



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN "COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA"

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. Manfredini Arrigo Diego

"*Le arrhae sponsaliciae* in diritto romano e comparato"

Settore Scientifico Disciplinare IUS/18

Dottorando

Dott. Di Ciano Marco

Tutori

Prof. Manfredini Arrigo Diego Prof. Bürge Alfons

Anni 2006/2008

Sommario

<i>Indice delle abbreviazioni:</i>	5
<i>Introduzione</i>	7
<i>Capitolo 1. Il nome arrae o arrhae</i>	9
1. Introduzione.....	9
2. La lingua fenicia. L'iscrizione del Pireo	10
3. La radice 'r b nella lingua ebraica	12
4. I papiri aramaici	16
5. La lingua greca	18
6. La lingua siriana. Cenni.....	22
7. La lingua latina	23
<i>Capitolo 2. I precedenti semitici delle arrhae sponsaliciae</i>	40
1. Introduzione.....	40
2. La <i>tirhatum</i> babilonese	40
3. Il <i>mohar</i> di diritto ebraico.....	49
<i>Capitolo 3. L'origine delle arrhae sponsaliciae romane. Indagine sulla loro possibile presenza nel diritto romano dall'età arcaica all'età classica</i>	60
1. Il dibattito circa l'origine delle <i>arrae sponsaliciae</i> romane.....	60
2. <i>Arrhae sponsaliciae</i> nel diritto romano arcaico?.....	68
3. <i>Arrhae sponsaliciae</i> nel diritto classico?.....	76
<i>Capitolo 4. Il fidanzamento arrale postclassico</i>	91
1. Introduzione.....	91
2. Il rapporto tra il fidanzamento arrale ed il fidanzamento classico.....	91
3. Il rapporto tra legislazione civile e Cristianesimo. Rinvio	93

4. C. Th. 3, 5, 11	94
5. Leone: C. I. 5, 1, 5	106
6. Giustiniano o Leone?.....	112
7. Giustiniano.....	115
8. La promessa di matrimonio nella prassi: i papiri	119

Capitolo 5. Cristianesimo e diritto canonico antico 127

1. Il Cristianesimo veicolatore di idee semitiche nell'impero romano?	127
2. Il matrimonio nel diritto canonico antico	130
3. Gli <i>sponsalia</i> nel diritto canonico antico	135
5. <i>Arrhae sponsaliciae</i> e <i>subarrhatio cum anulo</i>	136
6. Effetti della concezione del fidanzamento quale <i>initium matrimonii</i> e <i>status</i> dei fidanzati	141
6. Le Chiese orientali.....	145
7. Le fonti iconografiche: i quattro momenti dell'evoluzione del rito della <i>dextrarum iunctio</i> nell'arte cristiana	149

Capitolo 6. Il diritto bizantino 151

1. Introduzione.....	151
2. L'Ecloga del 739	152
3. L'Ecloga Privata Aucta	155
4. Prochiron legum, Epanagoge.....	157
5. I Basilici.....	158
6. Le Novelle di Leone il Filosofo.....	159

Capitolo 7. Il medioevo 162

1. Introduzione.....	162
2. L'alto medioevo.....	163
3. La seconda fase del medioevo	169
4. Il diritto canonico medievale	175

<i>Capitolo 8. Arrhae sponsaliciae e promessa di matrimonio dal Concilio di Trento all'età delle codificazioni</i>	187
1. Il concilio di Trento	187
2. Il diritto della chiesa protestante: applicazione del diritto pretridentino e conseguente problema della “ <i>Rechtsunsicherheit</i> ” e delle “ <i>heimliche Ehen</i> ”	188
3. La legislazione civile nei Paesi protestanti.....	191
4. In Olanda e nel Commonwealth si riconosce il matrimonio civile per la minor forza della Chiesa.....	191
5. La Germania e l’Austria giuseppina.....	192
6. La svolta francese e il <i>code Napoléon</i>	194
7. Le altre codificazioni europee del XIX secolo	198
<i>Capitolo 9. Gli ordinamenti moderni</i>	199
1. Introduzione. Le norme giuridiche internazionali	199
2. La promessa di matrimonio nel diritto canonico attuale	200
3. Il quadro normativo della caparra prematrimoniale nei principali ordinamenti giuridici occidentali	201
4. La natura giuridica della promessa di matrimonio	204
5. La promessa di matrimonio nel diritto internazionale privato. Cenni	206
6. L’obbligo riparatorio e il suo fondamento.....	206
7. Il diritto anglosassone. Cenni	212
<i>Prospettive future e conclusioni</i>	214
<i>Indice delle fonti</i>	217
<i>Bibliografia</i>	237

“When you become engaged to someone, I, or your father, should his health permit him, will inform you of the fact. An engagement should come on a young girl as a surprise, pleasant or unpleasant, as the case may be. It is hardly a matter that she could be allowed to arrange for herself”.

(Lady Bracknell in Oscar Wilde,
The importance of Being Earnest,
Act I)

Indice delle abbreviazioni:

AGR: *Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte*

AUPA: *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*

BGH: *Bundesgerichtshof*

BIDR: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano „Vittorio Scialoja“*

BVerfG: *Bundesverfassungsgericht*

CCSL: *Corpus Christianorum, series Latina*

Gaz. Pal. (GP): *Gazette du Palais*

Giur. it: *Giurisprudenza italiana*

IG IV²: *Inscriptiones Graecae, IV. Inscriptiones Argolidis²*, Fasc. 1, *Inscriptiones Epidauri*, ed. F. HILLER VON GÄRTRINGEN, Berlin 1929

IMT Skam/NebTaeler: *Inschriften Mysia & Troas [IMT]*, ed. M. BARTH – J. STAUBER, Leopold Wenger Institut. Universität München, versione del 25.8.1993 (Ibycus), in *Packard Humanities Institute CD #7*, 1996

IosPE I: *Inscriptiones antiquae orae septentrionalis Ponti Euxini graecae et latinae*, ed. B. (V.) LATYSHEV. 3 voll., St. Petersburg 1885-1901. Vol. 1², *Inscriptiones Tyriae, Olbiae, Chersonesi Tauricae*. St. Petersburg 1916

Iscr. di Cos: M. SEGRE, *Iscrizioni di Cos in Monografie della Scuola archeologica di Atene e della missioni italiane in Oriente* 6, Roma 1993

IURA: *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*

JJP: *The journal of juristic papyrology*

JZ: *Juristenzeitung*

Labeo: *Labeo. Rassegna di diritto romano*

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*

NNDI: *Nuovissimo digesto italiano*
PG: J. P. MIGNE, *Patrologia, series Graeca*, Paris 1856-66
PL: J. P. MIGNE, *Patrologia, series Latina*, Paris 1844-64
RHDFE: *Revue historique de droit français et étranger*
RIDA: *Revue internationale des droits de l'antiquité*
RFI: *Rivista del Foro Italiano*
RISG: *Rivista italiana per le scienze giuridiche*
SDHI: *Studia et documenta historiae et iuris*
SemJ: *Semaine Juridique*
TLL: *Thesaurus linguae latinae*
ZAR: *Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte*
ZPE: *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*
ZSS: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.
Romanistische Abteilung*

Introduzione

La presente ricerca ha per oggetto lo studio dell'evoluzione storico - giuridica dell'istituto delle *arrhae sponsaliciae* nel diritto europeo, dalla prospettiva del rapporto tra il principio della libertà matrimoniale e quello dell'obbligatorietà delle convenzioni.

