

Rapporti familiari e responsabilità nell'esperienza giuridica romana ed attuale

a cura di

Chiara Buzzacchi e Luca Ingallina



Giappichelli

Tutti siamo figli: tutele e responsabilità nei modelli giuridici di derivazione romanistica

di Chiara Buzzacchi

I saggi raccolti nel presente volume hanno l'origine semplice e al tempo stesso non senza audacia di tutte le opere degli studiosi del diritto che si interrogano intorno a un tema dalle prospettive proprie delle rispettive discipline, guidati – una volta assodata la imprescindibilità della specializzazione, da nessuno negata – dalla curiosità di scoprire se dal confronto tra saperi non possano intravedersi percorsi di comprensione, connessioni o nuove domande.

In risposta alla questione che cosa sia da intendersi oggi con il termine “famiglia”, che cosa significhi, giuridicamente parlando, essere genitori, essere figli, oggi in Italia, le pagine che seguono propongono analisi da angoli visuali diversi. Si trovano quindi due saggi di diritto romano (di Luca Ingallina e di Gloria Viarengo), uno di diritto civile (di Elena Depetris), uno di diritto del lavoro (di Marta Giaconi) e uno di procedura civile (di Federico Ferraris).

Nato come generoso scambio di idee in occasione di uno *workshop* tra i succitati amici del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano Bicocca, nessuna ambizione di raggiunta interdisciplinarietà ha caratterizzato la composizione di questo libro e, tuttavia, almeno due risultati importanti sono stati raggiunti. Il primo consiste nell'aver posto un confronto diacronico, cosicché il positivista possa scorgere con interesse quanto loquaci siano le fonti giuridiche antiche e, meglio ancora, quanto fortemente permanga il condizionamento delle stesse sulla impostazione contemporanea di molte questioni; con rinnovata consapevolezza il giusromanista a sua volta rilegge le fonti immerso nel presente. Il secondo risultato sta nel costruire un dialogo tra le diverse branche del diritto contemporaneo, segnate da un lessico tecnico che bene le determina, ma spesso le allontana, così da instaurare un ponte, un collegamento, verso una visione tendenzialmente più olistica del singolo fenomeno giuridico, che miri ad abbracciarlo nella sua complessità.

La cifra raggiunta è quella della pluridisciplinarietà, dell'incontro che mira a sondare sensibilità e tecniche diverse su un tema tanto dibattuto e tanto plurisignificativo quanto quello della famiglia, senza proporre letture definitive. Ne esce

una visione storica, che la distanza temporale permette di semplificare per grandi linee direttrici e insieme una visione contemporanea, la quale, testimoniando la necessità del diritto di riconoscere, recepire, organizzare proficuamente le nuove istanze sociali, siano esse nell'ambito del diritto privato che processuale o giurisdizionalistico, già guarda al futuro.

Tutti siamo figli, ma questo che cosa comporta? I legami parentali, affettivi, amicali che rilevanza hanno dal punto di vista giuridico? Un crogiuolo, in conclusione, di questioni giuridiche aperte, ma è dalla contaminazione tra idee che possono nascere nuovi modelli giuridici.

Questioni di responsabilità e di libertà nei rapporti familiari romani

di Luca Ingallina

Sommario: 1. La libertà nella famiglia: un confronto tra presente e passato. – 2. Legami affettivi e responsabilità. – 2.1. Legami ‘responsabili’. – 2.2. Amore e amicizia. – 2.3. Legami familiari. – 2.3.1. Rapporti pre-familiari e familiari. – 2.3.2. Persone offese ‘qualificate’: l’*iniuria* ‘indiretta’. – 3. La limitazione della libertà matrimoniale. – 3.1. I rimedi processuali contro l’imposizione dei vincoli matrimoniali. – 3.2. Caso e responso. – 3.3. Studio della fattispecie. – 3.4. Inquadramento. – 3.5. Ricostruzione giudiziale. – 3.6. Possibili soluzioni relative alle fattispecie successive al responso di Paolo. – 4. Differenti soluzioni per un principio ‘comune’. – 5. Conclusioni.

1. La libertà nella famiglia: un confronto tra presente e passato

L’ordinamento italiano mostra una particolare sensibilità per i problemi legati alla libera espressione della personalità individuale, pure nell’ambito di convenienze basate essenzialmente su legami di tipo affettivo.

Da un lato occorre garantire gli obblighi derivanti dai vincoli che si vengono a creare nelle diverse formazioni sociali, rimessi al controllo pubblico e agli accordi delle parti¹; dall’altro si manifesta la piena volontà di salvaguardare le singole persone da ogni forma di prevaricazione che possa manifestarsi entro un contesto di individui legati tra loro da rapporti familiari ed affettivi².

¹ Le soluzioni di natura privata-negoziale potrebbero assumere un ruolo essenziale anche in relazione alla fase terminale del rapporto; sul punto si rinvia al contributo di F. FERRARIS, *Rapporti, responsabilità e crisi della famiglia: verso una progressiva gestione “autonoma” del conflitto familiare*, in *Rapporti familiari e responsabilità nell’esperienza giuridica romana e attuale*, ove l’A. offre una sintesi esaustiva sulle possibili alternative.

² Si pensi alle fattispecie della violenza domestica, ‘assistita’ o di ‘genere’; l’impegno si muove anche a livello sovranazionale (vedasi ad es. *Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* dell’11 maggio 2011, la cd. *Convenzione di Istanbul*, ratificata con l. 27 giugno 2013, n. 77) e si è concretizzato ancora di recente con l’introduzione dell’art. 558 bis c.p., rubricato “*Costrizione o induzione al matrimonio*” (cfr. art. 7 l. 19 luglio 2019 n. 69, in vigore dal 9 agosto 2019).

In proposito, rivolgere lo sguardo al mondo romano è opportuno in quanto permette non tanto di astrarre ‘modelli’ da parametrare col sistema giuridico-sociale contemporaneo, bensì di notare la particolare sensibilità di un ordinamento verso i mutamenti sociali in continuo divenire, ‘sensibilità’ che è peraltro rispecchiata dalla tutela processuale.

Il diritto romano è, come noto, casistico e controversiale: le soluzioni giuridiche si sviluppano e vengono modellate caso per caso attraverso l’elaborazione dei giuristi³; essi studiano il mutamento dei costumi e della morale, contribuendo alla ricerca di soluzioni mediante il loro lavoro interpretativo e con una diretta interlocuzione col pretore, al quale suggeriscono soluzioni specifiche per casi nuovi, consentendo lo sviluppo e l’adattamento delle azioni processuali.

In particolare, con l’affermazione della procedura *per formulas*⁴, il pretore, in forza della più incisiva espressione del *ius honorarium*, può modellare schemi processuali in aderenza con le più disparate esigenze⁵.

I tredici secoli di storia giuridico-sociale in cui si articola il diritto romano sono ricostruibili non solo attraverso il pensiero dei giuristi, ma anche mediante lo studio dei documenti della prassi, delle fonti epigrafiche e di quelle letterarie; gli storici e gli annalisti, i commediografi ed i poeti, i retori ed i filosofi, gli eruditi ed i grammatici, che danno un essenziale contributo conoscitivo direttamente legato al mondo del diritto, colorano sovente l’affresco sociale entro il quale si snodano le relative dinamiche giuridiche; questo, come noto, acquista particolare pregnanza in ambito familiare.

2. Legami affettivi e responsabilità

2.1. Legami ‘responsabili’

Già a partire dall’età arcaica, i legami familiari e affettivi determinano conseguenze giuridiche e comportano l’assunzione di ‘responsabilità’ eterogenee, creando un sistema multidirezionale di vincoli sussistenti ‘tra’ i membri della famiglia e che si proiettano dall’esterno verso il nucleo familiare, in quei casi in cui l’ordinamento interviene direttamente sulle relazioni interpersonali.

Ad una responsabilità ‘orizzontale’, che si manifesta in vincoli giuridici ‘tra’ individui – come nel caso della promessa di matrimonio –, se ne aggiunge spesso una, più rilevante, di tipo ‘verticale’, laddove i *mores* impongano comportamenti

³ Cic. *de or.* 1.212.

⁴ Riguardo all’avvicendamento processuale tra *legis actiones* e procedura *per formulas* si veda, per tutti, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, pp. 54-56 e 61.

⁵ Pap. 2 *def.* D. 1.1.7pr.-1.

e forme celebrative particolari, in una commistione tra diritto e religione. Completa questo ‘sistema’ la responsabilità di natura ‘sociale’ che impegna il singolo individuo verso l’intera collettività, la quale preme affinché ci si attenga a prescrizioni di natura consuetudinaria: si tratta appunto di comportamenti reiterati anche nella convinzione di compiacere gli dei; condotte che, se disattese, comporterebbero conseguenze negative sull’intera comunità di appartenenza.

2.2. Amore e amicizia

Anche le situazioni ed i comportamenti che potrebbero apparire confinati nella sfera dell’intimo determinano conseguenze, in quanto esse non sfuggono all’attenzione divina e, quindi, a quella sociale.

La ‘semplice’ relazione d’amore può infatti comportare una responsabilità che potremmo definire sacra e sociale: gli dei possono essere chiamati come testimoni di rapporti d’amicizia⁶ o di un amore fondato su un *foedus* che – sperabilmente eterno – è *sanctae amicitiae*⁷. Disattendere gli impegni assunti davanti alla divinità, o con l’aiuto degli dei⁸, determina così la riprovazione sociale legata al timore dell’ira divina rivolta contro colui che, infrangendo il patto, ha corrotto la pace con gli dei, mettendo in pericolo l’intera comunità.

