*

Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen, ne volentibus temere liceat foedare connubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patri vel consobriano et consanguineo maxime fratri, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed et his personis legem imponimus, ut crimen abolitione compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione etiam ream coniugem facere, nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri, veteres retro principes annuerunt. extraneos autem procul arceri ab hac accusatione censemus. Nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant. Interpretatio. In adulterio extraneam mulierem nullus accuset, sed propinqui, ad quorum notam pertinet, hoc est frater germanus, frater patruelis, patruus et consobrinus, qui tamen ante inscriptionem, si accusata acquieverit, possunt per satisfactionem veniam promereri. Reliqui ab accusatione prohibentur. Maritis sane etiam ex suspicione accusare permissum est⁷²⁵.

⁷²⁴ Tali aspetti non sono analizzati nel presente lavoro.

⁷²⁵ Sulla fonte significativi sono i contributi di: Volterra, *Per la storia dell' «accusatio adulterii»*, cit. pp. 269-271; De Dominicis, *Sulle origini romano cristiane*, cit. pp. 233-239; C. Dupont, *Le droit criminel dans les Constitutions de Constantin. Les infractions*, Lille 1953, pp. 50 ss.; C. Venturini, '*Accusatio adulterii*' e politica costantiniana (per un riesame di CTh. 9,7,2), in *SDHI* 54, 1988, pp. 66-109; Idem, *Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii*, in *Crimina et delicta nel tardoantico*, (a cura di F. Lucrezi, G. Mancini), *Atti del seminario di Studi. Teramo 19-20 gennaio 2001*, Milano 2003, pp. 17-37, in part. pp. 31 ss.; R. Bonini, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano 1990³, pp. 152 ss.; Botta, *Legittimazione*, cit. p. 49 nt. 57; Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. pp. 100 ss.; S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V Secolo)*, Milano 1996, pp. 65 ss.; Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit. p. 294 nt. 103; A. D'Ors, *De nuevo sobre los estratos de las 'Pauli Sententiae'*, in *BIDR*, 98-99, 1995-1996, pp. 1-23; Zanon, *Le strutture accusatorie*, cit. pp. 64 ss.; P. Panerio Oria, *Ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia 2001, pp. 262 ss.; Fayer, *La familia romana* 3, cit. pp. 327 ss.; L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Napoli 2007, p. 279; S. Puliatti, *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna* (a cura di C. Cascione- C. Masi Doria), 7, Napoli 2007, p. 4495; Centola, *Le sofferenze morali*, cit. pp. 40-46; Rizzelli, *Adulterium*, cit. pp. 303-304.

La costituzione rappresenta una disposizione imperiale pubblicata a Nicomedia in data 25 Aprile del 326 d.C., destinata ad un prefetto del pretorio, Evagrio⁷²⁶: secondo Rizzelli⁷²⁷ e Centola⁷²⁸ la fonte sarebbe il risultato di una fusione di disposizioni precedenti.

La costituzione ci informa che l'adulterio è annoverato tra i crimini pubblici, che generalmente soggiacciono all'*accusatio* pubblica⁷²⁹, ovvero la cui legittimazione attiva spetta anche ad un *quivis de populo*. Ma l'imperatore Costantino limita il potere di accusare ad una ristretta cerchia di soggetti, ovvero ai parenti più stretti. Il testo esplicita la *ratio* della decisione imperiale: *ne volentibus temere liceat foedare connubia*, dimostrando che all'Imperatore sta dunque a cuore che i matrimoni non vengano intaccati ingiustamente⁷³⁰.

Le *proximae necessariaeque* persone titolari della *legitimatio* sono il *patruelis*, il *consobrinus*, il *consanguineus frater*: la costituzione esplicita poi un criterio 'di chiusura' idoneo a ricomprendere tutti i soggetti elencati, ovvero *quos verus dolor ad accusationem impellit*, per procedere poi con un riferimento all'*abolitio* per il caso in cui questi soggetti intendano desistere o rinunciare all'accusa⁷³¹.

Ai nostri fini è rilevante la parte della costituzione che riconosce al marito la possibilità di rivolgere l'*accusatio* anche in presenza della mera *suspicio*, sospetto dovuto alla «presenza di indizi idonei ad ingenerare dubbi sulla condotta morale dell'imputata⁷³²». Il marito potrà dunque esperire un'*accusatio* sulla base del mero sospetto di adulterio. La sua tutela è quindi pregnante: vi si riscontra una *ratio* pubblicistica, ovvero un interesse dell'ordinamento a perseguire l'illecito, ma anche l'istanza privatistica mossa dalla remunerazione del *dolor* maritale, atteso che, senza dubbio, il marito è uno di coloro *qui verus dolor ad accusationem impellit*. Come detto, l'imperatore cristiano protegge il matrimonio e vuole dunque evitare che chiunque possa *foedare conubia*;

⁷²⁶ Sul quale cfr. A.H.M. Jones, J.R. Martindale, *The Prosopography of the Later Roman Empire I (A.D. 260-395)*, Cambridge 1971, p. 284.

⁷²⁷ *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 101; conforme Venturini, '*Accusatio adulterii*', cit. p. 69.

⁷²⁸ *Le sofferenze morali*, cit. p. 41.

⁷²⁹ Si noti che nel testo si usa il termine '*delatio*', che tuttavia ha una valenza sinonimica rispetto ad '*accusatio*'; cfr. Pietrini (*Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. p. 65 nt. 88), il quale nota peraltro il raccordo tra *delatio* ed il successivo *copia accusandi*.

⁷³⁰ Efficace la resa di *foedare* con 'intaccare'; cfr. De Dominicis, *Sulle origini romano cristiane*, cit. p. 234.

⁷³¹ Sul tema ampia bibliografia in Centola, *Le sofferenze morali*, cit. pp. 40-46.

⁷³² Si veda ad es. Venturini, *Accusatio adulterii*, cit. p. 93; sul tema della *suspicio* pp. 92-98.

pertanto, da un lato restringe la cerchia dei legittimati all'*accusatio*, dall'altro ribadisce la necessità che l'*accusatio* sia soggetta all'*inscriptio*, consapevole che molti propongono accuse infondate, rovinando i matrimoni altrui.

Centola⁷³³ e Venturini⁷³⁴ pongono in evidenza la ridondanza contenuta nella parte finale del frammento, che altro non fa che ribadire la *ratio* sottesa al provvedimento: *nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant*. L'obiettivo prefissato dall'imperatore, ovvero la scelta di tutelare i matrimoni anche da ingerenze esterne alla ristretta cerchia dei familiari⁷³⁵, comporta dunque la restrizione dell'*accusatio adulterii* ai soli parenti stretti. Il testo reca l'espressione *quos verus dolor ad accusationem impellit*, a giustificazione ulteriore della decisione: il *dolor*, a ben vedere, è ancora un criterio rilevante a fini giuridici.

Il passo confluirà poi nel Codice di Giustiniano, dove mantiene rilievo il concetto di *verus dolor*:

C.9.9.29.pr., Imp. Constantin. A. ad Evagrium

Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen ne volentibus temere liceat foedare conubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patri fratri nec non patruo et avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit.

Ai fini di questo lavoro si deve rilevare che non stupisce l'assenza dall'elenco dello *sponsus*, anche se trattasi di un soggetto che dovrebbe essere annoverato tra coloro la cui accusa viene giustificata e legittimata dal *dolor* dovuto al tradimento. L'*adulterium* che viene preso in considerazione dalla fonte è quello 'tecnico', ovvero la relazione carnale intrapresa dalla donna sposata legittimamente con un terzo estraneo al rapporto di coniugio; si tiene dunque conto dei soli soggetti che hanno una legittimazione ad accusare in caso di adulterio perpetrato in costanza di matrimonio.

Ma la costituzione offre lo spunto per una riflessione: lo *sponsus* tradito durante il rapporto di fidanzamento di certo va annoverato tra coloro che *verus dolor ad accusationem impellit*, ed è

⁷³³ *Le sofferenze morali*, cit. p. 42.

⁷³⁴ *Accusatio adulterii*, cit. p. 71.

⁷³⁵ Venturini, *Accusatio adulterii*, cit. p. 107; Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 104.

sicuramente anche per tale ragione che l'ordinamento si è premurato di riconoscergli una *legitimatio*, sebbene *iure extranei*, con riferimento all'adulterio; il solo fatto che il problema della sua *legitimatio* abbia impegnato così tanto i giuristi – e non solo – è indicativo della rilevanza giuridica del fidanzamento e del relativo *onus* di fedeltà.

Si potrebbe anche ipotizzare una *legitimatio* a sostenere l'*actio iniuriarium*, in quanto il tradimento ben può configurare un'*iniuria*, un'oltraggio, un'offesa morale alla dignità, che certamente può essere aggravata dalla conseguente *contumelia*, in proporzione anche al credito sociale del soggetto leso⁷³⁶.

A questo punto va fatta una precisazione che riguarda le *accusationes* calunniose rivolte in conseguenza degli illeciti compiuti in costanza di matrimonio e di quelli consumati durante il fidanzamento.

Alla domanda relativa alle conseguenze di un'accusa di adulterio che risulti essere infondata le fonti rispondono in modo esponenzialmente antinomico:

Coll. 4.4.1, Paul. *l.s. de adult.*

Iure mariti vel patris qui accusat potest et sine calumniae poena vinci: si iure extranei accusat, potest calumniae poena puniri.

La *Collatio* attesta una distinzione paolina tratta dalla sua monografia sull'adulterio: se a rivolgere un'*accusatio adulterii* calunniosa sono il marito o il padre, costoro possono sfuggire alla condanna per calunnia; in caso di *accusatio iure extranei*, l'accusa calunniosa comporta la legittimazione passiva all'*actio calumniae*⁷³⁷. Ma è lo stesso Paolo in un frammento della stessa opera, tradito dal *Digesto*, a darci informazioni diametralmente opposte:

D.48.5.31.pr., Paul. 1 *de adult.*

Pater sine periculo calumniae non potest agere.

D.48.5.15.3, Scaev. 4 *reg.*

Iure mariti qui accusant, calumniae periculum non evitant.

⁷³⁶ La tematica sarà presa in considerazione nel paragrafo § 4.

⁷³⁷ Un accenno anche da parte di Botta, *Legittimazione*, cit. pp. 340-341.

Il *pater* che esperisca l'azione soggiace all'alea di incappare nella calunnia. In termini analoghi si esprime Cervidio Scevola, in riferimento al marito, nel quarto libro delle *Regulae*. Si può solamente supporre che una lettura integrale parallela delle opere dei giuristi citati consentirebbe di distinguere i casi in cui l'accusa infondata determini conseguenze penali da quelli in cui lo stesso comportamento va invece esente da sanzioni; sul piano delle congetture, ancorché logiche, si può provare ad ipotizzare che sia l'intensità del coefficiente psicologico a costituire l'elemento dirimente tra i comportamenti connotati da antiggiuridicità e quelli legittimi. Agire con la piena consapevolezza circa l'innocenza della moglie potrebbe configurare il presupposto di un'*actio calumniae*; diversamente, proporre un'accusa infondata, ma non sorretta da dolo, non assurge alla soglia dell'illegittimità⁷³⁸.

Come accennato, l'ordinamento assume un atteggiamento di riguardo e di cautela nell'ipotesi in cui a sostenere un'accusa infondata sia un minore infra venticinquenne⁷³⁹.

Non sussiste invece alcuna simmetria tra la legittimazione attiva dell'uomo e quella della donna: quest'ultima non può infatti tentare l'accusa contro il marito fedifrago⁷⁴⁰. *A fortiori* non potrebbe ravvisarsi una *legitimatio* all'accusa di adulterio in capo alla *sponsa* nei confronti del fidanzato fedifrago. Tutto questo anche se la *sponsa*, come ed ancor più l'*uxor*, è di certo uno dei soggetti idonei a provare *dolor* conseguente al tradimento.

Il suo moto dell'animo non è ritenuto meritevole della medesima tutela prevista in capo al fidanzato, tanto con riferimento all'interesse pubblico alla repressione dell'adulterio atecnico,

⁷³⁸ Per le fonti e per alcune ipotesi di soluzione dell'apparente antinomia, si veda Volterra, *Per la storia dell'"accusatio adulterii"*, cit. pp. 229-233; per le formalità processuali dell'*accusatio adulterii* e per la relativa evoluzione, *Ibidem*, pp. 239-252; sul rapporto tra rinuncia all'accusa e *abolitio* del magistrato, pp. 252-255.

⁷³⁹ D.48.5.16.6, Ulp. 2 *de adult.*

⁷⁴⁰ Fa riflettere che la costituzione del 197 d.C. di Severo e Antonino lo precisi proprio in apertura del Titolo 9 del Capitolo dedicato alla legge Giulia sull'adulterio: *publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit.*

quanto con riferimento alla salvaguardia delle aspettative e delle posizioni personalistiche e affettive⁷⁴¹.

Concludiamo i cenni all'onere di fedeltà in costanza di fidanzamento con un caso peculiare descritto da Papiniano:

D.48.5.12.7, Pap. *l.s. de adult.*

*Quaerebatur, an iure mariti possit accusare vir eam feminam, quae, cum ei desponsa fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita. Respondit: novam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterii crimen obicere desiderat propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella a patre in matrimonium alii fuerit tradita*⁷⁴².

Il frammento è raccolto dai compilatori sotto il titolo V del XLVIII libro, rubricato *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*; Lenel⁷⁴³ inserisce il passo sotto il titolo *De adulteriis liber singularis*.

Viene chiesto al giurista se sia possibile esperire un'*accusatio* privilegiata nell'ipotesi in cui la fidanzata sia stata poi concessa in sposa ad un altro soggetto. Di rilievo è che la questione verta addirittura sulla possibilità di radicare un giudizio con un'accusa privilegiata. Papiniano esclude che in tale ipotesi possa sussistere un'*accusatio adulterii*; la risposta del giurista è quasi ironica, una sorta di 'battuta' – *novam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo* –: non sembra possibile neppure esperire l'*accusatio adulterii* in generale, né l'*accusatio stupri*⁷⁴⁴. Si osserva infatti con Rizzelli⁷⁴⁵ che l'adulterio è un *crimen* che richiede per la sua sussistenza il dolo malo⁷⁴⁶ e si concorda con lui nell'escludere la consumazione dell'illecito, in quanto manca il dolo della donna, a quanto pare «condizionata in modo decisivo dalle decisioni paterne».

⁷⁴¹ Sulla configurabilità di un'ipotesi di *iniuria*, si veda § 4; sul rapporto tra *stuprum* e *iniuria*, si veda anche Balzarini, *De iniuria extra ordinem statui*, cit. p. 193.

⁷⁴² Sul passo anche Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. pp. 129-132.

⁷⁴³ *Pal.* 1, col. 807, fr. 20.

⁷⁴⁴ In proposito cfr. Ankum, *La «sponsa adultera»*, cit. pp. 191-192.

⁷⁴⁵ *La lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 193 e nt. 91.

⁷⁴⁶ D.48.5.13, Ulp. 1 *de adult.*: *haec verba legis "ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo" et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.*

L'opinione di Astolfi⁷⁴⁷ è che il richiedente sia un orientale, in quanto nelle province d'Oriente il fidanzamento viene concepito come anticipazione del matrimonio⁷⁴⁸: evidentemente poteva trattarsi di un promesso sposo disilluso nella sua aspettativa matrimoniale. A proposito dell'espressione sarcastica con cui Papiniano valuta l'idea espressa dal suo interlocutore nei confronti della peculiare accusa di adulterio (*rem novam*), l'Autore rende bene la traduzione con 'stravaganza'⁷⁴⁹.

Bisogna riconoscere che il frammento non brilla per chiarezza e linearità e che la sintassi e la grammatica non aiutano di certo, per cui sono state date varie interpretazioni: Astolfi, ad esempio, con sicurezza afferma che, in riferimento al *casus* in esame, il parere di Papiniano sulla configurabilità dell'adulterio è negativo; mentre più netta è la posizione di De Dominicis⁷⁵⁰ che sembra negare *tout court* la configurabilità dell'adulterio nel caso di matrimonio con la fidanzata altrui.

Complessivamente Astolfi dà rilievo al legame affettivo e non a quello giuridico. La ricostruzione di Volterra è, invece, più formalista: non è possibile rivolgere l'*accusatio iure mariti*, in quanto mancano i presupposti formali-giuridici che impediscono la sussistenza dell'elemento oggettivo dell'illecito: se il tradimento non è perpetrato in costanza di giuste nozze si consuma uno *stuprum* e non un *adulterium*⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 130.

⁷⁴⁸ Così ad es. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 193 e nt. 93.

⁷⁴⁹ Sull'espressione *novam rem...existimo* si veda Heumann-Seckel, s.v. *novus*: «ungewöhnlich», «sonderbar», in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907; K.E. Georges, s.v. *novus*, «sonderbar», «ungewöhnlich», «unerhört», in *Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, Hannover-Leipzig 1948, col. 1202; Ankum, *La «sponsa adultera»*, cit. p. 181 e nt. 58; Fayer, *La familia romana* 3, cit. p. 321.

⁷⁵⁰ *D.48.5.12 § 7*, cit. p. 34; l'A. ritiene il frammento di fattura postclassica; sulla possibile influenza e ingerenza tra sacre scritture e diritto romano in tema di configurabilità di adulterio in caso di matrimonio con la fanciulla già fidanzata cfr. Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 131.

⁷⁵¹ Volterra, *Per la storia dell'«accusatio adulteri»*, cit. p. 264: l'A., per dimostrare l'applicazione restrittiva dell'*actio*, ricorre anche al già citato *D.48.5.14.8, Ulp. 2 de adult.*; si tratta infatti di una delle fonti che l'A. porta a fondamento della tesi per cui l'*accusatio iure extranei* è utilizzabile per far valere in giudizio il reato di *stuprum*; si veda Rizzelli, *Le Iulia de adulteriis*, cit. p. 189.

Rizzelli⁷⁵² dà conto del dibattito dottrinario relativo all'equiparazione di fidanzamento e matrimonio in relazione ad alcuni effetti giuridici. Per Volterra⁷⁵³ l'equiparazione può avere interessato la tarda repubblica e l'età augustea, ma non il diritto degli Antonini e dei Severi, allorché il fidanzamento avrebbe assunto un carattere ancor più marcatamente sociale. Si può ipotizzare, inoltre, insieme a Rizzelli⁷⁵⁴, che, in taluni casi, lo *sponsus* sia stato legittimato alla *accusatio iure mariti*.

In ambito pretorio l'infamia colpisce chi si fida o si sposa quando è già 'impegnato'⁷⁵⁵, indipendentemente dalla validità formale dello *status* di fidanzamento: «la società e il diritto vogliono che si abbia soltanto una moglie o soltanto una fidanzata⁷⁵⁶». Va detto che i precetti che si ricavano da tale lettura sono necessari e solo apparentemente tautologici: ci si può fidanzare; ci si può sposare; ci si può sposare con la propria fidanzata; ci si può sposare con altra donna diversa dalla propria fidanzata, previa però la rottura del precedente fidanzamento; ci si può sposare o fidanzare con un'altra donna solo previa rottura del precedente rapporto.

Il diritto punisce l'uomo *sui iuris* che si fida o si sposa più volte o che fida o sposa i propri figli più volte senza che i loro precedenti rapporti si siano interrotti⁷⁵⁷. Anche la semplice manifestazione di consenso al fidanzamento o al matrimonio senza previa rottura del precedente vincolo del sottoposto comporta, dunque, una responsabilità⁷⁵⁸.

La conclusione di Astolfi è significativa ai fini del nostro lavoro: “[...], quando il fidanzamento o il matrimonio è voluto dal padre, è punito soltanto il padre”.

4. *L'iniuria nell'ambito del fidanzamento.*

⁷⁵² *La lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 193.

⁷⁵³ *Ricerche intorno agli sponsali*, cit. pp. 339 ss.

⁷⁵⁴ *La lex Iulia de adulteriis*, cit. p. 194; tocca la tematica anche Tafaro, *La pubertà a Roma*, cit. p. 222, nt. 49; il caso particolarmente intricato descritto in C.9.9.7.pr. (commentato al § 3) potrebbe effettivamente corroborare tale ipotesi.

⁷⁵⁵ D.3.2.1, Iul. 1 *ad ed.*

⁷⁵⁶ Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 135.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 136.

⁷⁵⁸ *Ibidem*.

Restando in tema di responsabilità connessa alla condizioni di *sponsi*, ci si occupa ora del comportamento ‘ingiurioso’ nell’ambito del fidanzamento.

Il *delictum* di *iniuria* consiste, in una sua fase evoluta, nella lesione fisica o morale perpetrata nei confronti di un soggetto libero⁷⁵⁹. Si tratta di un illecito ascrivibile nel novero dei *delicta*, che

⁷⁵⁹ Un rapido cenno al *delictum*: Le XII Tavole prevedevano una condanna a 25 assi se qualcuno avesse procurato una lesione ad un soggetto libero. Ben presto la pena apparve irrisoria a causa della progressiva svalutazione della moneta latina di bronzo. Si passò così dalla tutela decemvirale ad un giudizio affidato ai *recuperatores*, i quali avevano il compito di valutare caso per caso il *quantum* del risarcimento conseguente ad una *iniuria*. Labeone svolge un’analisi approfondita del *delictum de iniuriis* nel suo commento editale, che è da noi indirettamente conosciuto attraverso il Commento all’Editto di Ulpiano, che sembra ricalcare quello dell’augusteo (Lenel, Pal. 2, coll. 766-777, fr. 1335-1369). L’inefficacia della tutela prevista dalla Tavola 8.4 è attestata in un aneddoto riportato da Gellio (20.1.13), laddove viene descritta la condotta di un tale Verazio che andava in giro a schiaffeggiare le persone, premurandosi subito dopo di risarcirle con i 25 assi prescritti dalla norma decemvirale. È conseguente l’intervento del pretore e la scelta di far cadere in disuso il precetto normativo, per affidare la tutela dell’*iniuria* al giudizio dei *recuperatores*, un collegio di giudici. È possibile ricostruire la formula dell’*actio iniuriarum aestimatoria* attraverso la lettura comparata delle fonti letterarie e di quelle giuridiche (Sen. *de benef.* 2.35.2 e Suet. *Vitell.* 7.2; Gai. 4.60; Coll. 2.6.4; si veda O. Lenel, *Das Edictum perpetuum: ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883, pp. 398-399). Probabilmente l’*actio* inizialmente tutela le lesioni, forse dapprima solo quelle minori, in seguito, più in generale, gli atti violenti contro la persona, seppure non idonei a produrre lesioni, quindi ad esempio anche le percosse. Successivamente all’editto sulla stima delle ingiurie, il diritto onorario si arricchisce di nuove tutele: avverso lo schiamazzo oltraggioso (*edictum de conviciis*), l’attacco all’onorabilità di una donna o di un adolescente (*edictum de adtemptata pudicitia*), la calunnia e la diffamazione (*edictum ne quid infamandi causa fit*); tutti strumenti questi soggetti ad interpretazione creatrice ed estensiva da parte dei giuristi, idonea a ricomprendere le più disparate fattispecie afferenti ad un concetto più ampio di attacco antiggiuridico contro la persona. Per questa ricostruzione storica si veda M. Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1985, pp. 173-187. È esaustivo al proposito il passo delle Istituzioni di Gaio (3.220): *iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fuste percussus uel etiam uerberatus erit, sed etiam si cui conuicium factum fuerit, siue quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscrisperit siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit siue quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit et denique aliis pluribus modis*. Come noto, configurano fattispecie affini anche il *convicium*, l’*adtemptata pudicitia*, l’*infamatio*, anche nella forma del *libellus famosus*, ossia della diffusione di uno scritto diffamatorio. Attestano l’estensione giurisprudenziale della fattispecie delittuosa D. 47.10.1.1-3, Ulp. 56 *ad ed.*: *iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur. Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*; Paul. Sent. 5.4.1: *iniuriam patimur aut in corpus, aut extra corpus: in corpus uerberibus et illatione stupri; extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur*; Paul. Sent. 5.4.6: *iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossis fractis*. Sulle circostanze per così dire aggravanti dell’*iniuria* cfr. Paul. Sent. 5.4.10; cfr. le linee istituzionali di Guarino, *Diritto privato romano* 2, cit. pp. 982 e 1003 e nt. 90.2 e di Brutti, *Il diritto privato nell’antica Roma*, cit. pp. 981-985 e p. 1003; più in generale sul tema dell’*iniuria*, tra gli altri: G. Pugliese, *Studi sull’iniuria*, Milano 1941; G. Lavaggi, «*Iniuria*» e «*obligatio ex delicto*», in *SDHI* 13-14, 1947-1948, pp. 141-198; U. Brasiello, in *NNDI* 2, s.v. *carmen famosum e carmen malum*, p. 958; sul tema specifico dell’*iniuria* nei rapporti familiari si veda Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. p. 166), che si sofferma sull’estensione del concetto di *iniuria* anche ai casi di *contumelia*; V. Devilla, in *NNDI* 8, s.v. *iniuria*, pp.

richiede la sussistenza del dolo inteso quale coscienza e volontà dell'evento lesivo⁷⁶⁰ e che peraltro costituisce spesso il discrimine tra l'*iniuria* stessa e altri tipi di illeciti ad esempio perseguiti *ex lege Aquilia*⁷⁶¹, ove, come noto, *et levissima culpa venit*⁷⁶². L'*iniuria*, nella sua accezione evoluta per mano dell'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza, potrebbe consistere in una lesione fisica, in una percossa, una violenza privata, una minaccia, un'ingiuria verbale, una diffamazione orale o per iscritto, un insulto⁷⁶³, un oltraggio, un componimento satirico che sfocia nella

705-706; G. Crifò, s.v. *Diffamazione e ingiuria (diritto romano)*, in *EDD* 12, 1964, pp. 470 ss.; M. Marrone, *Considerazioni in tema di "iniuria"*, in AA.VV. *Syntelesia* Vincenzo Arangio Ruiz 1, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli 1964, pp. 475-485; M. Bretone, *Ricerche labeoniane. Iniuria e hybris*, in *RFIC* 103, 1975, pp. 413-429, dove peraltro si precisa che *iniuria*, *contumelia* e *hybris* esprimono un concetto unitario che si articola in forme e modi distinti (p. 419); Manfredini, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, cit.; M. Balzarini, *La represión de la «iniuria» en D.47.10.45 y en algunos rescriptos de Diocleciano*, in *Rev. Fac. Derecho Univ. compl. Madrid* 59, 1978, pp. 43-80; C. Gioffredi, *In tema di «iniuria». (Sui fattori di formazione del diritto romano in età preclassica)*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, pp. 145-172; A.D. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano 1. Età repubblicana*, Milano 1979; L. Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW* 2.14, Berlin-New York 1982, pp. 682-721, in part. p. 695; Balzarini, «*De iniuria extra ordinem statui*», cit. pp. 37-70 e 133-202; E. Pólay, *Iniuria Types in roman Law*, Budapest 1986; A.D. Manfredini, *Quod edictum autem pretorium de aestimandis iniuriis*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di Diritto Romano*. Copanello 4-7 giugno 1990, a cura di F. Milazzo, pp. 65-95; A.D. Manfredini, *L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*, in *Homenaje a Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 799-817; sul rapporto tra *iniuria* e danno aquiliano cfr. il recente lavoro di P. Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000, in part. pp. 35-57; M. Miglietta, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al "certum dicere" nell'"edictum generale" de iniuriis*, Lecce 2002, pp. 7 ss; A. Milazzo, *Iniuria. Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma 2011.