Nelle varie epoche storiche l'accoglimento e la regolamentazione dell'istituto delle *arrhae sponsaliciae* ha sempre costituito un importante termometro dello *Spannungsfeld* tra questi due principi, ai quali si può ricollegare rispettivamente un'accentuazione dell'aspetto personale o di quello patrimoniale della promessa di matrimonio.

A tutt'oggi il contrasto permane, se è vero che la dottrina tedesca è ancora divisa nell'inquadramento della promessa di matrimonio tra la *Tatsächlichkeitstheorie*, che vede in essa un mero atto sociale, e la *Vertragstheorie*, che la fa invece assurgere a vero e proprio contratto, con tutte le relative conseguenze in tema di coercibilità e di risarcimento del danno in caso di suo scioglimento.

Attraverso un'analisi diacronica e una comparazione sincronica degli ordinamenti attuali si vuole comprendere in che modo la promessa di matrimonio sia stata inquadrata storicamente e come lo sia attualmente, se quale *initium matrimonii* o mero impegno a contrarre, e quale peso abbiano in essa la componente personale e gli aspetti patrimoniali.

Nella ricostruzione della storia giuridica della promessa di matrimonio ci si soffermerà particolarmente sull'età tardo antica, sull'incontro tra la civiltà romana e quella giudaico - cristiana, dalla cui fusione sarebbe scaturita la successiva tradizione giuridica europea, che viene ripercorsa fino ai giorni nostri con l'ottica di

“vedere come è andata a finire, dal momento in cui il diritto romano, in formato giustiniano, si è offerto generosamente al saccheggio da parte dei giuristi di tutta Europa”.*

* Da A. D. MANFREDINI, “*Chi caccia e chi è cacciato...*”, Ferrara 2006, pag. 6.

Capitolo 1. Il nome *arrae* o *arrhae*

1. Introduzione

Una breve ricerca storico-filologica sul termine *arrha* è il primo passo da intraprendere per inquadrare l'origine e la funzione dell'istituto delle *arrhae sponsaliciae*.

In molte lingue indoeuropee esiste una comune radice, 'r b, con significato *lato sensu* di "garanzia"¹.

Il tema 'r b si riscontra principalmente nel lessico del diritto commerciale, essendo in esso particolarmente sentita l'esigenza di approntare strumenti di garanzia per le contrattazioni, a rafforzamento del consenso e della buona fede contrattuali.

Si pensa soprattutto ai contratti consensuali, compravendita, locazione, mandato e società, tutti esempi in cui ancor oggi è frequente l'apposizione di patti e convenzioni tese a rafforzare l'obbligo contrattuale assunto dalle parti.

La radice 'r b, con il significato di garanzia, ha anche fatto irruzione, in alcune delle esperienze giuridiche succedutesi nel corso dei millenni, nel diritto di famiglia, negli atti preliminari alla conclusione del matrimonio, in particolare alla promessa di

¹ Cfr. il latino „*arbiter*“; sabino-umbro „*arputro*“; assiro „*erabu*“ (=entrare: come garante), „*erubbatu*“ (=pl: garanzia, „*pledge*“); accadico „*erebu*“ (=entrare); aramaico „*'arrubba*“, „*'erabon*“; arabo „*'urban*“; egiziano „*rb*“ (anteriore al dominio persiano); cfr. M. SAN NICOLÒ, *Parerga Babylonica*, in *Archiv orientální* 4 (1932), pagg. 34 ss.; J. UNTERMANN, *Wörterbuch der Oskisch – Umbrischen*, Heidelberg 2000, pagg. 53 s.; G. SEMERARO, *Le origini della cultura europea, vol. II. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee – Dizionario della lingua greca*, in *Biblioteca dell'“Archivium romanicum”*, Serie II – Linguistica, Firenze 1994 – Ristampa 2007, pag. 38.

matrimonio, considerata, con alterne vicende, più o meno vincolante per i contraenti.

In alcuni ordinamenti giuridici, attuali e del passato, la garanzia per l'adempimento della promessa di matrimonio è invece esistita sotto un altro nome, appartenente ad un campo semantico diverso.

E' necessario indagare come e sotto quali influssi storici, politici, economici, sociali, lo strumento della garanzia commerciale sia entrato a far parte della conclusione del matrimonio, e con quali ricadute per la concezione del diritto di famiglia.

Preliminare a qualsiasi discorso in merito sarà rintracciare l'origine del tema '*r b*, con un'avvertenza: i testi latini e greci particolarmente significativi per lo studio dell'evoluzione dell'istituto delle *arrhae sponsaliciae* nel diritto romano, citati nel presente capitolo, saranno ripresi ed esaminati esegeticamente nella parte seconda della ricerca.

2. La lingua fenicia. L'iscrizione del Pireo

E' diffusa in dottrina l'opinione per cui il tema '*r b* avrebbe avuto origine nella lingua fenicia, entrando successivamente a far parte del vocabolario del diritto internazionale attraverso gli scambi commerciali intrattenuti dai Fenici con le altre popolazioni del Mediterraneo.

Ci sono pervenuti in realtà pochissimi documenti a riguardo: tra essi è stato oggetto di particolare attenzione un'iscrizione in fenicio e in greco rinvenuta presso il Pireo, che recita così:

“Nel quarto giorno del (mese) di Marzeah nel quindicesimo anno del popolo di Sidone è stato deciso, secondo la volontà degli abitanti di Sidone riuniti in assemblea:

di incoronare Samabaa figlio di Magon, il quale era l'autorità preposta al tempio e alla costruzione del cortile del tempio, con una corona d'oro per dieci dracme di peso esatto, poiché egli ha costruito il cortile del tempio e si è occupato di tutto il necessario per la realizzazione di tale opera;

che gli uomini, che sono le nostre autorità per il tempio, scrivano l'ordine su una stele e la poggano nell'atrio del tempio visibile a chiunque;

di indicare il Comune quale 'r b per questa stele, cosicché esso paghi con il denaro del (tempio della) divinità Ba'l – Sidon venti dracme di peso esatto; affinché gli abitanti di Sidone sappiano che la città sa dire grazie agli uomini che acquistano un merito per la città”².

Alla fine vi è la frase:

“Τὸ κοινὸν τῶν Σιδονίων Διοπείθην Σιδώνιον”

Gli studiosi, filologi e giuristi, si sono divisi sull'importanza da assegnare a questa iscrizione: taluni la citano a prova dell'origine semitica del tema 'r b³, mentre altri la ritengono di scarso valore per

² Traduzione italiana dall'edizione tedesca di J. G. E. HOFFMANN, *Über einige phönikische Inschriften*, in *Abhandlungen der kaiserlichen Gesellschaft der Wissenschaft zu Göttingen*, Band XXXVI (1890), pag. 3 ss. Per un'accurata analisi dello stile delle *Ehreninschriften* greche cfr. E. NACHMANSON, *Zu den Motivformeln der griechischen Ehrenschriften*, in *Eranos-Acta philologica Suecana* 11 (1911), pagg. 180-196, ora in G. PFOHL (a cura di), *Inschriften der Griechen. Grab-, Weih- und Ehrenschriften*, Darmstadt 1972, pagg. 153 ss.