Per esempio, nel contesto della nota vicenda d’amore tra Catullo e Lesbia, il poeta assegna alla relazione solennità e sacralità, invocando gli dei affinché facciano sì che la ragazza *vere promittat* e di fatto chiamandoli a testimoni; in tal modo il poeta spera di vincolare l’amata anche sulla base del timore di contravvenire ad un impegno che vede la partecipazione degli *di magni*⁹. Quanto a Lesbia si discute sul suo intento, ovvero se abbia o meno le stesse identiche ‘serie’ intenzioni del poeta o, se, al contrario, intenda questa relazione *iocunda*¹⁰. La letteratura in materia è incline a riconoscere già nel suo ‘*proponere*’¹¹ un valore giuridico e sacrale, che, con una sorta di *climax* ascendente, culmina poi nel ‘*vere promittere*’, ovvero una promessa sancita dalla *fides*¹². Al *foedus amicitiae* vie-

⁶ Cat. 30.

⁷ Cat. 109, 6.

⁸ Cic. *de off.* 3.104; Hor. *carmin.* 1.26.10; Cat. 109,3 *Di magni, facite ut vere promittere possit.*

⁹ In 76, 17-26 egli li chiama in soccorso per liberarlo dal tormento d’amore.

¹⁰ Cfr. ad es. Catullo. *Le poesie*, a cura di F. DELLA CORTE, Milano, 2003¹⁰, pp. 219 e 359; in Gaio Valerio Catullo. *Le poesie*, a cura di A. FO, Torino, 2018, pp. 1181-1184, l’Autore precisa che, probabilmente, anche l’intento di Lesbia – almeno così interpreta Catullo – è originariamente orientato ad una relazione seria e duratura.

¹¹ Cat. 109,1: *Iocundum [...] mihi proponis amorem.*

¹² Cfr. Cat. 87; si accoglie l’efficace interpretazione di F. DELLA CORTE, *Due studi catulliani*, Genova, 1951, pp. 228-229; si veda la ricostruzione dottrinarie di Fo, in Gaio Valerio Catullo. *Le poesie*, a cura di A. FO, cit., p. 1182. Il *foedus amicitiae* è un vincolo sacro d’amore, sancito da un

ne infatti legata la *fides*, quindi il patto d'amore è costretto da vincoli religiosi, in quanto il poeta auspica che la sua relazione sia benedetta dalla benevolenza divina.

2.3. Legami familiari

2.3.1. Rapporti pre-familiari e familiari

Stando al messaggio catulliano, è possibile affermare che i vincoli e le responsabilità riguardano persino le fasi embrionali delle relazioni affettive e familiari essi, infatti, coinvolgono gli *sponsi* ed i loro aventi potestà, i coniugi, i loro *adfines* e *cognati*, i sottoposti, gli *adrogati* e gli *adoptati*, nonché i terzi che con questi si relazionino: dalla promessa di matrimonio sino al divorzio atti e gesti producono conseguenze e innescano i più disparati meccanismi processuali di tutela.

Si pensi ad esempio al dovere di adempiere alla promessa di *nuptiae futurae*, posta in essere mediante *sponsio*, prescritta dai *mores ad substantiam* per tutta la fase pre-classica¹³; al dovere di fedeltà da parte della moglie nei confronti del marito¹⁴; all'obbligo per i sottoposti di portare *reverentia* al *paterfamilias*, che su di loro esercita la propria *potestas*¹⁵. Questo potere 'assoluto' progressivamente

giuramento che assorbe entro di sé la componente erotica e quella aulica della vera amicizia; cfr. *Il libro di Catullo. Introduzione testo e commento* di M. Lenchantin de Gubernatis, Torino, 1952, p. 265; Gaio Valerio Catullo. *Le poesie*, a cura di A. FO, cit., p. 1184.

¹³ Cfr., ad es., Varro, *l.L.* 6.70-72; Gell. 4.4.1-4; Ulp. *l.s. de spons.* D. 23.1.2; si vedano *ex multis* le ricostruzioni di E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Scritti giuridici*, 2, Napoli, 1991, pp. 491-507; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1994, p. 2 ss. *passim*; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia. Matrimonio. Dote. Parte seconda*, Roma, 2005, p. 15 ss., in part. pp. 16-58; P. FERRETTI, *Le forme costrittive della libertà matrimoniale tra mos e ius*, in *AUPA*, 61, 2018, pp. 97-122, in part. pp. 99-103.

¹⁴ Tra le plurime fonti a disposizione, ritengo emblematica la testimonianza di Ulpiano, che attesta una particolare prescrizione per il giudice dell'adulterio, tenuto a valutare i comportamenti di entrambi i coniugi; cfr. Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14.5: *Iudex adulterii ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos 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.*

¹⁵ Storicamente riconducibile anche ai noti *ius vendendi* (Tab. 4.2 in *Fira* 1, p. 35; Gai 1.132; Tit. Ulp. 10.1 ed il discusso Dion. Hal. 2.27), *ius vitae necisque* (Dion. Hal. 2.26.4; 2.27.1-2; Liv. 2.41.10; Val. Max. 5.8.2; Gell. 5.19.9), diritto alla *noxae deditio* (Gai. 4.75; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.1.1.11.); *ius tollendi* (Non. p. 848, 13-15 L., ove riporta Varro, *vit. pop. Rom.*; Ov. *trist.* 4.3.46; Plin. *n.b.* 7.2; August. *de civ. Dei* 4.11); sulle conseguenze dell'*expositio*, per tutti si veda Scaev. 23 *dig.* D. 40.4.29; non potendo qui dare conto della consistente letteratura in materia, rinvio alle basi e dunque a F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, 2, Milano, 1956, p. 211 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri del paterfamilias*, in *BIDR*, 72, 1970, p. 356 ss., ora in *Scritti scelti*, 2, Napoli, 2010, p. 669

conosce limitazioni e controlli, a cominciare da quelli dei censori, sino a giungere ad interventi mirati al fine di evitare le più indiscriminate prevaricazioni¹⁶.

2.3.2. Persone offese ‘qualificate’: l’*iniuria* ‘indiretta’

L’appartenenza ad un nucleo familiare assegna ai componenti una particolare condizione, che prevede tra l’altro un’adeguata tutela processuale contro quegli illeciti la cui portata lesiva coinvolga non solo la persona offesa, ma anche i suoi ‘congiunti’¹⁷; secondo alcuni frammenti tratti dai commenti edittali di Paolo e Ulpiano, nei casi di *iniuria* rivolta a soggetti legati tra loro da vincoli po-

ss.; ID., voce *Patria potestas*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 242 ss., ora in *Scritti scelti*, 2, Napoli, 2010, p. 769 ss.; ID., *Idee vecchie e nuove sui poteri del pater familias*, in *Potere Negotia Actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano* (Copanello 12-15 maggio 1982), Napoli, 1984, p. 53 ss., ora in *Scritti scelti*, 2, Napoli, 2010, p. 795 ss.); A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas. I. Dalle origini all’età degli Antonini*, Milano, 1979, *passim*; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Padova, 1979, p. 247 ss.; C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della ‘patria potestas’*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 75 ss.; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980, pp. 37-100, ora in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985, p. 397 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *I limiti spaziali della patria potestas*, in *Labeo*, 29, 1983, p. 164 ss.; Y. THOMAS, «*Vitae necisque potestas*». *Le père, la cité, la mort*, in *Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, 1984, p. 499 ss.; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 51, 1985, pp. 1-72; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte Prima*, Roma, 1994, pp. 123-289, con l’imponente repertorio di fonti e relativi riferimenti dottrinari; A. TORRENT, «*Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*», in *Index*, 35, 2007, pp. 159-174, laddove si occupa dell’importante testimonianza contenuta in D. 48.9.5, Marc. 14 *inst.*; cfr. ancora E. CANTARELLA, *L’ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell’antichità greca e romana*, Milano, 2014, in part. pp. 171-173; ID., *Come uccidere il padre. Genitori e figli da Roma a oggi*, Milano, 2017, p. 23 ss.; si veda ancora la diversa recente prospettiva di M. DE SIMONE, *Studi sulla patria «potestas». Il filius familias «designatus rei publicae civis»*, Torino, 2017; per un corretto inquadramento del rapporto potestativo entro una opportuna visione diacronica si rinvia a G. VIARENGO, *Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma*, nella presente opera.

¹⁶Papiniano (Pap. 11 *quaest.* D. 37.12.5) attesta ad esempio l’intervento dell’Imperatore Traiano contro un padre che, avendo maltrattato il proprio figlio, viene costretto ad emanciparlo: *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adfliciebat, coegit emancipare. Quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est. È di Adriano il provvedimento che condanna alla relegatio in insulam un padre per la brutale modalità con la quale aveva ucciso il proprio figlio, accusato di aver commesso adulterio con la matrigna; cfr. Marc. 14 *inst.* D. 48.9.5: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Va segnalato che la fonte è molto discussa in dottrina, anche con riferimento alla possibilità che la chiusura – *nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere* – sia stata oggetto di interpolazione; sul punto cfr., ad es., C. FAYER, *La familia romana*, 1, cit., pp. 170-171 e in particolare il suo resoconto bibliografico alla nt. 165.*

¹⁷Ad es. Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.3, 5, 8, 9, e Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.24, dedicati alla disciplina dell’*iniuria* commessa in danno di un familiare o anche di una ragazza fidanzata.

testativi, coniugali o di *adfinitas*, il pretore riconosce a più persone una legittimazione processuale attiva *ad iniuriarum actionem*, prevedendo che ognuno – stando ad una possibile interpretazione¹⁸ – possa chiedere il *iudicium* autonomamente, senza peraltro che le azioni si consumino reciprocamente. In proposito, proprio con riferimento al tema in esame, alcune fonti confermano il ruolo predominante del *pater* e degli interessi di cui è portatore: allorché un suo sottoposto subisca un'*iniuria*, l'avente potestà può non solo chiedere l'azione in quanto 'indirettamente' leso dall'illecito¹⁹, ma ottenere anche un'ulteriore tutela in difesa del *filius familias*²⁰, al quale residua la possibilità di agire processualmente solo in ipotesi 'eccezionali', in via alternativa rispetto al proprio *pater*, allorché quest'ultimo, ad esempio, non possa o non sia nelle condizioni di farlo²¹. Nel caso particolare dell'*iniuria*, il bene giuridico tutelato può riguardare anche la sfera morale e dell'intimo; si tratta di valori fortemente legati alla persona e le regole che presiedono alla legittimazione attiva processuale assecondano il particolare disvalore soggettivo dell'illecito. Qualora l'avente potestà non voglia intentare l'azione o intenda rinviarla o perdoni l'ingiuria, il figlio dovrà tuttavia sottostare, anche in questo caso, al volere paterno²². Nel caso di una donna che sia già sposata, ma ancora sottoposta, la legittimazione processuale riconosciuta al marito non esclude l'ulteriore azione del *paterfamilias*, questa volta a difesa esclusiva del proprio *honor*, in quanto alla difesa dell'onorabilità e della *pudicitia* della *filiafamilias-uxor* penserà invece il marito²³. Sul punto, nel commento

¹⁸ Sul punto, si trova qualche approfondimento anche in un mio recente contributo, L. INGALLINA, *Riflessioni in tema di iniuria alla sponsa*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 9, 2019, pp. 243-292, in part. pp. 266-276 e 283-292.