⁷⁶⁰ D.47.10.3.1, Ulp. 56 *ad ed.*: *sane sunt quidam, qui facere non possunt, ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est: namque hi pati iniuriam solent, non facere. Cum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, sive pulsent sive convicium dicant, iniuriam fecisse non videri.*

⁷⁶¹ D.9.2.44.pr., Ulp. 42 *ad Sab.*: *in lege Aquilia et levissima culpa venit.* Sul rapporto tra *iniuria* e *damnum iniuria datum* si veda Milazzo, *Iniuria*, cit. pp. 55-62.

⁷⁶² Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 55.

⁷⁶³ D.47.10.15.27, Ulp. 77 *ad ed.*: *generaliter vetuit praetor quid ad infamiam alicuius fieri. Proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum. Haec autem fere sunt, quae ad infamiam alicuius fiunt: ut puta ad invidiam alicuius veste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat vel capillos submittat, aut si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquid, quod pudorem alicuius laedat.* D.47.10.15.12, Ulp. 77 *ad ed.*: *sive unus sive plures dixerint quod in coetu dictum est, convicium est: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.* Sulla repressione ordinaria privata della diffamazione orale a seguito dell'emanazione e applicazione dell'*actio iniuriarum ex edicto de convicio* cfr. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, cit. p. 195: forse a seguito dell'emanazione dell'editto *ne quid infamandi causa fiat*, anche l'insulto orale fu punito a titolo di *infamatio*, almeno per quanto concerne gli insulti non proferiti *in coetu* e *cum vociferatione*.

diffamazione⁷⁶⁴, forse un *malum carmen incantare*⁷⁶⁵, da intendersi nella sua accezione lata come componimento atto a gettare discredito su qualcuno, o ancora un *occentare*⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Sulla tutela processuale avverso la diffamazione scritta, fra gli altri, Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, cit. pp. 196-204; cfr. D. 47.10.15.27, Ulp. 77 *ad ed.*, vedi nt. precedente. Sul *carmen condere* e la *theatralis licentia*, *Ibidem*, pp. 91-127. È forse già a partire da Servio che l'*infamatio*, secondo Manfredini, è punita con l'*actio iniuriarum* (*Quod edictum*, cit. p. 97); probabilmente l'editto *ne quid infamandi causa fiat*, provvedimento speciale a tutela dalla diffamazione, conteneva una previsione generale, ma anche una serie di casi specifici (*Ibidem*, p. 94).

⁷⁶⁵ Tab. 8.1.a: *qui malum carmen incantasset*; troviamo riferimenti al *malum carmen* anche in *Paul. Sent.* 5.4.6. Anche le fonti letterarie sembrano fornire qualche informazione Cic. *de rep.* 4.10.12 *ap. Aug. de civit. Dei* 2.9: *...nostrae XII Tab. cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sancientiam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*; con la precisazione che la dottrina prevalente (tra gli altri, P. Huvelin, *La notion de 'iniuria' dans le très ancien droit romain*, Roma 1971, pp. 188. ss; L. Robinson, *Freedom of Speech in the Roman Republic*, Baltimore 1940, pp. 3 ss.; Pugliese, *Studi sull'iniuria*, cit. pp. 22 ss.; Brasiello, s.v. *Carmen famosum e carmen malum*, cit. p. 958; Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, cit. p. 23 ss.; B Biscotti, "Malum carmen incantare" e "occentare" nelle XII Tavole, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, pp. 21-51) ritiene il *malum carmen* di cui alla legislazione decemvirale una formula magica rivolta contro qualcuno; Cicerone forse interpreta erroneamente quanto disposto dalle 12 tavole, che con il termine di *carmen famosum* indicavano il vero e proprio sortilegio con formule e incantamenti magici, e non anche il puro e semplice carme diffamatorio (*Cicerone. Opere politiche e filosofiche* 1. *Lo Stato, Le leggi, I doveri*, a cura di L. Ferrero, Torino 1953, p. 210 nt 3). È improbabile quindi che la Tavola 8 perseguisse persino la diffamazione verbale a mezzo di *carmina* recitati o scritti, un comportamento antiggiuridico che, col tempo, confluirà nell'illecito pretorio del *convicium*; si veda Milazzo, *Iniuria*, cit. pp. 66-67 e ntt. 44 e 47. L'accezione diffamatoria della Tavola 8.1 sembrerebbe tuttavia attestata da S. Agostino, che, nel trasmetterci più o meno fedelmente un frammento ciceroniano tratto dal *de re publica*, lo inserisce nell'ambito di una sua polemica contro i Romani, maggiormente dediti a punire la diffamazione contro gli uomini che non quella contro gli dei. Il *locus* agostiniano deve leggersi congiuntamente ad un passo delle *Tusculanae disputationes* (4.4), ove Cicerone afferma che le XII tavole prevedevano una disposizione che sanzionava chi avesse arrecato *iniuria* ad altri con un carme, configurando quindi un'ipotesi di ingiuria verbale / diffamazione. Il passo ciceroniano ci è pervenuto attraverso S. Agostino, forse in parte dallo stesso modificato; Cicerone scrive circa 400 anni dopo la legislazione decemvirale (del 451-450 a.C.); Agostino scrive dopo il 354 d.C. Si trovano indizi che potrebbero corroborare la tesi della perseguibilità della lesione morale già dall'epoca delle XII tavole, nella forma del *malum carmen* anche in Arnobio *adv. gent.* 4.34 ed in Orazio (*ep.* 2.1 vv. 145-146; vv. 152-155: *Fescennina per hunc inventa licentia morem / versibus alternis opprobria rustica fudit [...]. Quin etiam lex / poenaeque lata, malo quae nollet carmine quemquam / describi; vertere modum, formidine fustis / ad bene dicendum delectandumque redacti; sat.* 2.1 vv.82-86: *si mala condiderit in quem quis carmina, ius est / iudiciumque.' esto, siquis mala; sed bona siquis / iudice condiderit / laudatus Caesare? siquis / opprobrii dignum lataverit, integer ipse? / solventur risu tabulae, tu missus abibis.*), dove uno dei personaggi, Trebazio, forse cita una legge delle 12 Tavole originariamente rivolta contro i *mala carmina*, ovvero formule di incantesimo in danno di terzi. Ma è improbabile che sotto questa dizione si comprendessero anche i carmi che recavano diffamazione. Peraltro il passo è di incerta interpretazione: infatti, il cenno alle tavole può far sì pensare alle Tavole della legge, ma più probabilmente potrebbe trattarsi delle tavolette su cui i *recuperatores* scrivevano il loro voto, oppure il termine potrebbe indicare le stesse satire di Orazio (*Quinto Orazio Flacco, Satire*, intr., trad. e note di M. Labate, Milano 1987³, p. 209 nt. 25). Stando quindi alla testimonianza del poeta, secondo l'ipotesi meno credibile, comporre un *malum carmen* potrebbe comportare lo sconfinamento dall'intento satirico alla diffamazione. Altri indizi in Porfirione, commentatore di Orazio (*Porph. in Hor. sat.* 2.1.81): *quia lege cautum erat, ne quis in quemquam maledictum carmen scriberet*; il *carmen maledictum* è definito dallo stesso Porfirione (*in Hor. ep.* 2.1.154) *fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium*. È piuttosto improbabile dunque che le 12 Tavole si riferissero anche alla diffamazione: nulla può lasciare intendere che l'autore delle Satire, quando attribuisce la repressione del *malum carmen condere* ad una *lex*, si riferisse alle 12 Tavole, come efficacemente osserva Manfredini, *La diffamazione*

Col tempo si configurano altresì ipotesi di ‘*iniuria qualificata*’, ovvero figure di illeciti affini all’*iniuria* che vengono perseguite dal pretore con *actiones in aequum* e che consistevano in diverse forme di *contumelia* da intendersi come disprezzo o condotte irrispettose verso altri soggetti giuridici. Si pensi ad esempio all’*adtemptata pudicitia*⁷⁶⁷, ossia l’offesa al pudore nei confronti di una *mater familias*, al comportamento di apostrofare con parole sconvenienti qualcuno per la strada, persino al pedinamento marcato e fastidioso (*adsectari*) ed ancora al *convicium*, ovvero la predisposizione di derisioni organizzate e sconvenienti in danno di un soggetto giuridico o dei suoi sottoposti; ed infine all’*infamatio*, ovvero la diffamazione⁷⁶⁸.

Occupandoci in questa sede dell’evoluzione classica del fidanzamento, siamo maggiormente interessati all’accezione a-materiale del concetto di *iniuria*, da intendersi, per effetto dell’interpretazione evolutiva giurisprudenziale, come attacco antiggiuridico comprensivo di qualsivoglia offesa all’onore o al decoro di un soggetto⁷⁶⁹. Ai nostri fini dobbiamo esaminare l’*iniuria* commessa in danno della *sponsa* e, più in generale, l’*iniuria* commessa trasversalmente nell’ambito del fidanzamento.

Si rendono necessarie alcune osservazioni ed alcune esemplificazioni casistiche, finalizzate ad individuare le modalità con le quali può essere arrecata *iniuria* entro il contesto familiare e, in

verbale nel diritto romano, cit. pp. 29-32. Un indizio anche nell’affermazione dello Pseudo Cornuto (*in Pers.* 1.123): *lege XII tabularum cautum est, ut fustibus fereretur, qui publice invehebatur*, che allude all’esistenza, entro la legislazione decemvirale, di una disposizione che vietava l’*invehi publice*, ovvero l’inveire pubblicamente contro qualcuno. Si tratta a ben vedere di autori che scrivono dai 300 ai 400 (Porfirione invece scrive nel III secolo d.C.) anni circa dopo la legislazione decemvirale, quando il concetto giuridico di *iniuria* si è evoluto e si sta evolvendo entro un contesto storico-sociale ben differente. La tematica del *malum carmen* è ampiamente trattata da Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, cit. pp. 1-48. Sul tema e sulle fonti cfr. il recente studio di Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 92.

⁷⁶⁶ L’*iniuria* potrebbe concretizzarsi in un *occentare*, se si vuole dare al verbo il significato di ‘cantare ad alta voce contro qualcuno’; si sofferma ampiamente sul significato e sulla casistica di *occentare* e *convicium facere* Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, cit. pp. 44-90. Un’accurata analisi del termine nell’ambito di un’indagine volta ad accertare se *incantare* ed *occentare* possano essere ricompresi tra le *species* delle diffamazioni o dell’ingiuria verbale si trova in Milazzo, *Iniuria*, cit. pp. 62-94.

⁷⁶⁷ Nell’editto speciale *de adtemptata pudicitia* coesistevano specifici casi particolari, quali il *comitem abducere* o *appellare*, l’*adsectare* una *mater familias* o un *praetextatus*.

⁷⁶⁸ Guarino, *Diritto privato romano* 2, cit. pp. 981-985 e p. 1003.

⁷⁶⁹ Sull’estensione del concetto di *iniuria* si vedano tra gli altri B. Albanese, *Una congettura sul significato di “iniuria” in XII Tab. 8.4*, in *IURA* 31, 1980, pp. 21-36 (= *Scritti giuridici* 2, Palermo 1991, pp. 1535-1550, in part. pp. 1539-1542); M.F. Corsi, *Iniuria cum damno. Antiggiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, p. 265; Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 13, p. 33, pp. 45-47; pp. 190-198 *et passim*.

particolare, alla fidanzata, per riconoscere quelle fattispecie che potrebbero ricadere nella tutela civile e pretoria del danno da lesioni fisiche o morali.

4.1. Dal 'torto' plautino...

I commediografi di età repubblicana fanno riferimento al fidanzamento 'arcaico', posto in atto attraverso la *sponsio*; tuttavia, con riferimento al concetto lato di *iniuria*, al fine di saggiarne l'inquadramento e l'evoluzione sociale e familiare, si rende necessaria una trattazione d'insieme, che abbracci l'intero periodo di evoluzione degli *sponsalia*, dalla fase 'storica' a quella classica. Per tale ragione si ritiene opportuno attingere ancora una volta preziose informazioni anche e soprattutto dalla commedia plautina (e terenziana).

Troviamo infatti esempi di *iniuria* in danno di una fanciulla nella commedia di Plauto⁷⁷⁰: il sarsinate nella sua produzione attesta e descrive il substrato sociale e familiare entro il quale si manifestano e si verificano quei comportamenti che progressivamente otterranno il riconoscimento giuridico sostanziale e la relativa tutela processuale e dunque una graduale giuridicizzazione, anche e soprattutto ad opera dell'attività interpretativa di tipo creativo ed evolutivo da parte delle giurisprudenza.

Passiamo quindi ad evidenziare quelle condotte che, idonee ad arrecare torto-*iniuria* nell'ambito della *familia*, hanno potuto, col tempo, avere un riconoscimento giuridico⁷⁷¹.

Plaut. *aul.* vv. 791-799.

[...] *Nunc te obtestor, Euclio, // ut si quid ego erga te imprudens peccavi aut gnatam tuam, / ut mi ignoscas eamque uxorem mihi des, ut leges iubent. // Ego me iniuriam fecisse filiae fateor tuae, // Cereris vigiliis, per vinum atque impulsu adulescentiae. // Euc: Ei mihi, quod ego facinus ex te audio? Lyc. Cur eiulas, // quem ego avom feci iam ut esses filiae nuptiis? // Nam*

⁷⁷⁰ Stando a Manfredini (*Contributi allo studio dell' «iniuria»*, cit. p. 140) *iniuria* avrebbe qui un'accezione atta in generale ad esprimere un profilo di ingiustizia, un torto.

⁷⁷¹ Sul tema Manfredini (*Contributi allo studio dell' «iniuria»*, cit. p. 143), che riconosce la rilevanza giuridica di alcuni *loci* plautini, precisando che in buona parte dei passi ove compare il termine «un sicuro impiego di *iniuria* per designare una figura tipica di illecito non è documentato [...], gli esempi che solitamente si additano in realtà potrebbero testimoniare un uso del termine nel significato più diffuso di torto».

tua gnata peperit, decumo mense post: numerum cape; // ea re repudium remisit avunculus causa mea.

Nell'*Aulularia*, ad esempio, il giovane Liconide, di buon casato, ha usato violenza a Fedria, per cui è derivata una gravidanza. Dopo l'atto violento, la fanciulla è peraltro stata '*desponsata*' ad un terzo, zio del giovane Liconide. Successivamente, il caso vuole che i due giovani, senza rendersi conto dell'identità reciproca, si innamorino, tanto che Liconide intende sposare Fedria.

Il comportamento antiggiuridico descritto è idoneo ad arrecare un torto a tre soggetti: innanzitutto in danno della giovane, nell'accezione morale e fisica; in proposito sotto il profilo terminologico l'atto violento di Liconide, come appare dalle parole del *lar familiaris* nel prologo, è reso con i termini *comprimere* e *stuprare*, con valenza sinonimica ed indicativi della medesima azione⁷⁷²; sotto il profilo morale, come sottolinea Milazzo⁷⁷³, la condotta è in ogni caso idonea a 'disonorare' la fanciulla.

Ma l'*iniuria* si consuma anche nei confronti del di lei *pater*. L'uso plautino del termine *probrum*⁷⁷⁴ è significativo per indicare l'oltraggio, l'infamia e il disonore nei confronti di Euclione e della *familia* tutta, a danno dei quali si consuma l'illecito in forma aggravata, in quanto ne potrebbe conseguire anche una *contumelia*.

Il terzo soggetto leso è lo zio *sponsus*: quando l'ordinamento riconoscerà una tutela processuale avverso l'*iniuria* morale, un soggetto che si trovasse nella posizione dello 'zio' plautino mancherebbe della *legitimatio* ad esperire qualsivoglia azione, in quanto, al momento dell'illecito, non aveva ancora la qualifica di fidanzato⁷⁷⁵: costui tuttavia, venuto a sapere del fatto e del parto della giovane, ha inviato la *renuntiatio*, ovvero la notifica di *repudium*.

⁷⁷² Come osserva anche Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 108; con l'A. si evidenzia peraltro l'accezione agiuridica del termine *stuprum* e altresì che il verbo *comprimo* viene usato insistentemente per ben quattro volte dal sarsinate nel giro di quattro versi, vv. 28-30 e v. 33.

⁷⁷³ *Iniuria*, cit. p. 108.

⁷⁷⁴ *Aul.* vv. 74-75: *neque iam quo pacto celem erilis filiae / probrum, propinqua partitudo quoi appetit [...]*. *Probrum* è peraltro termine ricorrente nel contesto dei processi contro le donne.

⁷⁷⁵ Sulla *legitimatio* dello *sponsus* si veda poco oltre.

Per quanto riguarda la *legitimatio* passiva dobbiamo tenere conto della giovane età dell'autore della violenza e del fatto che è un soggetto *alieni iuris*. Con riferimento invece all'elemento soggettivo, non si deve dimenticare che il gesto è avvenuto da parte di un soggetto offuscato *per vinum atque impulsu adolescentiae*. Infine, quanto alle circostanze, si deve tenere conto *in primis* del fatto che il giovane è di ottimo casato, fattore che potrebbe diminuire l'intensità della *contumelia* in danno della *familia* della fanciulla, ma anche che l'episodio è avvenuto durante le feste notturne di Cerere, dunque *noctu* e nel contesto della concitazione dei festeggiamenti: sappiamo infatti in proposito che la giurisprudenza ha elaborato un sistema di valutazione delle circostanze del *delictum* di *iniuria*⁷⁷⁶.

Plaut. *Cas.* vv. 937-942; vv. 949-950

Maxumo ego ardeo flagitio // nec quid agam meis rebus scio, // nec meam ut uxorem aspiciam // contra oculis, ita disperii. // Omnia palam sunt probra, // omnibus modis occidi miser. [...] Intro ad uxorem meam // sufferamque ei meum tergum ob iniuriam.

L'*iniuria* si può configurare anche laddove il comportamento di un marito arrechi oltraggio e disdoro alla propria moglie con una condotta riprovevole. Come nel caso del vecchio Lisidamo, che, nella *Casina*, invaghitosi dell'omonima fanciulla, intenderebbe sposarla pur essendo già maritato con Cleostrata. Il comportamento di Lisidamo è idoneo ad arrecare *iniuria* alla propria consorte, vieppiù nel momento in cui i loschi traffici del vecchio divengono pubblici⁷⁷⁷. Nel rammarico del vecchio, una volta scoperto, compare l'espressione *maxumo ego ardeo flagitio*: il termine *flagitium* allude proprio ad un atto contro la morale, ad uno scandalo dovuto anche al tradimento, che si può consumare sia con una condotta materiale, sia anche solo con un atteggiamento platonico e affettivo, in ogni caso contrario al dovere di fedeltà coniugale ed idoneo ad arrecare disdoro all'altro coniuge, insomma con un 'adulterio sentimentale'.

Plaut. *Cas.* v. 976

In adulterio, dum moechissat Casinam, credo perdidit [sc. pallium].

⁷⁷⁶ Paul. *Sent.* 5.4.10.

⁷⁷⁷ In proposito si veda Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 121.

Questi versi della commedia sembrano effettivamente fare riferimento ad una congiunzione carnale tra Lisidamo e Casina⁷⁷⁸, cosa che in realtà non è avvenuta, a causa di uno scambio di persona, architettato astutamente dalla moglie di Lisidamo; pertanto non è possibile parlare di *adulterium* vero e proprio⁷⁷⁹. Tuttavia, in quanto vi era comunque l'intenzione di tradire e poiché in effetti il vecchio è ostentatamente invaghito di Casina, si configura in ogni caso un tradimento 'morale', una violazione del *pactum fidei* che suggella l'unione coniugale e del *foedus amicitiae* che connota il *bene velle* che lega una coppia, di qualsivoglia natura esso sia⁷⁸⁰. È comunque una

⁷⁷⁸ Sebbene venga utilizzato il termine *adulterium* unitamente al verbo *moechissare*, che si può rendere con 'commettere adulterio con qualcuno'.

⁷⁷⁹ Di rilievo l'osservazione di Astolfi (*Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. p. 278 e p. 287): sarà il diritto classico a pretendere anche dal marito un comportamento conforme alla dignità ed al valore etico-sociale del matrimonio, benché neppure a quell'epoca si ammettesse un potere di controllo della moglie sul marito.

⁷⁸⁰ Cat. 57 vv. 3-4: *nulla fides ullo fuit umquam foedere tanta / quanta in amore tuo ex parte reperta mea est*; 109 vv. 5-6: *ut liceat nobis tota perducere vita / aeternum hoc sanctae foedus amicitiae*; l'espressione *sanctae amicitiae* ha una importantissima valenza: *sanctus* (< *sancire*, nell'accezione di 'consacrare') evidenzia l'invulnerabilità del patto, in questo caso inteso come vincolo di *amicitia*, che comporta un rapporto affettivo più intimo, solido ed affidabile rispetto all'*amor*. Idem 72 vv. 3-8: [...] *Dilexi tum te non tantum ut vulgus amicam, / sed pater ut gnatos diligit et generos. / Nunc te cognovi; qua re etsi impensius uror / multo mi tamen es vilior et levior. / Qui potis est? Inquis. Quod amantem iniuria talis / cogit amare magis, sed bene velle minus: amare e bene velle* nella letteratura precedente a Catullo sono usati con valenza quasi sinonimica; qui sono contrapposti per indicare il primo l'amore sensuale, che può persino essere accentuato proprio dall'*iniuria*, il secondo l'affetto intimistico entro il quale rientrano l'amicizia, la stima e la benevolenza. Catullo fa uso anche di *diligere* che, rispetto ad *amare* esprime meno passione (v. 5: *uror*) e più tenerezza (v. 8: *bene velle*); il carne è strutturato sull'opposizione psichica affetto/sensualità; cfr. A. Traina, in *Gaio Valerio Catullo. I Canti*, intr. e note di A. Traina; trad. di E. Mandruzzato, Milano 1996⁹, p. 15 e p. 337 nt. 2; P. Fedeli, *Introduzione a Catullo*, Bari 1998⁴, p. 61. Il termine *amica*, mutuato dalla commedia, significa 'amante' o 'concubina'. Non è di questo avviso F. Della Corte (*Due studi catulliani*, Genova 1951, p. 229), che mette in evidenza un concetto ben diverso: l'amicizia catulliana non è legata all'utilità o al piacere ma è pura e disinteressata, perfetta, da cui l'epiteto *sancta* (c. 57 v. 6). La violazione del *foedus* sembra persino rientrare in un generico concetto di contrarietà al diritto, in quanto l'infedeltà costituisce violazione del *foedus* che lega due persone che si amano; se l'amicizia tra Catullo e Lesbia è *sancta* lo è anche il *foedus* che la sancisce, un concetto religioso ma che implica gli stessi effetti di un' 'obbligazione contrattuale', un patto, che poi sarà violato unilateralmente dalla *puella* quando perpetrerà il suo tradimento. «La felicità, cui il *foedus* mira, è semplicemente contrattuale: rispetto reciproco dei patti, completa reciproca fiducia» (*Ibidem*). È qui di rilievo evidenziare che il poeta di Sirmione allude ad un presunto dovere di fedeltà – forse in questo caso a mio avviso di valore più etico e religioso e meno giuridico – anche in relazione ad un'unione svincolata da qualsivoglia convivenza e che quindi dovrebbe caratterizzare vieppiù anche il concubinato e, passando attraverso gli *sponsalia*, ovviamente il rapporto coniugale. Sul tema sono peculiari ancora le osservazioni di Della Corte (*Due studi catulliani*, cit. p. 228), per il quale il rapporto affettivo tra Lesbia e Catullo non può ovviamente essere definito matrimonio, che mai fu contratto perché questa non era l'intenzione dei due, ma neppure fidanzamento in quanto gli *sponsalia* mai furono celebrati, né tanto meno *concubinatus*, poiché la condizione *honestas* di Lesbia non avrebbe permesso questa soluzione. Il loro rapporto non è altrimenti definibile se non come *stuprum*, chiamato con un eufemismo da Lesbia come *iocundus amor* e da Catullo come *sancta amicitia*. Ciò non di meno il tradimento di Lesbia ha una rilevanza significativa; nel contesto catulliano il termine *iniuria* indica i tradimenti della fanciulla amata dal

condotta fedifraga idonea a gettare disdoro sulla donna, per valutare il quale deve tenersi anche conto del credito sociale del soggetto leso⁷⁸¹.

Plaut. *merc.* vv. 24-33

Sed amori accedunt etiam haec, quae dixi minus: //insomnia, aerumna, error, terror et fuga: //ineptia stultitiaque adeo et temeritast, // incogitantia excors, immodestia, // petulantia et cupiditas, malevolentia; // inertia, aviditas, desidia, iniuria, // inopia, contumelia et dispendium, // multiloquium: parumloquium hoc ideo fit quia, // quae nihil attingunt ad rem nec sunt usui, // tam amator profert saepe advorso tempore [...].

Plaut. *merc.* vv. 976-979

Eut. *Propterea igitur tu mercatu's, novos amator, vetus puer? // Lys. Optume hercle, perge <tu>, ego adsistam hinc alterinsecus. //Quibus est dictis dignus, usque oneremus ambo. Dem. Nullus sum. // Lys. Filio suo qui innocenti fecit tantam iniuriam.*

In un altro *locus* plautino, nel *Mercator*, troviamo un *topos* della commedia del sarsinate: il contrasto tra padre e figlio per la stessa donna. La vicenda narra di Demifone, invaghitosi di una fanciulla della quale però è innamorato anche il proprio *filius* Carino. Il fatto che Demifone abbia sottratto l'amata al *filius* costituisce *iniuria* in danno di Carino, ma anche in danno della propria consorte: lo si ricava dalla lettura dei versi 976-978, che riportano il dialogo tra Lisimaco, amico di Demifone, e quest'ultimo, nonché dai versi 16-37, che riportano il monologo di Carino, il quale, nel contesto di un metateatro, descrive le conseguenze dell'amore, tra le quali, a ben vedere, rientra anche l'*iniuria*. In particolare, nel dialogo emerge chiaramente il rischio che una *iniuria* possa determinare, quale aggravante, anche una *contumelia* conseguente, un disdoro in danno della *familia* che tanto più sarà rilevante, quanto più il casato è prestigioso:

Plaut. *merc.* v. 979

Filio suo qui innocenti fecit tantam iniuriam.

Anche se la fanciulla contesa è una schiava – che dunque, per poter essere sposata avrebbe in ogni caso dovuto essere manomessa – il coinvolgimento amoroso costituisce il substrato

poeta, ma ha la tipica pregnanza del linguaggio erotico degli elegiaci e di Catullo stesso; Della Corte (*Ibidem*, p. 232) definisce questa *iniuria* come «azione commessa da Lesbia contro il *ius amantium*, che è la *fides*, che è il *foedus* pattuito».

⁷⁸¹

Si veda Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 122.

perché il gesto di Demifone sia idoneo a determinare una lesione morale al proprio *filius*, nella forma del *dolor*.