³ Cfr. R. LEONHARD, s.v. *Arrha*, in A. PAULY - G. WISSOWA (ed altri), *Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft* 2, 1, Stuttgart 1895, pagg. 1219 ss.

la sua età recente (il quindicesimo anno di Sidone corrisponde al 96 a. C.)⁴.

La traduzione del termine fenicio 'r b nelle lingue moderne ha inoltre suscitato molti problemi: i traduttori l'hanno talora omessa, talaltra resa per analogia con le lingue semitiche con il termine "Bürgen" (= fideiussori)⁵

3. La radice 'r b nella lingua ebraica

a) L'Antico Testamento

Nei due principali testi della tradizione ebraica antica, la Bibbia ed il Talmud, è attestato il termine "erabhon", con molteplici significati, genericamente riconducibili a varie forme di garanzia.

Tre sono i testi tratti dall'Antico Testamento.

Gen. 38, 17-20: *(Giuda) le disse: „Io ti manderò un capretto del gregge“. Essa (Tamar) rispose: „Mi dai un pegno (עֶרְבוֹן) fin quando me l'avrai mandato?“. Egli disse: „Qual'è il pegno che ti devo dare?“. Rispose: „Il tuo sigillo, il tuo cordone ed il bastone che hai in mano“. Allora glieli diede e le si unì. Essa concepì da lui. Poi si alzò e se ne andò; si tolse il velo e vestì gli abiti vedovili. Giuda mandò il capretto per mezzo del suo amico di Adullam, per*

⁴ Cfr. E. VOLTERRA, *Studio sull' "arrha sponsalicia"* 1. Estratto dalla "Rivista Italiana per le scienze giuridiche" n.s. 2 (1927), Roma 1927, pag. 42 (= *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1991, pag. 42) (da ora = E. VOLTERRA, in *RISG* 2 cit.); G. HOFFMANN, *Über einige phönikische Inschriften* cit., pag. 4 ipotizza addirittura che possa trattarsi di una traduzione dal greco in fenicio.

⁵ La dottrina accosta il termine al significato di fideiussione in base ad un confronto con altre iscrizioni greche ed in base al fatto che il termine 'arabh, semanticamente simile, ha in ebraico e nelle altre lingue semitiche anche il significato di fideiussione.

riprendere il pegno dalle mani di quella donna, ma quegli non la trovò.

In questo, in cui il termine passo Giuda assume l'obbligazione di consegnare un capretto a Tamar, dandole come *'erabhon* l'anello con il suo sigillo, il bastone ed una benda, che la donna conserverà fino alla consegna del capretto. Gli oggetti consegnati da Giuda a Tamar, designati con il termine עֲרַבּוֹן (pronuncia: *ar'bun*, che compare tre volte nel passo), hanno il significato giuridico di pegno, in quanto funzionali a garantire l'obbligazione principale contratta da Giuda, di consegnare a Tamar un capretto.

Conseguentemente il servo di Giuda, adempiuta l'obbligazione di consegnare il capretto, richiede l'anello ed il bastone, essendo stata estinta l'obbligazione principale.

I Sam 17, 18: *Prendi anche questi dieci formaggi che offrirai al comandante. Informati se i tuoi fratelli stanno bene e portami un segno di conferma da parte loro.*

L'antica versione greca omette questi versetti, mentre essi sono riportati dalla tradizione secondo cui Davide non avrebbe ancora conosciuto Saul all'epoca dei fatti narrati⁶.

La traduzione di questo testo varia molto tra gli editori, e la soluzione interpretativa prescelta è determinante al fine di stabilire se in questo passo l'*'erabhon* fosse inteso quale elemento di garanzia.

L'edizione italiana de *"La Bibbia di Gerusalemme"* rende il termine *erabhon* con "paga", mentre altri studiosi interpretano la

⁶ Cfr. I Sam. 16, 14.

richiesta (rivolta da Isai a Davide) di poter prendere la loro paga come prova che essi stanno bene⁷.

b) In particolare, il libro dei Proverbi

La radice ‘*r b* compare spesso nel libro dei Proverbi nella forma nominale ‘*arubbah* (=fideiussione) e nella forma verbale *arab* (= dare fideiussione, impegnarsi)⁸.

Il giudizio dell’autore sacro è particolarmente negativo nei confronti di chi presti garanzie in favore di terzi:

Pv 17, 18: *Insensato chi si impegna per un altro, chi si fa garante per il prossimo.*

Pv. 27, 13: *Prenditi il vestito di chi si è impegnato per uno straniero e dallo pure come pegno per una prostituta.*

Pv. 20, 16: *Prenditi il vestito di chi si è impegnato per uno straniero e dallo pure come pegno per una prostituta.*

Pv. 11, 15: *Chi si fa garante per uno straniero si troverà male, ma chi non si compromette vive tranquillo.*

Pv. 22, 26 – 27: *Non garantire i debiti degli altri: se poi non riuscirai a pagare ti porteranno via anche il letto.*

⁷ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG 2* cit., pag. 42 (= *Scritti 1*, cit., pag. 42).

⁸ Il verbo *arab* viene impiegato in altri libri dell’Antico Testamento con vari altri significati (dare in pegno, scommettere). Nel senso di dare in pegno cfr. Neh 5, 3; ; di scommettere: Jes. 36, 8; Job 17, 3. Il significato di fare fideiussione è presente, oltre ai passi citati del libro dei Proverbi, in Gen. 43, 9; Ps. 119, 122; Jes. 38, 124; Job. 17, 3. Nel Talmud viene spesso utilizzato con significato simbolico. Dalla molteplicità degli istituti designati con questo termine è stato dedotto che il popolo ebraico li avrebbe “importati” dai contatti commerciali con altre popolazioni in un periodo successivo all’Esodo, servendosi a sua volta negli scambi commerciali internazionali: cfr. E. VOLTERRA, in *RISG 2* (1927), pag 43 (= *Scritti 1*, cit., pag. 43); l’autore sottolinea altresì l’esistenza, nella Bibbia, di un altro termine per indicare specificamente il pegno: “*habol*”, e nota una coincidenza tra il sistema di garanzie previsto nella Bibbia e quello del Codice Hammurabi.

Pv. 6, 1 - 5: Prudenza nel dar garanzie per i debiti altrui: figlio mio, ti sei reso garante per il debito di un amico dando la tua parola ad un estraneo? Ti sei legato a una promessa, impegnandoti con le tue stesse parole? Figlio mio, fa' così e sarai libero: va' da chi ti tiene legato alle tue promesse, supplica, anche fino a stancarlo, di liberarti; non concederti riposo, non chiudere occhio; finché ti sarai sciolto dall'impegno, come gazzella sfuggita alla trappola e come uccello scappato dalla rete.

L'insegnamento contenuto nei Proverbi è molto illuminante in relazione alla cultura ebraica, in quanto gli Ebrei ritenevano di trovare indicate in questo libro le regole da seguire per attuare un comportamento che non arrecasse problemi a chi le applicava, rendendolo felice nella vita.

4. I papiri aramaici⁹

Dei papiri aramaici, risalenti al V secolo a. C. e rinvenuti nella città di Elefantina, mostrano una variegata l'applicazione contrattuale del medesimo istituto detto *erabhon*.