¹⁹ Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.3,9; cfr. Gai 3.221 e, in prospettiva diacronica, I. 4.4.2.

²⁰ Ad es. Nerat. 5 *membr.* D. 47.10.41.

²¹ Ad esempio, se assente o in stato di *furor*; cfr. Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.10-11: il pretore concede l'azione al *filius familias* sottoposto, qualora l'assenza riguardi anche il *procurator*, che agisca a nome del *pater familias*. In Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.13, Ulpiano descrive un'eccezione alla regola: la legittimazione *ad iniuriarum actionem* spetta direttamente al *filius familias* offeso, anche qualora emerga una significativa diversità di indole tra padre e figlio: il primo *vilis* o *abiectus*, il secondo *honestus*. Il giurista esemplifica con precisione l'ipotesi di un *pater* a cui sia stato affiancato un *curator*. Stando a Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.14, la legittimazione viene invece trasferita al *filius familias* qualora il *pater* si assenti successivamente alla *litis contestatio*, previa *causae cognitio*, o anche nel caso in cui sia intervenuta l'*emancipatio*.

²² Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.12. In tema cfr. la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Leipzig, 1889 (rist. Roma, 2000), coll. 775-777, fr. 1362-1365, relativa al commento ulpiano sulla clausola edittale '*si ei qui in alterius potestate erit*'; cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, § 196.

²³ Paul. 55 *ad ed.* D. 47.10.18.2; oppure, stando a quanto si legge in Ulp. [77] <57> *ad ed.* D. 47.10.15.24, agirà il fidanzato di costei, verosimilmente nella particolare ipotesi di condotte che integrino un caso di *ademptata pudicitia*; si veda la ricostruzione di O. LENEL, *Pal.* 2, cit., coll. 772-773, fr. 1352; ID., *Das edictum*, cit., § 192; cfr. ancora Paul. 50 *ad ed.* D. 47.10.2.

edittale ulpiano, si può notare una divergenza laddove il giurista riporta il pensiero di Nerazio, giurista di età precedente, il quale, in caso di *inturia* recata in danno di una *filiafamilias-uxor*, sembra riconoscere a tre soggetti distinti la legittimazione *ad iniuriarum actionem*: al marito, al padre ed alla donna stessa²⁴; in ogni caso viene garantita la tutela al *paterfamilias*²⁵. Emerge qui la questione del bene giuridico tutelato; il *paterfamilias* è portatore di interessi personali, altresì legati all'onorabilità del nome e della famiglia e lo stesso potrebbe dirsi per il marito della donna. Maggiormente connessa alla sfera personale dell'intimo appare la tutela garantita alla donna, che è direttamente offesa dall'illecito.

3. La limitazione della libertà matrimoniale

L'espressione della *patria potestas* comporta una significativa ingerenza negli aspetti più personali della vita dei sottoposti²⁶.

La compressione della libertà dei figli si interseca necessariamente con il tema della responsabilità, quando gli impegni che il *paterfamilias* assume con 'altri' sono in grado di limitare la sfera decisionale dei suoi sottoposti.

La prassi di imporre le relazioni matrimoniali caratterizza un lungo arco temporale; anche in epoca romana preclassica²⁷ i padri di famiglia spesso impegnavano i propri sottoposti ad un matrimonio da questi non voluto, assumendo in prima persona un vincolo giuridico che, per poter essere adempiuto, giustificava il più incisivo esercizio della *potestas*; i figli, infatti, nel timore delle punizioni paterne, soggiacevano al volere dell'avente potestà, a scapito dei loro reali *desiderata*²⁸.

²⁴ Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.1.9; sembrano accogliere pacificamente questa triplice legittimazione ad esempio V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, pp. 44-45; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, 2. *Sponsalia Matrimonio Dote*, Roma, 2005, p. 177; M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, Madrid, 2005, p. 93; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2014, pp. 347-351; il tema meriterebbe un autonomo approfondimento.

²⁵ Gai. 3.221; I. 4.4.2: da entrambe le fonti si evince ancora una doppia legittimazione riconosciuta in beneficio dell'avente potestà, che agisce anche a nome della figlia, congiuntamente al di lei marito che, al contrario, sembra agire a tutela di sé stesso.

²⁶ La necessaria prospettiva diacronica richiede qui un lavoro di sintesi che deve dare conto di un'evoluzione avvenuta nel corso di secoli; la presente trattazione non può pertanto spingersi al di là di rapidi cenni.

²⁷ La questione della periodizzazione relativa ai diversi regimi del fidanzamento è molto discussa in dottrina; non è possibile definire termini cronologici assolutamente precisi; si vedano le discussioni della letteratura: *ex multis* E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., pp. 491-507; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 3 ss.; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., pp. 16-58 *passim*.

²⁸ Cfr. anche E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano,

Qualora fossero *sui iuris*, i futuri nubendi si impegnavano direttamente e reciprocamente; le donne, anche se l'impegno nuziale rientrava tra gli atti molto personali, necessitavano dell'intervento del tutore, in quanto vi sarebbero state conseguenze significative sul piano patrimoniale; tali promesse, anche se prestate in prima persona, senza ingerenza paterna, erano comunque idonee ad incidere sulla libera espressione della volontà e del consenso matrimoniali.

In una prima fase, la promessa di matrimonio²⁹ ha probabilmente una valen-

1996, p. 58; EAD., *L'ambiguo malanno*, cit., pp. 174-176; sul tema generale, offre un'efficace descrizione EAD., *Non sei più mio padre. Il conflitto tra genitori e figli nel mondo antico*, Milano, 2018.

²⁹ In dottrina, la letteratura in materia di *sponsalia* è molto consistente; ad es., tra i numerosi lavori di Volterra dedicati al tema del fidanzamento, si vedano E. VOLTERRA, *Sul consenso della filia familias agli sponsali*, Roma, 1929 (ora in *Scritti giuridici*, 1, Napoli 1991, pp. 291-303); ID., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR*, 40, 1932, pp. 87-168 (ora in *Scritti giuridici*, 1, Napoli, 1991, pp. 339-420); ID., *Ancora sul consenso della "filiafamilias"*, in *RISG*, 10, 1935, p. 3 ss. (ora in *Scritti giuridici*, 1, Napoli, 1991, pp. 527-535); ID., *Lezioni di diritto romano*, Bologna, 1946, pp. 445-457; cfr., inoltre J. GAUDEMET, *La conclusion des fiançailles à Rome à l'époque pré-classique*, in *RIDA*, 1, 1948, pp. 79-94; B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR*, 65, 1962, pp. 114-115 (ora in *Scritti giuridici*, 3, Milano, 1965, pp. 257-281); E. VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Roma, 1946, pp. 120-185; ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., pp. 491-507); ID., *Sul diritto familiare di Ardea nel V secolo a.C.*, in *Studi A. Segni*, 4, Milano, 1967, pp. 657-678 (ora in *Scritti giuridici*, 3, Napoli, 1991, pp. 109-127); R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, in *Studi E. Volterra*, 4, Milano, 1971, pp. 671-694; E. VOLTERRA, voce *Sponsali (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 18, Torino, 1971, pp. 34-37; C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios Y. Iglesias*, 3, Madrid, 1988, pp. 1165-1178 (ora in *Scritti scelti di diritto romano*, Genova, 2002, pp. 485-498); R. ASTOLFI, *Varrone, i Comici e il fidanzamento arcaico*, in *SDHI*, 55, 1989, pp. 392-394; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1989; M. BALESTRI FUMAGALLI, voce '*Sponsali (Diritto romano)*', in *Enc. dir.*, 43, Milano, 1990, pp. 500-507; B. ALBANESE, *Sponsio anulo exiliente*, in *AUPA*, 41, 1991, pp. 5-16; B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano VIII. «Verbis obligatio e sponsalia in Varrone»*, in *AUPA*, 42, 1992, pp. 134-167 (ora in *Scritti giuridici*, 3, Torino, 2006, pp. 170-203); R. ASTOLFI, *Esegesi e tradizione di D. 45.1.97.2*, in *ZSS*, 111, 1994, pp. 444-448; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano* (1994), cit. (che amplia ed approfondisce la trattazione della materia svolta nell'edizione del 1989); P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000; A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI*, 66, 2000, pp. 148-164; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002²; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nella politica matrimoniale di Costantino*, in *Diritto@Storia*, 2, marzo 2003; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 15 ss.; 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, pp. 95-116; in particolare, per l'interpretazione di Varrone è essenziale U. BARTOCCI, '*Spondebatur pecunia aut filia'*. Funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo, Torino, 2012; si vedano ancora I. PIRO, *Spose bambine. Risalenza diffusione e rilevanza giuridica in età romana*, Milano, 2013; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit.; C. CASCIONE, *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, in F. MILAZZO (a cura di), *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, Mila-

za meramente sacrale; si tratta infatti di un impegno che viene assunto dinanzi agli dei e che, comunque, avendo intrinseco un significato ultraterreno, richiama l'attenzione dell'intera comunità che, timorosa di corrompere i rapporti col divino, vigila sul relativo adempimento. Il giuramento crea il vincolo religioso e impegna chi, direttamente, lo assume³⁰, subendo l'ira divina nel caso non ottemperi a questo patto sacro³¹.