Plaut. *merc.* vv. 991-994

Supplici sibi sumat quid volt ipse ob hanc iniuriam. // Modo pacem faciatis oro, ut ne mihi iratus siet. // Si hercle scivissem sive adeo ioculo dixisset mihi // se illam amare, numquam facerem ut illam amanti abducerem.

In questo passo si parla addirittura di risarcimento, al quale tuttavia potrebbe darsi un'accezione non giuridica: si può osservare come il coefficiente psicologico che sorregge la condotta di Demifone sia la colpa, in quanto, dai versi citati, si evince che il *pater* fosse inconsapevole degli interessi del figlio nei confronti della giovane, di cui era invaghito.

Plaut. *Stich.* vv. 11-19

*Spero quidem et volo; sed hoc, soror, crucior, / patrem tuom meumque adeo, unice qui unus // civibus ex omnibus probus perhibetur, / eum nunc inprobi viri officio uti, // viris qui tantas apsentibus nostris // facit iniurias immerito // nosque ab eis abducere volt. // haec res vitae me, soror, saturant, // haec mihi dividiae et senio sunt*⁷⁸².

In questa commedia si racconta anche di un'*iniuria* che consiste in impropri rivolti da un *pater familias* all'indirizzo dei propri generi e che sembra infastidire – e dunque ledere – le consorti di costoro, figlie del *pater* ingiurioso.

Orbene, nello *Stico*, Panfila afferma che il padre *facit iniurias immerito // [...]*; se si ragionasse in termini avulsi dal contesto cronologico plautino, si potrebbe dunque ipotizzare che, in un caso del genere, sussista in capo alle due donne la facoltà di intentare un'azione processuale non tanto a tutela dell'onorabilità dei mariti, poiché questo rientrerebbe in un comportamento che la giurisprudenza definirà 'iniquo'⁷⁸³, ma in quanto direttamente lese nel loro decoro, nella loro dignità o forse, più semplicemente, per aver patito *dolor*⁷⁸⁴.

Ter. *hec. arg.* vv.1-2

Uxorem ducit Pamphilus Philumenam // cui quondam ignorans virgini vitium obtulit.

⁷⁸² Sul passo del commediografo cfr. Manfredini, *Contributi allo studio dell' «iniuria»*, cit. p. 139.

⁷⁸³ Cfr. D.47.10.2, Paul. 50 *ad ed.* e D.47.10.11.8, Ulp. 57 *ad ed.*, di seguito commentati.

⁷⁸⁴ Si veda anche Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 135. Un discorso a parte meriterebbe di certo la legittimazione passiva paterna.

Ter. *hec.* vv. 395-401

Quod te scire ipsa indicat res. Nunc si potis est, Pamphile, // maxume volo doque operam ut clam partus eveniat patrem // atque adeo omnis. Sed si id fieri non potest quin sentiant, // dicam abortum esse: scio nemini aliter suspectum fore // quin, quod veri similest, ex te recte eum natum putent. // Continuo exponetur: hic tibi nil est quicquam incommodi, // et illi miserae indigne factam iniuriam contexeris.

Nella ‘*Suocera*’ di Terenzio il giovane Panfilo ha ‘violato’⁷⁸⁵ Filumena quando era fanciulla, senza sapere chi fosse e l’atto ha provocato una gravidanza. Il caso vuole che la stessa fanciulla venga poi promessa in isposa al giovane, senza che i due siano consapevoli del precedente scandaloso.

Nei versi 395-401 sta parlando⁷⁸⁶ la madre di Filumena, ignara del fatto che la fanciulla sia stata violata proprio da Panfilo: a suo dire la fanciulla sarebbe stata oltraggiata da un terzo e dal gesto disdicevole sarebbe derivata la gravidanza indesiderata; per evitare il discredito sociale e la *contumelia*, la madre prega Panfilo, futuro sposo, di non rivelare che il figlio atteso da Filomena non è il suo; il disdoro che ne conseguirebbe sussiste sia per la *familia* della giovane, sia per il ragazzo che, come detto, al momento del gesto ‘illecito’, non sapeva chi fosse la ragazza.

Dunque l’*iniuria* può esprimersi nell’oltraggio subito per via di uno ‘stato interessante indesiderato’; in tale circostanza l’illecito privato assumerebbe la connotazione di *delictum* di ‘evento’ e non di quello di ‘mera condotta’. La lesione dunque avrebbe interessato la ragazza, sotto il profilo materiale e morale dell’illecito, virtualmente lo stesso autore della violenza (*sic!*) ed anche la *familia* della giovane⁷⁸⁷.

La stessa commedia di Terenzio fornisce un’accezione lata di *iniuria*, da intendersi genericamente come qualcosa di ‘ingiusto’, che avviene ‘a torto’⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ Vengono utilizzate le espressioni: *uxorem ducit Pamphilus Philumenam / cui quondam ignorans virgini vitium optulit* (*arg.* vv. 1-2) e [...] *vitium est oblatum virgini olim ab nescio quo inprobo* (v. 383).

⁷⁸⁶ Ma il suo discorso è riportato da Panfilo stesso.

⁷⁸⁷ Sul passo anche Manfredini (*Contributi allo studio dell’ «iniuria»*, cit. p. 140), che esalta la valenza di *iniuria* come ‘torto’ o ‘ingiustizia’; conforme la lettura di Milazzo, *Iniuria*, cit. p. 149.

⁷⁸⁸ Ter. *heaut.* v. 581; *Andr.* v. 60; *eun.* v. 433; Milazzo (*Iniuria*, cit. p. 149) con riferimento a questi *loci* lo interpreta, con un’accezione giuridica, anche come ‘atto *contra ius*’.

Ter. *Andr. arg.* vv. 1-4.

Sororem falso creditam meretriculae // genere Andriae, Glycerium, vitiat Pamphilus // gravidaque facta dat fidem, uxorem sibi / fore hanc; nam aliam pater ei desponderat [...]

Ter. *Andr.* vv. 487-488

[...] *ipse [sc. Pamphilus] est ingenio bono, // cumque huic est veritus optumae adolescenti facere iniuriam.*

Nell'*Andria* il giovane Panfilo ha sedotto⁷⁸⁹ e messo incinta Gliceria, la quale ottiene dal ragazzo la promessa di diventare sua moglie⁷⁹⁰. Tuttavia Simone, *pater* di Panfilo, gli aveva già destinato in sposa la figlia di Cremete, Filumena⁷⁹¹. Il padre di costei però, venuto a sapere del 'fatto disdicevole' e del parto che nel frattempo è avvenuto, si sente giustificato a rompere il fidanzamento⁷⁹². L'*iniuria* in questo caso, atteso che la fanciulla è ritenuta a torto, sino alla fine della commedia, sorella di una meretrice (Criside), non sembra colpire dunque la *familia* (benché nobile, ma la cui nobiltà si scoprirà solo alla fine della vicenda). Non sappiamo se si sia trattato di una violenza vera e propria, cosa che configurerebbe l'*iniuria* nella sua accezione materiale, intesa quale lesione fisica; e forse l'atto non è neppure idoneo a ledere la diretta interessata sotto il profilo morale, sebbene *optuma adolescens*, in quanto sembra sussistere il consenso della giovane che eliderebbe l'antigiuridicità della condotta 'ingiuriosa', la quale, come noto, richiede il dolo⁷⁹³. Nell'ipotesi di un'azione illecita attuata in modo cosciente e volontario si dovrebbe in ogni caso tenere conto di una sorta di 'ravvedimento operoso' dell'autore, in quanto egli intende ripararvi con una promessa di matrimonio.

⁷⁸⁹ Ter. *Andr. arg.* v. 2: *Glycerium vitiat Pamphilus.*

⁷⁹⁰ Ter. *Andr. arg.* vv. 3-4: *dat fidem uxorem sibi / fore hanc.*

⁷⁹¹ Ter. *Andr. arg.* vv. 4-7: *nam aliam pater ei desponderat, / gnatam Chremetis, atque, ut amorem comperit, / simulat futuras nuptias* (cfr. D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*), *cupiens suus / quid haberet animi filius cognoscere.*

⁷⁹² Ter. *Andr. arg.* vv. 9-10: *sed ex Glycerio natum ut vidit puerulum / Chremes, recusat nuptias, generum abdicat.*

⁷⁹³ D.47.10.3.1, Ulp. 56 *ad ed.*

L'azione però sembra potenzialmente in grado di recare disdoro alla *sponsa* (Filumena), che era stata destinata al giovane da Cremete⁷⁹⁴, padre di lei, nonché in danno di quest'ultimo: si riscontra qui un chiaro esempio di *iniuria* in danno della fidanzata, atta a costituire una situazione meritevole di tutela e che può rappresentare un presupposto di risoluzione del fidanzamento contratto tramite *sponsio*.

Come già accennato, si è ritenuto opportuno ricorrere a Plauto, commediografo che scrive in piena età repubblicana, in quanto l'autore offre un impareggiabile spaccato sociale sulla *familia* e sulle relative dinamiche interne; una descrizione ed una casistica che, se non si conta Terenzio, non si avrà più in letteratura. Quei contesti e quelle dinamiche, se affrescate da un autore repubblicano, di certo non mancherranno di riproporsi anche in epoche successive, le quali sotto il profilo descrittivo purtroppo non potranno contare su testimonianze che possano equagliare quelle del sarsinate. Il contesto plautino ci offre l'*habitat* familiare entro il quale il concetto di *iniuria* si manifesta in tutte le sue accezioni, che nell'autore possono avere di certo una pregnanza a-technica e a-giuridica, ma offrono tuttavia quella casistica che i giuristi sapranno valorizzare per poi ricondurla nel concetto più tecnico-giuridico del termine e dell'istituto. Quelle stesse situazioni descritte da Plauto progressivamente vedranno una 'giuridicizzazione' di condotte idonee a recare oltraggio, ingiuria, disdoro, diffamazione e tutto ciò che possa avere un disvalore per la sfera morale dell'individuo.

⁷⁹⁴ Nel caso di specie, sembrano essere state formulate due *sponsiones*: la prima stipulata tra Cremete (padre di Filumena) e Simone (padre di Panfilo); la seconda direttamente stipulata tra Panfilo e Gliceria. Alcune considerazioni: Terenzio sta facendo riferimento al fidanzamento 'arcaico', che, come noto, viene contratto con *sponsio*; in questa fase sappiamo essere pregnante l'agire degli aventi potestà, a scapito del *consensus* e della *voluntas* dei diretti interessati. Generalmente la promessa di matrimonio è infatti stipulata tra gli aventi potestà di giovani *alieni iuris*, loro sottoposti, i quali sembrano non potersi ribellare alla volontà paterna. Non a caso Terenzio usa una terminologia specifica: per la promessa direttamente 'stipulata' tra il giovane Panfilo e Gliceria viene adoperata una perifrasi, *dat fidem uxorem sibi / fore hanc*, alla quale è possibile riconoscere un'accezione a-giuridica; diversamente, per la promessa rivolta da un capo famiglia all'altro compare il verbo *despondere*, usato nella commedia – soprattutto da Plauto – nel significato tecnico-giuridico di *spondere filiam aut filium*, nell'accezione di 'promettere' con una '*sponsio*' il matrimonio futuro, con una valenza assolutamente giuridica.

Non si intende qui soffermarsi sulle problematiche relative alla tutela processuale esistente ai tempi di Plauto⁷⁹⁵, anche perché, in riferimento all'accezione morale del *delictum* di *iniuria*, si può affermare che, se è difficile comprendere lo stadio di evoluzione giuridica sostanziale dell'illecito, inteso come violenza morale ai tempi del commediografo, lo è maggiormente attestare il livello della relativa tutela processuale.

Si possono fare alcune ipotesi: ad esempio che le condotte descritte dal sarsinate possano rientrare nella generica azione *per sacramentum in personam*, o, per alcune fattispecie, entro la *legis actio per iudicis postulationem*, oppure accogliere l'osservazione di Manfredini⁷⁹⁶, laddove riscontra in Plauto⁷⁹⁷ qualche notizia sulla stessa *actio iniuriarum* che, però, come noto, è di matrice formulare e che peraltro si riferisce all'accezione fisica di *iniuria*. Manfredini in particolare riscontra nella terminologia plautina alcune assonanze con fonti giuridiche⁷⁹⁸, il che costituirebbe un indizio da cui inferire che già alla fine III secolo a.C. fosse operante la formula dell'*actio iniuriarum*. La formula, ad avviso dell'autore, doveva essere talmente radicata da essere nota persino ad un non-giurista come Plauto, anche se probabilmente doveva trattarsi di una formula a carattere meramente estimatorio, ossia con la clausola *condemnatoria* o assolutoria, e dunque

⁷⁹⁵ Gli interrogativi potrebbero vertere sulla natura delle *iniuriae* oggetto della tutela e sul tipo di azione esprimibile relativamente a questo *delictum*. Solo col tempo si arriva all'elaborazione della formula per l'*actio iniuriarum*, caratterizzata dalla *demonstratio* (Gai. 4.60), dalla *condemnatio*, congiuntamente alla *taxatio* e alla valutazione equitativa del *iudex privatus*, nonché da un'assenza di *intentio*; cfr. Pugliese, *Il processo*, cit. pp. 84-92; M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 313 e nt. 15; p. 314 e nt. 22; pp. 316-317; pp. 318-319 e nt. 51; Manfredini, *Quod edictum*, cit. p. 72. Col tempo il pretore provvede a dare tutela ai casi di *convicium*, *adtemptata pudicitia* e *infamatio* con editti particolari (Pugliese, *Il processo*, cit. p. 100), con progressivo processo di assimilazione dell'*actio* generale alle azioni speciali (*Ibidem*, p. 113). Queste particolari figure speciali, unitamente a quelle ordinarie, vengono sanzionate con pene variabili da caso a caso (Manfredini, *Quod edictum*, cit. p. 66). Per la ricostruzione del testo della formula troviamo un'attestazione in Coll. 2.6.4.

⁷⁹⁶ *Contributo allo studio dell'«iniuria»*, cit. p. 143.

⁷⁹⁷ *Asin. vv. 371-372: pugno malam si tibi percussero // ... caveto ne suscenseas*

⁷⁹⁸ Gai. 4.60: *sed nos apud quosdam scriptum invenimus in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere, uelut si quis una re deposita duas pluresue se deposuisse demonstraverit, aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit; quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus*; D.47.10.7.1, Ulp. 57 *ad ed.*; Coll. 2.6.4; Coll. 2.6.5.

probabilmente non ancora operativa nella sua redazione definitiva. L'A.⁷⁹⁹ ribadisce che i riferimenti plautini all'*actio iniuriarum* sono di notevole interesse, ma è lo stesso Manfredini a dare atto del problema cronologico dell'*actio iniuriarum*, la quale, prima della *lex Aebutia*, di incerta datazione pur nell'ambito del II sec. a.C., doveva essere operante sotto forma di formula *condemnatoria* presso la giurisdizione del *praetor peregrinus*. Quando poi ci fu l'avvento della procedura formulare, il *praetor urbanus*, dal momento che la formula dell'*actio iniuriarum* era preesistente e connessa alla *legis actio per iudicis postulationem*, si limitò ad estendere il criterio dell'*aestimatio poenae*⁸⁰⁰.

Tuttavia le proposte interpretative di Manfredini sono ristrette alla tutela dell'*iniuria* nella sua accezione fisica: è preferibile dunque astenersi da valutazioni attinenti all'azionabilità dell'*iniuria* morale ai tempi di Plauto, limitandoci ad adoperare il commediografo come terreno di indagine relativo allo sviluppo progressivo del concetto di *iniuria* entro la dimensione familiare.

In ogni caso, dalla casistica elencata, emerge la rilevanza dell'accezione fisica e morale dell'*iniuria*, anche e soprattutto nei rapporti familiari, affettivi e sentimentali. Si è potuto osservare come il soggetto leso dall'*iniuria* possa essere persino una fanciulla slegata da ogni tipo di vincolo, sia coniugale, che di fidanzamento o di concubinato.

A fortiori si può pertanto ritenere che la protezione dall'*iniuria* sarà maggiormente incisiva laddove si sia instaurato un rapporto di fidanzamento.

La commedia offre dunque uno spaccato sul contesto sociale e familiare entro il quale, con diverse modalità, si manifesta il *delictum* di *iniuria*. Vero è che talvolta il comportamento descritto dai commediografi presenta un'accezione maggiormente sociale ed etica e meno giuridica; si può ritenere tuttavia che siano state le esigenze sociali e il bisogno di tutela degli interessi familiari ad aver contribuito a portare l'ordinamento, attraverso una progressiva interpretazione estensiva ed

⁷⁹⁹ Manfredini, *Contributo allo studio dell'«iniuria»*, cit. p. 143.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 166.

evolutiva da parte dei giuristi, ad ampliare dapprima il concetto stesso di *iniuria* e poi la portata degli strumenti processuali a tutela dei beni (giuridici) lesi.

Premesse queste osservazioni estrapolate nell'ambito di una valutazione casistica, veniamo ora ai profili tecnico-giuridici relativi all'*iniuria* perpetrata in danno della *sponsa*.

4.2. ... alla tutela giuridica contro l'*iniuria* in danno della *sponsa*.

L'osservazione di Volterra⁸⁰¹ è fondamentale ai fini della trattazione: è un'esigenza sociale di protezione dell'onorabilità, quale bene giuridico da tutelare, a portare l'ordinamento, e dunque il pretore, a riconoscere l'opportunità di una tutela giurisdizionale dell'offesa commessa in danno della fidanzata. Sono peraltro le connotazioni sociali ed il comune sentire a determinare l'estensione del concetto stesso di *iniuria* e di *contumelia*⁸⁰².

Passiamo a questo punto ai giuristi⁸⁰³ e, in particolare, ad Ulpiano:

D. 47.10.15.24, Ulp. 77 *ad ed.*

⁸⁰¹ Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. pp. 166-167.

⁸⁰² Sul rapporto tra *iniuria* e *contumelia* D.9.2.5.1, Ulp. 18 *ad ed.*: *iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrat et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.* Cfr. Coll. 7.3.4. Per l'accezione di *contumelia* in letteratura si veda anche Pacuvio *Perib.* 279 (Ribbeck 1.112): *patior facile iniuriam si est vacua a contumelia*; evidentemente la *contumelia* costituisce una conseguenza dell'*iniuria* che aggrava la situazione determinata dall'illecito; riporto tuttavia le parole di Milazzo (*Iniuria*, cit. pp. 143-144): «indubbiamente i piani semantici dei due sostantivi tendono, se non a porsi come cerchi concentrici, a situarsi come contigui, afferendo entrambi i concetti alla offesa, all'oltraggio, alla calunnia, ponendosi però l'*iniuria* su di un piano di maggiore gravità rispetto alla *contumelia*». Sul rapporto tra i due sostantivi confronta anche Stazio, *fall.* 47 (Ribbeck 2.43): *facile aerumnam ferre possum, si inde abest iniuria: / etiam iniuriam, nisi contra constat contumelia*. *Contumelia* può anche avere il valore di umiliazione: cfr. Caes. *de bell. civ.* 1.9: [...] *quae res etsi nihil ad levandas iniurias [...]. Doluisse se, quod populi romani beneficium sibi per contumeliam ab inimicis extorqueretur [...]*. È Labeone che elabora il concetto di *iniuria* come *contumelia* (M. Bretone, *Ricerche labeoniane*, cit. pp. 419; Idem, *Tecniche e ideologie*, cit. pp. 177-179; Manfredini, *Quod edictum*, cit. p. 67). Stando alla lettura di Milazzo l'*iniuria* starebbe ad indicare un fatto produttivo di oltraggio, mentre la *contumelia* indicherebbe il conseguente dileggio. Si può osservare che l'intensità della *contumelia* dipende da alcune variabili circostanziali, prime fra tutte la credibilità e l'onorabilità sociale.

⁸⁰³ Sotto il profilo strettamente giuridico, si intende qui procedere con una breve disamina relativa all'*iniuria* in danno della *sponsa*, tralasciando la disciplina generale in merito al delictum *de quo*. Per l'*iniuria* intesa come diffamazione verbale nelle fonti giuridiche, si rinvia tra gli altri a Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, cit. pp. 195-245.

Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.

Il passo è tratto dal LXXVII libro di commento all'Editto del maestro di Modestino; inserito dai compilatori nel XLVII libro del Digesto è raccolto nel X titolo, rubricato *De iniuriis et famosis libellis*; Lenel⁸⁰⁴ inserisce tutto il lungo brano di cui fa parte il frammento in esame (D.47.10.15 *pr.*-49) nel libro LVII, dedicato all'*iniuria*, e non nel libro LXXVII, dedicato alle stipulazioni: il passo è posto sotto il titolo *De adtemptata pudicitia* (L. 1352).

Ulpiano esprime un'opinione personale (*puto*): egli ritiene che il fidanzato debba avere una legittimazione attiva rispetto all'*actio iniuriarum*, motivando poi la sua opinione. Egli, inoltre, fornisce una motivazione alla sua opinione: precisa infatti che questa azione spetta allo *sponsus*, in quanto qualunque *iniuria* venga rivolta alla sua fidanzata riguarda la di lui *contumelia*. Il tenore letterale del passo evidenzia la maggiore pregnanza della *contumelia* del fidanzato rispetto all'*iniuria* della *sponsa*, in sé e per sé considerata. Si può ritenere che, in questo caso, l'accezione da dare all'*iniuria* sia quella morale: una lesione alla sfera morale della fidanzata può sicuramente intaccare anche quella del fidanzato⁸⁰⁵.

È possibile osservare con Castello⁸⁰⁶ che probabilmente l'Editto del pretore non aveva preso in considerazione il caso riportato da Ulpiano: sarà compito dunque della giurisprudenza colmare la probabile lacuna, verosimilmente già prima di Ulpiano, attesa la rilevanza pratica e sociale della questione. L'A. prende dunque in esame la posizione di Volterra⁸⁰⁷, per il quale la legittimazione ad agire dello *sponsus* è motivata dall'intenzione di proteggere lo stesso da un'offesa arrecatagli indirettamente: detto in altri termini, lo *sponsus* può agire poiché l'«agente» lo ha voluto colpire «offendendogli la fidanzata». Volterra arriva ad affermare che il ragionamento di Ulpiano comprova

⁸⁰⁴ *Pal.* 2, coll. 772-773, fr. 1352.

⁸⁰⁵ Stando già a Cicerone (*pro Caec.* 35: *actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaeque mitigat. Actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaeque mitigat*), la funzione dell'*actio iniuriarum* sarebbe quella di *mitigare* il *dolor* di chi la subisce direttamente o indirettamente, come nel caso dello *sponsus*, a cui hanno «offeso» la fidanzata.

⁸⁰⁶ *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 49.

⁸⁰⁷ In *NNDI*, s.v. *sponsali*, cit. p. 36 e *Ricerche in tema di accusatio adulterii*, cit. pp. 414-416.

«in modo ben evidente che la concessione dell'*actio iniuriarum* al fidanzato può illuminarci sulla nozione attribuita dalla giurisprudenza alla *contumelia*, all'*iniuria* e sulla loro applicazione pratica, basata su esigenze sociali, essa può anche mostrarci l'importanza sociale degli *sponsalia* in Roma all'epoca di Ulpiano, ma non certo citarsi come un vero e proprio effetto giuridico degli *sponsalia* riconosciuto dal diritto classico». Castello accoglie solo in parte l'assunto di Volterra, ritenendo che l'*agere* dello *sponsus* sia principalmente preordinato alla tutela della *sponsa*. Lo studioso genovese assume la circostanza descritta da Ulpiano come prova ulteriore che la posizione dello *sponsus* venga equiparata, almeno in certi casi, a quella del marito, proprio ad opera dei giureconsulti. È plausibile ritenere che l'ipotesi di Volterra possa destare perplessità: è proprio la legittimazione di uno *sponsus* ad agire *ex iniuriis*, indipendentemente dal fatto che gli sia concesso a tutela della *sponsa* o a tutela di sé stesso, a dimostrare – ancora una volta – l'idoneità del fidanzamento a produrre effetti giuridici, sì indiretti, ma pregnanti e significativi, nell'ambito di un sistema trasversale di responsabilità. Dobbiamo ancora tenere conto dell'osservazione di Fayer⁸⁰⁸, che evidenzia la natura personale dell'*actio iniuriarum*: evidentemente lo *sponsus* può agire in quanto è (anche) direttamente leso dall'*iniuria* rivolta alla fidanzata. È lecito chiedersi tuttavia quale possa essere il bene giuridico tutelato nella fattispecie: potrebbe trattarsi dell'*honor*, ma potrebbe altresì ravvisarsi una tutela della 'sofferenza morale'.

Stando dunque all'interpretazione estensiva contenuta nel commento all'Editto di Ulpiano, quando un soggetto procura offesa alla fidanzata, indirettamente lede anche gli interessi del suo *sponsus*: per tale ragione, l'ordinamento ritiene colui che agisce doppiamente responsabile tanto nei confronti della donna quanto nei confronti dell'uomo; il principio di cumulatività dell'azione penale determina peraltro la legittimazione attiva di entrambi i soggetti ad esperire l'*actio iniuriarum*:

D.47.10.1.3, Ulp. 56 *ad ed.*

Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit,

⁸⁰⁸

La familia romana 2, cit. p. 178.

*cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint*⁸⁰⁹.

In questo passo, sempre tratto da commento edittale, Ulpiano offre un'importante precisazione idonea a sorreggere le considerazioni svolte precedentemente⁸¹⁰: il giurista detta un principio di carattere più generale, affermando che l'*iniuria* può essere commessa con un contatto diretto (fisico o verbale) tra soggetto agente e persona offesa, ma anche indirettamente attraverso un'altra persona offesa (*filius familias – uxor – sponsa – servus*). Il giurista non lascia nulla all'interpretazione, specificando e chiarendo ulteriormente le sue parole: egli spiega infatti, attraverso un'esemplificazione, che la lesione può perpetrarsi direttamente in danno di un *pater familias* o di una *mater familias*; oppure indirettamente, andando a colpire il *filius* di un *pater familias*, il *servus* di un *dominus*, l'*uxor* e persino la *nurus*. In tali casi infatti la 'persona offesa' sarà comunque colui che è stato 'offeso' indirettamente, in quanto è stato leso un terzo soggetto a lui sottoposto, o sottomesso al suo dominio, o che si trova nella sua sfera affettiva. Probabilmente la casistica offerta da Ulpiano è esemplificativa, ma non esaustiva; lo dimostra la 'clausola di chiusura' che conclude il frammento: *spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint*.

È ragionevole ipotizzare che entro i soggetti che sono legati da una soggezione o da un rapporto affettivo debba necessariamente essere ricompresa la *sponsa*. L'*iniuria* nei confronti della fidanzata comporta una doppia responsabilità, nei confronti della donna stessa, ma anche verso lo *sponsus* che, stando alle considerazioni di cui sopra, potrà esperire l'*actio iniuriarum* a tutela di se stesso, del proprio *honor* e del proprio *dolor*, ma anche a tutela dell'onore della propria fidanzata, che è strettamente connesso con quello dell'uomo.