Il primo¹⁰ racconta di una donna nubile che, dopo aver stipulato un contratto di mutuo, afferma di aver ricevuto la somma di 4 sicli, che si impegna a restituire a rate con gli interessi.

⁹ Per un'introduzione allo studio dei papiri aramaici cfr. F. X. KORTLEITNER, *De Judaeorum in Elephantine-Syene colonia eiusque rationibus cum vetere testamento intercedentibus*, in *Commentationes biblicae* 2 (1927); E. G. KRAELING (a cura di), *The Brooklyn Museum Aramaic papyri : new documents of the 5. century B.C. from the Jewish colony at Elephantine*, in *Publications of the Department of Egyptian Art* (1953); E. MEYER, *Der Papyrusfund von Elephantine: Dokumente einer jüdischen Gemeinde aus der Perserzeit und das älteste erhaltene Buch der Weltliteratur*³, Leipzig 1912; Y. MUFFS, *Studies in the Aramaic legal papyri from Elephantine*, in *Studia et documenta ad iura orientis antiqui pertinentia* 8 (1969) (= *Handbuch der Orientalistik* 1/66, Leiden – Boston 2003) con ulteriore bibliografia; G. WAGNER (a cura di), *Les papyrus et les ostraca grecs d'Elephantine : P. et O. Eleph. DAIK*, Mainz am Rhein 1998; O. RUBENSOHN, *Elephantine-Papyri*, Berlin 1907; N. PETERS, *Die jüdische Gemeinde von Elephantine-Syene und ihr Tempel im 5. Jahrhundert v. Christi Geburt*, Freiburg 1910; B. PORTEN, *Jews of Elephantine and Arameans of Syene : (fifth century B.C.E) fifty Aramaic texts with Hebrew and English translation*, Jerusalem 1974; ID. e altri, *The elephantine papyri in english: three millennia of cross-cultural continuity and change*, in *Documenta et monumenta Orientis antiqui* 22 (1996); A. UNGNAD, *Aramäische Papyri aus Elephantine : unter Zugrundelegung von Eduard Sachau's Erstausgabe*, in *Hilfsbücher zur Kunde des Alten Orients* 4 (1911); A. VERGER, *Ricerche giuridiche sui papiri aramaici de Elefantina*, in *Studi semitici* 16 (1965); Y. REUVEN, *Introduction to the law of the Aramaic papyri*, Oxford 1961; G. DIETZE, *Der Streit um die Insel Pso : Bemerkungen zu einem epigraphischen Dossier des Khnumtempels von Elephantine (Th.Sy. 244)*, in *Ancient Society* 26 (1995), pagg. 157-184; R. DUTTENHÖFER, *Korrekturen zu Ostraka aus Elephantine / Syene*, in *ZPE* 147 (2004), pagg. 180-182; U. KAPLONY-HECKEL, *Eine Acker-Amt-Quittung aus Elephantine (DO Bodl. Eg. Inscr. 918)*, in *Enchoria* 28 (2002/2003), pagg. 33-36; C. A. NELSON, *Receipts for Trade-Tax in Elephantine/Syene*, in *ZPE* 107 (1995) 259-262; H. NUTKOWICZ, *Concerning the VerbiSN' in Judaeo-Aramaic contracts from Elephantine*, in *JSS* 52 (2007), pagg. 211-225; A. TAGGAR-COHEN, *The covenant as contract : Joshua 24 and legal Aramaic texts from Elephantine*, in *ZAR* 11 (2005), pagg. 27-50; S. YA'AVES, *Judenfeindschaft in der Antike: die Münchener Vorträge*, in *Beck'sche Reihe 1222*, München 1997; K.-T. ZAUZICH (a cura di), *Demotische Papyri aus den Staatlichen Museen zu Berlin, Preußischer Kulturbesitz, Band 3. Papyri von der Insel Elephantine*, Berlin 1993.

¹⁰ Cfr. A. E. COWLEY, *Aramaic Papyri of the Fifth century b. C.*, Oxford 1923, n. 10; SACHAU, *Aramäische Papyrus und Ostraka aus einer jüdischen militärischen Kolonie Elephantine*, Leipzig, 1911, n. 28.

Qualora la restituzione del capitale e degli interessi non sia stata ultimata entro un anno, la controparte e i suoi figli sono autorizzati a prendere, a loro discrezione, qualunque *erabhon* dal patrimonio della donna, trattenendolo fino alla completa soddisfazione del loro credito: il significato di pegno del termine *erabhon* appare evidente.

Il secondo documento¹¹ ci è pervenuto, purtroppo, in maniera estremamente frammentaria: dagli unici due frammenti a nostra disposizione sembra di poter dedurre che si trattasse di una lettera di affari.

Non ne conosciamo neppure la datazione, in quanto l'indicazione dell'anno, originariamente presente (nella linea 14) è andata perduta.

Per quel che maggiormente ci interessa, si dice che nell'acquisto di una casa si può pagare in contanti l'intera somma dovuta o ci si impegna a consegnare un *erabhon* a titolo di caparra.

La parola *erabhon* è pure menzionata in un altro documento dello stesso genere dei due precedenti, ma le gravissime lacune del documento e l'isolatezza della parola *erabhon* impediscono di desumere qualsiasi informazione da tale riferimento¹².

Piú interessante si rivela un papiro, redatto in lingua assira, con titolo in aramaico, rinvenuto a Babilonia e risalente al 504 a. C.¹³: in un contratto di locazione, un vaso viene dato quale '*arba* per garantire il pagamento del canone: questo termine indica qui una cauzione¹⁴.

¹¹ Cfr. A. E. COWLEY, *op. cit.*, n. 42 (= SACHAU, *op. cit.*, n. 16; UGNAD, n. 17).

¹² Cfr. A. E. COWLEY, *op. cit.*, 68, 10.

¹³ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG 2 cit.*, pag. 45 (= *Scritti 1, cit.*, pag. 45)

¹⁴ Per E. VOLTERRA, *loc. ult. cit.*, "sembra che si avvicini ad una figura simile al pegno".

5. La lingua greca

a) L'origine del termine *ἀρραβών*

La lingua greca conosce la radice 'r b nella forma *ἀρραβών*, molto antica, con significato esteso di garanzia¹⁵.

Il primo testo che lo menzioni è un'orazione di Iseo¹⁶, in cui Diocle paga le spese per i funerali in parte in contanti, in parte dando delle caparre quali prova e garanzia del contratto concluso¹⁷.

Un interessante passo della *Politica* di Aristotele, tuttavia, ci informa che già ai tempi del filosofo Talete (VII-VI secolo a. C.) l'*ἀρραβών* faceva parte della prassi commerciale¹⁸: questi, esperto conoscitore di astronomia, prevedendo una stagione favorevole per la raccolta delle olive, avrebbe preso in affitto tutti i torchi disponibili in città. Data l'onerosità dell'operazione, si sarebbe avvalso di caparre per il pagamento.

Cicerone, tuttavia, nel *De divinatione* narra il medesimo episodio, omettendo ogni riferimento alle caparre¹⁹.