Successivamente, gli antichi costumi, conformemente al volere divino, per attribuire maggiore solidità alla promessa e maggiori garanzie ai promissari, impongono un requisito di forma per la validità stessa della promessa di matrimonio: da ora e per lungo tempo – probabilmente almeno sino al I sec. a.C. – gli *sponsalia* si pongono in essere con un solenne e formale scambio di impegni, assunti mediante *sponsio*³². Anche nel caso del 'fidanzamento' si tratta di una domanda rivolta dal promissario al promittente ed alla quale quest'ultimo deve rispondere in modo congruo e contestuale³³. Ricaviamo queste informazioni so-

no, 2014, pp. 23-94; M. CASOLA, *L'età del fidanzamento secondo Modestino*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014; F. LAMBERTI, *La familia romana e suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, in part. pp. 91-102; E. CANTARELLA, *Come uccidere il padre*, cit., pp. 40-41; qualche spunto in un mio contributo, L. INGALLINA, *Profili di responsabilità nel fidanzamento romano. Rilevanza e manifestazione del "consensus"*, in *Rivista di Diritto Romano. Periodico di storia del diritto romano, dei diritti antichi e della tradizione romanistica medievale e moderna*, XVI-XVII, n.s. I-II, 2016-2017, www.ledonline.it/rivistadirittoromano/; P. FERRETTI, *Le forme costrittive*, cit., pp. 97-122.

³⁰ Plaut. *cist.* 98 ss., ove si nota l'impiego del verbo *iurare*; in particolare il *locus* evidenzia un problema significativo: c'è un giuramento effettuato dal futuro sposo rivolto alla madre della ragazza ed al cospetto divino, contrapposto però all'esercizio della *potestas* paterna che si impone per un altro matrimonio. La fonte è preziosa poiché comprova la rilevanza religiosa di un evento che riguarda la sfera dell'intimo e attesta la compressione di scelte individuali per intervento dell'avente potestà e di altri parenti.

³¹ Plaut. *trin.* 502, 571-576; *aul.* 255-264, ove viene esplicitato anche lo schema della *sponsio* ed ove si allude alla possibilità di una tutela processuale; sul punto cfr. R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 6.

³² Sul rapporto tra *mos* e *ius* in relazione alla libertà matrimoniale si vedano per tutti R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 15; P. FERRETTI, *Le forme costrittive*, pp. 99 e 103 s.

³³ Si ammette tuttavia l'ipotesi di fidanzamenti contratti 'a distanza', anche mediante l'invio di un *nuntius*, ovvero un messaggero che rechi la volontà di contrarre fidanzamento. L'ipotesi è però attestata da un frammento di età severiana tratto dal commento di Ulpiano all'Editto (Ulp. 6 *ad ed.* D. 23.1.18: *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* – trad: "quando si contraggono gli *sponsalia*, non è rilevante se questo avvenga personalmente (al cospetto o tramite un messaggero, oppure per mezzo di una lettera) o per il tramite di un altro: e nella maggior parte dei casi le condizioni di fidanzamento sono stabilite per interposta persona". Probabilmente Ulpiano si riferisce alla fase classica, quando gli *sponsalia* verranno 'celebrati' in assenza di forma *ad substantiam* e quindi senza necessità di una *sponsio*; mi occupo del passo del giurista di Tiro in L. INGALLINA, *Profili di responsabilità*, cit., *passim*.

prattutto da Varrone³⁴ e da Gellio³⁵, i quali, unitamente a quanto si legge in al-

³⁴ I.L. 6-70-71: *hoc Naevius significat cum ait 'consponsi'. Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa: appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsu rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quae erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis. Qui sponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat: non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus: nam ut in comoediis vides dici: Sponden tuam gnatam filio uxorem meo? Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis stauerat finem* (trad. it. tratta da *Opere di Marco Terenzio Varrone*, a cura di A. TRAGLIA, Torino, 1974 (rist. 1992), p. 221: «questo vuol dire Nevio quando parla di consponsi. Si prometteva danaro o una figlia in matrimonio: la somma di danaro e la ragazza che era stata promessa per le nozze si chiamava sponsa (promessa); il danaro che a seguito del compromesso era da una parte e dall'altra richiesto in caso di rottura del contratto, si chiamava sponsio (deposito a garanzia); il giovane a cui la ragazza era stata promessa si chiamava sponsus (fidanzato); il giorno in cui veniva fatto il compromesso era chiamato sponsalis (giorno del fidanzamento). Colui che aveva promesso la figlia si diceva despondisse (che l'aveva promessa allontanandola da sé), in quanto era uscito de sponte, cioè de voluntate (dalla potestà) su di lei: anche se non avesse più voluto, avrebbe dovuto darla lo stesso, poiché era legato da una promessa formale. Infatti tu vedi che si dice come nelle commedie: – prometti tu tua figlia in sposa al figlio mio? – Ciò era considerato a quei tempi una norma fissata dal diritto pretorio, a supplemento della legge, e una decisione dei censori conforme a equità. Così si dice anche despondisse animum (essere abbattuto), proprio come despondisse filiam, per aver rinunciato al potere della propria volontà». Il passo di Varrone ha suscitato moltissime discussioni in dottrina, dando luogo a molteplici interpretazioni, ben ricostruite e ulteriormente poste ad un vaglio critico da U. BARTOCCI, 'Spondebatur pecunia aut filia', cit., in part. pp. 25-75.

³⁵ 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 uxorem 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* (trad. it. tratta da *Le notti Attiche di Aulo Gellio*, a cura di G. BERNARDI-PERINI, 1, Torino, 1992, p. 417: «nella regione d'Italia chiamata Lazio gli sponsali si facevano secondo questa consuetudine e queste norme di diritto, riferite da Servio Sulpicio nel libro da lui scritto *Sulle doti*: "chi era in procinto di prendere moglie esigeva, dalla persona da cui doveva riceverla, la stipulazione dell'impegno che gli sarebbe stata data in matrimonio; e il futuro marito forniva analoga promessa o 'sponsione'. Questo contratto di stipulazioni e sponsioni era detto 'gli sponsali'; e a questo punto colei che era stata promessa si chiamava 'sposa', e chi aveva promesso di prenderla 'sposo'. Ma se dopo queste stipulazioni la donna non veniva più data o presa in moglie lo stipulatore intendeva causa 'in base alla sponsione' e i giudici avviavano l'istruttoria. Un giudice appurava i motivi del rifiuto di dare o prendere moglie; se non emergeva una giusta causa, faceva la stima pecuniaria della controversia, e per l'ammontare dell'interesse derivante da quel rifiuto condannava lo sponsore nei confronti dello stipulatore». Dice Servio che queste norme giuridiche sugli sponsali furono in vigore sino al tempo in cui fu concessa la cittadinanza a tutto il Lazio in seguito alla Legge Giulia. Lo stesso scrive Nerazio nel suo libro *Sulle nozze*). In realtà, come si legge nella fonte, attraverso le parole dell'autore delle *Notti Attiche*

tre fonti letterarie³⁶ ed in frammenti giuridici³⁷, contribuiscono a tracciare le linee di un vero e proprio 'schema giuridico': alla promessa del *pater* della fanciulla poteva seguirne un'altra, simmetrica, da parte di chi aveva potestà sul giovane pretendente, qualora quest'ultimo fosse stato ancora sottoposto al *pater*³⁸; di certo non si trattava di obbligazioni corrispettive, bensì di promesse reciproche. In caso di inadempimento l'uomo che non avesse sposato la donna e il *pater* che non l'avesse concessa in sposa avrebbero subito l'*actio ex sponsu*, che aveva lo scopo non certo di determinare la formazione (coatta) del matrimonio³⁹, bensì quello "di ottenere una somma di denaro a titolo di indennità"⁴⁰. Sempre sulla base della lettura congiunta delle fonti letterarie e giuridiche⁴¹, in dottrina, si è ragionevolmente ipotizzato che alla *sponsio* di fidanzamento se ne potesse affiancare un'altra, a garanzia della precedente, mediante la quale si sarebbe promessa una somma determinata di denaro proprio per l'ipotesi in cui il conseguente matrimonio non fosse poi stato celebrato⁴². Con la prima *sponsio* quindi il *pater familias* prometteva in sposa la propria figlia, *rectius* si obbligava a prestare il proprio consenso al matrimonio della sottoposta⁴³; con la seconda pro-

leggiamo il pensiero di Servio Sulpicio Rufo, giurista repubblicano che opera nel I sec. a.C. e che si occupa di fidanzamento nella sua monografia dedicata al tema della dote; chiude il lungo passo di Gellio il riferimento ulteriore a Nerazio, giurista di età adrianea.

³⁶ Plaut. *aul.* 255-264; *Poen.* 1156; *trin.* 1156-1163; Plut. *Cato min.* 7; Arnob. *adv. nat.* 4.20; Serv. *ad Aen.* 10.79; Isid. *orig.* 9.7.3-4; si veda R. ASTOLFI, *il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 33.

³⁷ Ad. es. Ulp. *l.s. de spons.* D. 23.1.2: *sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*; trad.: «gli sponsalia sono detti dal promettere mediante sponsio: infatti fu proprio degli antichi costumi stipulare e farsi promettere a sé le mogli future».

³⁸ Di questo ci informa Servio Sulpicio Rufo (Gell. 4.4.1-4).

³⁹ Come invece sembra sostenere HUSCHKE, *Kritische Miscellen*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 10, 1968, p. 315-342, in particolare: 2. *Varro de L.L.* 6,5 §§ 70.71., p. 327-342, in part. p. 336.

⁴⁰ E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 505.

⁴¹ Per es. Varro, *l.L.* 6.70-71 e Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134pr.