D.47.10.1.8, Ulp. 56 *ad ed.*

*Sive autem sciat quis filium meum esse vel uxorem meam, sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem Neratius scripsit*⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Sul tema diffusamente, tra gli altri, Polay, *Iniuria Types*, cit. *passim*.

⁸¹⁰ D.47.10.15, Ulp. 77 *ad ed.*

⁸¹¹ Sul passo, tra gli altri, F. Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz 1969, p. 169; V. Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e*

Restando nell'ambito del commento all'Editto ulpiano, è utile analizzare un frammento ove il maestro di Modestino riporta il pensiero di Nerazio. L'autore dei *libri Membranarum* si sofferma sull'elemento psicologico idoneo a fondare l'*actio iniuriarum*. Non importa se il soggetto agente rechi *iniuria* alla vittima nella consapevolezza o meno che essa sia un *filius familias* o un'*uxor*, egli risponderà in ogni caso subendo l'azione. È massima dunque l'estensione della tutela secondo il giurista, particolarmente attento ai valori sociali e morali. Ma, a questo punto, occorre precisare ulteriormente: non viene punito il comportamento di chi ignora l'antigiuridicità della condotta lesiva, ma è irrilevante se chi ha commesso *iniuria* sia consapevole dei rapporti che intercorrono tra il danneggiato e il *pater familias*, il *dominus*, il *maritus*, lo *sponsus*.

Pertanto, il dolo è richiesto con riferimento alla condotta antigiuridica, mentre non rileva l'ignoranza della condizione, o meglio dello *status* del soggetto passivo⁸¹². Scarano Ussani⁸¹³, a fondamento della posizione di Nerazio, vi legge una «difesa dell'immagine patriarcale e autoritaria della famiglia romana», e altrove⁸¹⁴ parla di «analisi moralistica del comportamento», senza però ridurre la posizione dell'autore dei *libri Membranarum* ad un «generico 'moralismo'». Forse l'obiettivo di Nerazio poteva consistere nel recupero di una sorta di «tavola di valori», passando attraverso l'esaltazione della lealtà che deve impennare i rapporti sociali, unitamente alla '*fides*'.

Prendiamo ora in esame un altro brano del commento all'Editto di Ulpiano:

D.47.10.1.9, Ulp. 56 *ad ed.*

Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. Ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.

Al paragrafo 9 il giurista precisa che da una sola *iniuria* talvolta scaturisce la relativa *actio iniuriarum* in capo a tre diversi soggetti; le azioni sono cumulabili dal lato attivo e l'esercizio

Celso, Napoli 1979, pp. 44-45; F. Sitzia, *Il conservatorismo di Nerazio*, in *Labeo* 29, 1983, pp. 33-44, in part. pp. 40-41; V. Scarano Ussani, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana tra Nerva e Traiano*, Torino 1989, pp. 61-63.

⁸¹² In proposito cfr. Sitzia, *Il conservatorismo di Nerazio*, cit. p. 40.

⁸¹³ *Empiria e dogmi*, cit. p. 61.

⁸¹⁴ Scarano Ussani, *Valori e storia*, cit. p. 44.

dell'una non consuma l'esperibilità dell'altra. Da questo evidentemente emerge la rilevanza privatistica e personale della tutela: l'*iniuria* è un *delictum* fortemente personalistico. Il giurista procede poi in modo analitico con un esempio concreto: nel caso in cui venga rivolta *iniuria* ad una donna che sia anche una *filia familias*, vi sarà una triplice legittimazione attiva, quella del soggetto leso direttamente, ossia la donna, quella del marito che, stando alle considerazioni svolte sopra, agisce a tutela dell'*uxor* ma anche di sé stesso, e quella del *pater*. Alla base della posizione di Nerazio sembra infatti esserci la difesa della famiglia come valore⁸¹⁵. Il fidanzamento configura un rapporto orientato al matrimonio futuro, uno *status* 'pre-familiare', che dunque riceve spesso l'applicazione analogica di istituti e di forme di tutela previsti per le *nuptiae*: tra essi la tutela dall'*iniuria* in danno della *sponsa*, che ragionevolmente comporta la doppia legittimazione all'*actio ex delicto*, in capo alla donna lesa e offesa e in capo al di lei *sponsus*.

Dunque anche la fidanzata, in quanto tale, è soggetto passivo del delitto di *iniuria*; può difendersi da sola in quanto persona lesa nella propria onorabilità; ma anche il di lei *pater* e il di lei *sponsus* vantano una legittimazione attiva rispetto all'*actio iniuriarum*, atteso che il bene giuridico tutelato è, in tutti i casi, (anche) l'*honor*⁸¹⁶.

Astolfi⁸¹⁷, sulla base della chiosa del primo frammento – *spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint*, con particolare riguardo per il *qui...affectui subiecti sint* – argomenta in questa maniera: anche se effettivamente la *sponsa* non viene menzionata esplicitamente dal giurista, si può ritenere tuttavia che ella possa rientrare nella più ampia accezione degli *affectui subiecti*.

Con tale premessa pare più che legittima l'interpretazione estensiva del *et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere*, che chiude il passo. Il giurista si riferisce *expressis verbis* all'ingiuria in danno della moglie; tuttavia, vere le precedenti osservazioni, l'*actio iniuriarum* spetta

⁸¹⁵ Cfr. Scarano Ussani, *Valori e storia*, cit. p. 47, con le considerazioni di Sitzia, *Il conservatorismo di Nerazio*, cit. pp. 40-41.

⁸¹⁶ Si vedano le considerazioni di Volterra, *Diritto di famiglia*, cit. pp. 165-166.

⁸¹⁷ Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 137.

al marito così come alla moglie, al fidanzato, così come alla fidanzata; insultare una *filia familias*, peraltro sposata o fidanzata, lede quindi il diritto di tre soggetti: quello della diretta interessata, del suo *pater familias* e del di lei marito o fidanzato.

Quanto agli aspetti istituzionali dell'*iniuria*, valgono peraltro le regole 'generali', che disciplinano il *delictum* nella sua fase evoluta: si tratta di un delitto privato, connotato da personalità e dunque da intrasmissibilità attiva della relativa *actio*; inoltre, solo chi può essere in grado di percepire direttamente il disvalore dell'*iniuria* può anche essere soggetto attivo agente del comportamento delittuoso⁸¹⁸: infatti, ad esempio, chi è *furens* né può percepire l'*iniuria*, né conseguentemente può subirla. L'illecito, come ricordato, deve essere sorretto da dolo nella sua accezione diretta, inteso quale coscienza e volontà di nuocere alla persona offesa: deve dunque sussistere l'*animus iniuriandi*⁸¹⁹. Infatti l'autore dell'illecito, per poter essere perseguito, deve avere piena cognizione della portata della propria condotta e delle relative conseguenze⁸²⁰.

⁸¹⁸ D.47.10.3.pr., Ulp. 56 *ad ed.*: *illud relatum peraeque est eos, qui iniuriam pati possunt, et facere posse.*

⁸¹⁹ Lo conferma già Volterra (*Diritto di famiglia*, cit. p. 166), proprio con riferimento alla *contumelia* in danno della fidanzata.

⁸²⁰ D.47.10.3.1, Ulp. 56 *ad ed.*: *sane sunt quidam, qui facere non possunt, ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est: namque hi pati iniuriam solent, non facere. cum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, sive pulsent sive convicium dicant, iniuriam fecisse non videri.* Ulpiano esemplifica con il furioso e l'impubere, soggetti che non hanno capacità di comprendere il disvalore morale e giuridico del loro gesto; ci sorprende, tuttavia, l'utilizzo del singolare - *qui doli capax non est* - che sembra riferirsi al solo impubere. Muovendoci sul terreno delle ipotesi, ancorché ragionevoli, proviamo a supporre che Ulpiano alluda al fatto che l'*incapacitas* dell'impubere persista in modo continuo sino al raggiungimento della pubertà; diversamente il vizio di mente talvolta presenta il carattere dell'intermittenza; per cui deve dedursi che il *furiosus* non sia in grado di commettere il *delictum de quo* solo nelle fasi di pazzia, divenendo soggetto agente imputabile nei momenti di lucidità. Il maestro di Modestino specifica poi che queste due categorie di individui generalmente l'ingiuria la subiscono e non la commettono. L'affermazione sembra, *ictu oculi*, incongruente rispetto all'attestazione contenuta nel *principium* che, come detto, rivela una simmetria tra soggettività passiva e attiva. Ma, puntuale, la spiegazione di Ulpiano arriva subito dopo, D.47.10.3.2, Ulp. 56 *ad ed.*: *itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat.* Evidentemente la percezione soggettiva del disvalore di un'affermazione obbiettivamente ingiuriosa non incide e non rileva per la configurabilità della soggettività passiva, quanto piuttosto per quella attiva; un soggetto che non è in grado di percepire la negatività assiologica di un'azione può essere persona offesa dal delitto, ma non anche il soggetto agente imputabile dell'illecito di *iniuria*. Diretta conseguenza di quanto appena detto è il fatto che l'*animus iocandi* elida l'antigiuridicità della condotta, venendo meno il dolo: D.47.10.3.3, Ulp 56 *ad ed.*: *quare si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriarum non tenetur.* Ci si limita qui a rilevare che, in quest'ultima affermazione, Ulpiano prende in considerazione solo l'ipotesi della lesione fisica, trascurando apparentemente quella morale; inoltre il principio sembra congruente rispetto alla finalità della previsione normativa solo con riferimento all'ipotesi delle percosse, mentre appare iniqua quanto ad una ipotesi di lesioni; uno schiaffo dato

Nella casistica dell'*iniuria* commessa in danno della *sponsa* possono ragionevolmente essere contemplate tutte le *species* di *iniuria*, tanto quella fisica – una percossa, una lesione, una violenza, una costrizione materiale –, quanto quella morale, sia essa declinata nel *convicium*, nell'*ademptata pudicitia*, o in un qualunque gesto che determini *ignominia*⁸²¹, un insulto, un'offesa al pudore, un carne licenzioso, una diffamazione *verbis* o *litteris*. Guardando infatti alla sistematica del Digesto, osserviamo con Astolfi⁸²² che il passo è inserito nell'ambito del commento all'Editto, laddove si tratta di *ademptata pudicitia*, ossia di quei comportamenti che si concretizzano in proposte inopportune rivolte alla fanciulla fidanzata⁸²³. Tuttavia Ulpiano si esprime in modo esplicito: si persegue qualunque *iniuria*, in qualunque forma venga perpetrata, come si nota nel passo sopra esaminato (D.47.10.15.24), ove emerge il principio: *etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat*⁸²⁴.

Sono opportune a questo punto alcune ulteriori osservazioni conclusive sulla legittimazione attiva. Come osserva Astolfi⁸²⁵, la lesione diretta dell'onore dell'uomo non legittima l'azione della fidanzata in sua difesa. L'A. deduce la motivazione dal commento all'editto di Paolo, dove tuttavia si parla di *uxor*:

D.47.10.2, Paul. 50 *ad ed.*

Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.

Ma la lettura comparata delle fonti deve fare riflettere:

D.47.10.11.8, Ulp. 57 *ad ed.*

per gioco o per scherzo non è passibile di *actio iniuriarum*; *quid iuris* nel caso in cui la percossa ingeneri una lesione? Infine alcune generiche considerazioni su D. 47.10.3.4, Ulp 56 *ad ed.*: *si quis hominem liberum ceciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur*; l'assunto è sistematicamente conferente con l'impostazione generale di Ulpiano, in quanto l'insegnamento contenuto nel quarto paragrafo soddisfa il criterio richiesto per il coefficiente psicologico: perché si configuri l'*iniuria* occorre l'intenzione consapevole di commetterla. Se la condotta materiale è idonea a configurare l'illecito, atteso che si tratta di percosse, tuttavia il soggetto passivo non ha i presupposti per la configurazione della fattispecie.

⁸²¹ Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p.136.

⁸²² Astolfi, *Il fidanzamento*, p. 136.

⁸²³ D. 47.10.15.24, Ulp. 77 *ad ed.*, già commentato.

⁸²⁴ Si veda sopra, alle pp. 239-241.

⁸²⁵ Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p.136.

*Plane si forte filius liberti vel uxor velint iniuriarum experiri: quia patri maritove non datur, denegandum non erit, quia suo nomine experiuntur*⁸²⁶.

Qui si tratta di un caso peculiare: se l'uomo non agisce a propria difesa, lo può fare la donna *nomine proprio*, a titolo di persona offesa direttamente. Si può quindi dedurre dagli insegnamenti dei giuristi classici che per l'uomo 'farsi difendere' dalla moglie o dalla fidanzata potrebbe forse comportare disdoro, persino non minore di quello arrecato dall'*iniuria* medesima. È vero altresì che l'*iniuria* in danno dell'uomo determina offesa indiretta anche alla moglie o alla fidanzata e dunque costei, se agirà *ex iniuria*, lo farà appunto *nomine proprio*, a tutela del proprio decoro; se agisse infatti a tutela del decoro del *vir* o dello *sponsus*, determinerebbe quell' 'iniquità' di cui parla Paolo⁸²⁷.

La problematica sembra proprio potersi estendere anche agli *sponsalia*: si fosse infatti trattato di due *sponsae*, si potrebbe ugualmente ravvisare una titolarità all'azione in capo alle stesse, in quanto soggetti che possono essere lesi nell'*honor* e patire un *dolor* a causa di un'*iniuria* perpetrata nei confronti dei loro *sponsi*.

5. La fine del fidanzamento.

Il fidanzamento è uno *status* sociale e giuridico che comporta l'assunzione di responsabilità tra fidanzati e conseguenze giuridiche significative. Per tale ragione, è logico presumere che sia necessaria certezza in merito alla sussistenza o meno di tale rapporto. Al fine di non ingenerare

⁸²⁶ Da leggersi congiuntamente a D.47.10.11.7, Ulp. 57 *ad ed.*: *quamquam adversus patronum liberto iniuriarum actio non detur, verum marito libertae nomine cum patrono actio competit: maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere videtur. Quod et Marcellus admittit. Ego autem apud eum notavi non de omni iniuria hoc esse dicendum me putare: levis enim coercitio etiam in nuptam vel convici non impudici dictio cur patrono denegetur? Si autem colliberto nupta esset, diceremus omnino iniuriarum marito adversus patronum cessare actionem, et ita multi sentiunt. Ex quibus apparet liberos nostros non tantum eas iniurias adversus nos iniuriarum actione exequi non posse, quaecumque fiunt ipsis, sed ne eas quidem, quae eis fiunt, quos eorum interest iniuriam non pati.*

⁸²⁷ Se però trasponessimo in età classica il racconto plautino (Plaut. *Stich.* vv. 11-19, cfr. sopra), le due donne offese dal loro *pater*, intento ad ingiuriare i loro mariti, avrebbero tuttavia una legittimazione ad agire a tutela della propria posizione, in quanto indirettamente lese dagli impropri dell'avente potestà; agendo in giudizio a salvaguardia della loro onorabilità di mogli, non darebbero luogo all' 'iniquità' descritta da Paolo.

confusione, è dunque richiesto ai soggetti interessati di interrompere un precedente fidanzamento, prima di dare luogo a nuovi *sponsalia*. Come noto, contrarre un doppio fidanzamento comporta *infamia*, così come un doppio matrimonio.

La rilevanza giuridica degli *sponsalia* emerge dunque anche dall'onere di dover porre fine ad un fidanzamento prima di poterne contrarre un altro, come si evince dal commento di Giuliano all'Editto:

D.3.2.1, Iul. 1 *ad ed.*

Praetoris verba dicunt: infamia notatur qui [...] quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.

Volontà e consenso hanno, nel fidanzamento, una funzione essenziale e costitutiva. Gli *sponsalia*, infatti, hanno luogo e perdurano solo in presenza costante di (*continuus*) *consensus*.

Il fidanzamento classico viene contratto in piena libertà, essendo sufficiente il mero consenso⁸²⁸; allo stesso modo, venendo meno l'adesione volontaristica soggettiva all'unione, il rapporto può essere sciolto, liberamente. La dottrina non è concorde sul punto; taluni⁸²⁹ interpretano le fonti in modo da ritenere necessaria una giusta causa di scioglimento. Altri⁸³⁰ insistono sulla

⁸²⁸ D.23.1.4, Ulp. 35 *ad Sab.*: *sufficit nudus consensus ad constintuenda sponsalia.*

⁸²⁹ Ad es. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 4-10.

⁸³⁰ Già O. Robleda, *La definizione del matrimonio nel diritto romano*, in *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico*, 13-16 marzo 1979, Roma 1980, pp. 29-43; Volterra, *Diritto di famiglia*, p. 128, argomentando, tra l'altro, sulla nota definizione di Fiorentino, D.23.1.2, attribuita, per refuso a Modestino, nonché sulla precisazione di Giuliano, D.23.1.11, dalla quale, evidentemente, evince l'eshaustività del *consensus* ai fini della sussistenza dell'istituto e, *a contrario*, ai fini della volontà di scioglimento; ancora Idem, *Consensus facit nuptias*, in *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, pp. 44-56; J. Huber, *Accezione dell'omnis vitae nella definizione di Modestino in rapporto alla durata del matrimonio*, in *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, Roma, 1977, pp. 77-87; Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 496-498; Idem, *Consortium omnis vitae* cit. pp. 443-462; l'A. sembra contestare la necessità del *consensus continuus* per la sussistenza degli *sponsalia*, tuttavia riconosce la libertà nella decisione di sciogliere il fidanzamento. La forma di scioglimento sarebbe necessaria solo *ad probationem*; Idem, *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico*, febbraio 1978, Roma 1979, pp. 267-298, (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptiae*, Genova 2002, pp. 411-442; G. Longo, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Scritti in onore di A. Guarino* 5, Napoli 1984, pp. 2357-2383; Castello, *Lo status personale dei fidanzati*, cit. pp. 496-498; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 87. Da un'invettiva di Seneca (*de tranq.*12.4) contro i nullafacenti che sono soliti vagabondare senza meta e senza scopi partecipando a funerali, processi e fidanzamenti altrui, deduciamo anche la possibilità di sciogliere il fidanzamento con una certa disinvoltura: *quorundam quasi ad incendium currentium misereberis: usque eo impellunt obvios et se aliosque praecipitant, cum interim*

piena *libertas solvendi* sulla base del fatto che sia il venir meno del *continuus consensus* a privare l'istituto della sua connotazione essenzialmente necessaria.

Per Astolfi⁸³¹ la rottura del rapporto richiede una giustificazione valida. L'A. lo deduce anche dall'analisi di una costituzione imperiale di Valeriano e Gallieno:

C.5.17.2, *Imp. Val. et Gall. A.A. et Val. C. Paulinae*
*Liberum est filiae tuae, si sponsum suum post tres peregrinationis annos expectandum sibi ultra non putat, omissa spe huius coniunctionis matrimonium facere, ne opportunum nubendi tempus amittat, cum posset nuntium remittere, si praesente eo consilium mutare voluisset*⁸³².

La legge imperiale prende in considerazione l'ipotesi in cui sia stato 'contratto' un fidanzamento e, successivamente, il fidanzato abbia intrapreso un viaggio di durata ultratriennale, senza poi fare ritorno. In tale fattispecie la fidanzata sembra legittimata a contrarre matrimonio con un altro soggetto, atteso che, stando al tenore letterale del rescritto, nella fanciulla è venuta meno la stessa speranza che il precedente fidanzamento si traduca poi in nozze legittime.

Non sembra possibile tuttavia astrarre dal rescritto imperiale una regola generale da cui evincere che (solo) una lontananza triennale possa giustificare la rottura degli *sponsalia*⁸³³.

Di Marzo⁸³⁴ propone la seguente condivisibile interpretazione: «In questa costituzione l'indugio di 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 fosse 'sparito' per un periodo di tempo più breve, ma tale ad ogni modo da esporre la ragazza al pericolo di maturarsi troppo». Come osserva l'A., solo nel periodo giustiniano i tre anni

cucurrerunt aut saluatori aliquem non resalutatum aut funus ignoti hominis prosectori aut ad iudicium saepe litigantis, aut ad sponsalia saepe nubentis.

⁸³¹ Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 7.

⁸³² Del 259 d.C.; sul punto, Astolfi, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, cit. pp. 690-692; Idem, *La Lex Iulia et Papia*, pp. 7-8; Idem, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 144-145; Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 89-90.

⁸³³ *Contra* Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 6.

⁸³⁴ *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 23; lettura in linea con la precedente interpretazione di Volterra, *Lezioni di diritto romano*, cit. p. 396.

diverranno parametro legale e dunque una vera e propria condizione della norma⁸³⁵. Di Marzo offre ancora una *comparatio* tra la costituzione e un frammento del Digesto appartenente a Gaio, già esaminato precedentemente (D.23.1.17), che presenta un elenco esemplificativo di cause che sembrano legittimare il differimento delle nozze⁸³⁶.

La costituzione di Valeriano e Gallieno del 259 d.C. risolve un caso specifico in cui il fidanzato è latitante da un triennio, ma nulla impedisce di addivenire alla medesima soluzione anche in caso di lontananza infra triennale. A rilevare è infatti il giudizio prognostico negativo in ordine alla probabilità di celebrare il conseguente matrimonio, un giudizio basato non tanto sulla durata dell'assenza, ma sull'incognita relativa al luogo ove si trovi realmente lo *sponsus*. Persiste anche il dubbio che costui possa non essere più vivo. Al di là delle ipotesi più drastiche, l'inconsapevolezza sul luogo, unitamente alla durata dell'assenza, costituiscono presupposti idonei per ingenerare il dubbio fondato che il matrimonio non verrà mai celebrato. Un principio di certezza delle relazioni giuridiche, unito a quello del *favor filiationis* che intride la mentalità classica relativa al periodo successivo agli interventi augustei, giustifica quindi la rottura del rapporto in beneficio del *certum*, quand'anche questo *certum* consista in un matrimonio con un altro soggetto.

La parte finale della costituzione desta interesse: si ribadisce un principio di libertà che governerebbe il regime di fidanzamento tanto nella sua fase genetica quanto in quella terminale, che culmina nella rottura. Forti dell'interpretazione *a contrario* dell'ormai noto *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*⁸³⁷, non si vede come non riconoscere logicità a quanto il maestro di Modestino avrebbe potuto asserire con riferimento al momento risolutivo del fidanzamento, astraendo una regola impostata sul seguente tenore: *idemque sufficit ad ea solvenda*.

Questa ipotesi sembra essere confortata dalla costituzione imperiale stessa: nel caso sottoposto all'attenzione degli imperatori infatti la lontananza e il dubbio sul luogo ove si trova lo

⁸³⁵ C.5.1.2: *Imp. Const.: si is, 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.*

⁸³⁶ Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit. p. 25.

⁸³⁷ D.23.1.4, Ulp. 35, *ad Sab.*

sponsus rendono obiettivamente impossibile persino la notifica del *repudium*; ma, a quanto pare, i presupposti sono tali da giustificare questo ‘difetto di forma’⁸³⁸. La parte finale della risposta – *si praesente eo consilium mutare voluisset* – sottintende, con tutta evidenza, la possibilità di *mutare consilium*, ossia di ‘cambiare idea’ sulle sorti del fidanzamento, fornendoci un indizio ulteriore sulla *libertas* che caratterizza anche la fase risolutoria degli *sponsalia*. Se è vero che *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*, sembrerebbe altrettanto logico affermare che... *sufficit mutare consilium ad ea solvenda*.

Anche il Codice Teodosiano sembra fornire indizi in tal senso:

C.Th. 3.5.4, *imp. Constantin. A. ad Pacatianum pp.*

*Si is, qui puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exsequi nuptias 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*⁸³⁹.

Un tale promette il matrimonio instaurando un rapporto di fidanzamento di durata ultrabiennale, all’esito del quale il ‘protagonista’, a quanto pare, temporeggia; il suo comportamento “concludente” giustifica la deduzione della fanciulla in ordine all’improbabilità che il matrimonio venga celebrato e la sua disillusione è così marcata da fare venire meno ancora una volta la stessa speranza di convolare a nozze. Tutto questo giustifica un matrimonio con un terzo soggetto, elidendo, a ben vedere, l’antigiuridicità della condotta della fanciulla, che normalmente sarebbe stata colpita da *infamia*⁸⁴⁰.

La condotta del fidanzato non sembra essere una causa di rottura giuridicamente prevista, ma configura una manifestazione contraria di consenso alle nozze, deducibile *per facta concludentia*. Un comportamento quindi che non legittima formalmente lo scioglimento, in quanto esso non necessita di cause di giustificazione, ma impedisce le conseguenze negative che potrebbero derivare alla fanciulla dal momento che si è sposata con un altro. Se è plausibile ritenere che non debbano

⁸³⁸ Cfr. Astolfi. *Il fidanzamento nella ‘lex Iulia et Papia’*, cit. p. 691; Idem, *La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 6-8. L’ultrabiennialità varrà come causa legittima di rottura del fidanzamento anche successivamente alla vigenza della *Lex Iulia et Papia*, allorché dopo il 320 d.C. decadrà l’obbligo di sposarsi (p. 8). Sull’esonero dall’obbligo di *repudium* formale anche Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 89-90.

⁸³⁹ 332 d.C.

⁸⁴⁰ D.3.2.1, Iul. 1 *ad ed.*

sussistere specifiche cause di scioglimento, è altrettanto ragionevole supporre che non sia sufficiente un comportamento concludente per dedurre la rottura effettiva.

È opportuno interrogare la fonte per ricavarne informazioni sull'eventuale 'forma' di scioglimento. Il fidanzato ha manifestato disinteresse per la relazione e quindi per il matrimonio futuro, ma non ha provveduto a 'formalizzare' lo scioglimento che, in ogni caso, richiede una certa modalità di manifestazione: l'invio di un *nuntius* (*cum posset nuntium remittere*), finalizzato da un lato ad esternare la volontà di *solvere* gli *sponsalia*, dall'altro a informare la controparte. Lo scioglimento quindi può essere effettuato dalla *sponsa*, in conseguenza del comportamento dell'indeciso. Nella costituzione si trascura il riferimento a qualsiasi onere di forma: non si fa infatti menzione del *repudium* della giovane, ma ci si limita ad evidenziare che la sua condotta non presenta elementi di illiceità. La costituzione contenuta nel Teodosiano sembra essere accolta nel Codice di Giustiniano⁸⁴¹; il temporeggiamento ultrabiennale mantiene rilevanza al fine di legittimare il matrimonio della giovane, stanca di attendere a scapito della *spes matrimonii*⁸⁴², anche se nella compilazione giustiniana si distingue a seconda che i due fidanzati risiedano o meno nella medesima provincia (*in eadem provincia degens*)⁸⁴³.

Si deve ricorrere ancora una volta all'insegnamento ulpiano (*sufficit nudus consensus ad constutuenda sponsalia*): il consenso deve sussistere al momento dell'atto di fidanzamento e persistere per tutta la durata del rapporto, costituendo un requisito ontologico e strutturante. Sicché,

⁸⁴¹ C.5.1.2, *Imp. Const. A. et Constantin. C. ad Pacatianum pp.*, a. 332 d.C.: *si is, 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.*; la costituzione è inserita entro la rubrica *De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*.