Gli studiosi si sono divisi sul silenzio di Cicerone: alcuni prestano fede al racconto di Aristotele e riportano la nascita

¹⁵ Cfr. G. THÜR, s. v. *Arra, Arrabon* in *Der Neue Pauly* 2, Stuttgart – Weimar 1997, col. 24 s., il quale ritiene che la forma greca si sia modulata “nach dem Vorbild altoriental. Rechte” e rimanda in proposito a Gen. 38, 17. L'origine semitica è ormai comunemente riconosciuta dagli studiosi: cfr. G. SEMERARO, *Le origini* cit., pag. 38 con ulteriore bibliografia. Ormai isolata è l'antica opinione di O. WEISE, *Die griechischen Wörter im Latein*, Leipzig 1882, pag. 265, secondo il quale l'origine sarebbe greca.

¹⁶ ISAEUS, *De Cironis Hereditate*, cap. 23.

¹⁷ Per Volterra il fatto che già Iseo (scambiato erroneamente con Lisia) utilizzi questo termine dimostrerebbe che l'*arrha* sarebbe stata recepita nel diritto greco a seguito ed in conseguenza dei rapporti commerciali con i Fenici, mentre i contatti tra Greci ed Ebrei, con la conseguente reciproca influenza linguistica, risalirebbero ad un'età posteriore.

¹⁸ ARISTOTELES, *Politica* 1259a 12 (1, 11, 8 – 10).

¹⁹ CICERO, *De divinatione* 1, 111 - 112.

dell'istituto greco dell'*ἀρραβών* a Talete²⁰, per altri invece il silenzio di Cicerone sulle caparre indizierebbe che lo strumento giuridico introdotto da Talete sarebbe stato il contratto a termine, non l'*ἀρραβών*²¹.

Appare in ogni caso arbitrario desumere dal racconto aristotelico l'introduzione dell'*ἀρραβών* nell'ordinamento greco da parte di Talete; più verosimilmente si può affermare che questi si sia servito della prassi dell'*ἀρραβών*, lasciando aperta la questione dell'origine della medesima prassi²².

Che una certa diffusione dell'arra nei contratti al fine di ingenerare obbligazioni dovesse essere in Grecia molto risalente è paraltro desumibile dall'assenza della compravendita consensuale nel diritto greco²³.

²⁰ W. WACHSMUTH, *Hellenische Althertumskunde aus dem Gesichtspunkte des Staats* 2, Halle 1846, pag. 189.

²¹ BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athenienne* 4, Paris 1897, pag. 421 ss; E. VOLTERRA, in *RISG* 2, pag. 46 (= *Scritti* 1, pag. 46).

²² Come sottolinea F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, pag. 346, infatti, "greek agreement created duties only, not liabilities, and [that] the arra added an independent liability, remote from any obligation to deliver the goods and to pay the price". (Trad.: I contratti greci davano origine solo a doveri, non a responsabilità, e l'arra aggiungeva una responsabilità indipendente, lontana da qualsiasi obbligazione di consegnare i beni e pagare il prezzo). Il concetto è ribadito efficacemente da É. JAKAB, *Sale with earnest money in the papyri*, in *AGR* 16. *Symposion* 2001. *Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien 2005, pagg. 199 ss.: "the lack of any legal action from an agreement alone must explain why the parties used the earnest money to create an otherwise non-existent liability". (Trad.: L'assenza di azioni legali derivanti da contratto deve da sola spiegare perché le parti facessero ricorso alle caparre per creare una responsabilità altrimenti non esistente). L'autrice cita convincentemente una serie esaustiva di documenti derivanti dalla prassi commerciale. Cfr. Anche H-A. RUPPRECHT, *Antwort auf Éva Jakab*, in *AGR* 16 cit., pagg. 219-222.

²³ Cfr. THEOPHRASTUS *apud Stob.* 4, 2, 20 (edizione di O. HENSE, *Iohannis Stobaei anthologium, libri duo posteriores*² 2, Berlin 1958, pag. 127 ss.). È interessante notare sin d'ora che *ἀρραβών* viene riferito nel testo sempre alla sola compravendita, mai al fidanzamento o al matrimonio: da questo si è dedotto che in Grecia l'utilizzo dell'*ἀρραβών* fosse ristretto al diritto commerciale, in particolare al solo contratto di compravendita. In questo senso depongono anche i lessici (*Etymologycon magnum*, *Suidas*, *Harpocration*); in PLUTARCHUS, *Galba*, cap. 17, *ἀρραβών* ha il significato di dono. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 2, pag. 47 (= *Scritti* 1, pag. 47) con ulteriore bibliografia; A. SZEGEDY-MASZAK, *The nomoi of Theophrastus*, New Hampshire 1987 (rist. dell'edizione del 1981), pagg. 58 ss; H.

L'utilizzo dell' *ἀρραβῶν* nel solo lessico commerciale perdura sino al IV secolo d. C.

Già nel II secolo d. C., tuttavia, il termine era stato sostituito nel linguaggio corrente dal termine *προνόμιον*²⁴. Le fonti successive al II secolo d. C. continuano ad attestare il termine *ἀρραβῶν* frequentemente, ma non più con riferimento al lessico commerciale, bensì in relazione al diritto di famiglia.

Tale cambiamento di prospettiva è particolarmente evidente nell'opera di Esichio di Alessandria (IV-V sec. d. C?), il quale parla dell'*ἀρραβῶν* nel solo fidanzamento, tralasciando del tutto l'ambito contrattuale²⁵.

TROFIMOFF, *Les arrhes en droit syro-romain arabe*, in *RIDA* 39 (3. serie) (1992), pagg. 292-293 con ulteriore bibliografia; W. W. FORTENBAUGH, s. v. *Theophrastos*, in *Der Neue Pauly* 12/1, Stuttgart 2002, col. 385 ss., con ulteriore bibliografia. Per la presenza del termine *ἀρραβῶν* nelle fonti epigrafiche cfr. IMT Skam/NebTaeler 174; IG IV² 1 110; IosPE I² 32; Iscr. di Cos. ED 43; Iscr. di Cos. ED 43 [1]. Nei papiri il termine *ἀρραβῶν* viene utilizzato molto spesso ed in senso giuridico: Pringsheim elencava 22 papiri contenenti transazioni con la presenza dell' *ἀρραβῶν*; la lista aggiornata alla luce dei ritrovamenti successivi, è in É. JAKAB, *Sale* cit., pag. 200 nt. 9.

Anche qui il riferimento costante è al diritto dei contratti (compravendite, locazioni, contratti di lavoro) e mai al fidanzamento o matrimonio. Sui papiri C.P.R. 30 e Cairo 67006, in tema di *arrahae sponsaliciae* ma tardi, vedi *infra* il capitolo 4.

²⁴ Cfr. LUCIANUS, *Magister rhetorum*, cap. 17; con il medesimo significato Luciano utilizza il termine *προνομία*: cfr. LUCIANUS, *Abdicatus*, cap. 23. L'equivalenza dei termini *προνόμιον* e *προνομία* è costante: cfr. *Thesaurus lingua graecae*, VI, Paris 1842-1847 s. v. *προνομία*. Nei papiri il termine *προνόμιον* è attestato solamente a partire dal II secolo d. C.: cfr. Soc. 56, 9. Per l'evoluzione del termine nel periodo successivo nei papiri con il significato di *privilegium* cfr. F. PREISIGKE, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden* 2, Berlin 1927, s. v. *Προνόμιον*.