⁴² Varro, *l.L.* 6.70-72; Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134pr.; C. FAYER (*La familia romana*, 2, cit., p. 27 ss.), ricostruisce le posizioni della dottrina sull'interpretazione dell'espressione varroniana (*l.L.* 6.70-71) '*spondebatur pecunia aut filia*'; sul punto già R. ASTOLFI, *il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 24 ss. e 38, con ampio approfondimento comprensivo degli studi di B. ALBANESE, *Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*, cit., p. 147 ss., in part. p. 151; sul punto si rinvia all'esautistica trattazione di U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit.; si accoglie qui in particolare il pensiero di A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, pp. 11-18, in part. pp. 12-13: l'introduzione della *stipulatio poenae* sarebbe avvenuta in un tempo successivo ed avrebbe garantito una più efficace tutela processuale sottratta all'onere della ponderazione del pregiudizio subito ed al rischio conseguente di una valutazione troppo esigua del danno sofferto dal promissario deluso.

⁴³ E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 504.

metteva una somma determinata di denaro nel caso in cui il matrimonio non venisse celebrato per una ragione imputabile al promittente o alla di lui figlia. La tutela inizialmente prevedeva l'intervento dei censori, che irrogavano la nota censoria con la quale stigmatizzavano il comportamento di chi non avesse adempiuto alla promessa di matrimonio; successivamente venne elaborata anche una tutela processuale, in base alla quale l'attore – promissario deluso – agiva per ottenere il risarcimento del danno subito per la mancata celebrazione delle nozze o il pagamento della somma di denaro promessa per il caso in cui le nozze non fossero state celebrate⁴⁴. Secondo una possibile interpretazione, chi aveva ricevuto la promessa di matrimonio, accompagnata da una stipulazione di garanzia, poteva sia agire per ottenere la quantificazione del pregiudizio sofferto per la mancata celebrazione, sia chiedere processualmente la somma certa e determinata, promessa sotto condizione sospensiva, che appunto veniva in essere se le nozze non si celebravano.

Per un certo periodo è possibile ipotizzare che, accanto al giudizio dei censori, preposti alla custodia dei costumi, si affianchi una tutela processuale della *sponsio* di fidanzamento, con una sorta di duplicazione del giudizio⁴⁵: 'morale' e che culminava con la nota censoria, nonché civile, che comportava la condanna al pagamento di una somma di denaro, finalizzata ad appagare l'interesse del singolo alla riparazione del torto subito.

È presumibile che il *pater*, pagando previamente la *summa stipulationis*, aves-

⁴⁴ Gell. 4.4.1: *qui stipulabatur ex sponsu agebat* [...] (trad.: «chi si era fatto promettere agiva sulla base della promessa»). È plausibile pensare che, inizialmente, si potesse ricorrere ad una *legis actio sacramento in personam*; successivamente il rimedio più idoneo era probabilmente costituito dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Tab. 2.1 b, Gai. 4.17a, 4.20) e, dopo la soppressione della *legis actio per conditionem* ad opera della *lex Aebutia*, si otteneva, nell'ambito della sopraggiunta procedura formulare, una tutela mediante l'*actio certi ex stipulatu* e, probabilmente con la più agevole *condictio certae creditae pecuniae*; per la datazione, l'avvicendamento e la ricostruzione si veda, ad es., B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, pp. 100-114; questa tematica è stata oggetto di discussione, richiamata da C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 35 nt. 57 (ed è meritevole di una trattazione autonoma). Le fonti relative alla stipulazione penale a garanzia della promessa di matrimonio sono scarse e di difficile interpretazione; ad es. Varro, *l.l.* 6.70-71; si veda la ricostruzione di U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit., in part. pp. 25-75.

⁴⁵ Con la precisazione per cui, in un primo tempo, probabilmente, l'unica tutela offerta avverso l'inadempimento della promessa di matrimonio era costituita dalla *nota censoria*, che veniva irrogata dai magistrati senza giurisdizione (*contra* ad es. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, cit., p. 163, il quale nega che in una fase iniziale vi fosse competenza esclusiva del censore); in un secondo momento al giudizio equitativo dei censori si affianca la giurisdizione pretoria. La questione è ampiamente dibattuta mediante un'attenta analisi del passo di Varrone, in particolare (*l.l.* 6.70-71), da parte di R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 1-31; sul punto devono segnalarsi le nuove prospettive esegetiche svolte da U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit.; si veda anche C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., pp. 53-54.

se la possibilità di acquistare il proprio 'diritto al recesso' dalla promessa di matrimonio della figlia⁴⁶.

Così dunque si delinea un sistema di responsabilità che fa capo al *pater familias* in quanto soggetto promittente: se il matrimonio non avviene poiché il padre, al momento della celebrazione delle nozze, non conferma il proprio consenso, egli risponderà processualmente per inadempimento 'a titolo doloso'; ma costui risponderà altresì nell'ipotesi in cui la celebrazione non avvenga in conseguenza di un fatto che dipende dal comportamento del sottoposto, il quale, in un momento successivo alla promessa paterna, opponga il suo rifiuto.

Operando una semplificazione, è comunque da escludere che la *sponsio* di fidanzamento posta in essere dal *pater* configuri una peculiare *species* di 'promessa dell'atto-fatto del terzo'⁴⁷, poiché ciò che costituisce oggetto della *sponsio* del *pater* è il '*dare in matrimonium*' la *filia*, prestando il proprio consenso alle nozze; in ogni caso la responsabilità per inadempimento è imputabile al promittente, in quanto 'avente potestà' ed in quanto colpevole di non avere fatto in modo che anche la *filia* prestasse il proprio consenso al matrimonio. Detto in altri termini, l'imperanza del sottoposto che abbia determinato l'inadempimento del *pater* deve ascriversi ad una presumibile *culpa in educando* dell'avente potestà, ovvero ad una sua incapacità a contenere il temperamento della figlia. L'autorità paterna e la sua manifestazione del *consensus* non sono infatti sufficienti per la validità del matrimonio, per cui è necessaria anche la volontà della *filia*, sebbene manifestata da quest'ultima *obtorto collo*; infatti il rifiuto da parte della ragazza avrebbe comunque impedito la celebrazione delle *nuptiae*⁴⁸ ed avrebbe reso il *pater* di costei 'inadempiente', esponendo di conseguenza la sottoposta all'ira paterna, rivolta contro la fanciulla e mascherata entro l'esercizio del *ius corrigendi*.

Alla luce di quanto sopra, è evidente che la rilevanza del *consensus* dei 'fidanzandi', ovvero dei diretti interessati alla relazione matrimoniale, costituisce un aspetto nevralgico: le fonti attestano in proposito conflitti e contrasti familiari relativi ai vincoli matrimoniali imposti e, solo col tempo, i giuristi si occuperanno del *consensus* dei futuri sposi⁴⁹. D'altra parte, ciò trova comprensione

⁴⁶R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 19-20; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 54.

⁴⁷Quint. Muc. *l.s. ὄρον*. D. 50.17.73.4; ma si vedano E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., pp. 502-503; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 40 e la ricostruzione di U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit., p. 58.

⁴⁸E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 504.

⁴⁹Livio (4.9) riporta l'episodio di Ardea, avvenuto nel contesto della guerra tra Volsci e Romani, che narra di due giovani contendenti, di opposto ceto sociale, che 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

poiché è il problema generale del consenso ad affiorare relativamente tardi, allorché, mutata la situazione sociale e le conseguenti tutele pretorie, il pretore inizia ad offrire una tutela giurisdizionale a schemi negoziali sconosciuti al *ius civile* ed entro i quali l'elemento emergente è appunto il consenso; questo avvenne, come noto, contestualmente al progressivo allontanamento dall'antico formalismo⁵⁰.

Si ipotizza che la promessa di matrimonio effettuata mediante *sponsio* sia stata operativa sino al I sec. a.C.⁵¹ e che poi, a poco a poco, sia caduta in progressiva desuetudine, primariamente per ragioni di carattere giuridico-proces-

del futuro sposo prevalse su quella dei tutori per effetto di una decisione giudiziale, che assegnò la ragione alla genitrice a scapito dei tutori e, comunque, della volontà della ragazza. I tutori si ribellarono contro la decisione giudiziale dando luogo ad una lotta di classe. Circa sette secoli dopo, una costituzione degli imperatori Settimio Severo e Caracalla del 199 d.C. (*Impp. Severus et Antoninus AA. Potito C. 5.4.1* (a. 199): *cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est*; trad: "dal momento che è richiesto riguardo alle nozze della fanciulla e poiché non si raggiunge l'accordo tra il tutore, la madre ed i parenti a proposito della scelta del futuro marito, si ritiene necessaria la decisione del governatore della provincia") testimonia nuovamente una disputa tra madre, tutori e parenti di una ragazza, con riferimento alla scelta del futuro marito e sancisce la necessità che intervenga l'autorità pubblica al fine di dirimere il contrasto. Tuttavia, è altrettanto vero che nel XXIII libro del Digesto, dei diciotto passi raccolti sotto la rubrica *De sponsalibus*, almeno dieci riguardano il tema del *consensus* e della rilevanza di quello dei futuri sposi: Ulp. 35 *ad Sab.* D. 23.1.4; Pomp. 16 *ad Sab.* D. 23.1.5; Ulp. 36 *ad Sab.* D. 23.1.6; Paul. 35 *ad ed.* D. 23.1.7; Ulp. 3 *disp.* D. 23.1.10; Iul. 16 *dig.* D. 23.1.11; Ulp. *l.s. de spons.* D. 23.1.12; Paul. 5 *ad ed.* D. 23.1.13; Ulp. 6 *ad ed.* D. 23.1.18; quattro di questi (D. 23.1.6; D. 23.1.10; D. 23.1.11; D. 23.1.12) toccano in particolare la rilevanza del *consensus* della fanciulla. Sul tema generale si vedano *ex multis* E. VOLTERRA, *Sul consenso della filia familias agli sponsali*, cit.; ID., *Ancora sul consenso della "filia-familias"*, cit.; ID., *Lezioni di diritto romano*, cit., pp. 360-361 e 369-370; ID., *Sul diritto familiare di Ardea*, cit., p. 671; ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 503; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma, 1972, p. 8; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987, p. 102; ID., «*Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*», cit., pp. 170-203, in part. pp. 177-178 e 195; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 11-12, 22, 23 nt. 36, 27, 31-32, 40-41 *et passim*, relativamente alla tutela processuale, p. 8; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., pp. 31, 45 e 50-51; diffusamente U. BARTOCCI, 'Spondebatur pecunia aut filia', cit., in part. pp. 46-75; in particolare, sugli aspetti processuali, già G. PACCHIONI, *Actio ex sponsu*, in *AG*, 39, 1887, pp. 385-432, in part. p. 402; A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR*, 16, 1904, pp. 206-289, specialmente p. 247; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 153; C. FAYER, *La famiglia romana*, 2, cit., pp. 54 e nt. 132; 70-86.