⁸⁴² È possibile che il fidanzamento *de quo* sia soggetto alla stipulazione delle *arrae sponsaliciae*; Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 9; Fayer, (*La familia romana* 2, cit. p. 92.; si dà atto infatti dell'osservazione di Fayer che rileva che nell'*interpretatio* della costituzione contenuta nella *Lex Romana Burgundiorum* si fa esplicito riferimento alle *arrae sponsaliciae* e quindi all'evoluzione post-classica del fidanzamento: *hoc etiam constitutum, ut quisque datis arris intra biennium nuptias celebrare tardaverit, sine arrarum solutione licet parentibus puellam desponsatam alii matrimonio sociare*. Anche se si tratta del fidanzamento post classico arrale, ciò che rileva è la questione relativa allo scioglimento del fidanzamento.

⁸⁴³ Fayer, *La familia romana* 2, cit. pp. 92 e 137.

anche in questo caso, nel 332 d.C., così come nel 259 d.C.⁸⁴⁴, il comportamento del fidanzato, se non idoneo a far ritenere gli *sponsalia* sciolti *per facta concludentia*, risulta tuttavia motivo che ben può determinare la *voluntas* della fanciulla a sciogliere il fidanzamento.

Tuttavia, con riferimento alla costituzione di Costantino, non è possibile astrarre la *regula* per cui il fidanzamento ultrabiennale ne giustifica la rottura: è più corretto ritenere che la durata possa rappresentare un dato sintomatico di volontà contraria alla celebrazione delle *nuptiae futurae*, che si può considerare non tanto causa di ‘rottura’ del fidanzamento, bensì ‘giustificazione’ per convolare a nozze con altro soggetto⁸⁴⁵.

Tenuto conto che un doppio fidanzamento o uno *status* di fidanzamento contestuale ad uno matrimoniale con due soggetti diversi comportano un’*infamia*⁸⁴⁶, è di tutta evidenza come la preoccupazione dell’ordinamento e dei giuristi sia quella di riconoscere ipotesi da cui evincere, *per facta concludentia*, una volontà contraria alla celebrazione del matrimonio o comunque alla persistenza del fidanzamento, tale che possa elidere l’antigiuridicità della condotta di quella fanciulla che, priva ormai di speranza sulla celebrazione del proprio matrimonio, convoli a nozze con un giovane per così dire...più affidabile.

È ora opportuno occuparsi del tema dello scioglimento degli *sponsalia* in caso di *furor*. Si possono trarre spunti di riflessione al riguardo da un passo tratto dal commento all’Editto di Ulpiano:

D.24.3.22.7, Ulp. 33 *ad ed.*

Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus. Et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas: quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis

⁸⁴⁴ C.5.17.2.

⁸⁴⁵ *Contra Astolfi, La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 7-8.

⁸⁴⁶ D.3.2.1 Iul. 1 *ad ed.*; C.5.3.5, *Impp. Val. et Gall.*

*nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat*⁸⁴⁷.

Il commento di Ulpiano è intriso di elementi giuridici, ma, prima ancora, di principi etici e di sentimenti umani.

Durante una relazione coniugale, chi è divenuto *furiosus* non può sciogliere unilateralmente il matrimonio. Sembra poi che lo stato di *furor* di un coniuge, se connotato da intervalli di lucidità, o se non particolarmente intenso, non legittimi di per sé ad un *repudium*, per un motivo da ravvisarsi in ambito morale ed etico. Ripudiare chi si trova in uno stato di bisogno comporta un addebito della ‘colpa’ della separazione in capo a chi abbia sciolto le nozze: i due coniugi devono garantirsi assistenza morale reciproca, anche e soprattutto nella cattiva sorte o in uno stato di debolezza come ad esempio può essere la pazzia. Pertanto, se la ragione del ripudio consiste nella pazzia ‘non grave’ del ripudiato, è possibile ritenere responsabile del fallimento del matrimonio lo stesso autore del *repudium*. Ulpiano propone poi un caso in cui invece si può giustificare il *repudium*: ad esempio qualora il *furor* sia particolarmente intenso (*ferox*), pericoloso tanto da far dubitare circa la speranza di guarigione; un dato sintomatico di tale gravità può essere ravvisato nel particolare accanimento contro i servi. Ebbene, in tale ipotesi, l’altro coniuge, temendo per la propria incolumità, o di rimanere senza figli a causa delle condizioni dell’altro, può desiderare di sciogliere il matrimonio. In questo caso, stando ad Ulpiano, non è possibile biasimarlo e gli si riconosce l’opportunità di inviare il *repudium*; ma il giurista tiene a precisare che in questa ipotesi non è possibile ravvisare alcun profilo di colpa in capo a nessuno dei due coniugi, anche perché l’atto di ripudio fa sì che né l’uno né l’altro subisca un nocumento dalla situazione.

Rimanendo in tema e trasponendo l’argomento in ambito di *sponsalia*, si osserva che, così come il *furiosus* non può contrarre validamente il fidanzamento, allo stesso modo non lo può

⁸⁴⁷ Sul passo Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 137. Il principio sembra valere anche per l’ipotesi del concubinato: D.25.7.2, Paul. 12 *ad l. Iul. et Pap.: si patronus libertam concubinam habens furere coeperit, in concubinato eam esse humanius dicitur*. Sul fidanzamento del *furiosus* si veda specificamente Parte II, Capitolo 2, § 4.1.

sciogliere. A tale proposito in questa sede è opportuno ricorrere ancora ad un passo del commento a Sabino di Ulpiano.

D.24.2.4, Ulp. 26 *ad Sab.*

*Iulianus libro octavo decimo Digestorum quaerit, an furiosa repudium mittere vel repudiari possit. Et scribit furiosam repudiari posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementiae neque curatorem eius, patrem tamen eius nuntium mittere posse. Quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium: quae sententia mihi videtur vera*⁸⁴⁸.

Il giurista severiano riporta il pensiero di Giuliano, per cui una donna *furens* non può dunque ripudiare personalmente (in quanto non è in grado di comprendere di trovarsi in un rapporto matrimoniale), né a mezzo del curatore (perché probabilmente si tratterebbe di una vera e propria sostituzione di volontà nel compimento di atto personalissimo); tuttavia può farlo suo padre, l'unico soggetto in grado di sostituire la propria volontà a quella della figlia. La donna descritta nel commento a Sabino non può compiere un ripudio, salvo che non si renda conto di essere in costanza di matrimonio: il frammento ulpiano sembra proprio attestare un *continuum* tra il periodo adrianeo e l'epoca severiana.

L'atto, come noto, afferisce alla dimensione personale della donna, ma la volontà ed il *consensus* della diretta interessata sono compromessi da uno stato di insanità mentale, che sembra giustificare un intervento tanto pervasivo da parte dell'avente potestà.

C.5.1.1, *Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Bianori*

Alii desponsata renuntiare conditioni ac nubere alii non prohibetur.

Fayer⁸⁴⁹ deduce da questa costituzione del 293 d.C., ritenuta una sorta di principio generale, che vi fosse una piena libertà di sciogliere il fidanzamento.

Il frammento ci dà due tipi di informazioni: dal tenore letterale si deduce che lo scioglimento del fidanzamento non necessita di giusta causa, per cui la fanciulla può 'ripensarci', quindi abbandonare il fidanzato e sposare un altro soggetto. Tuttavia è richiesta una forma, *rectius* uno

⁸⁴⁸ Sul brano anche Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 87. Per l'esegesi del frammento cfr. *retro*, Parte II, Capitolo 2, § 4.1.

⁸⁴⁹ Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 87.

scioglimento ‘ufficiale’; occorre insomma la certezza che il precedente legame affettivo sia sciolto al fine di evitare l'*infamia*⁸⁵⁰. Ci vuole quindi una *renuntiatio*, ossia la notifica dell'intenzione di sciogliere il legame che, di fatto, si concretizza in una rinuncia.

D.24.3.38, Marcell. *l.s. resp.*

*Lucius Titius cum esset filius familias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit et dotem pater accepit: Maevia Titio repudium misit: postea pater repudiati absente filio sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit: Maevia deinde repudium sponsalibus misit atque ita alii nupsit. Quaero, si Maevia aget cum Lucio Titio quondam marito et a patre herede relicto de dote et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum, an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere. Marcellus respondit, etiamsi ut heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen, si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris multandam esse*⁸⁵¹.

Da questo passo di Marcello risulta che, in caso di ripudio unilaterale, non rilevi il fatto che la volontà venga espressa dall'uomo o dalla donna. Sotto il profilo terminologico è adoperato il termine *repudium*; ma, stando a questa e ad altre testimonianze, sembra che per il fidanzamento non si distingua tra *divortium* e *repudium*.

È Paolo a dare al proposito una spiegazione terminologico-concettuale:

D. 50.16.191, Paul. 35 *ad ed.*

Inter "divortium" et "repudium" hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte autem sponsa divortisse dicitur, quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt.

Il giurista severiano, nel suo commento all'Editto, si occupa della differenza tra *repudium* e *divortium*; il passo è raccolto sotto la rubrica *De verborum significatione* nel V libro del Digesto e compare nella *Palingenesia* di Lenel entro la sottorubrica *De matrimonio contrahendo et dirimendo*, che, a sua volta, fa parte del titolo *De re uxoria*⁸⁵².

Secondo Paolo la differenza che sussiste tra divorzio e ripudio sta nel fatto che può costituire oggetto di ripudio anche un matrimonio futuro, mentre una fidanzata non può divorziare, in quanto coloro che si separano vanno verso direzioni diverse. Memori della definizione che *Florentinus* dà

⁸⁵⁰ D.3.2.1, Iul. 1 *ad ed.*; così anche Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 88.

⁸⁵¹ Per la cui esegesi ed analisi si veda Parte II, Capitolo 2, § 6.

⁸⁵² *Pal.* 1, col. 1041, fr. 534; cfr. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit. p. 213.

degli *sponsalia*, quali *mentio et repromissio nuptiarum futurarum*⁸⁵³, cogliamo nell'affermazione paolina un riferimento agli *sponsalia*: è possibile dunque ripudiare anche nel fidanzamento: il termine rappresenta un'azione unilaterale. Quanto al *divortium*, stando al giurista severiano, il termine non si addice nel caso del fidanzamento. Ma veniamo alla spiegazione di Paolo: il termine *divortium* deriva proprio dal concetto di andare in direzioni differenti da parte di coloro che si separano. In effetti è possibile separare solo ciò che prima era unito; evidentemente gli *sponsalia* non consistono in una unione assimilabile a quella matrimoniale. Fidanzamento e matrimonio sono fasi di un avvicinamento progressivo, nel quale solo con le *nuptiae* avviene l'unione vera e propria. Per tale ragione, ciò che si avvicina si può allontanare con un *repudium*, ma solo ciò che è unito si può separare con un *divortium*, che determina appunto il *divertere* in due direzioni opposte.

A questo proposito Orestano⁸⁵⁴ afferma: «Il *räumliches Moment*, il momento sponsale [...], può avere valore [...] solo in quanto dimostri la cessazione, in uno o in entrambi i coniugi, dell'intenzione di mantenere in vita il matrimonio. L'immagine – *in diversas partes eunt* – è plastica e rappresentativa, ma il fatto materiale di prendere strade diverse, divergenti, è consecutivo all'intenzione di sciogliere il matrimonio [...]»⁸⁵⁵. È condivisibile altresì l'analisi di Di Marzo⁸⁵⁶, il quale osserva che il termine *divortium* viene utilizzato per indicare l'estinzione del matrimonio, sia per volontà concorde di entrambi i coniugi, sia per decisione unilaterale di uno solo di essi. *Repudium* indica una dichiarazione di volontà indirizzata da un coniuge all'altro; secondo lo studioso il termine può essere utilizzato tanto con riferimento al matrimonio quanto in relazione al fidanzamento. *Divortium* invece afferisce unicamente al matrimonio, il solo tra i due istituti nel quale si ha una separazione effettiva.

⁸⁵³ D.23.1.1, Flor. 3 *inst.*

⁸⁵⁴ *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit. pp. 91-92. Sul rapporto tra *divortium* e *repudium* cfr. Fayer, *La familia romana* 3, cit. pp. 56-60, con bibliografia. La tematica è stata ampiamente trattata dalla dottrina; ci si limita qui a toccare la questione solo per quanto attiene all'oggetto della mia disamina.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁸⁵⁶ *Lezioni sul matrimonio romano* cit. p. 74.

Non stupisce che sulla questione terminologica si soffermi anche Modestino, nei suoi *libri*

Differentiarum:

D.50.16.101.1, Mod. 9 *diff.*

"Divortium" inter virum et uxorem fieri dicitur, "repudium" vero sponsae remitti videtur. Quod et in uxoris personam non absurde cadit.

Il brano è raccolto dai compilatori nel L libro del Digesto, sotto la rubrica *De verborum significatione*; nella *Palingenesia* Lenel⁸⁵⁷ lo inserisce sotto il titolo *De divortio et repudio*.

L'ultimo giurista classico, coerentemente con la *ratio* della sua opera, evidenzia una differenza di disciplina tra matrimonio e fidanzamento; dapprima egli esplicita l'ambito di applicazione del *divortium*, destinato al rapporto di coniugio e poi si occupa del *repudium*, da inviarsi alla fidanzata, mentre la parte finale del frammento suona come motivazione di quanto appena esposto. Di certo occorrerebbe avere sotto mano il contesto del discorso modestiniano; le affermazioni del giurista appaiono infatti drastiche e un po' laconiche, nonché piuttosto riduttive, per cui è bene leggere il passo di Modestino congiuntamente al precedente passo di Paolo, già esaminato⁸⁵⁸.

Sotto il profilo formale, Gaio sembra attestare la necessità di pronunciare una vera e propria formula di scioglimento, che la dottrina⁸⁵⁹ ritiene valida ed operativa in via di prassi, essendo priva di rilevanza giuridica vera e propria:

D.24.2.2.2, Gai. 11 *ad ed. prov.*

Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: "tuas res tibi habeto", item haec: "tuas res tibi agito". In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: "condicione tua non utor". Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absentem per eum, qui in potestate eius sit cuiusve is eave in potestate sit, nihil interest.

Il passo è estratto dal commento all'Editto provinciale di Gaio, contenuto nel XXIV libro del Digesto, sotto il titolo II *De divortiis et repudiis*; la formula di scioglimento è attestata subito dopo

⁸⁵⁷ *Pal.* 1, col. 706, fr. 43.

⁸⁵⁸ D. 50.16.191, Paul. 35 *ad ed.*

⁸⁵⁹ Ad es. Fayer, *La familia romana 2*, cit. p. 87; Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano* cit., p. 138

la differenziazione dell'autore delle Istituzioni in merito a *divortium* e *repudium*. Il *principium* e i paragrafi 1-3 sono tutti raccolti in unico frammento da Lenel⁸⁶⁰, entro la sottorubrica *De nuptiis*, che a sua volta fa parte del titolo *De re uxoria*.

Gaio sembra dare conto di un *ius controversum*, o, quanto meno di una fattispecie su cui l'opinione giurisprudenziale non sempre è stata pacifica (*discutiendis placuit*); il *quoque* invece attesta una estensione al fidanzamento mutuata dalla disciplina matrimoniale. Dunque, anche per sciogliere il fidanzamento, sembra sussistere un onere di forma nella *species* della *renuntiatio*, ossia una notificazione di *repudium*⁸⁶¹. A quanto pare l'onere di forma investe anche il contenuto della formula di ripudio, che doveva recare parole predeterminate: *condicione tua non utor*.

Si riportano le osservazioni di Castello⁸⁶²: «poiché la condizione di *sponsi* può produrre conseguenze giuridiche tanto in materia civile quanto in materia criminale, sia i fidanzati che i loro *patres familias*, se non vogliono correre gravi rischi per essersi comportati con leggerezza, non avendo previsto le liti giudiziarie intraprese soprattutto, ma non soltanto, nel caso di rottura degli sponsali, hanno gran cura di procurarsi prove certe, sia dell'inizio che della fine del fidanzamento, soprattutto temendo le conseguenze di una rottura di esso per atto unilaterale». Dalle parole dello studioso si potrebbe forse evincere che lo scioglimento del fidanzamento produca effetto allorché l'intenzione di porre fine agli *sponsalia* venga portata alla conoscenza dell'altra parte; ma in realtà il *repudium* produce effetto *ad probationem tantum* ed è efficace indipendentemente dal fatto che venga notificato all'altro fidanzato⁸⁶³.

⁸⁶⁰ *Pal.* 1, col 218, fr. 250.

⁸⁶¹ Lenel (*Pal.* 1, col 218, fr. 250, nt. 1) propone l'ipotesi per cui l'espressione '*id est renuntiatione*' costituisca una glossa.

⁸⁶² *Lo status personale dei fidanzati*, cit. p. 498; sul passo Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 87; ma si vedano le considerazioni di Astolfi, *Il fidanzamento*, cit. p. 138; sul frammento un cenno anche da parte di Treggiari, *Roman Marriage*, cit. pp. 440-441.

⁸⁶³ Si veda anche Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 87; dalla condivisibile osservazione di Astolfi (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 138), sembra potersi evincere un principio di conservazione dell'atto e, indirettamente, un principio di prevalenza del *consensus* e della *voluntas* sulla forma.

Passiamo ora al terzo paragrafo del frammento di Gaio⁸⁶⁴, dedicato alle modalità della notifica. Essa può avvenire personalmente o tramite un terzo soggetto, un *nuntius* che reca un *repudium*⁸⁶⁵ e produce effetto anche qualora sia recapitata da o ad un rappresentante del diretto interessato. Gaio dunque chiarisce la facoltà di sciogliere gli *sponsalia* in prima persona o attraverso l'intervento di un altro soggetto, segnatamente l'avente potestà, nel caso in cui il diretto interessato sia assente.

È opportuno leggere il frammento di Gaio unitamente alla testimonianza di Ulpiano relativa al momento genetico degli *sponsalia*⁸⁶⁶. Il maestro di Modestino elencava le modalità di conclusione degli *sponsalia*, contemplando, come noto, diverse ipotesi: il fidanzamento può essere concluso personalmente dal diretto interessato, di persona, attraverso una lettera, o per recapito da parte di un *internuntius*; ma anche per intervento di un *alius* previamente incaricato o che magari agisca spontaneamente, con ratifica successiva. La casistica offerta da Gaio è marcatamente più ristretta: gli *sponsalia* si sciolgono direttamente da parte dello *sponsus*⁸⁶⁷ e, in caso di sua assenza, da parte dell'avente potestà. Il tenore del testo non contempla l'ipotesi dell'*epistula*, né dell'*internuntius*, né dell'*alius*, salvo l'intervento paterno, che però sembra essere giustificato e dovuto da un motivo peculiare e oggettivo, l'assenza dell'interessato.

Festo ci fornisce un'utile informazione terminologica relativa al concetto di *nuntius*:

Fest. p. 179 L.

Nuntius et res ipsa et persona dicitur.

⁸⁶⁴ D.24.2.2.3, Gai. 11 *ad ed. provinc.* Il principio deve, come al solito, interpretarsi estensivamente per poter essere ricondotto anche al regime del fidanzamento; Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 87.

⁸⁶⁵ D.24.3.38, Marc. 1.s. *resp.* : [...] *Maevia Titio repudium misit* [...]; D.50.16.101.1, Mod. 9 *Diff.*: "*Divortium*" *inter virum et uxorem fieri dicitur, "repudium" vero sponsae remitti videtur.* [...].

⁸⁶⁶ D.23.1.18, Ulp. 6 *ad ed.*: *in sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur.* Sono cosapevole altresì che l'autore del manuale istituzionale sta commentando l'editto provinciale, mentre il maestro di Modestino commenta l'editto del pretore urbano.

⁸⁶⁷ O della *sponsa*!

Per *nuntius* può intendersi tanto il messaggio stesso quanto il messaggero deputato ad esserne latore; ciò che rileva è che sia certo agli occhi dell'ordinamento che il fidanzamento è terminato e che il destinatario del *nuntius* ne sia consapevole.

Così come per la validità dell'atto di fidanzamento occorrono un consenso e la volontà della diretta interessata, allo stesso modo, stando al commento a Sabino di Ulpiano, se una fanciulla è ancora sotto la potestà paterna, il padre ha la facoltà di mandare la rinuncia al fidanzato e di sciogliere gli *sponsalia*, ma se la figlia è emancipata il genitore non può né mandare la rinuncia, né richiedere quello che fu donato a titolo di dote⁸⁶⁸:

D.23.1.10, Ulp. 3 *disp.*

In potestate manente filia pater sponso nuntium remittere potest et sponsalia dissolvere. Enimvero si emancipata est, non potest neque nuntium remittere neque quae dotis causa data sunt condicere [...].

Veniamo ora ad un caso particolare, la rottura del fidanzamento tra patrono e liberta:

D.23.2.45.4, Ulp. 3 *ad l. Iul. et Pap.*

Hoc caput ad nuptam tantum libertam pertinet, ad sponsam non pertinet: et ideo invito patrono nuntium sponsa liberta si miserit, cum alio conubium habet.

Se alla liberta sposata è precluso il divorzio in assenza del consenso del patrono, la stessa è libera di sciogliere unilateralmente il fidanzamento. Lo afferma Ulpiano commentando la *lex Iulia et Papia*. Il frammento si trova nel titolo *De ritu nuptiarum* del Digesto ed è inserito da Lenel⁸⁶⁹ sotto la rubrica *De liberta patrono nupta*.

Il brano ha per noi notevole rilevanza nell'ambito delle considerazioni svolte in ambito di autonomia giuridica del fidanzamento e relativamente alle osservazioni in tema della diversa

⁸⁶⁸ Invece da D.23.1.6, Ulp. 36 *ad Sab.*(*si puellae tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt, non putarem suffecturum ad dissolvendam nuptiarum spem hunc nuntium, non magis quam sponsalia posse eos solos constituere, nisi forte omnia ista ex voluntate puellae facta sint.*) si ricava una duplice informazione: è possibile contrarre e sciogliere il fidanzamento anche per mezzo di un soggetto terzo incaricato, purché ciò avvenga con il consenso della diretta interessata, anche se si tratta di una fanciulla, che, a quanto pare, deve esprimere la sua volontà, di fidanzarsi o di sciogliere il fidanzamento. Il caso espresso nel frammento citato è molto complesso: non solo il fidanzamento viene contratto e/o sciolto dai tutori nell'interesse della fanciulla, ma anche attraverso un loro mandatario. Sul tema e per il commento al passo, cfr. *retro* Parte II, Capitolo 2, § 8; si veda Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 139.

⁸⁶⁹ *Pal.* 2, col. 942, fr. 1990.

responsabilità che connota il matrimonio ed il fidanzamento. Ulpiano fa esplicito riferimento al capo della *lex Iulia et Papia* che, con evidenza, differenzia la disciplina del fidanzamento da quella del matrimonio. La *lex Iulia et Papia* non consente alla liberta di divorziare dal patrono⁸⁷⁰, ma le permette di sposare un'altra persona previo invio del *nuntius*, col quale gli comunica la volontà di sciogliere il fidanzamento. Osservava già Volterra⁸⁷¹, anche sulla base della lettura comparata del passo in esame e di D.24.2.11, Ulp. 3 *ad l. Iul. et Pap.*, che tale divorzio era vietato sino a quando perdurava la volontà del *patronus* di avere la donna in moglie: il consenso e la volontà della liberta valevano poco, mentre sembrano valere maggiormente nell'ipotesi del 'mero' fidanzamento⁸⁷².

Il *patronus* è quindi legittimato ad impedire il divorzio della sua liberta, ma non può costringerla a contrarre le nozze con lui, salvo che non l'abbia prima manomessa allo scopo di sposarla; per tale ragione in caso di *sponsalia* la liberta ha la facoltà di sciogliere il fidanzamento per poi sposarsi con un altro⁸⁷³. La *ratio* individuata da Astolfi⁸⁷⁴ sembra potersi ascrivere ad un più generale principio consensualistico, che in questa particolare ipotesi viene mitigato nel contesto di un rapporto di patronato. Ci si chiede a questo punto *quid iuris* nel caso in cui il *patronus* abbia manomesso la liberta a scopo matrimoniale e, prima di celebrare le *nuptiae*, si sia fidanzato con lei. In applicazione della regola generale evidenziata da Astolfi non sarebbe neppure possibile che la donna sciogliesse il fidanzamento, ma, stando al tenore letterale del frammento, alla liberta sarebbe rimessa la facoltà di sciogliere gli *sponsalia* senza condizioni. Pertanto, nel caso ipotizzato, assisteremmo ad una situazione paradossale: se la liberta è stata manomessa allo scopo di essere sposata dal patrono⁸⁷⁵, ella sarà costretta a sposarsi con lui, pur avendo la facoltà di sciogliere il

⁸⁷⁰ Cfr. già E. Volterra, *Sul divorzio della liberta*, in *Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento* 3, Palermo 1936, pp. 201-230, in part. p. 213.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 213 e p. 216.

⁸⁷² L'A. si sofferma anche sulla *comparatio* con Bas. XXVIII 4.21.16 ; cfr. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 173.

⁸⁷³ Cfr. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 191.

⁸⁷⁴ *Ibidem*.

⁸⁷⁵ D.23.2.28, Marcian. 10 *inst.*: *invitam libertam uxorem ducere patronus non potest*; D.23.2.29, Ulp. 3 *ad l. Iul. et Pap.*: *quod et Ateius Capito consulatu suo fertur decrevisse. Hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit, ut uxorem eam ducat*; D.23.2.51.pr., Lic. 1 *reg.*: *matrimonii causa ancilla*

(previo) fidanzamento con lo stesso. Ulteriore prova, questa, che il fidanzamento, istituto connesso ma autonomo rispetto al matrimonio, può sussistere o meno indipendentemente dalla successiva celebrazione del matrimonio.

È opportuno fare ancora due osservazioni: in primo luogo, rifacendosi al passo di Festo (p. 179 L.) sopra citato, sembra più probabile che *nuntius*, in questo caso, debba intendersi come ‘messaggio’ e non come ‘latore’ del medesimo, anche se è possibile comunque ammettere la possibilità di operare la *renuntiatio* attraverso un *nuntius*, inteso quale soggetto deputato a manifestare la volontà di dirimere gli *sponsalia*⁸⁷⁶. In secondo luogo dal passo è possibile dedurre il divieto di divorziare *invito patrono* solo per *argumentum a contrario*: il frammento infatti si sofferma più che altro sulla libertà di sciogliere gli *sponsalia*⁸⁷⁷.

Dunque sembra proprio che, durante l’età classica, i fidanzati siano liberi di stringere il loro legame, così come sono liberi di scioglierlo, come s’è visto, bilateralmente o unilateralmente.

Non si richiede e non si ammette più una *sponsio* vincolante e, per tale ragione, nessuno può essere convenuto in giudizio perché non ha rispettato una promessa di matrimonio, né, tanto meno, perché ha deciso di ‘rompere’ il fidanzamento. La stessa *stipulatio poenae* a garanzia di una *sponsio* di fidanzamento è illecita, perché illecito è il suo oggetto e il pretore concederà l’*exceptio doli* al convenuto che non rispetta la promessa⁸⁷⁸.

manumissa a nullo alio uxor duci potest quam a quo manumissa est, nisi patronus matrimonio eius renuntiaverit.