²⁵ La circostanza che nella prefazione al suo lessico l'autore affermi di essersi rifatto ampiamente ai lessici più antichi, ha dato adito a sospetti di interpolazioni e glosse che successivi autori cristiani avrebbero apportato all'opera, nonché a dubbi sull'autenticità della lettera – prefazione: i lessici antichi, infatti, riferivano l'*ἀρραβῶν* al diritto dei contratti. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 2 cit., pag. 50 (= *Scritti* 1 cit., pag. 50); *infra*, cap 4.

c) Il Nuovo Testamento

Molto peculiare è l'utilizzo del termine *ἀρραβών* nel Nuovo Testamento. Nell'epistolario paolino detto termine compare in tre luoghi, in senso figurato:

Eph. 1, 14: *ὅς ἐστιν ἀρραβὼν τῆς κληρονομίας ἡμῶν, εἰς ἀπολύτρωσιν τῆς περιποιήσεως, εἰς ἔπαινον τῆς δόξης αὐτοῦ*²⁶.

II Cor. 1, 22: *ὁ καὶ σφραγισάμενος ἡμᾶς καὶ δοὺς τὸν ἀρραβῶνα τοῦ πνεύματος ἐν ταῖς καρδίαις ἡμῶν*²⁷.

II Cor. 5, 5: *ὁ δὲ κατεργασάμενος ἡμᾶς εἰς αὐτὸ τοῦτο θεός, ὁ δοὺς ἡμῖν τὸν ἀρραβῶνα τοῦ πνεύματος*²⁸.

In II Cor. 1, 22 l'Apostolo sostiene la bontà della sua predicazione ritenendola conforme a quella di Gesù Cristo. A dimostrazione di essere stato davvero inviato da Dio per il bene dei fedeli, egli cita lo Spirito Santo, caparra della Redenzione, per grazia del quale Paolo stesso era capace di compiere profezie e miracoli.

II Cor. 5, 5 ed Eph. 1, 14 parlano dell'anelito umano verso la gloria eterna: durante l'attesa transeunte della vita terrestre Dio stesso sazia questa tendenza dell'anima e del corpo attraverso il dono dello Spirito Santo.

S. Girolamo rese il termine *ἀρραβών* contenuto in questi passi in latino con "*pignus*", nella sua traduzione della Bibbia conosciuta

²⁶ (Trad.: -lo Spirito Santo- ... il quale è caparra (*ἀρραβών*) della nostra eredità, in attesa della piena redenzione di quelli che Dio s'è acquistati, a lode della sua gloria).

²⁷ (Trad.: -Dio stesso- ... ci ha impresso il sigillo e ci ha data la caparra (*τὸν ἀρραβῶνα*) dello Spirito nei nostri cuori).

²⁸ (Trad.: È Dio che ci ha fatti per questo e ci ha dato la caparra dello Spirito).

come “Vulgata”, ma al ruolo dello Spirito Santo rispetto alla Redenzione si addice di più il concetto di *arrha*, in quanto lo Spirito Santo è inteso negli scritti paolini non quale semplice garanzia di un adempimento futuro della promessa, bensì quale parte integrante, *de praesenti*, dell’adempimento²⁹.

6. La lingua siriana. Cenni.³⁰

La lingua siriana presenta due termini contenenti la radice ‘*r b*, aventi il significato di “garanzia”: *arrabhutha* (della stessa famiglia semantica del verbo “*rabh*” e del sostantivo “*arrabha*” = fideiussore) e *rabhona*. Simili nella forma, i due termini hanno tuttavia origini totalmente diverse, appartenendo il primo al ceppo linguistico semitico mentre il secondo deriva dal greco *ἀρραβών*³¹.

Il termine *arrabhutha* corrisponde sostanzialmente all’*erabhon* ebraico, avendo il significato di fideiussione, di pegno, di caparra³², e lo si ritrova nel lessico del solo diritto commerciale.

Il termine *rabhona*, invece, indica spesso il sacrificio di Cristo per la salvezza dell’umanità, secondo la dottrina e la terminologia del Vangelo e dei Padri della Chiesa³³.

²⁹ Già S. Agostino, in una lunga spiegazione, riteneva più consono equiparare lo Spirito Santo all’*arrha*, piuttosto che al pegno: cfr. AUGUSTINUS, *Sermo 23*, 8 (P. L. 38, 158 s.).

³⁰ Cfr. H. TROFIMOFF, *Les arrhes* cit., soprattutto le pagg. 297 ss.

³¹ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG 2*, pag. 51 (= *Scritti 1*, pag. 51).

³² Cfr. il sostantivo *arrabha*, impiegato per designare i padrini e le madrine nel battesimo ed i testimoni degli sposi nei matrimoni.

³³ Alcuni studiosi hanno dedotto dal fatto che i due termini avessero campi di applicazione così nettamente distinti che nelle lingue semitiche il termine *erabhon* ed i suoi derivati sarebbero rimasti estranei al matrimonio ed al fidanzamento: cfr. E. VOLTERRA, in *RISG 2* pag. 51 (= *Scritti 1*, pag. 51).

7. La lingua latina

a) Etimologia ed origine dei termini *arrha/arrabo*

Nella lingua latina è attestato il sostantivo maschile *arrabo-arrabonis*, dal cui accorciamento popolare sembra essere successivamente derivato il termine *arra* (o *arrha*)³⁴. Mentre la forma *arr(h)a* è ampiamente attestata, con variazioni di significato anche notevoli, il termine *arrabo* è utilizzato solo da pochi autori³⁵.

Varrone ci informa che la forma *arrabo* deriva dal greco *ἄρραβών*:

³⁴ Cfr. *Thesaurus linguae latinae*, vol. II, Leipzig 1900-1906, s. v. *arra* e *arrabo*, coll. 631 ss.; G. DEVOTO e G. C. OLI (a cura di), *Il dizionario della lingua italiana*, s. v. “*caparra*”, Firenze 1990. Molto interessante è l’opinione di E. P. HAMP, *Latin arr(h)a*, in *Glotta* 63 (1985), pag. 109, che vale la pena di riportare per intero: “*the shorter form arr(h)a has been called a shortening of arrabo (< gk. Arrabon < Semitic), but we may wonder on what principle the shortening operated. It seems reasonable that the shortening arose in mercantile slang, whether or not lenones were involved. Now we know that Plautus facetiously shortened arrabo to rabo: rabonem habeto – “rabonem”? quam esse dicam hanc beluam? Quin tu “arrabonem” dicis? (Truc. 688). It seems that arrabo could be taken as ad-rabo. If then arrabo in isolation could be understood as a delocutive from future arra-bo, as if “I will pay, I will reckon up”, the pseudo-root –ra- could have been associated with ratio “reckoning” etc. These shortenings would then have been morphologically motivated*” (trad.: la forma abbreviata *arr(h)a* è stata ritenuta un’abbreviazione di *arrabo* (< greco *Arrabon* < semitico), ma possiamo essere stupiti dal principio in base al quale avvenne l’abbreviazione. Sembra plausibile che l’abbreviazione si sia sviluppata nel linguaggio mercantile, con o senza la partecipazione dei lenoni. Ora, noi sappiamo che Plauto abbreviò di proposito *arrabo* con *rabo: rabonem habeto – “rabonem”? quam esse dicam hanc beluam? Quin tu “arrabonem” dicis? (Truc. 688)*. Sembra che *arrabo* possa essere stato inteso come *ad-rabo*. Se poi la forma isolata *arrabo* possa essere stata intesa come forma delocutiva del futuro *arra-bo*, “io pagherò, io salderò”, la pseudo-radice *–ra-* potrebbe essere stata associata con il campo semantico “riconoscere”. Queste abbreviazioni sarebbero state dunque filologicamente motivate).