⁵⁰ Si veda, per tutti, C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, in part. pp. 1-46, 161-213 e 399-484.

⁵¹ Il problema della datazione del processo di desuetudine della *sponsio* è complesso e discusso dalla dottrina, in *primis* P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. 1. *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, p. 308; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 153; per B. ALBANESE, *Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*, cit., p. 134 ss., ai tempi di Varrone sarebbe ancora in uso il regime descritto da Servio; approfondite sono le disamine di R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 8-31 *et passim* e di C. FAYER, *La famiglia romana*, 2, cit., p. 36; si rinvia ancora a P. FERRETTI, *Le forme costrittive*, cit., p. 101.

suale, legate a loro volta ad un vero e proprio cambio di mentalità sociale.

Le fonti a disposizione permettono di intravedere una lenta formazione evolutiva; in età classica i giuristi si interrogano sulla rilevanza del consenso dei diretti interessati; in particolare Giuliano⁵², in età adrianea, affronta la questione del consenso della *filiafamilias*: è necessario che quest'ultima acconsenta al proprio matrimonio; nell'età dei Severi, Paolo⁵³, richiamando il pensiero di Giuliano, indica la necessità che la figlia concordi relativamente alle proprie nozze; Ulpiano⁵⁴ attesta una presunzione di consenso laddove la *filiafamilias* non avesse dissentito apertamente sulla scelta del padre⁵⁵.

3.1. I rimedi processuali contro l'imposizione dei vincoli matrimoniali

Un frammento inserito nel XLV libro del Digesto⁵⁶ e tratto dai *libri responsorum* di Paolo⁵⁷, più che costituire un punto di svolta, sembra rappresentare un approdo relativo al nuovo modo di pensare il vincolo matrimoniale.

⁵² Iul. 16 *dig.* D. 23.1.11.

⁵³ Paul. 35 *ad ed.* D. 23.1.1.7.

⁵⁴ Ulp. *l.s. de spons.* D. 23.1.12pr.

⁵⁵ E. VOLTERRA, *Sul consenso della «filiafamilias» agli sponsali*, in *Scritti giuridici*, 1, Napoli, 1990, pp. 291-303, in part. p. 294; P. VOCI, *Storia della «patria potestas» da Augusto a Diocleziano*, in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985, p. 397 ss., in part. p. 404 ss.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 71 ss.; M.V. BRAMANTE, 'Patres', 'filii' e 'filiae' nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro, in AA.VV., *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI, Milano, 2007, p. 95 ss., in part. p. 110 ss.; S. CASTÁN, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República*, in *RidRom*, 7, 2011, pp. 367-423; F. LAMBERTI, *La famiglia romana*, cit., p. 97 e nt. 18.

⁵⁶ Nel Titolo I, rubricato "De verborum obligationibus".

⁵⁷ Quindi già di età severiana. Si veda la ricostruzione palinogenetica, O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, 1, Leipzig, 1889 (rist. Roma, 2000), col. 1248, fr. 1577, ove il frammento è incluso nella rubrica *De stipulationibus et solutionibus*. Sul passo A. SÖLLNER (*Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, 1969, pp. 123-127), che si sofferma sulla libertà matrimoniale, offrendo altresì una comparazione con una costituzione dell'imperatore Alessandro Severo del 223 d.C. (*Imp. Alexander Severus AA. Menophilo C. 8.38.2 (a. 223)*); cfr. P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio*, 1.1, Milano, 1969, pp. 173-174, che si occupa del frammento proponendo la casistica relativa alla *stipulatio* con funzione illecita, entro cui rientrano quella che può compromettere la libertà testamentaria nonché quella matrimoniale; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati*, cit., pp. 23-28; A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale*, cit., pp. 148-164, in part. pp. 152-153 nt. 18; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 43-51; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., pp. 55-58; P. CERAMI, *Eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in *AUPA*, 50, 2005, pp. 53-81, in part. p. 69; P. FERRETTI, *Le forme costrittive*, cit., pp. 105-107; sul tema in senso più ampio si veda 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 rinvia a C.A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, 2.1, Torino, 2003, pp. 237-239.

Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134*pr.*

Tizia, che aveva avuto un figlio da un altro, prende in matrimonio Gaio Seio, che ha una figlia: durante il (loro) matrimonio convennero che la figlia di Gaio Seio si fidanzasse col figlio di Tizia, e fu redatto un documento, nonché prevista una penale, nel caso in cui uno di loro avesse impedito le nozze. Poi Gaio Seio, durante il matrimonio (con Tizia), morì e sua figlia non volle più sposarsi. Chiedo se gli eredi di Gaio Seio debbano essere tenuti in forza della stipulazione. Rispose che doveva essere opposta l'eccezione di dolo contro chi agiva in forza della stipulazione in quanto essa era contraria ai buoni costumi. E questo perché si ritenne riprovevole costringere a matrimoni futuri o già contratti mediante il vincolo di una 'pena'⁵⁸.

3.2. Caso e responso

Paolo descrive una fattispecie complessa, riferendo in modo molto dettagliato gli elementi del caso ed astraendo, in ultimo, un principio di carattere generale⁵⁹: Tizia già madre di un figlio avuto da un terzo – sul quale nulla viene detto – sposa Gaio Seio, il quale, a sua volta, aveva già avuto una figlia; nel corso delle nozze tra Tizia e Gaio Seio, i due coniugi si accordarono (*consenserunt*) affinché la figlia di Gaio Seio si sposasse col figlio di Tizia; a tal fine venne effettuata la *sponsio* di fidanzamento (*desponderetur*)⁶⁰, che, probabilmente, a fini probatori, venne anche registrata per iscritto, mediante la predisposizione di un *instrumentum*⁶¹; le 'parti' vollero garantirsi reciprocamente l'impegno mediante un'ulteriore stipulazione (*adiecta poena*⁶²), con la quale avevano previsto una 'sanzione'

⁵⁸ *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: 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.*

⁵⁹ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 42.

⁶⁰ Di diverso avviso è ad esempio R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44, per il quale la *sponsio* di fidanzamento non sarebbe stata effettuata, essendosi le parti limitate ad un mero accordo informale.

⁶¹ Diversa cosa erano quegli atti finalizzati a dare prova dell'avvenuta 'celebrazione' del fidanzamento; ancora durante l'ultima fase della repubblica e nel corso del principato gli *sponsalia* potevano ad esempio terminare con una libagione; gli invitati che vi partecipavano avrebbero così anche assunto il ruolo di testimoni (sull'origine religiosa della *sponsio* di fidanzamento cfr. ad es. C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., pp. 19-20 e nt. 16).

⁶² Dunque, stando allo 'schema giuridico' che ricaviamo dalle fonti, in particolare da una possibile interpretazione di Varrone *l.L.* 6.70-71 e da Gellio 4.4.1-4, probabilmente entrambi i coniugi hanno effettuato la promessa di matrimonio avente ad oggetto le nozze del proprio figlio, garantendola anche con una sorta di clausola penale di recesso, posta in essere con una seconda *stipulatio* e fatta accedere come clausola scritta (*adiecta*) alla registrazione della promessa di matri-

per l'ipotesi in cui il matrimonio dei loro figli non fosse poi stato celebrato. Gaio Seio, durante le nozze con Tizia, morì e la figlia del promittente rifiutò poi le nozze stabilite dal genitore; il quesito posto al giurista (*quaero*) riguarda la possibilità che gli eredi di Gaio Seio siano obbligati in forza della stipulazione 'contratta' tra Gaio Seio e sua moglie Tizia. La risposta al quesito non sembra proprio lasciare dubbi: la stipulazione è contraria ai buoni costumi e, se azionata, verrà resa inefficace dall'opposizione di una *exceptio doli*; stando all'etica sociale comune, evidentemente non sembra *honestum* obbligare qualcuno ad un matrimonio attraverso la 'minaccia' di pagare una somma di denaro a titolo di 'penale'.

3.3. Studio della fattispecie

Nel passo si fa riferimento ad un accordo matrimoniale senza riferimenti espliciti alla *sponsio* di fidanzamento; viene invece menzionata la *stipulatio poenae*, finalizzata a rafforzare la stessa *mentio et repromissio nuptiarum futurarum*⁶³; evidentemente, la stipulazione penale è, ora, censurabile sotto il profilo sociale; l'ordinamento giuridico reagisce a questa esigenza etica attraverso l'applicazione di un rimedio processuale già esistente: la 'eccezione di dolo'; è chiaro che la mentalità comune non tollera (più) la costrizione indiretta che renda obbligatorio un vincolo relazionale ed i giuristi, probabilmente, influenzano i pretori che, nel contesto della loro funzione giurisdizionale, debbono necessariamente recepire (anche) l'ulteriore evoluzione dei *mores*. Sino a quel momento, infatti, il destinatario della stipulazione penale aveva la possibilità di agire processualmente *ex sponsione*⁶⁴, ossia, in base alla promessa e con una specifica azione, con la quale richiedeva il pagamento della *summa stipulationis*, cioè la somma di denaro promessa dal *promissor* sotto la condizione sospensiva, la quale si sarebbe avverata nel momento in cui il matrimonio non fosse avvenuto⁶⁵. Ritengo improbabile che la prassi di effettuare la *sponsio* di fidanzamento sia improvvisa-

monio. È doveroso segnalare che si tratta di una ipotesi ricostruttiva che andrebbe maggiormente indagata e discussa anche alla luce di una più approfondita esegesi di Varro, *l.L.* 6.70-72; si veda, ad es., U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit.