⁸⁷⁶ Si veda Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 88.

⁸⁷⁷ Del divorzio della liberta si occupava già tra gli altri Volterra, *Sul divorzio della liberta*, cit. pp. 201-230, in part. sul nostro frammento p. 213; anche S. Solazzi (*La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile*, in *BIDR* 51-52, Milano 1948, pp. 327-351, in part. p. 339), che confuta la tesi di Volterra per il quale le norme contenute nell’intero D.23.2.45 non dovevano riferirsi al caso della liberta manomessa. Tocca il frammento senza soffermarsi sulla fattispecie della liberta *sponsa* ancora Volterra, *La nozione giuridica del conubium*, in *Scritti giuridici* 2, Napoli 1991, pp. 283-320, in part. p. 365; Idem (*Il fidanzamento nella ‘Lex Iulia et Papia’*, cit. p. 582), ove l’autore si limita a rilevare la differenza di disciplina tra fidanzamento e matrimonio, imputando la *ratio* al fatto che l’estensione del divorzio non fosse ‘logicamente necessaria’; cfr. Wesel, *Rhetorische Statuslehre*, cit. p. 97 nt. 71 e p. 126; Astolfi (*La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 185-186), ove l’autore ipotizza la ricostruzione del testo della *lex Iulia*.

⁸⁷⁸ D.45.1.134, Paul. 15 *resp.*: *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes*

Sembra potersi prospettare una *denegatio actionis* nell'ipotesi in cui taluno abbia indotto un soggetto a fidanzarsi mediante un incentivo patrimoniale: lo si può dedurre tramite una interpretazione estensiva di un già noto frammento di Celso:

D. 45.1.97.2, Cels. 26 *dig.*

"Si tibi nupsero, decem dari spondes?" Causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.

Il passo è tratto dai *Digesta* ed è raccolto dai compilatori nel XLV libro del Digesto sotto la rubrica *De verborum obligationibus*; nella *Palingenesia* di Lenel⁸⁷⁹ troviamo il frammento sotto il titolo *De stipulationibus*.

Il caso è descritto in un'opera che rientra, secondo Schulz⁸⁸⁰, nel novero della cd. 'letteratura problematica': si tratta di una questione che deve avere sortito dibattiti giurisprudenziali ed interventi pretorii; infatti la fattispecie potrebbe definirsi come uno dei *problemata* discussi da Celso nei suoi 39 libri *Digestorum*. Il giurista sta prendendo in considerazione la peculiare ipotesi nella quale l'*obligatio verbis* abbia per oggetto una somma di denaro subordinata all'avveramento di una condizione: la celebrazione di un matrimonio. Tizia intende dunque sposare Caio a condizione che costui la paghi; il negozio giuridico evidentemente comporta uno scambio dei presupposti: non si legge infatti "prometti di sposarmi se ti darò cento", ma "prometti di darmi cento se ti sposerò". Ebbene il giurista prospetta la propria opinione su una questione che probabilmente ha costituito *ius controversum* o quanto meno non è stata sempre pacificamente risolta (*puto*). Egli ritiene che, *causa cognita*, il pretore debba operare una *denegatio actionis*.

teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta; per l'esegesi del frammento cfr. Parte I, Capitolo 1, §. 10; si veda Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. pp. 42-51 e p. 139.

⁸⁷⁹ *Pal.* 1, col 161, fr. 222.

⁸⁸⁰ *Storia della giurisprudenza romana*, cit. p. 411.

Luzzatto⁸⁸¹ evidenzia come nel processo *per formulas*, diversamente da quanto avviene nella procedura *per legis actiones*, il magistrato giudicante attui anche «le esigenze dell'*aequitas*». Per tale ragione il magistrato può anche denegare il *iudicium*, allorché lo stesso, qualora concesso, contrastasse le esigenze equitative che fossero emerse nell'ambito del rapporto controverso; l'autore porta quindi ad esempio il passo di Celso.

Secondo Metro⁸⁸² si può individuare una *stipulatio* connotata da un'ambiguità di forma: infatti Celso potrebbe alludere tanto ad una promessa di dote sottoposta ad una condizione illecita, poiché limitativa della libertà matrimoniale, quanto di una *promissio dotis* soggetta ad una normale *condicio iuris*; soltanto l'attività del magistrato nell'ambito della *causae cognitio*, attraverso una valutazione discrezionale delle circostanze, porterà dunque ad una *denegatio actionis ex stipulatu*. L'autore porta il passo come esempio di *denegatio actionis* conseguente a *causae cognitio*, dando contestualmente una definizione esaustiva ed efficace dell'istituto: «approfondita valutazione discrezionale delle circostanze, alle cui risultanze è collegato un provvedimento del pretore»⁸⁸³. Sacconi⁸⁸⁴ osserva come Celso si limiti a parlare di *denegatio actionis*, senza specificare se essa consegua ad un *negotium* ritenuto invalido, o sia disposta dal pretore all'esito di una valutazione equitativa.

Il promittente che rispetta la promessa e si sposa non può dunque agire per ottenere la somma, ma se spontaneamente l'altro promittente ha versato la somma, questi non potrà più

⁸⁸¹ G. Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* 1. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, pp. 80-81; sul frammento, con particolare riferimento alla causa della *stipulatio* avente ad oggetto una condizione matrimoniale e sulla *causa stipulationis*, cfr. J.G. Wolf, *Causa stipulationis*, Wien 1970, p. 21 *et passim*. Sul frammento anche M. Dobbertin, *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Zürich 1987, p. 60 nt. 95 e pp. 84-85; Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 49 nt. 78, ove l'A. individua nella fattispecie descritta da Celso un caso di *stipulatio* conclusa *credendi causa*, ove sia venuta a mancare la *numeratio pecuniae*. Sacconi (*Ibidem*, pp. 135-136), sulla base dei ragionamenti di Wolf (*Causa stipulationis*, cit. p. 21), evidenzia come Celso offra una testimonianza in cui alla *stipulatio* sottoposta a condizione illecita segua una *denegatio actionis*. Un'accurata esegesi del passo si trova in R. Astolfi, *Esegesi e traduzione di D.45.1.97.2*, in *ZSS* 111, 1994, pp. 444-448, ed anche in *Il fidanzamento nel diritto romano* cit. pp. 46-51; cfr. ancora Fayer, *La familia romana* 2, cit. p. 57 e ntt. 143-144.

⁸⁸² La «*denegatio actionis*», cit. p. 97.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 124.

⁸⁸⁴ *Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 137.

richiederla. Si tratta di una *stipulatio* che ha per oggetto un matrimonio futuro, ma non vi è menzione esplicita del fidanzamento; ci si chiede tuttavia se con quella *stipulatio* non si sia voluto dare luogo agli *sponsalia*, atteso che *sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum* e, quindi, quando si promette un matrimonio futuro, si potrebbe instaurare, per l'effetto, uno *status* di fidanzamento.

Tutto ciò sembra plausibile con riferimento alla fase in cui il fidanzamento si attua, appunto, con una *sponsio*; in fase classica il fidanzamento non si attua più con la *sponsio*, pertanto è ammissibile che la promessa attestata da Celso possa avere ad oggetto le nozze *tout court*, senza una instaurazione contestuale del fidanzamento, per il quale, in ogni caso, anche in difetto della *sponsio*, occorre una celebrazione formale-ufficiale⁸⁸⁵.

⁸⁸⁵ Sempre in tema di *stipulatio ob causam turpem*, C. 4.7.5: *Impp. Diocl. Max.: promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudine versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur*. È opportuno citare ancora un commento ad un passo delle *Quaestiones* di Papiniano per la tematica trattata: D.35.1.71.1, Pap. 17 *quaest.: Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari*. Il passo rientra nel titolo I *De condicionibus et demonstrationibus*, entro il XXXV libro del Digesto; Lenel (*Pal.* 1, coll. 848-849, fr. 264), raccoglie il testo sotto la rubrica *De legatis*; siamo di fronte ad un caso peculiare: a Tizio vengono lasciati in legato modale 'cento' affinché sposi Mevia, vedova. Il giurista lapidariamente afferma che la condizione non verrà rimessa e così quindi anche la *cautio*, più precisamente sia la condizione che la disposizione a titolo particolare sono valide (così osserva anche Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit. p. 135).

Conclusioni

Col presente lavoro si è inteso rileggere e valorizzare il ruolo del *consensus* nell'ambito dell'istituto degli *sponsalia*, attraverso una visione diacronica che abbraccia un lungo arco temporale, dalle origini sino alla fase classica avanzata.

L'approfondimento relativo al *consensus* è stato funzionale ad un'analisi casistica volta ad esemplificare i profili di responsabilità che si instaurano successivamente all'atto di fidanzamento. In particolare ci si è occupati quindi delle conseguenze relative all'uccisione della persona legata dal vincolo di fidanzamento, della responsabilità conseguente ad un comportamento contrario al dovere di fedeltà in costanza di *sponsalia*, dell'illecito di *iniuria* perpetrato in danno della *sponsa* o dello *sponsus*.

La prima parte della trattazione è dedicata ad attribuire la giusta rilevanza all'atto di fidanzamento, alla sua tipologia, alle formalità necessarie per il suo compimento, al ruolo attivo dello *sponsor* e a quello passivo del soggetto che – promesso dal *pater* in quanto a lui sottoposto – assume lo *status* di *sponsus*. La disamina è stata intesa ad evidenziare, sulla base della precedente bibliografia, la pregnanza del carattere formalistico di quello che può definirsi 'momento genetico' del fidanzamento.

Si conferma dunque che il ruolo giuridico attivo è del *pater familias*, il quale, con una *sponsio*, si impegna a prestare il proprio consenso in vista del matrimonio futuro del proprio sottoposto, mentre quest'ultimo si trova vincolato alle *nuptiae futurae* solo indirettamente per effetto del rapporto potestativo che lo lega al promittente. Le fonti esaminate suggeriscono che la soggezione del sottoposto alla *potestas*, ma anche il timore reverenziale nei confronti del *pater* spingono il *filius* o la *filia familias* ad obbedire.

La questione ha richiesto un duplice approfondimento finalizzato da un lato ad inquadrare il soggetto giuridicamente responsabile dell'eventuale inadempimento e dall'altro ad individuare alcune tra le diverse *species* di responsabilità che incombono sui soggetti coinvolti nell'atto di

fidanzamento. Si distingue dunque una responsabilità nascente da un'*obligatio verbis* che incombe sul promittente, il quale, come ribadito, di solito è l'avente potestà ed una responsabilità legata al rapporto potestativo che vincola il sottoposto. Si tratta in entrambi i casi di una responsabilità connessa strettamente all'atto di fidanzamento. Nel periodo classico, diversamente, quando quest'atto sarà scevro da vincoli di forma e l'ordinamento non ammetterà più la possibilità di imporre giuridicamente il 'matrimonio futuro', i profili di responsabilità connessi al fidanzamento riguarderanno i due protagonisti in prima persona ed esclusivamente con riferimento al 'rapporto' che ne consegue.

Dall'analisi condotta risalta l'univoca imputabilità giuridica in capo allo *sponsor*: solamente colui che ha promesso risponde per il proprio inadempimento.

Nel seguito è stata quindi considerata la possibilità che si configuri un'ipotesi *sui generis* di 'promessa del fatto altrui': in effetti si osserva che il *pater* promittente *spondet* un atto proprio – ossia prestare il proprio consenso alle *nuptiae futurae* – i cui concreti effetti, tuttavia, dipendono strettamente dal comportamento del suo sottoposto e quindi da un 'fatto altrui'.

Più precisamente, sotto il profilo concettuale si osserva come a dipendere dal fatto altrui non sia la prestazione del consenso, ma la relativa traduzione in effetti.

L'analisi compiuta ha infatti messo in rilievo che il così detto 'fatto altrui' in realtà non costituisce il vero oggetto della promessa paterna, quanto, piuttosto, una condizione fattuale di avveramento della promessa medesima, il cui adempimento dipende anche, in effetti, dalla condotta filiale. Se il vincolo giuridico impone al *pater* di adempiere alla promessa, prestando con le previste modalità il proprio consenso al momento delle *nuptiae* del sottoposto, il vincolo potestativo onera il figlio ad assecondare la volontà paterna.

L'indagine si è pertanto soffermata sul ruolo del *consensus* del diretto interessato: il fidanzamento arcaico non lascia spazio all'adesione volontaristica all'atto ed al conseguente rapporto che ne deriva; in particolare, la *filia familias* 'è promessa in isposa' ed al suo consenso ben poco valore viene lasciato. Il soggetto *sui iuris*, capace giuridicamente di agire, in altri termini lo

sponsus non sottoposto a *potestas*, può invece impegnarsi in prima persona aderendo direttamente, consensualmente e volontariamente.

La mancata celebrazione del matrimonio, qualora essa non possa ricondursi ad un evento obiettivo, ad un caso fortuito o ad una forza maggiore, può essere dovuta ad una disobbedienza filiale oppure alla volontà del *pater* di non ottemperare all'oggetto della promessa. In entrambi i casi si configura comunque un inadempimento, valutabile sul piano giuridico e che comporta conseguenze sia in ambito sociale che in quello del *ius*. L'ordinamento si preoccupa infatti di assegnare la più opportuna tutela al destinatario della promessa di matrimonio. La rilevanza sociale ed etica di quest'ultima è dimostrata dalla competenza a perseguire l'inadempimento che, inizialmente, viene assegnata al solo censore, deputato ad accertare le ragioni della mancata osservanza dell'impegno e, se del caso, a irrogare la sua '*nota*', che può comportare, tra l'altro, *infamia* e, dunque, un discredito sociale. La connotazione giuridica degli *sponsalia* emerge chiaramente, allorché la competenza a tutelare la posizione dello *stipulator* disilluso viene affidata in seguito anche al pretore, il quale attribuisce al giudice privato il compito di accertare le ragioni dell'inadempimento e, valutato il profilo di imputabilità in capo allo *sponsor*, lo condanna a risarcire il pregiudizio subito dal promissario.

Alcune riflessioni sono state poi dedicate ad una sorta di 'triplicazione della tutela': infatti, dopo che alla competenza censoria si è affiancata ben presto quella del pretore, i giuristi hanno di lì a poco provveduto a garantire la *sponsio* di fidanzamento con una *stipulatio poenae*, ossia con una promessa di pagamento di una somma determinata di denaro, da corrispondere nel caso in cui la promessa di matrimonio futuro fosse rimasta inadempita. La carenza di fonti e di informazioni dettagliate in proposito portano quindi a congetturare la possibilità che il promissario disilluso potesse contare appunto su tre diversi rimedi: la nota censoria, il risarcimento di una somma di denaro discrezionalmente determinata a seguito di una patrimonializzazione del pregiudizio 'affettivo' subito, ovvero il pagamento della somma certa di denaro che costituiva specifico oggetto di *stipulatio* di 'garanzia'. Si ipotizzava quindi il ricorso ad un'*actio ex sponsu* ad oggetto

indeterminato, preposta alla salvaguardia della *sponsio* di fidanzamento e l'utilizzabilità di una *condictio* finalizzata a far valere la stipulazione penale.

Si sono confrontate quindi preziose informazioni ricavate da fonti eterogenee: si è appreso da una testimonianza di Gellio che riporta il pensiero di Servio Sulpicio Rufo (4.4.1-4), che il regime della *sponsio* di fidanzamento restò in vigore a Roma e nel Lazio sino a circa il 90 a.C; grazie a Paolo, che scrive molto tempo dopo l'avvicendamento tra 'regime arcaico' e 'regime classico', sono invece note le ragioni che hanno portato dapprima ad un mutamento di mentalità sociale e, conseguentemente, alla risposta più adeguata da parte dell'ordinamento giuridico; dall'insieme di tali fonti si è potuto evidenziare che, a partire dal I secolo a. C., incominciò ad apparire contrario alla morale imporre coattivamente una relazione affettiva, ancor più sotto la minaccia del pagamento di una somma di denaro, prevista appunto nel caso di inadempimento. La motivazione esplicitata da Paolo si può ravvisare in un principio di 'libertà matrimoniale' e delle relazioni affettive, da intendersi, stando al giurista, tanto come libertà 'negativa' da vincoli imposti, quanto come libertà 'positiva' di decidere se contrarre o meno le nozze e di scegliere la propria controparte affettiva.

Le informazioni di Paolo si dimostrano fondamentali ai fini della comprensione di quel cambiamento di mentalità che ha apportato un vero e proprio stravolgimento nella concezione stessa degli *sponsalia*. Il contenuto dei *libri Responsorum*, di cui non c'è motivo di sospettare rimaneggiamenti giustiniani, attesta infatti le ragioni dell'abbandono del formalismo giuridico della promessa di fidanzamento e descrive la *ratio* sottesa al concetto classico di *sponsalia*, raffigurando *a posteriori* una realtà lontana nel tempo e consentendo a chi si occupa di fidanzamento una migliore comprensione del mutamento della disciplina.

La sensibilità esegetica di maestri quali Volterra ed Orestano, unitamente all'originalità e alla profondità di valutazione di Astolfi, che molto si è occupato della tematica, consentivano di estrapolare un principio di autonomia giuridica e concettuale dell'istituto degli *sponsalia* rispetto a quello matrimoniale.

Da un lato si coglieva l'autonoma dignità istituzionale del fidanzamento, dall'altro si evidenziava la più incisiva connessione tra fidanzamento e matrimonio. L'uno e l'altro istituto, sebbene distinti, comportano una connessione di conseguenze giuridiche.

In effetti i giuristi giungono ad elaborare persino una terminologia specifica legata alla condizione di *sponsi*, rimarcando così ulteriormente l'autonomia giuridica della condizione di fidanzamento rispetto ad altri legami affettivo-giuridici: *iustae nuptiae*, *concubinatus* e *contubernium*.

È stato inoltre tenuto in considerazione l'apporto normativo della legislazione matrimoniale augustea, che ha determinato importanti riflessi anche sugli *sponsalia*, allorché, ad esempio, la procrastinazione a fini elusivi del fidanzamento costringeva il *princeps* ad un intervento *ad integrandum*, volto a limitare la durata di tale rapporto: come noto, era infatti prassi che una coppia 'preferisse' protrarre *ad libitum* lo *status* di *sponsi* al fine di aggirare l'obbligo di contrarre matrimonio, evitando così le relative sanzioni e fruendo dei benefici previsti.

Rilevata l'autonomia istituzionale del fidanzamento rispetto alle *nuptiae*, ci si è soffermati poi sulla pregnanza del *consensus*, evidenziando la portata dirompente della valorizzazione dell'adesione personale e soggettiva da parte dei diretti interessati, quale risulta dalle fonti giuridiche.

In epoca classica infatti, quando si effettuano gli *sponsalia*, i futuri coniugi debbono essere consapevoli non solo che si tratta di 'un fidanzamento', ma anche del fatto che quest'atto comporta significative implicazioni, che consistono in quegli 'effetti' sì 'indiretti' – come efficacemente definiti dalla dottrina più risalente ed autorevole (Bonfante) – ma senza dubbio molto rilevanti sul piano giuridico.

I giuristi si preoccupano quindi di estrapolare principi e regole preposti all'accertamento del consenso di chi si fida in epoca classica, in piena antitesi col regime arcaico ove, come ricordato, l'unico consenso a rilevare era quello del promittente. La presente indagine si è pertanto rivolta in modo particolare ad indagare la pregnanza del *consensus* della *sponsa* e la compatibilità

rispetto al principio patriarcale, che continua a regolare la gestione della *familia* anche durante il periodo classico. Segnatamente, attraverso l'esegesi delle fonti che trattano del rapporto tra volontà paterna e *consensus* della *filia familias*, è stato possibile ravvisare l'esistenza di un principio volontaristico e consensualistico che connota l'atto ed il rapporto di fidanzamento di una giovane fanciulla; in particolare ci si è soffermati sul significato del 'silenzio' paterno a fronte della scelta filiale e sul valore del 'silenzio' filiale rispetto ad una scelta del *pater*. L'analisi ragionata delle fonti ha portato per tal via ad evidenziare l'effettiva pregnanza della scelta di vita della fanciulla, che da 'passiva' e 'promessa' diviene parte 'attiva', consapevole della propria condizione di *sponsa*, senza la possibilità che le venga imposto un legame affettivo.

Si è poi osservato come l'ingerenza paterna mantenga, anche in epoca classica, maggiore pregnanza con riferimento al fidanzamento del *filius*, rinvenendone le ragioni in motivazioni di carattere economico: il fidanzamento e il successivo matrimonio del *filius* possono comportare infatti significative modifiche degli assetti patrimoniali di una *familia*. Per converso, è possibile notare un maggiore attenzione da parte dei giuristi alla verifica del *consensus* della futura *sponsa*; la giurisprudenza indica infatti espressamente la sua facoltà di acconsentire – *ita sponsalibus filiam familias consentire oportet* (D.23.1.11, Iul. 16 *dig.*)– o la sua possibilità di dissentire – *tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur* (D.23.1.12.1, Ulp. *l.s. de spons.*) –.

Anche il ruolo del tutore e del curatore al momento dell'atto di fidanzamento costituiva oggetto di specifica disamina: è possibile rilevare come, anche in fase classica, la responsabilità relativa agli aspetti patrimoniali in effetti richieda la presenza di una figura, che possa quanto meno integrare la volontà della fanciulla, con riferimento ad esempio alle questioni dotali. Quanto al profilo marcatamente personale ed affettivo è lecito sostenere che l'atto 'personalissimo' di fidanzamento non possa tollerare l'ingerenza del tutore o del curatore. Ci si è soffermati particolarmente su una costituzione imperiale di Severo ed Antonino (C.5.4.1), posta peraltro a confronto con un importante passo dell'ultimo giurista classico (D.23.1.14, Mod. 4 *diff.*), ove Modestino si occupa della capacità di concludere gli *sponsalia* da parte di soggetti molto giovani:

l'intervento imperiale attesta una disputa tra tutore e madre riguardo alla scelta del futuro marito di una giovane *puella*; l'analisi ragionata e comparata delle fonti porta a concludere che il ruolo della genitrice o del tutore fosse ristretto all'accertamento dell'effettiva comprensione del significato dell'atto di fidanzamento da parte della futura *sponsa*: l'organo pubblico interviene dunque non per consentire una sostituzione di consenso da parte del tutore o della madre, ma per attribuire all'uno o all'altra il potere di affiancare la fanciulla al fine di verificarne la consapevolezza.

L'accertamento della rilevanza del *consensus* ha condotto necessariamente a riflettere sulla condizione del *furiosus* e sulla validità di un atto di fidanzamento concluso da chi si trovi in uno stato di alienazione mentale entro una prospettiva diacronica. Risulta dalle fonti che tale stato al momento di una *sponsio* di fidanzamento rilevi in modo più che significativo, peraltro in perfetta simmetria con la disciplina matrimoniale in materia; se ne evinceva un indizio ulteriore circa la forte connotazione giuridica del fidanzamento. Dato che il momento genetico che dà luogo al fidanzamento di evoluzione classica non sembra avere vincoli di forma, è pensabile che al controllo sulla consapevolezza degli *sponsi* sfugga uno stato mentale alterato; diversamente, in fase arcaica la *sponsio* di fidanzamento, atto formalmente vincolato, difficilmente potrebbe sfuggire ad una verifica in ordine alla sanità mentale sussistente al momento dell'atto. Al riguardo deve essere tuttavia rilevato come la sanità mentale dello *sponsor* non debba necessariamente coincidere con quella di chi realmente viene fidanzato, che ben potrebbe trovarsi in una situazione di 'alienazione psichica'.

Ci si è dedicati quindi ad uno studio ragionato delle forme di esternazione del *consensus*.

Attraverso il commento di Ulpiano (D.23.1.18, Ulp. 6 *ad ed.*) ci si è a lungo soffermati sulle varie modalità con cui si concludevano gli *sponsalia*. In particolare si è tentato di verificare l'effettiva configurabilità di un contratto di mandato, col quale attribuire ad un terzo l'incarico di portare a compimento il fidanzamento.

Se l'ipotesi del contratto consensuale non incontra particolari resistenze da parte della dottrina – dalla più risalente a quella maggiormente recente –, disposta ad ammettere la possibilità che il

futuro fidanzato dia ad un soggetto terzo un mandato per concludere il proprio fidanzamento, in letteratura non si riconosce la possibilità che si delinei un'ipotesi di *negotiorum gestio*: tuttavia, qualora un soggetto terzo concluda un fidanzamento nell'interesse di qualcuno che, accettandone il conseguente rapporto, di fatto ratifichi *a posteriori* l'atto' del *gestor*, sembrerebbe proprio riscontrarsi un'ipotesi *sui generis* di gestione di affari altrui. Si è dato tuttavia conto dell'astrattezza di una simile ricostruzione, in quanto nessuna fonte corrobora l'ipotesi e nessun autore coglie lo spunto per una riflessione in merito. Porre la questione quanto meno in forma dubitativa mantiene però vivo l'interesse per la problematica, anche nella prospettiva di una futura più approfondita disamina della fattispecie.

L'analisi delle singole modalità di conclusione degli *sponsalia* – personalmente, per lettera, attraverso un *internuntius* che si faccia latore di un consenso già personalmente formato, o per il tramite di un terzo che, incaricato dal futuro *sponsus*, concluda gli *sponsalia* nell'esercizio di un mandato – ha consentito di attribuire definitivamente il giusto valore alla manifestazione del *consensus*.

L'accertamento del ruolo dell'adesione consensualistica costituiva la base per un'analisi casistica finalizzata a delineare un sistema di responsabilità, che verosimilmente si viene a creare in costanza di *sponsalia*. Solo in capo a chi consapevolmente e volontariamente compie l'atto' di fidanzamento, dando luogo al conseguente 'rapporto', si può davvero configurare la relativa responsabilità, che comporta l'onere di tenere determinate condotte e di non tenerne altre. Il fidanzato infatti riveste una qualifica rilevante agli occhi dell'ordinamento giuridico: lo *status* di *sponsus* comporta ad esempio che la sua uccisione determini conseguenze penali peculiari. I giuristi si sono interrogati infatti sull'omicidio dello *sponsus*. Ma un'analisi compiuta sulle fonti in materia ha tuttavia portato a constatare che solo il giurista Marciano risulta avere ricompreso entro l'applicazione congiunta della *Lex Cornelia de sicariis* e della *Lex Pompeia de parricidiis* anche l'uccisione del fidanzato e della fidanzata. Vero è che il solo fatto che la giurisprudenza si sia posta il problema di equiparare l'omicidio del fidanzato a quello del coniuge costituisce quanto meno un

indizio ‘grave’ che depone a favore da un lato dell’autonomia giuridica dello *status* di fidanzamento e dall’altro della possibilità di individuare un sistema di responsabilità riferibile alla condizione di fidanzati.