³⁵ Segnatamente da Varrone, Paluto, Terenzio, Quadrigario, Gellio, Apuleio, Beda, Isidoro di Siviglia e Gregorio Turonense. Cfr. *TLL*, vol. II, Lipsia 1900-1906, s.v. *arrabo*, pag. 634.

VARRO, *De lingua latina* 5, 175: *Arrabo sic data ut reliquum reddatur a graeco ἀρραβών*³⁶.

Rifiutata dagli studiosi è invece l'etimologia fornita da Isidoro di Siviglia nelle sue *Origines*, dove egli opera una distinzione tra i termini “*arrha* e “*arrabo*”:

ISIDORUS HISPALENSIS, *Etymologiae* 9, 7 (P. L. 82, 364 D): *Arrabo dicta, quasi arrha bona. Quod enim datur pro conjugio, bene datur, quia coniugium bonum est. Quod vero causa fornicationis, aut adulterii malum est, idcirco arrabo non est*³⁷.

I termini *arrha* ed *arrabo* sono attestati con certezza, nella letteratura latina, a partire dall'età della Repubblica; il primo autore ad utilizzarlo sembra essere stato Plauto.

In età repubblicana la consegna di oggetti come *arrae* adempiva una duplice funzione: elemento probatorio della conclusione del contratto ed inizio dell'adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo; stipulazione di una pena convenzionale tacita tra le parti, che prevede la perdita dell'oggetto dato quale *arra* in caso di inadempimento.

Nelle opere plautine si riscontra una totale fungibilità dei termini “*arrha*” e “*pignus*”: ciò è stato interpretato come imprecisione dello scrittore o come prova del fatto che *l'arrha*, ai

³⁶ (Trad.: il termine *arrabo* in questa forma come è stata tramandata dal greco ἀρραβών).

³⁷ (Trad.: *arrabo* è detta in un certo senso l'arra buona. Quanto infatti viene dato per il coniugio è dato bene, poiché il coniugio è positivo. Quanto invece è dato al fine di fornicazione o di adulterio è male, certo non è *arrabo*). Cfr. *TLL*, vol. II cit., s. v. *arrabo*, col. 633; VOLTERRA, in *RISG* 2, pag. 38 (= *Scritti* 1, pag. 38) la definisce „una delle fantastiche derivazioni di etimologia non rare negli antichi“.

tempi di Plauto, non si era ancora distinta nettamente dal pegno³⁸. Certo é che, se « *la société romaine en a pris connaissance* [delle arrhae] *par les comédies de Plaute* », questi, nell’adattare la commedia greca alla scena romana, « *ne s’était pas fait une juste opinion de l’arrha et la confondait avec pignus* »³⁹.

Particolare interesse desta il seguente passo, tratto dal *Miles gloriosus*:

PLAUTUS, *Miles Gloriosus*, 957: *Hunc arrabonem amoris primum a me accipe*⁴⁰.

L’espressione “*arrabonem amoris*” potrebbe dare adito, *prima facie*, a ritenere esistente un collegamento tra l’*arrha* e il fidanzamento al tempo di Plauto.

La dottrina dominante esclude tuttavia tale interpretazione con vari argomenti: l’*arrabonem* menzionato nel testo sarebbe solo un semplice dono fatto da una donna ad un uomo (mentre, si fa notare,

³⁸ Infatti Plauto sembra riferirsi a vari istituti giuridici con il termine *arrha*: PLAUTUS, *Rudens*, *prol. 46*: *Adulescens quidem civis huius Atticus / [...] datque arrabonem* (Trad.: un tale cittadino Attico di questa città [...] e dà un’arra). PLAUTUS, *Truculentus*, 687 ss: *Ast: Sequere intro me, amabo mea voluptas. / Truc: Tene Hoc tibi; / rabonem habeto mecum ut hanc noctem sies / Ast: Perii! “rabonem”! quam esse dicam sies hanc beluam? Quin tu arrabonem dicis? / Truc.: “Ar” facio lucri / ut Praenestinis “conia” est ciconia* (Trad.: Astafia: Seguimi, entra, ti prego, delizia mia. Truculento (dandole un bacio). Tieni, questo è per te; tienilo come “parra” che questa notte la passerai con me. Astafia: Oh povera me! “parra”! che razza di bestia è questa? Perché non dici caparra? Truculento: Ci guadagno il “ca”, come per i Prenestini “cogna” è cicogna). Cfr. anche *Mostellaria* 645, *Poenulus*, 1359 s.

³⁹ (Trad.: Se la società romana ha conosciuto le arre dalle commedie di Plauto non si è fatta un’idea giusta dell’arra e l’ha confusa col pegno). H. KUPISZEWSKY, *Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφερνα dans le Digeste*, in *JJP* 18 (1974), pagg. 236 ss. (= *Scritti minori*, Napoli 2000, pagg. 276 ss.); M. TALAMANCA, *L’arrha nella compravendita* cit., pagg. 47 ss; E. FRÄNKEL, *Plautinisches im Plautus*², Hildesheim 2000, pagg. 1 ss., in cui l’Autore ripercorre anche le principali tappe del dibattito filologico-letterario sul problema del rapporto tra Plauto e i suoi modelli della commedia greca.

⁴⁰ (Prendi innanzitutto questo (anello) quale pegno d’amore).

le *arrahae sponsaliciae* sono date di regola dall'uomo alla donna⁴¹), senza riferimenti a futuro matrimonio o fidanzamenti.

L'espressione *pignus amoris* è inoltre molto diffusa negli scrittori latini, ma senza alcun connotato giuridico: la variante *arrabonem amoris* dipenderebbe dalla fungibilità, già rilevata, dei termini *pignus* e *arrabo* nel linguaggio plautino⁴².

Nelle Commedie di Terenzio, significativamente, il termine *arrabo* è attestato molto più raramente rispetto alle opere plautine: ciò va ricondotto ad una maggiore tradizionalismo di questo scrittore, il cui linguaggio appare meno contaminato dalle influenze greche rispetto a quello plautino⁴³.

Da due passi di Aulo Gellio sappiamo che anche Claudio Quadrigario e Decimo Laberio, due autori dell'età repubblicana posteriori a Plauto e Terenzio, utilizzarono il termine *arraha*⁴⁴:

⁴¹ Secondo la dottrina quasi unanime; *contra* A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pag. 576; *Dizionario giuridico romano*³ 1, Napoli 2000, pag. 63.

⁴² Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 2 cit., pag. 57 s. (= *Scritti* 1, pag. 57 s.). L'autore nota che Plauto parla nelle sue opere sia di *arrahae* che di *sponsalia*, senza però mai mettere in relazione i due istituti.