⁶³ Flor. 3 *inst.* D. 23.1.1; cito Fiorentino poiché ritengo che il giurista, nella sua definizione, si riferisca proprio alla promessa di matrimonio e non alla stipulazione penale. Trattandosi di un manuale istituzionale, l'autore, qualora avesse voluto menzionare la *stipulatio poenae*, avrebbe fatto uso della relativa terminologia appropriata. Le espressioni di Fiorentino portano a riferire la sua definizione al fidanzamento di periodo classico. Sul passo si veda P. FERRETTI, *Le forme costrittive*, cit., pp. 103-104 e nt. 21.

⁶⁴ Uso volutamente la terminologia di Gellio (4.4.1-4), che, come noto, si riferisce però alla *sponsio* di fidanzamento e che, dunque, va confrontato con Varro, *l.L.* 6.70.

⁶⁵ Più precisamente, il giudice privato, accertata la fondatezza della pretesa attorea, in virtù dell'incarico attribuitogli dal pretore, condannava il convenuto al pagamento di una somma di denaro determinata nell'*intentio*, a sua volta corrispondente alla *summa stipulationis*.

mente caduta con l'avvento del processo *per formulas*, in quanto, *in primis* essa continuò ad avere valore per il *ius civile* ancora per molto tempo e, *in secundis*, se così non fosse, non si potrebbe spiegare il motivo per cui, ormai nel III sec. d. C., Paolo ancora si esprima in relazione alla responsabilità derivante da promessa matrimoniale; mi sembra quindi plausibile ritenere che soprattutto la stipulazione penale posta a garanzia della promessa matrimoniale fosse fatta valere giudizialmente anche nell'ambito della procedura formulare⁶⁶. Poi, col tempo – forse poco – il pretore, in virtù del suo potere onorario, iniziò a concedere l'*exceptio doli*, considerando illecita la condizione a cui è sottoposta tale stipulazione in quanto contraria ai buoni costumi: la mancata celebrazione del matrimonio è in sé un fatto più che lecito; ma quando essa assurge a condizione di pagamento di una *summa stipulationis* allora diviene illecita in quanto contraria ai buoni costumi. È proprio questo il messaggio contenuto nel frammento: sancire la libertà matrimoniale e disincentivare tutti quegli accordi vincolanti che possano viziare la libera manifestazione del consenso alle nozze; questo tanto con riferimento ai matrimoni ancora da celebrare, quanto con riguardo a quei legami che si vogliono interrompere con un divorzio.

Penso anche che questo tipo di 'reazione' da parte del magistrato non sia stata sin da subito automatica ed uniforme; è invece ragionevole ipotizzare che ad una fase di casistiche concessioni dell'*exceptio doli* sia seguito un abituale inserimento nella formula; col tempo, probabilmente, il pretore ritenne opportuno persino *denegare actionem*.

Occorre a questo punto fare un passo indietro per comprendere sino in fondo la questione descritta.

Non rileva se quanto espresso in D. 45.1.134*pr.* configuri un caso realmente accaduto oppure fittizio; è invece importante evidenziare che sono i probabili interessi patrimoniali delle parti a giustificare una consolidazione dell'accordo mediante l'impiego di un mezzo di prova e di uno strumento di garanzia; è pertanto ragionevole considerare come marginali gli aspetti relazionali ed emotivi della vicenda, atteso che il 'vincolo' non è di certo finalizzato a rafforzare l'unione o i sentimenti dei nubendi. Il motivo che giustifica il responso di Paolo consiste nel fatto che chi ha promesso la somma di denaro sotto condizione è poi venuto a mancare; ma, indipendentemente dal decesso di Gaio Seio, viene precisato che la condizione di pagamento si è comunque avverata, in quanto la figlia di costui, per cause non specificate, non ha voluto contrarre il matrimonio (*noluit nubere*). Se deve essere rilevato che la mancata celebrazione è imputabile ad un fatto intenzionale (*noluit*) della ragazza⁶⁷, questo non significa poter affermare

⁶⁶ Si veda R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 53.

⁶⁷ Escludendosi dunque l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta; in ambito di rapporti obbligatori è significativo un passo dei *libri* di Paolo *ad Sabinum* (Paul. 12 *ad Sab.*

che l'inadempimento della promessa di matrimonio sia stato di tipo doloso; vivente Gaio Seio e vigente il regime 'preclassico', l'intenzionalità del diniego della fanciulla si sarebbe tradotto infatti in responsabilità imputabile al *pater*⁶⁸, in quanto incapace di contenere le intemperanze della figlia. Il decesso di Gaio Seio rende invece quest'ultimo esente da responsabilità: il *nolle nubere* da parte della figlia è infatti successivo alla sua morte; la questione riguarda dunque gli eredi e la loro eventuale responsabilità per l'inadempimento della promessa di matrimonio effettuata dal *de cuius*.

La fonte peraltro non specifica chi siano costoro, né se la *filia* sia poi caduta sotto la *potestas* di altri e non è possibile desumere dal frammento l'ipotesi per cui tra gli eredi a cui si allude rientri proprio la *filia* stessa.

Paolo sembra in ogni caso 'aggirare' il quesito, concentrandosi sulla questione che vi sta a monte, ovvero l'incoercibilità del vincolo matrimoniale.

Se dunque Gaio Seio fosse stato ancora vivente, una volta convenuto in giudizio *ex sponsione*⁶⁹, avrebbe potuto in ogni caso introdurre nella formula processuale l'*exceptio doli*, con l'effetto di 'bloccare' la pretesa dell'attore⁷⁰ e di essere conseguentemente assolto.

Quindi l'"incongruente" *responsum* di Paolo solo apparentemente 'aggira' l'effettivo quesito; la domanda verteva infatti sulla possibilità che gli eredi di Gaio Seio fossero 'tenuti' in ragione della stipulazione effettuata dal defunto promittente ed il giurista, pur per altra via, ha indirettamente risposto: non si comprende infatti come possa essere legittima l'azione processuale rivolta contro gli eredi di Gaio Seio quando sicuramente non lo sarebbe stata quella richiesta contro il promittente; per trovare risposta alla domanda non occorre dunque fare riferimento alle regole relative all'eventuale successione nell'obbligazione o ai criteri di responsabilità che coinvolgono gli eredi, in quanto sono i principi stessi della morale comune ad escludere (ora) la responsabilità di tutti, ivi compresi gli eredi dello *sponsor*.

Il giudizio di valore, espresso *apertis verbis* con riferimento alla 'patrimonializzazione' del vincolo matrimoniale, in realtà coinvolge lo stesso impegno formale di matrimonio; stando alla fonte è dunque (ormai) contrario ai buoni costumi prevedere che il promittente acquisti un diritto di recesso da una promessa che ha ad oggetto un fatto personalissimo della vita quale è appunto il matrimonio; la *ratio* sottesa alla risposta viene esplicitata nella parte finale del responso

D. 45.1.37): *si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.*

⁶⁸ Che è colui che ha promesso.

⁶⁹ Con la quale l'attore richiede la sua condanna al pagamento della *summa stipulationis*.

⁷⁰ Forse è ipotizzabile anche il potere d'ufficio del pretore di *denegare* l'azione processuale; ma sul tema si veda ad esempio R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 42-43; cfr. qui di seguito, nel prosieguo della disamina.

del giurista: *quia inbonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*⁷¹.

Il principio generale che chiude il frammento consente valutazioni di più ampio respiro circa la mentalità in essere ai tempi di Paolo: se prima erano i *mores* ad imporre che i giovani si sposassero e dunque prescrivevano una forma *ad substantiam* per la celebrazione del fidanzamento, ora sono gli stessi costumi a ritenere inopportuno limitare la libertà matrimoniale con la minaccia di pagare una somma di denaro. Inoltre, la chiusura fa riferimento all'illiceità della costrizione tanto in relazione ai matrimoni futuri, quanto con riguardo ai matrimoni già in essere, alludendo quindi non solo ad una libertà di contrarre o meno nozze ancora da celebrare, ma anche alla facoltà di sciogliere quelle già celebrate e, quindi, di divorziare.

In dottrina⁷² si è anche ritenuto che, nel caso in questione, in realtà non sia stata formalmente 'celebrata' la *sponsio* di fidanzamento, probabilmente perché ormai era già desueta⁷³; secondo questa interpretazione, si sarebbe trattato di un mero accordo avente ad oggetto le nozze future, trascritto e poi garantito con una stipulazione penale.

Non siamo tuttavia in grado di stabilire con precisione quando cessò del tutto la prassi di celebrare il fidanzamento mediante *sponsio* e la fonte nulla dice in proposito, limitandosi a riferire che Tizia e Gaio Seio *consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur*; la predisposizione di un *instrumentum* deve fare riflettere, in quanto la trascrizione dell'accordo comporta comunque una 'formalizzazione', quand'anche fosse *ad probationem tantum*⁷⁴; tuttavia,

⁷¹ Trad.: «[...] E questo perché apparve cosa non onesta costringere al matrimonio, tanto con riferimento a quelli ancora da celebrare, quanto con riguardo a quelli già contratti, mediante il vincolo di una poena [...]». Si anticipa già che, in dottrina, si è sospettato della genuinità della parte finale del frammento (da *quia inbonestum* [...]), ritenuta aggiunta per mano dei compilatori del Digesto; si veda ad es. P. VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p. 174; R. ASTOLFI (*Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44 nt. 82) la considera solo un'ipotesi, peraltro riconducibile a ragioni di carattere formale; sull'espressione di Paolo si veda anche P. CERAMI, *L'eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, pp. 139-168, in part. p. 154 s.; cfr. R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 53.

⁷² R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pp. 43-44.

⁷³ E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 505, si esprime in termini di 'accordo'; sembra escludere la *sponsio* di fidanzamento anche A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale*, cit., in particolare p. 151, richiamando M. TALAMANCA, voce *Pena privata* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 712-734, in particolare p. 723 e nt. 89; di diverso avviso pare essere G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 137.