L’esame casistico, proteso a rintracciare una responsabilità che, in alcuni *loci* della trattazione si è voluto modernamente definire ‘pre-familiare’, è proseguito quindi con la disamina del ‘dovere di fedeltà’. Particolare attenzione è stata riposta alla valutazione circa la possibilità di individuare l’obbligo di fedeltà nei confronti del fidanzato, alla configurabilità dell’illecito di *adulterium* ed alla relativa *legitimatio* all’accusa. Si è potuto così evincere come la *sponsa* debba ossequiare lo *sponsus* restandogli fedele; che, nel caso in cui la fanciulla si congiunga carnalmente con un soggetto terzo diverso dal fidanzato, contravviene ad un generico dovere di fedeltà e che, in caso di tradimento da parte della fidanzata, lo *sponsus* è legittimato ad esperire l’*accusatio adulterii iure extranei*. Ci si imbatteva anche in fonti (C.9.9.7) che – ampiamente discusse e commentate in dottrina – apparivano *ictu oculi* compatibili con la possibilità di riconoscere in capo allo *sponsus* tradito una legittimazione ad esperire un’*accusatio iure mariti* e, dunque, privilegiata. L’ipotesi è stata presa in considerazione con estrema cautela e, sistematicamente apprezzata, ha consentito di concludere per la sussistenza di una responsabilità ‘pre-familiare’ preordinata al rispetto della fedeltà. L’analisi dei passi confermava peraltro l’univocità del dovere di fedeltà anche con riferimento alla ‘fase’ di fidanzamento.

Con l’ausilio di recenti studi (Centola), relativi alla gravidanza del *dolor* suscitato dal ‘tradimento’ in pregiudizio del soggetto leso, ci si è soffermati sulla rilevanza giuridica delle sofferenze morali; tali riflessioni hanno contribuito in modo significativo alla rilettura e all’indagine relative al tema della responsabilità nell’ambito del fidanzamento. Si può infatti concludere per la sussistenza di un rapporto tra il *dolor* e la facoltà di ripudio del fidanzato, esperibile mediante la formulazione di un’*accusatio adulterii*, sebbene *iure extranei*.

La successiva analisi del comportamento infedele tenuto in danno della *sponsa* portava ad ipotizzare che, fin dall'età più antica, il tradimento, se non idoneo a configurare un vero e proprio *crimen adulterii*, era tuttavia ascrivibile ad un più lato concetto di *iniuria*.

Plauto offre un fertile terreno di indagine casistica sulle tipologie di comportamenti 'ingiuriosi' che si possono consumare nell'ambito della *familia*, ad esempio in danno della *sponsa*: più precisamente il commediografo di età repubblicana può essere ritenuto una preziosa fonte per la ricostruzione dell'evoluzione dell'illecito di *iniuria* anche sul piano etico e per comprendere con quali modalità tale comportamento pregiudizievole possa essere perpetrato contro un componente della *familia*; i giuristi di età successiva riconoscono ancora una volta la dignità sociale e giuridica del rapporto di fidanzamento, laddove ad esempio legittimano lo *sponsus* alla 'difesa' della reputazione della fidanzata – e della propria – attraverso l'esperimento dell'*actio iniuriarum*. L'*iniuria* in danno della *sponsa* comporta infatti una duplice responsabilità: verso la fidanzata stessa, ma anche verso lo *sponsus*, che può dunque agire giudizialmente a tutela di se stesso, del proprio *honor* e del proprio *dolor*, ma anche a tutela dell'onore della fidanzata, in quanto connesso con il proprio.

Lo scioglimento degli *sponsalia* comporta senza dubbio l'espressione di una volontà contraria rispetto all'atto di fidanzamento. Dall'analisi delle fonti si ricavano importanti informazioni: è ammessa la rottura, in presenza o meno di cause che giustifichino lo scioglimento. Le fonti non dimostrano la piena libertà di porre termine agli *sponsalia*, anche in assenza di valido motivo; l'esegesi di un passo del commento a Sabino di Ulpiano (D.24.2.4) sembrerebbe attestare la necessità di sussistenza di un motivo rilevante, in quanto il giurista si sofferma in modo preciso e puntuale sulla possibile risoluzione di un rapporto di fidanzamento, allorché, in costanza della relazione, sia intervenuto uno stato di pazzia. Per una generica esigenza di certezza del diritto e delle relazioni affettive, all'ordinamento sembra premere l'accertabilità della riacquisita libertà e, per tale ragione, attribuisce la giusta importanza alla 'notifica' del *repudium*, che il fidanzato che

intenda porre fine agli *sponsalia* è onerato di recapitare o far recapitare alla sua controparte affettiva.

Il *consensus* verso l'atto e che connota il 'rapporto' di fidanzamento assume dunque un diverso ruolo ed una diversa forma: per quanto attiene al fidanzamento di fase arcaica è essenziale quello di chi promette il matrimonio futuro, rilevando meno quello del soggetto direttamente coinvolto nel legame 'affettivo' che si va instaurando. I protagonisti del fidanzamento di evoluzione classica debbono, invece, acconsentire in modo consapevole al proprio 'atto', al fine di acquisire scientemente la piena responsabilità che connota il 'rapporto' che si instaura a seguito della promessa.

Risulta quindi dalle fonti esaminate che le conseguenze dell'atto di fidanzamento, 'indirette' ma non 'secondarie', ingenerano un sistema di responsabilità che rivolge i suoi effetti 'sugli' *sponsi*, 'tra' gli *sponsi*, 'sui' terzi e 'da parte' dei terzi, che si trovino ad interagire a diverso titolo con la coppia di fidanzati.

Indice delle fonti

	<i>Arnobius</i>		
<i>adv. gent.</i>	4.20 18 nt. 43	5.4.25.1	140 nt. 467
	4.34 226 nt. 765	5.4.75	66 nt. 222
		5.17.2	249
			253 nt. 844
	<i>Augustinus</i>	5.60.3	166 nt. 545
<i>de civit. Dei</i>	2.9 226 nt. 765	6.30.18	122 nt. 404
		6.61.5.1	71 nt. 247
		8.38.2	58 nt. 190
	<i>Caesar</i>		63 nt. 202
<i>de bell. civ.</i>	1.9 239 nt. 802		63 nt. 207
			66 nt. 221
	<i>Catullus</i>	9.2.5.2	102 nt. 337
57	231 nt. 780	9.2.44.pr.	224 nt. 762
72	231 nt. 780	9.9.1	196 nt. 640
109	204 nt. 675	9.9.6	207 nt. 690
	231 nt. 780		208 nt. 691
		9.9.7	72 nt. 246
		9.9.7.pr.	222 nt. 755
	<i>Cicero</i>	9.9.7.pr.-1	190
<i>ad Quint. fr.</i>	2.4.2 173 nt. 559	9.9.18	76 nt. 269
	2.6.1 173 nt. 559	9.9.22	204 nt. 674
<i>ad Att.</i>	6.6.1 30	9.9.29.pr.	218
<i>de inv.</i>	2.66 212 nt. 710	9.17.1	181 nt. 580
<i>in Verr.</i>	2.34 203 nt. 674		186 nt. 598
<i>part.</i>	12.42-43 211 nt. 713		
<i>Phil.</i>	2.99 203 nt. 674		
<i>pro Caec.</i>	35 240 nt. 805		
<i>Tusc.</i>	4.4 226 nt. 765		
	5.5 124 nt. 411		
			<i>Codex Theodosianus</i>
	<i>Codex Iustiniani</i>	3.5.2.pr.	123 nt. 404
4.7.5	67 nt. 222	3.5.4	251
	266 nt. 885	3.5.11	146 nt. 488
5.1.1	255	3.5.12	146 nt. 488
5.1.2	250 nt. 835	3.7.1	159 nt. 528
	252 nt. 841	3.7.1.1	161 nt. 533
5.1.4	146 nt. 488	3.10.11	146 nt. 488
5.1.5.6	63 nt. 202	8.18.8	123 nt. 404
	66 nt. 222	9.7.2	216
5.2.13	107 nt. 354	9.15.1	181 nt. 580
5.3.5	76 nt. 269		182
5.4.1	18 nt. 42		185 nt. 594
	159 e 161		186 nt. 598
	224 nt. 759		
5.4.5	143		
5.4.8	157		
5.4.14	66 nt. 222		
5.4.18	159 nt. 528		
5.4.20	145 nt. 489		
			<i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum</i>
		2.6.4	224 nt. 759
			237 nt. 798
		2.6.5	237 nt. 798
		4.4.1	219
		4.4.2	205 nt. 683
		4.5.1	190 nt. 612
			206 nt. 686

4.6	199 e nt. 657	22.5.4	71 nt. 240
4.6.1	119 nt. 389	22.5.5	71 nt. 240
	200 ntt. 659-660	23.1.1	7
	201 nt. 661		257 nt. 853
4.10.1	211		24 nt. 63
	212 nt. 716		81 nt. 283
	213 nt. 718		90
	213 nt. 720		162 nt. 537
4.12.4	211; 211 nt. 717		173 nt. 557
	212 nt. 716		215 nt. 723
	213 nt. 720		235 nt. 791
7.3.4	239 nt. 802	23.1.2	15 nt. 32
			33 16 nt. 35
			58
<i>Att.</i>	<i>Cornelius Nepos</i>		138 nt. 459
19-20	111 e nt. 364		247 nt. 831
	137 nt. 456	23.1.3	7 nt. 2
19.4	127 nt. 426		15 ntt. 32-33
	128 nt. 435	23.1.4	142 e nt. 7. 469 e 471
			248 nt. 828
			250 nt. 837
<i>in Pers.</i>	<i>ps. Cornutus</i>	23.1.4.pr.	144 nt. 482
1.123	227 nt. 765	23.1.4.1	98
		23.1.5	98
		23.1.6	98 nt. 329
			157
			160 nt. 532
			161 nt. 535
			163
			261 nt. 868
		23.1.7	138 e nt. 461
			148 nt. 497
			146 nt. 488
			173 nt. 559
		23.1.7.pr.	164 nt. 542
			176 nt. 567
		23.1.7.1	137
			139
			142 e nt. 471
			144
			148
			160 nt. 530
		23.1.8	101
			104 e nt. 342
			105 nt. 345
		23.1.9	77 e nt. 271
			78
			79
			81 nt. 284
			82
			113 nt. 374
1.6.8	<i>Digesta Iustiniani</i>		
	104 e nt. 342		
	105 nt. 344		
2.13.1.1	56 nt. 181		
2.13.1.3	56 nt. 182		
2.13.1.4	56 nt. 182		
2.13.2	56 nt. 182		
2.19.7	104		
3.2.1	71 nt. 242		
	155		
	223 nt. 755		
	248		
	251 nt. 840		
	253 nt. 846		
	256 nt. 850		
5.1.12.2	103 nt. 337		
5.2.13	108 nt. 354		
9.2.5.1	239 nt. 802		
9.2.5.2	103 nt. 337		
9.2.44.pr.	225 nt. 761		
12.4.8	127 nt. 424		
	130 nt. 438		
14.9.9.pr.	177 nt. 569		
16.3.25.pr.	174 nt. 562		
17.1.1.pr.	98 nt. 327		
18.1.11.1	127 nt. 424		
19.1.11.5	127 nt. 424		
22.1.38.1	70 nt. 239		
22.3.21	57 nt. 186		

	127 nt. 424	23.2.4	127 nt. 424
	130 nt. 438		130 e nt. 438
	136 nt. 455		166 nt. 545
	166	23.2.14.4	72 nt. 249
	168	23.2.16	72 nt. 249
23.1.10	151	23.2.20	157 e nt. 520
	261		160 nt. 532
23.1.11	139	23.2.25	137 nt. 458
	140 e nt. 466	23.2.27	72 nt. 249
	142 e ntt. 470-471	23.2.28	262 nt. 875
	141 nt. 472	23.2.29	262 nt. 875
	144	23.2.30	129 nt. 435
	146 nt. 488	23.2.34.pr.	21 nt. 52
	154 e nt. 514	23.2.38.pr.	73 nt. 249
	160 nt. 530	23.2.38.1	73 nt. 249
	247 nt. 831	23.2.43	86 nt. 292
23.1.12.pr.	124 nt. 412	23.2.43.pr.-5	86 nt. 292
	148	23.2.43.6-9	86 nt. 293
23.1.12	142 e nt. 471	23.2.43.12-13	86 nt. 294
	146 nt. 488	23.2.44.pr.	72 nt. 249
23.1.12.1	145		86
	146 nt. 488	23.2.45.4	261
	154 nt. 515	23.2.51.pr.	262 nt. 875
	160 nt. 530	23.2.57	73 nt. 249
23.1.13	143	23.2.60.5	73 nt. 250
	153	23.2.63	73 nt. 249
23.1.14	110	23.3.66	73 nt. 250
	121	23.3.2	57 nt. 186
	127 nt. 424	23.3.68	130 nt. 438
	134	23.3.368	127 nt. 424
	137 nt. 45	23.5.4	72 nt. 247
	148 nt. 493	23.5.13	72 nt. 247
	158 nt. 523	24.1.3.1	73 nt. 249
	160 nt. 531	24.1.27	174 nt. 562
23.1.16	72 nt. 249	24.1.32.pr.	83 nt. 285
23.1.17	131-132	24.1.32.27	78 e nt. 272
	134 nt. 449		81 nt. 284
23.1.18	92		82
	94 nt. 318		113 nt. 374
	96 nt. 322		127 nt. 424
	99		166 e nt. 545
	154 nt. 513		166
	158 nt. 526		174 nt. 562
	164	24.1.32.28	72 nt. 249
	260 nt. 866		84-85
23.1.32.27	78	24.1.36.1	175 nt. 563
23.1.44.pr.	89		175 nt. 564
23.2.2	138 e nt. 459	24.1.65	127 nt. 424
	138		174 nt. 562
	149 nt. 498	24.1.66.pr.	174 nt. 562
23.2.12.1-3	72 nt. 249	24.2.2.2	258

24.2.2.3	260 e nt. 864	38.10.8	71 nt. 240
24.2.4	105		183 e nt. 589
	108 nt. 354	41.9.1.2	81 nt. 281
	255	42.2.1	53 nt. 170
24.2.11	262	42.4.5.2	127 nt. 424
24.3.2.2	107 nt. 350	42.5.17.1	111 nt. 366
24.3.22.7	103 nt. 337		127 nt. 424
	253		203 nt. 673
24.3.38	143	43.4.1.6	103 nt. 337
	149	44.7.1.12	103 nt. 337
	150 nt. 504	45.1.19	63 nt. 202
	152 e nt. 507		64 nt. 208
	153 nt. 510	45.1.97.2	63 nt. 203
	256		64 nt. 211
	260 e nt. 865		65 nt. 219
25.7.2	254 nt. 847		67 nt. 222
25.7.3.1	203 nt. 674		170 nt. 550
26.1.3.1	108 nt. 354		264
27.6.11.3	78 nt. 272	45.1.134.pr.	24 nt. 63
	81 nt. 281		57 nt. 183
	115 nt. 376		58 nt. 188
27.6.11.3-4	127 nt. 424		59
26.7.1.2	123 nt. 404		64 nt. 212
26.7.59	127 nt. 424		65 nt. 218
27.10.7	108 nt. 354		94 nt. 319
27.10.7.1	108 nt. 354		164 nt. 542
28.1.20.4	103 nt. 337		170
29.2.9	103 nt. 337		175 nt. 563
29.2.47	103 nt. 337		263 nt. 878
29.2.60	108 nt. 354	46.3.107	184 nt. 589
29.5.1.32	127 nt. 424	47.10.1.1-3	224 nt. 759
29.5.3.3	212 nt. 716	47.10.1.3	71 nt. 245
	212 nt. 721		241
29.5.3.5	213 nt. 720	47.10.1.8	242
29.5.3.7	213 nt. 720	47.10.1.9	243
31.48.1	108 nt. 354	47.10.2	233 nt. 783
32.51	127 nt. 424		246
32.81.pr.	127 nt. 424	47.10.3.pr.	245 nt. 818
32.81.1	127 nt. 424	47.10.3.1	225 nt. 760
34.2.25.9	127 nt. 424		235 nt. 793
34.9.2.1	73 nt. 249		245 nt. 820
35.1.71.1	63 nt. 203	47.10.3.2	245 nt. 820
	64 nt. 209	47.10.3.3	245 nt. 820
	65 nt. 216	47.10.3.4	246 nt. 820
	170 nt. 550	47.10.5.6	198 nt. 649
	266 nt. 885	47.10.7.1	237 nt. 798
35.1.101	127 nt. 424	47.10.11.7	247 nt. 826
36.2.30	127 nt. 424	47.10.11.8	233 nt. 783
37.4.3.5	137 nt. 458		246
38.10.6.1	70 nt. 239	47.10.15	242 nt. 810
	184 nt. 589	47.10.15.12	225 nt. 763

47.10.15.24	71 nt. 245 239-240 246 e ntt. 823-824	127 nt. 424 1200 nt. 660 202 nt. 665 222 nt. 751
47.10.15.27	225 nt. 763 226 nt. 764	48.5.15.2 208 nt. 691
47.10.17.11	107 nt. 353	48.5.15.3 219
48.5.2.2	207 nt. 689	48.5.16.5 208 nt. 693
48.5.2.8	205 nt. 679 209	48.5.16.6 205 nt. 682 220 nt. 739
48.5.2.9	210 e nt. 701	48.5.30.pr.-4 207 nt. 689
48.5.25.pr.	210 nt. 706	48.5.30.9 199 e nt. 655
48.5.4.pr.	207 nt. 690	48.5.31.pr. 219
48.5.4.1	208 nt. 691 214 nt. 722	48.5.37 127 nt. 424 48.5.38 205 nt. 678 206 nt. 684 212 nt. 711
48.5.4.2	208 nt. 691	48.5.39.8 211 nt. 708 212 nt. 714 213 nt. 718 e 720
48.5.6.1	118 nt. 387 203 nt. 674	48.5.39.9 204 nt. 677
48.5.7	73 nt. 250	48.5.41.pr. 205 nt. 681
48.5.12.1	204 nt. 674	48.5.44 195 nt. 639
48.5.12.2	208 nt. 691	48.8.1.5 211 nt. 708 212 nt. 714
48.5.12.5	207 nt. 690	48.9.1 71 nt. 244 177 nt. 569 178 179 180 nt. 578 184 184 e nt. 591
48.5.12.6	205 nt. 679 207 nt. 690	48.9.1.3 184 nt. 591 48.9.1.4 184 nt. 591 48.9.2 179 nt. 572 48.9.3 71 nt. 244 179 181 181 nt. 581 183 nt. 592
48.5.12.7	201 nt. 664 221	48.9.4 70 nt. 239 71 nt. 240 179
48.5.13	195 nt. 636 221 nt. 746	48.9.6 177 nt. 569
48.5.13.3	200 nt. 660	48.9.9.pr.-1 181 nt. 580 184
48.5.14.pr.	114 nt. 376	48.19.11.2 195 nt. 637
48.5.14.pr.-1	201 e nt. 663 114 nt. 376	48.19.38.3 127 nt. 424
48.5.14.1	114 nt. 376	50.16.13.pr. 127 nt. 424
48.5.14.2	189 nt. 608 202	50.16.42 189 nt. 605
48.5.14.3	72 nt. 246 119 nt. 389 199-200 e ntt. 657-658 201 nt. 661	50.16.101.pr. 118 nt. 387 50.16.101.1 258
48.5.14.4	202	
48.5.14.5	196 nt. 640	
48.5.14.6	114 nt. 375 193 nt. 624 203 nt. 673	
48.5.14.7	118	
48.5.14.8	81 nt. 281 112 e nt. 370 117 120 nt. 395 121 nt. 396 125 130 nt. 438	

	260 nt. 865	4.48-51	55 nt. 178
50.16.144	115 e nt. 378	4.60	224 nt. 759
50.16.191	256		237 nt. 798
	258 nt. 858		
50.16.204	127 nt. 424		<i>Gellius</i>
50.17.40	103 nt. 337	2.15.4-5	71 nt. 241
50.17.73.4	28 nt. 86	2.23.9	127 nt. 421
	45	4.4	127 nt. 424
			175 nt. 564
	<i>Dio Cassius</i>	4.4.1-4	13 e 15 nt. 34
46.2-9	189 nt. 607		32 e nt. 105
54.16.7	127 nt. 424		32
	128 nt. 430		37 e nt. 130
	128 nt. 435	4.4.2	53 nt. 172
56.6.6	127 nt. 424		57 nt. 185
56.3.4	188 nt. 607		60 nt. 196
56.7.1-2	127 nt. 424	4.4.2-3	38 nt. 131
56.7.2	128 nt. 430	10.10	174 nt. 561
	129 nt. 435	14.2	58 nt. 187
59.12.1	131 nt. 440	20.1.13	223 nt. 760
60.5.7	126 nt. 423		
	126 nt. 426		<i>Horatius</i>
		<i>carm.</i> 3.6.17-32	189 nt. 607
	<i>Dionysius Halicarnassensis</i>	<i>ep.</i> 2.1	226 nt. 765
2.25.7	50 nt. 160	<i>sat.</i> 2.1	226 nt. 765
	<i>Epitome Ulpiani</i>		<i>Institutiones Iustiniani</i>
5.2	93	1.10. <i>pr.</i>	127
		3.19.3	45
	<i>Festus</i>	3.19.20	45
p. 440 L.	16	3.19.21	45
	33 nt. 111	4.18.6	181 nt. 580
p. 159 L.	107 nt. 354		186 nt. 595
p. 179 L.	260		186 nt. 598
	263	10.9	72 nt. 249
	<i>Gai Institutiones</i>		<i>Isidorus Hispalensis</i>
1.112	9 e ntt. 9 e 11	<i>etym.</i>	9.7.3-4 38 nt. 131
1.178	127 nt. 424		11.1.71 173 nt. 562
3.19	103 nt. 337	<i>de eccl. off.</i>	2.20.8 174 nt. 561
3.93	14 nt. 25		
3.139	81 nt. 283		<i>Iuvenalis</i>
3.220	224 nt. 759	6.25	32 e nt. 107
4.17	43 nt. 146	6.25-27	174 nt. 561
	51 nt. 162	6.27	175 nt. 563
	173 nt. 558	6.200	175 nt. 565
			<i>Leges Duodecim Tabularum</i>
		3.1.2	52-53 e nt. 170
		8.1.a	226 nt. 765

Quintilianus
inst. or. 7.2.51-52 196 nt. 641

Sallustius
bell. Cat. 23.3 203 nt. 674

Scholia Sinaitica
2 63 nt. 202

Seneca
de benef. 6.32 203 nt. 674
2.35.2 224 nt. 759
de tranq. 12.4 248 nt. 830

Servius
ad Aen. 4.103 9 ntt. 10 e 12
4.374 9.nt. 10
10.79 18 nt. 43
38 nt. 131
10.722 32 e nt. 106
ad georg. 1.31 9 ntt. 10 e 13

Suetonius
Aug. 34 127 nt. 430
128 nt. 430
129 nt. 434
34.2 129 nt. 435
34.4 127 nt. 424
53.3 173 nt. 559
62.1 126 nt. 422
63.2 127 nt. 426
69 83 nt. 286
Claud. 4 83 nt. 286
12.1 173 nt. 559
24.3 127 nt. 426
27.1-6 126 nt. 422
Nero 7.8 126 nt. 422
35.2 203 nt. 674
Vitell. 7.2 224 nt. 759

Tacitus
ann. 4.16.2 42
12.58 126 nt. 420
12.58.1 127 nt. 426
14.64.1 127 nt. 420
2.85 205 nt. 680
Germ. 20.2 127 nt. 420

Terentius
Andr. 1-4 235
2-10 235 e ntt. 789-792
60 234 e nt. 788
99-102 16 nt. 37
25 nt. 66
26 nt. 70
27 nt. 81
487-488 235
eun. 433 234 nt. 788
heaut. 581 234 nt. 788
794 174 nt. 561
1060-1062 27 nt. 83
hec. 1-2arg.,395-401 234
1-2arg. 233
*Phorm.*670-671 26 nt. 76

Tertullianus
apol. 4.8 126 nt. 424
6.4 174 nt. 561
175 nt. 563
de idol. 16.1 173 nt. 559
174 nt. 564

Tituli ex corpore Ulpiani
5.2 126 nt. 424
5.3 138 nt. 459
11.18 127 nt. 424
11.20 127 nt. 424
11.28 127 nt. 424
16.1 126 nt. 424

Varro
l.L. 6.69 17 nt. 39
6.70 18 nt. 43
31 nt. 100 e 103
61 nt. 197
6.70-71 38 nt. 131
6.71 34 nt. 119
37 nt. 125
41 e nt. 139
48
50 nt. 159
51 e nt. 164
52 e nt. 167
53 nt. 173
6.69-72 37

Vaticana Fragmenta
102 142 nt. 478
302 70 nt. 239

202 72 nt. 250

Vergilius

<i>Aen.</i>	2.678	117 nt. 385
	4.99	9 nt. 7
	7.402	27 nt. 82
	7.432-33	9 nt. 7
	7.54	9 nt. 7
	10.79	16 nt. 34
	12.42	9 nt. 7

Bibliografia

- Albanese B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987
- Albanese B., *Sponsio anulo exiliente*, in *AUPA* 41, 1991, pp. 5-16
- Albanese B., *Una congettura sul significato di "iniuria" in XII Tab. 8.4*, in *IURA* 31, 1980, pp. 21-36, (= *Scritti giuridici* 2, Palermo 1991, pp. 1535-1550)
- Albanese B., *Brevi studi di diritto romano. VIII «Verbis obligatio e sponsalia in Varrone»*, in *AUPA* 43, 1992, pp. 134-167
- Ankum H., *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA* 32, 1985, pp. 153-205
- Ankum H., *La 'sponsa adultera': problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, Pamplona 1987, pp. 192-193
- Anné L., *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941
- Arangio Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1927
- Arangio Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1952
- Arangio Ruiz V., *La legislazione*, in *Augustus. Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma 1938, pp. 101-146 (= *Scritti di Diritto Romano* 3, Napoli 1977, pp. 249-294)
- Astolfi R., *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, Milano 1971 pp. 671-694
- Astolfi R., *Varrone, i Comici e il fidanzamento arcaico*, in *SDHI* 55, 1989, pp. 392-394
- Astolfi R., *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989
- Astolfi R., *Esegesi e traduzione di D.45.1.97.2*, in *ZSS* 111, 1994, pp. 444-448
- Astolfi R., *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1994
- Astolfi R., *La lex Iulia et Papia*, Padova 1996
- Astolfi R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2002²
- Astolfi R., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2014
- Aubert J.J., *Vitia animi: Tares mentales, psychologiques, caractérielles et intellectuelles des esclaves en droit romain*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Institut de la Préhistoire et des Sciences de l'antiquité, Faculté des lettres et sciences humaines, Université de Neuchâtel, 2011, pp. 236-248
- Balestri Fumagalli M., in *Enc. Dir.* 43, s.v. *sponsali* (Diritto romano), Milano 1990
- Balzarini M., *La represión de la «iniuria» en D.47.10.45 y en algunos rescriptos de Diocleciano*, in *Rev. Fac. Derecho Univ. compl. Madrid* 59, 1978, pp. 43-80

- Balzarini M., *'De iniuria extra ordinem statui'*. *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983
- Bartocci U., *'Spondebatur pecunia aut filia'*. *Funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo*, Torino 2012
- Beaucamp J., *Le statut de la femme à Byzance (4°-7° siècle) I. Le droit impérial*, Paris 1990
- Beltrami L., *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Bari 1998
- Bergson H., *Le rire. Essai sur la signification du comique*, Paris 1913
- Bernardi Perini G., *Le notti attiche di Aulo Gellio 1-2* (a cura di G.B.P.), Torino 1992
- Bettini M., *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna 2009
- Biondi B., *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano 1939, pp. 141-262 (=ora in *Scritti giuridici 2*, Milano 1965, pp. 77-188)
- Biondi B., *Leges populi Romani*, in *Acta divi Augusti 1*, Roma 1946, pp. 103-223 (= *Scritti giuridici 2*, Milano 1965, pp. 189-306)
- Biondi B., *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR 65*, 1962, pp. 114-115, (= *Scritti giuridici 3*, Milano 1965, pp. 257-281)
- Biscotti B., *"Malum carmen incantare" e "occentare" nelle XII Tavole*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, pp. 21-51
- Bonfante P., *Corso di diritto romano 1*, Milano 1963
- Bonini R., *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano 1990³
- Botta F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996
- Botta F., *"Per vim inferre". Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari 2004
- Botta F., *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, pp. 439-463
- Bramante M.V., *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro*, in E. Cantarella, L. Gagliardi (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, pp. 95-116
- Brasiello U., in *NNDI 2*, s.v. *carmen famosum* e *carmen malum*, Torino 1957, p. 958
- Bretone M., *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Torino 1975
- Bretone M., *Ricerche labeoniane. Iniuria e hybris*, in *RFIC 103*, 1975, pp. 413-429
- Bretone M., *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976
- Brutti M., *Diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011
- Bund E., *Untersuchungen zur Method Julians*, Köln-Graz 1965
- Burdese A., *Sulla capacità intellettuale degli impuberes in diritto romano*, in *AG 150*, 1956, pp. 10-66
- Cannata C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino 1982

- Cannata C.A., *Istituzioni di diritto romano* 2.1, Torino 2003
- Cantarella E., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976
- Cantarella E., *La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, pp. 73-94
- Capogrossi Colognesi L., Cassola F., *Lineamenti di storia del diritto romano* (a cura di M. Talamanca), Milano 1989
- Carcopino J., *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, (Trad. it. E. Omodeo Zona) Roma-Bari 1991⁶
- Casamento A., *Clienti, patroni, parricidi e declamatori. Popillio e Cicerone (Sen. contr. 7.2)*, in *La parola del passato* 59, 2004, pp. 361-377
- Casavola F., *Actio Petitio Persecutio*, Napoli 1965
- Cascione C., *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003
- Cascione C., *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto Romano*, Copanello 4-7 giugno 2008, a cura di F. Milazzo, Milano 2014, pp. 23-94
- Casola M., *L'età del fidanzamento secondo Modestino*, in *Diritto@Storia* 12, 2014
- Cassinelli B., *Il rescritto di Marco Aurelio e il concetto di malattia mentale*, in *Rassegna di Studi Penitenziari* 9, 1959, pp. 843-847
- Castello C., *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano 1942
- Castello C., *Remarques sur des cas concernant le début du «iustum matrimonium»*, in *RIDA* 32, 1985, pp. 239-241
- Castello C., Rec. a R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, in *IURA* 40, 1989, pp. 89-91
- Castello C., Rec. a R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, in *SDHI* 55, 1989, pp. 482-488
- Castello C., *Consortium omnis vitae*, in *Utrumque Ius* 5, 1980, pp. 57-76 (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi, filii, nuptiae*, Genova 2002, pp. 443-462)
- Castello C., *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico*, febbraio 1978, Roma 1979, pp. 267-298, (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptiae*, Genova 2002, pp. 411-442)
- Castello C., *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, III, Madrid 1988, pp. 1165-1178 (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptiae*, Genova 2002, pp. 485-498)
- Cenderelli A., *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano 1973
- Cenderelli A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. 1, Struttura, origini, azioni*, Torino 1997
- Centola D.A., *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Napoli 2011
- Cervenca G., *Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna 1983

- Cloud D., *Leges de sicariis: the first chapter of Sulla's lex de sicariis*, in ZSS 126, 2009, pp. 114-155
- Corbet P.E., *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930
- Costa E., *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino 1890
- Costa E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921
- Costa E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Torino 1925²
- Crifò G., *EDD 12*, s.v. *Diffamazione e ingiuria (diritto romano)*, 1964, p. 470
- Cursi M.F., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002
- D'Alessandro A., *L'alienazione mentale nell'antichità*, in J. Pigeaud, *La follia nell'antichità classica. La mania e i suoi rimedi*, (a cura di A. D'Alessandro), Venezia 1995, pp. 261-288
- D'Ors A., *De nuevo sobre los estratos de las 'Pauli Sententiae'*, in *BIDR*, 98-99, 1995-1996, pp. 1-23
- Danz H.E.A., *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena 1857
- Daube D., *The accuser under the Lex Iulia de adulteriis*, in *Salonica Congress of Byzantine Studies*, Athens 1955, pp. 8-21 (= *Collected Studies in Roman Law 1*, Frankfurt am Main 1991, pp. 561-573)
- De Dominicis M.A., *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'constante matrimonio' la moglie adultera (a proposito di D.48.5.27 pr.)*, in *SDHI* 16, 1950, pp. 221-253
- De Dominicis M.A., *D.48.5.12 § 7 (A proposito dell'accusatio adulterii della sponsa "iure mariti")*, in *AG* 170-171, 1966, pp. 34-40
- De Giovanni L., *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Napoli 2007
- De Sarlo A., *La produzione dei documenti nel processo romano classico (procedura formulare e cognitio extra ordinem)*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* 70, 1937, pp. 160-184
- De Simone G., *La ricerca sulla follia dei giuristi romani. Una storia poco conosciuta*, in *Il sogno della farfalla* 2, 2005, pp. 30-52
- Devilla V., in *NNDI* 8, s.v. *iniuria*, Torino 1957, pp. 705-706
- Dell'Oro R., *Tecniche compositive del Digesto: citazioni reciproche tra giuristi come Paolo e Ulpiano e richiami a Gaio*, in *RDR* 1, 2001, pp. 461-473, ora in I. Fagnoli, C. Luzzati, R. Dell'Oro (a cura di), *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell'Oro*, Milano 2015, pp. 447-478
- Della Corte F., *Due studi catulliani*, Genova 1951
- Della Corte F., *Le 'leges Iuliae' e l'elegia romana*, in *ANRW* 2.30.1, 1982, pp. 539-558
- Di Marzo S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma 1972
- Di Salvo S., *Il legato modale in diritto romano. Elaborazioni dommatiche e realtà sociali*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino* 1, Napoli 1973
- Diliberto O., *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Napoli 1984

- Dobbertin M., *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Zürich 1987
- Donatuti G., *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in *Annali della Facoltà di Giuripsruenza di Perugia* 33, 1922, pp. 377-436 (= *Studi di diritto romano* 1, Milano 1976, pp. 35-94)
- Dumont F., *Les donations entre époux en droit romain*, Paris 1928
- Dupont C. , *Le droit criminel dans les Constitutions de Constantin. Les infractions*, Lille 1953
- Durry M., *Le mariage des filles impubères dans la Rome Antique*, in *RIDA* 2, 1955, pp. 263-273
- E. Huschke, *Kritische Miscellen*, 1 *Servius Sulpicius bei Gell. 4,4*, in *ZGR* 10, 1842, pp. 315-339
- Ernout A. – Meillet A., *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*, Paris 1967⁴ (II rist.), s.v. *Spondeo*, pp. 643-644
- Fadda C., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910
- Falcao M., *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, Pamplona 1973
- Fanizza L., *Il parricidio nel sistema della Lex Pompeia*, in *Labeo* 25, 1979, pp. 267-289
- Fayer C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari 2. Sponsalia Matrimonio Dote*, Roma 2005
- Fayer C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari 3. Concubinato Divorzio Adulterio*, Roma 2005
- Fernández Barreiro A. , *Los principios ‘dispositivo’ y ‘inquisitivo’ en el proceso romano*, in *SDHI* 41, 1975, pp. 125-158
- Fernández Baquero M.E., ‘*Conubium y sponsalia*’: *reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano*, in *Estudios de Derecho romano en memoria de B.M^a. Reimundo Yanes* (Murillo Villar, A., cur.) 1, Burgos 2000, pp. 197-215
- Ferrero L. (a cura di), *Cicerone. Opere politiche e filosofiche 1. Lo Stato, Le leggi, I doveri*, , Torino 1953
- Ferretti P., *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000
- Ferretti P., *Le donazioni tra fidanzati nella politica matrimoniale di Costantino*, in *Diritto@Storia* 2, marzo 2003
- Ferrini C.; *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976
- Finazzi G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio 1, Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999
- Finazzi G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio 2.1, Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003
- Finazzi G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio 2.2, Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006
- Forcellini Ae, *Lexicon Totius Latinitatis* 1, s.v. *consensus*, Padova 1940, p. 800
- Forcellini Ae, *Lexicon Totius Latinitatis* 1, s.v. *constituo*, Padova 1940, pp. 816-817
- Forcellini Ae., *Lexicon Totius Latinitatis* 2, s.v. *demens*, Padova 1940, pp. 55-56

- Forcellini Ae., *Lexicon Totius Latinitatis* 2, s.v. *extraneus*, Padova 1940, p. 395
- Forcellini Ae., *Lexicon Totius Latinitatis* 2, s.v. *furor*, Padova 1940, p. 568
- Forcellini Ae., *Lexicon Totius Latinitatis* 2, s.v. *ignoro*, Padova 1940, pp. 706-707
- Forcellini Ae., *Lexicon Totius Latinitatis* 4, s.v. *spondeo*, Padova 1940, pp. 459-460
- Forcellini Ae., *Lexicon Totius Latinitatis* 4, s.v. *turpis*, Padova 1940, p. 837
- Franciosi G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino 1989
- Franciosi G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1995⁵
- Frigione F., *Sulla condizione della «mulier furiosa»*, in *Labeo* 3, 1957, pp. 359-363
- Garcia Garrido M., *Minor annis XII nupta*, in *Labeo* 3, 1957, pp. 76-88
- Gaudemet J., *La conclusion des fiançailles à Rome à l'époque pré-classique*, in *RIDA* 1, 1948, pp. 79-94
- Gioffredi C., *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970
- Gioffredi C., *In tema di «iniuria»*. (Sui fattori di formazione del diritto romano in età preclassica), in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, pp. 145-172
- Grimal P., *L'amore a Roma* (trad. it. di D. Interlandi), Milano 1964
- Guarino A., *Studi sull'«incestum»*, in *ZSS* 63, 1943, pp. 175-267
- Guarino A., «*Furiosus*» e «*prodigus*» nelle «*XII Tabulae*», in *Annali Catania* 3, 1948-1949, pp. 194-204, (= *Pagine di diritto romano* 4, Napoli 1994, pp. 154-165)
- Guarino A., *Diritto privato romano* 1, Napoli 2001
- Guarino A., *Diritto privato romano* 2, Napoli 2001
- Heineccius J. G., *Operum ad universam iuris prudentiam philosophiam et litteras humaniores pertinentium tomus quintus*, Ginevra 1748
- Huber J., *Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsgehalt in der klassik und zu Frage seines Wandels in der Nachklassik*, Roma 1977
- Jhering von R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1866
- Jones A.H.M., Martindale J.R., *The Prosopography of the Later Roman Empire 1 (A.D. 260-395)*, Cambridge 1971
- Karlowa O., *Römische Rechtsgeschichte* II, 1 *Privatrecht*, Leipzig 1901
- Kaser M., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949
- Kaser M., *Das römische Privatrecht* 1, München 1971
- Kaser M., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977
- Kaser M., Hackl K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996

- Knothe H.G., *Zur 7-Jahresgrenze der 'infantia' im antiken römischen Recht*, in *SDHI* 48, 1982, pp.239-256
- König H.H., *Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht*, in *SDHI* 29, 1963, pp. 151-237
- Kupiszewski H., *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, in *ZSS* 77, 1960, pp. 125-159
- Kupiszewski H., *Quelques remarques sur le 'parricidium' dans le droit romain classique et post-classique*, in *Studi in onore di E. Volterra* 4, Milano 1971, pp. 601- 614 (= *Scritti minori*, con pagine introduttive di L. Labruna e M. Zablocka, Napoli 2000, pp. 225-238)
- Kütel R., *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976
- Lamberti F., *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014
- Lambertini R., *Ancora sui legittimati ad uccidere "Iure patris ex lege Iulia de adulteriis"*. (A proposito di un recente saggio), in *SDHI* 58, 1992, pp. 362-375
- Lanza C., *Ricerche su 'furiosus' in diritto romano* 1, Roma 1990
- Lassen E.M., *De ultimate Crime. Parricidium and the Concept of Family in the Late Roman Republic and Early Empire*, in *Classica et Mediaevalia*, 43, 1992, pp. 147-161
- Lavaggi G. , «Iniuria» e «obligatio ex delicto», in *SDHI* 13-14, 1947-1948, pp. 141-198
- Lenel O., *Palingenesia Iuris civilis* 1-2, Lipsiae 1839
- Lepri M.F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* 1. *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone*, Firenze 1942
- Lévi Strauss C., *Le strutture elementari della parentela*, a cura di A.M. Cirese, trad. di A.M. Cirese e L. Serafini, Milano 1969 (rist. 2003)
- Levy E., *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925
- Longo G., *Affectio maritalis*, in *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, pp. 301-322
- Longo G., *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, in *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, pp. 323-332
- Longo G., *Il tentativo nel diritto penale romano*, in *AFGG* f.1, 1977, pp. 1-68
- Longo G., *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Scritti in onore di A. Guarino* 5, Napoli 1984, pp. 2357-2383
- Lovato A., *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari 2003
- Lovato A., Puliatti S., Solidoro Maruotti L., *Diritto privato romano*, Torino 2014
- Lucrezi F., Botta F., Rizzelli G., *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2011
- Lucrezi F., *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992
- Lupoli Arcangelo M., *Apologia Cattolica sulla indissolubilità del matrimonio cristiano*, Napoli 1815

- Luzzatto G., *Il problema d'origine del processo extra ordinem 1. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965
- Magdelain A., *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943
- Magdelain A., *Paricidas*, in *Duchâtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de morte dans le monde antique*. Table ronde, Rome 9-11 novembre 1982, Paris-Rome 1984, pp. 549-571. (= *Ius Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Roma 1990, pp. 519-538
- Manfredini A.D., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, Milano 1977
- Manfredini A.D., *La diffamazione verbale nel diritto romano 1. Età repubblicana*, Milano 1979
- Manfredini A.D., *Quod edictum autem praetorium de aestimandis iniuriis*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di Diritto Romano*. Copanello 4-7 giugno 1990, a cura di F. Milazzo, pp. 65-95
- Manfredini A.D., *L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*, in *Homenaje a Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 799-817
- Marchi A., *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16, 1904, pp. 206-289
- Marotta V., *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988
- Marrone M., *Considerazioni in tema di "iniuria"*, in *AA.VV. Synteleia Vincenzo Arangio Ruiz 1*, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli 1964, pp. 475-485
- Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006
- Mc Ginn A.J., *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, Oxford 1998
- Mencacci F., «*Sanguis / cruor*». *Designazioni linguistiche e classificazione antropologica del sangue nella cultura romana*, in *MD* 17, 1986, pp. 25-91
- Mentxaka R., *Algunas consideraciones sobre los crimina contra las personas in las Etimologias de Isidoro (5,26)*, in *Mélanges F. Sturm* 1, Liège 1999, pp. 777-788
- Metro A., *La «denegatio actionis»*, Milano 1972
- Miglietta M., *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al "certum dicere" nell'"edictum 'generale' de iniuriis"*, Lecce 2002
- Miglietta M., «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. – Prolegomena I–*, Trento 2010
- Milazzo A., *Iniuria. Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma 2011
- Mitchell P., *On the Legal Effects of Sponsalia*, in *ZSS* 133, 2016, pp. 400-444
- Mommsen Th., *Ad capita duo gelliana (L.IV C. 1.4)*, in *Gesammelte Schriften* 2, Berlin-Dublin-Zürich 1905, pp. 76-89
- Naber J.C., *Observatiunculae de iure Romano*, in *Mnemosyne* 50, 1922, pp. 26-68
- Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, Milano 1980
- Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale nel diritto romano*, Milano 1983
- Orestano R., *La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano 1951

- Orestano R., in *NNDI* 10, s.v. *Marcello Ulpio*, Torino 1957, p. 206
- Pacchioni G., *Actio ex sponsu*, in *AG* 39, 1887, pp. 385-432
- Panerio Oria P., *Ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia 2001
- Paricio J., *La relevancia juridica de unos esponsales. (Notas sobre un 'responsum' de Marcelo recogido en D. 24.3.38)*, in *SDHI* 50, 1984, pp. 493-499
- Parlamento E., «*Servus melancholicus*». I «*vitia animi*» nella giurisprudenza classica, in *RDR* 1, 2001, pp. 325-344
- Pastori F., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961
- Penta M., *La 'viduitas' nella condizione della donna romana*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* 91, 1980, pp. 341-351
- Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928
- Petrocelli C., *Cornelia, la matrona*, in *Roma al femminile*, Bari 1994
- Pietrini S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V Secolo)*, Milano 1996
- Pigeaud J., *La follia nell'antichità classica. La mania e i suoi rimedi* (trad. it dall'ed. Paris 1987), Venezia 1995
- Piro I., *Spose bambine. Risalenza diffusione e rilevanza giuridica in età romana*, Milano 2013
- Polara G., *Marciano e l'elemento soggettivo del reato. Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*, in *BIDR* 77, 1974, pp. 89-138
- Pólay E., *Iniuria Types in roman Law*, Budapest 1986
- Pugliese G., *Studi sull'iniuria*, Milano 1941
- Pugliese G., *Il processo civile romano 2*, Milano 1963
- Pugliese G., in *NNDI* 3, s.v. *cognitio*, Torino 1957, p. 432
- Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991
- Pugliese G., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli 2006
- Puliatti S., *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna* (a cura di C. Cascione- C. Masi Doria), 7, Napoli 2007
- Puliatti S., *La dicotomia tra vir-mulier e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo-imperiali*, in *SDHI* 61, 1995, pp. 471-529
- Puliatti S., *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001
- Quintana Villar M.S., *La fuerza y el consentimiento matrimonial*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito* 3, edd. Patricio-Ignacio Carvajal y Massimo Miglietta, Alessandria 2014
- Raber F., *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz 1969
- Raditsa L.F., *Augustus' Legislation concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in *ANRW* 2.13, 1980, pp. 278-339

- Rage Brocard M., *Rites de mariage. La deductio in domum mariti*, Paris 1934
- Reggi R., *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *Studi Parmensi* 2, 1952, pp. 103-159
- Reinach J., *Puberté féminine et mariage romain*, in *RDH* 34, 1956, pp. 268-273
- Renier E., *Observation sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in *RIDA* 4, 1950, pp. 429-455
- Resina P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid 1996
- Riccobono S., *Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso "quasi". Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D.10,3,14 [Paul. 3 ad Plautium]*, in *Scritti giuridici* 2, Palermo 1964, pp. 461-468
- Rizzelli G., *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR* 28, 1986, pp. 411-441
- Rizzelli G., *La Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997
- Rizzelli G., *Agostino, Ulpiano e Antonino*, in *Studi in Onore di M. Talamanca* 7, Napoli 2002, pp. 69-120
- Rizzelli G., *Il furor di Elio Prisco. Macer 2 iud publ. D.1.18.14*, in *Studi per G. Nicosia* 6, Milano 2007, pp. 495-530
- Rizzelli G., *In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet. (Sen. Contr. 2.7.3). Donne, passioni, violenza*, in *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2011², pp. 149-199
- Rizzelli G., *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto Romano*, Copanello 4-7 giugno 2008, a cura di F. Milazzo, Milano 2014, pp. 145-322
- Rizzelli G., *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani*, Lecce 2014
- Robinson O.F., *Women and the Criminal Law*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia* 8, *Raccolta di scritti in memoria di R. Moschella*, Perugia 1985, pp. 527-560
- Robleda O., *La definizione del matrimonio nel diritto romano*, in *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico*, 13-16 marzo 1979, Roma 1980, pp. 29-43
- Romano A., *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli 1996
- Rotondi G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911
- Rotondi G., *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912 (rist. Hildesheim 1990)
- Sacconi G., *Ricerche sulla stipulatio*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino* 33, Napoli 1989
- Santalucia B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998
- Santalucia B., *Cic. pro Rosc. Am. 3.8. e la scelta dei giudici nelle cause di parricidio*, in *IURA* 50, 1999, pp. 143-151

- Scarano Ussani V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979
- Scarano-Ussani V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987
- Scarano Ussani V., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana tra Nerva e Traiano*, Torino 1989
- Scarcella A.S., *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI* 66, 2000, pp. 148-164
- Schiavone A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, in *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli* 128, Napoli 1971
- Schiavone A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005
- Schulz F., *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 (*Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968)
- Segré A., *Una ipotesi sull'origine della stipulatio*, in *AG* 108, 1932, pp. 179-182
- Simonius P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basilea 1958
- Sitzia F., *Il conservatorismo di Nerazio*, in *Labeo* 29, 1983, pp. 33-44
- Solazzi S., *In tema di divorzio*, in *BIDR* 34, 1915, pp. 1-28
- Solazzi S., *Furor vel dementia*, in *Scritti di Diritto Romano* 2, Napoli 1957, pp. 623-655
- Solazzi S., *I lucidi intervalli del furioso*, in *Scritti di Diritto Romano* 2, Napoli 1957, pp. 545-556
- Solazzi S., *Saggi di critica romanistica. L'età dell'infans*, in *BIDR* 49-50, 1947, pp. 338-409, (= *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1963, pp. 653-657)
- Solazzi S., «*Furiosus vel demens*», in *AG*. 143, 1952, pp. 16-24, (= *Scritti di Diritto Romano* 5, Napoli 1972, pp. 361-369)
- Solazzi S., *La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile*, in *BIDR* 51-52, Milano 1948, pp. 327-351
- Solazzi S., *Le nozze della minorenni*, in *Atti della R. Accad. delle Scienze di Torino* 51, 1916, pp. 749-774 (= *Scritti di diritto romano* 2, Napoli 1957, pp. 147-165)
- Söllner A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln – Wien 1969
- Spagnuolo Vigorita T., *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli 1984
- Spagnuolo Vigorita T., *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli 1992
- Spagnuolo Vigorita T., *Casta domus*, Napoli 2010
- Stiegler H., *Konkubinenkind, «privignus», «parricidium»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 7, Napoli 1984, pp. 3191-3214
- Tafaro S., *Pubes e viripotens nell'esperienza giuridica romana*, Bari 1988
- Tafaro S., *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari 1991
- Talamanca M., *L'origine della «sponsio» e della «stipulatio»*, in *Labeo* 9, 1963, pp. 96-119
- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

- Thomas J.A.C. , *Accusatio adulterii*, in *Iura* 12, 1961, pp. 65-80
- Thesaurus Linguae Latinae* 6.1, s.v. *furor*, Lipsiae, 1912-1927, coll. 1629-1641
- Thesaurus Linguae Latinae* 7.1, s.v. *ignoro*, Lipsiae, 1934-1964 coll. 310-315
- Torres Aguilar M., *El parricidio del pasado al presente de un delito*, Madrid 1991
- Traina A., in *Gaio Valerio Catullo. I Canti*, intr. e note di A. Traina; trad. di E. Mandruzzato, Milano 1996⁹
- Treggiari S., *Roman Marriage. Iusti coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991
- Vacca L., *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW* 2.14, Berlin-New York 1982, pp. 682-721
- Vallar S., *Perseverantia voluntatis e furor*, in *Quaderni Lupiensii* 3, 2013, pp. 147-159
- Venturini C., '*Accusatio adulterii*' e politica costantiniana (per un riesame di *CTh.* 9,7,2), in *SDHI* 54, 1988, pp. 66-109
- Venturini C., *Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii*, in *Crimina et delicta nel tardoantico*, (a cura di F. Lucrezi, G. Mancini), *Atti del seminario di Studi. Teramo 19-20 gennaio 2001*, Milano 2003, pp. 17-37
- Viarengo G., *Studi su Erennio Modestino. Profili Biografici*, Torino 2009
- Viarengo G., *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto*, Torino 2012
- Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* 4.2, s.v. *quasi*, Berlino-New York 1987, coll. 1459-1473
- Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* 5, s.v. *turpis*, Berolini 1934, coll. 1144-1145
- Voci P., *Diritto ereditario romano* 1, Milano 1967
- Voci P., *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio* 1.1, Milano 1969
- Voci P., *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *Studi di diritto romano* 1, Padova 1985
- Voci P., *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA* 31, 1980, pp. 37-100, (= *Studi di diritto romano* 2, Padova 1985, pp. 397-463)
- Volterra E., in *NNDI* 18, s.v. *sponsali (diritto romano)*, Torino 1971, pp. 34-37
- Volterra E., *Nota critica alla L. 27 (28) C. ad L. Jul. De ad.*, in *Scritti Giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 283-290
- Volterra E., *Sul consenso della filia familias agli sponsali*, (= *Scritti Giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 291-303)
- Volterra E., *Ancora sul consenso della «filiafamilias»*, in *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, p. 527-535
- Volterra E., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40, 1932, pp. 87-168 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 339-420)
- Volterra E., *Sul divorzio della liberta*, in *Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento* 3, Palermo 1936, pp. 201-230, (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 499-526)

- Volterra E., *Studio sull'arrha sponsalicia*, in *RISG* 2, 1927, pp. 581-670, (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991)
- Volterra E., *Studio sull'arrha sponsalicia* 2. *L'arrha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in *RISG* 4, 1929, pp. 3-33, (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 93-123)
- Volterra E., *Studio sull'arrha sponsalicia* 3. *L'origine orientale dell'arrha sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, in *RISG* 5 1930, pp. 117-146, in *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pp. 125-215)
- Volterra E., *La conception du mariage d'après les juristes romains*, in *Scritti giuridici* 2, Napoli 1991, pp. 3-68
- Volterra E., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Studi in onore di C.A. Jemolo* 4, Milano 1963, pp. 639-657 (= *Scritti giuridici* 2, Napoli 1951, pp. 491-507)
- Volterra E., *Ancora sulla struttura del matrimonio classico*, in *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pp. 147-153
- Volterra E., *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, in *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pp. 3-107
- Volterra E., *Sul diritto familiare di Ardea nel V secolo a.C.*, in *Studi in Onore di A. Segni* 4, Milano 1967, pp. 657-678, (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pp. 109-127)
- Wacke A., *Sul consenso matrimoniale nel diritto romano*, in *Index* 10, 1981, pp. 331-334
- Watson A., *The Law of Persons in the later Roman Republic*, Oxford 1967
- Wesel U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln 1967
- Wolf J.G., *Causa stipulationis*, Wien 1970
- Zablocka M., *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR* 89, 1986, pp. 379-410
- Zanker P., *Augusto e il potere delle immagini*, Torino 1989
- Zanon G., *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato*, Padova 1998
- Ziliotto P., *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000
- Zülch C., *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, Berlino 2001