⁷⁴ L'uso di 'interponere' è attestato ancora in Paolo (Paul. 35 *ad ed.* D. 23.1.7*pr.*), proprio con riferimento alla questione della (ir)rilevanza della prova della promessa di matrimonio: *in sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat*. Nel commento editale il giurista, riportando l'opinione di Giuliano, conferma invece la rilevanza del

sebbene al centro della censura vi sia la sola *stipulatio poenae*, è più che ragionevole ritenere contraria ai buoni costumi anche l'eventuale *sponsio* di fidanzamento, in quanto a sua volta – e forse ancor più – lesiva del principio di libertà matrimoniale⁷⁵.

3.4. Inquadramento

Se ammettiamo l'ipotesi per cui l'accordo si sia primariamente manifestato con una *sponsio*, allora gli impegni assunti di cui si dà conto nel frammento concretizzerebbero quello che potremmo definire 'schema giuridico a struttura complessa'⁷⁶, sviluppatosi nel corso della fase preclassica; si tratterebbe quindi di una quadrupla stipulazione: l'impegno del padre a che la figlia sposasse il figlio di Tizia; l'impegno di Tizia (probabilmente assistita dal tutore) a che il proprio figlio conducesse in matrimonio la figlia di Gaio Seio; l'ulteriore formalizzazione mediante l'impiego di un *instrumentum*, ossia una registrazione scritta per conservarne memoria⁷⁷; la stipulazione penale effettuata da Gaio Seio in beneficio di Tizia ed infine la simmetrica stipulazione penale di garanzia effettuata da Tizia (probabilmente con l'assistenza del tutore) in beneficio di Gaio Seio (*adiecta poena*). Stando ai rilievi della dottrina, l'ipotesi descritta da Paolo rientrerebbe in un caso di *stipulatio* posta in essere al fine di conseguire indirettamente un risultato illecito⁷⁸: promettere del denaro quale contenuto del rapporto obbligatorio sarebbe da considerarsi in sé lecito; apporre, quale condizione di pagamento, la mancata celebrazione è invece illecito; l'intero negozio diventa quindi *contra mores* in quanto finalizzato a costringere qualcuno alla relazione coniugale. Detto in altri termini, il profilo di illiceità sussiste nel momento in cui un atto che dovrebbe essere caratterizzato da libertà venga imposto mediante la minaccia di pagare una somma a titolo di penale: in D. 45.1.134pr., secondo la ricostruzione della dottrina, ad essere illecita è dunque la condizione

consenso dei diretti interessati (Paul. 35 ad ed. D. 23.1.7.1): *in sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit*: se il padre dissente rispetto alla figlia, deve esprimersi in modo evidente.

⁷⁵ In questo senso ancora R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44; P. FERRETTI, *Le forme costrittive*, cit., p. 106 e nt. 33.

⁷⁶ Si richiamano le due fonti principali, da valutarsi comparativamente seppure con prospettiva diacronica: Varro, *l.L.* 6.70-72 (su cui si rinvia ancora alla disamina di U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit.) e Gell. 4.4.1-4.

⁷⁷ Si concorda con R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44: «nel documento si menziona, come parte della convenzione matrimoniale, anche la *stipulatio poenae* (interpositum est instrumentum et adiecta poena)».

⁷⁸ Si veda, ad es., P. VOICI, *Le obbligazioni romane*, cit., pp. 170-178, in part. pp. 170-171 e nt. 2 per i riferimenti alle fonti.

dell'obbligazione⁷⁹. Anche sulla base della ricostruzione di Scarcella⁸⁰, mi sembra più corretto affermare che il 'rifiuto del matrimonio' – in sé 'fatto' perfettamente lecito – se trasformato in condizione di efficacia di una *stipulatio* assume quindi un profilo di illiceità.

Vi sono dunque fatti di per sé illeciti, indipendentemente da che vengano dedotti quali condizione del negozio⁸¹, ma anche accadimenti della vita pienamente leciti che vengono considerati *contra mores* poiché costituiscono elementi accidentali di una *stipulatio*⁸².

3.5. Ricostruzione giudiziale

Partendo dal caso descritto in D. 45.1.134*pr.* proviamo a ricostruire il percorso stragiudiziale e giudiziale che il creditore della stipulazione penale avrebbe potuto effettuare a tutela dei propri interessi.

Prima di ricorrere ad un'eventuale azione processuale, era possibile – e si può ritenere che fosse frequente – che il *pater* promittente offrisse al suo promissario il pagamento della *summa stipulationis*, mediante il quale si sarebbe assicurato il legittimo 'recesso' dalla relativa promessa. In difetto, l'unica strada percorribile sarebbe stata quella giudiziale.

Sino a quando la mentalità comune non sarà orientata verso un principio di libertà matrimoniale, il destinatario della promessa condizionata doveva agire in giudizio, chiedendo al magistrato un'*actio ex stipulatu*, deducendo il rapporto controverso, ovvero la stipulazione penale, che aveva quale condizione di efficacia la mancata celebrazione del matrimonio; la scarna istruttoria sarebbe stata finalizzata ad accertare la sussistenza della *sponsio* 'di garanzia' ed il *quantum* promesso. L'onere probatorio si riduceva probabilmente alla allegazione dell'*ins-*

⁷⁹ Ad es. P. VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., pp. 173-174; G. SACCONI (*Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 137) si domanda se l'illiceità sussista solo da un punto di vista del diritto pretorio, riscontrandosene, al contrario, la validità sotto il profilo del *ius civile*; non è possibile rinvenire una soluzione univoca: C. 5.1.5.6 e D. 45.1.19 attesterebbero la nullità del negozio, mentre D. 35.1.71.1 e D. 45.1.97.2 prevedono una *denegatio actionis* del pretore forse a base equitativa; ed ancora cfr. A.S. SCARCELLA (*Libertà matrimoniale*, cit., p. 152) che, ipotizzando il ragionamento di Paolo, più propriamente, parla di «condizione [...] alla luce dei fatti [...] illecita».

⁸⁰ Vedasi nota precedente.

⁸¹ Usando l'esemplificazione di P. VOCI (*Le obbligazioni romane*, cit., p. 173): «*si Titium occidero, centum mihi dari spondes*».

⁸² Questa volta l'esempio ci è fornito da Celso (Cels. 26 *dig.* D. 45.1.97.2): «*si tibi nupsero, decem dari spondes?* [...]»; stando al giurista, la promessa, dedotta in giudizio con un'*actio ex stipulatu*, comporterebbe una *denegatio actionis*, previa *causae cognitio*: [...] *causa cognita denegandam actionem puto* [...]. La fattispecie astratta è analoga, se confrontata col caso prospettato nel frammento di Paolo: sposare o non sposare qualcuno, 'fatti' di per sé leciti, divengono illeciti qualora vengano dedotti nella *sponsio* come elementi accidentali.

trumentum, ossia del supporto ove la *sponsio* veniva ‘registrata’; in difetto, vi sarebbero stati molto probabilmente dei testimoni. Dimostrata in giudizio la sussistenza della *stipulatio poenae* e del suo ammontare, il giudice privato condannava il convenuto al pagamento di quella somma determinata in beneficio del promissario.

Anche per effetto della *lex Iulia Iudiciorum privatorum* si completò l’avvicendamento tra la procedura *per legis actiones* ed il procedimento formulare⁸³; venne comunque prevista una tutela della stipulazione penale⁸⁴; Paolo probabilmente si riferisce ad un periodo in cui si applicava la procedura formulare, che avrebbe garantito – a sua volta e per un certo periodo – una tutela effettiva, probabilmente traducendo l’*actio ex stipulatu* in una *actio certae creditae pecuniae* con l’adeguata *praescriptio* che indicasse la *causa agendi*, oppure in una *actio certi ex stipulatu*⁸⁵.

Ricostruendo virtualmente⁸⁶ la vicenda processuale⁸⁷, possiamo ritenere che la promissaria delusa Tizia avesse reso edotto il proprio debitore⁸⁸ riguardo alla

⁸³ Eccezione fatta per la *legis actio damni infecti* e per la *legis actio sacramento in rem* centumvirale sulle questioni ereditarie; per cui sono sufficienti in questa sede un rinvio a Gaio (4.30-31: [...] *itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus*. 31. *Tantum ex duabus causis permissum est [id legis actionem facere] lege agere, damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est* [...]) e qualche cenno istituzionale, L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012³, p. 182; L. SOLIDORO, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2017², p. 63.

⁸⁴ Tralascio invece volutamente la tutela della *sponsio* di fidanzamento che, come noto, avendo ad oggetto un *incertum* presenta aspetti particolarmente problematici in termini processuali, per dedicarmi esclusivamente all’azione che nasce dalla *stipulatio poenae*, che costituisce l’oggetto discusso in Paul.15 *resp.* D. 45.1.134pr.; cfr. G. PUGLIESE, *Diritto e processo nell’esperienza giuridica romana*, in *Diritto e processo nell’esperienza giuridica romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, pp. 7-36, in part. pp. 16-17. Ampia è la disquisizione sul tema relativo alla tutela processuale prevista per il destinatario della promessa di matrimonio relativa alla fase precedente al processo formulare; qui, ove ci si concentra sul *casus* descritto da Paolo, non si intende riproporre la discussione, rinviando ad es. a B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987, pp. 102-109; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 19 et *passim*.; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., pp. 54-55; U. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit., pp. 25-75.

⁸⁵ Consapevoli, però, della carenza di fonti a disposizione che possano attestare la disponibilità dell’*actio certi ex stipulatu* nel corso dell’età classica; in tema si veda M. KASER, *Formeln mit «intentio incerta», «actio ex stipulatu» und «condictio»*, in *Labeo*, 22, 1976, pp. 7-29; G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, 26, 1982, pp. 26-27.

⁸⁶ È infatti più che logico presumere che Tizia ed il suo debitore non sarebbero mai neppure giunti davanti al pretore.

⁸⁷ Con l’impostazione di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. 2. Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, pp. 259-410 e C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, 2, *Il processo formulare*, Torino, 1982, pp. 135-163.

⁸⁸ Gli *heredes* – non meglio specificati – di Gaio Seio.