⁴³ TERENCEUS, *Heautontimorumenos*, 600 ss.: *Syr: ...fuit quaedam anus Corinthia / hic; huic drachumarum haec argenti mille dederat mutuom. [...] / Syr: Ea mortuast: reliquit filiam adulescentulam: / ea relicta huic arraboni est pro illo argento* ("Siro: c'era qui una vecchia di Corinto e costei le aveva dato in prestito 1000 dracme d'argento...Quella è morta ed ha lasciato una figlia giovinetta che è stata consegnata come pegno a lei per quel denaro").

Su questi passi cfr. E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino 1890, p. 368; E. VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pagg. 634 ss. (= *Scritti* 1, pagg. 56 ss.); M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, in *BIDR* 48 (1941), pagg. 267 ss.; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, pagg. 53, nt. 17; 58 s.

⁴⁴ Di Claudio Quadrigario si hanno incerte notizie: da un passo di Velleio Patercolo si può collocare all'epoca di Silla. Pare anzi che il suo nome derivi da una vittoria riportata nel Circo in una festa indetta per celebrare una vittoria del dittatore: cfr. R. PICHON, *Histoire de la litterature latine*, Paris 1924, pag. 144; SCHANZ-HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*. Ertser Teil, München 1927 pagg. 316 ss.; per l'edizione delle opere cfr. W. SCHIBEL, *Sprachbehandlung und Darstellungsweise in römischer Prosa: Claudius Quadrigarius, Livius, Aulus Gellius*, Amsterdam 1971, pagg. 13-14, 63-69; M. CHASSIGNET (a cura di), *L'annalistique romaine, tome III: l'Annalistique récente, l'autobiographie politique (fragments)*, Paris 2004, pagg. 13-49; H. BECK, *Die frühen römischen Historiker, Band 2. Von*

GELLIUS, *Noctes Atticae* 17, 2, 21: (scil. Quadrigarius) "Arrabonem" ... *maluit quam pignus dicere, quoniam vis huius vocabuli in ea sententia gravior acriorque est; sed nunc "arrabo" in sordidis verbis haberi coeptus ac multo videtur sordidius "arra", quamquam arra quoque veteres saepe dixerint et conpluriens Laberius*⁴⁵.

Gellio interpreta la scelta di Quadrigario di utilizzare il termine "arrabo", e non "pignus", per la maggior asprezza del primo vocabolo. Il termine "arrabo", continua Gellio, era ai suoi tempi termine desueto, e ancor di più lo era il vocabolo "arrha", termine caro ai *veteres* e soprattutto a Laberio:

GELLIUS, *Noctes Atticae* 16, 7, 12: *Item (=Laberius) in Necromantia "cocionem" pervulgate dicit, quem veteres "arrilatorem" dixerunt*⁴⁶.

Laberio aveva utilizzato "pervulgate" nella sua Necromantia il termine "cocionem" al posto dell'antico "arrilatorem": i due termini "cocio" e "arrilator" dunque appaiono succedanei e designano il medesimo concetto.

Coelius Antipater bis Pomponius Atticus, Darmstadt 2004. Decimo Laberio (106 a.C. - 43 a.C.) è il più famoso autore di mimi del I secolo a.C. Fu un *eques*; delle sue opere si conoscono 43 titoli e restano alcuni frammenti; i suoi mimi erano prevalentemente di satira politica.

Su invito di Cesare rappresentò egli stesso un suo mimo, forse nel corso dei giochi per le vittorie di Cesare nel 46 a.C. (cfr. MACROBIUS, *Saturnalia* 2, 3). Cfr. P. L. SCHMIDT, s. v. *Laberius*, in DNP 6, Stuttgart 1999, pagg. 1030 ss.

⁴⁵ ("Quadrigario - preferì dire *arrabonem* che pegno, poiché la forza di questo vocabolo in quella frase è maggiore e più incisiva; ma *arrabo* è ora tra i termini desueti e molto più desueto è *arra*, per quanto anche gli antichi dicessero *arra* e soprattutto Laberio"). Il passo narra di un episodio in cui i Romani erano stati presi in ostaggio dai Sanniti.

⁴⁶ (Questi dice nella Necromantia volgarmente "cocionem", quello che gli antichi avevano detto "arrilatorem").

E' stato notato che il termine "cocio" era abbastanza diffuso anche presso altri autori, ma sempre con riferimento alla compravendita, con il significato di negoziatore, senza alcun accenno al matrimonio⁴⁷.

b) I Padri della Chiesa latini

I Padri della Chiesa latini recepiscono l'insegnamento paolino ed impiegano il termine *arrha* per descrivere il ruolo dello Spirito Santo, il Consolatore dato da Dio agli uomini in attesa della Redenzione⁴⁸.

Nell'impiego del termine *arrha* i Padri si soffermano spesso sulle differenze intercorrenti tra *arrha* e *pignus*.

Particolarmente interessante è a riguardo un passo di S. Agostino, il quale in un sermone si sofferma dettagliatamente su tale distinzione parlando del ruolo dello Spirito Santo, e spiega che ad Esso si addice più il termine di *arrha*, poiché questa, a differenza del pegno, non va resa indietro con l'adempimento della prestazione ma viene computata in essa:

AUGUSTINUS, *Sermo 378* (P. L. 39, 1673): ... *quando datur pignus, reddit homo quod accepit, re completa propter quam pignus*

⁴⁷ Cfr. ad esempio il passo del retore-grammatico QUINTILIANUS, *Declamationes*, 12, 19.

⁴⁸ Cfr. ad esempio TERTULLIANUS, *De Resurrectione* 51 (P. L. 1, 869); *Adversus Hermogenem* 34 (P. L. 1, 229). Altre edizioni del *De resurrectione* sono in A. KROYMANN, in CSEL 47 (1906) pagg. 25-125; J. W. PH. BORLEFFS, in CCSL 2 (1954), pagg. 919-1012. Sull'*Adversus Hermogenem* cfr. J. H. WASZINK (a cura di), *Q. S. F. Tertulliani, Adversus Hermogenem liber*, Ultraiecti/Antverpiae 1956 e, per la traduzione e il commento della stessa opera, ID., *Tertullian, The Treatise against Hermogenes*, Westminster (Maryland) - London 1956.

*accepit, arrha autem quando datur non recipitur sed super additur ut impleantur*⁴⁹.

Tale interpretazione, inizialmente non unanime, si impose anche nella Patristica successiva⁵⁰.

c) I testi giuridici

I primi testi giuridici in cui si parla di *arrhae* risalgono ad età adrianea; in tutti il riferimento è al diritto dei contratti⁵¹.

⁴⁹ (Quando viene dato un pegno, l'uomo restituisce ciò che ha ricevuto quando c'è il completo adempimento dell'obbligazione per cui ha preso il pegno – lett: quando è completa la cosa -, l'arrha invece quando viene data non viene ripresa indietro ma viene computata ai fini dell'adempimento).

⁵⁰ Cfr. VENANTIUS FORTUNATUS, *Vita S. Martini* 1, 67 (in *Monumenta Germanica* 4, 1, 297).

⁵¹ D. 18, 3, 6 pr. (Scaevola libro secundo responsorum): *...id, quod arrae vel alio nomine datum esset...* (...ciò che sia stato dato a titolo di arra o ad altro titolo...); D. 19, 1, 11, 6 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum): *Is qui vina emit arrae nomine [...] si anulus datus sit arrae nomine* (Colui il quale acquista vini a titolo di caparra...se sia stato dato un anello a titolo di caparra); D. 14, 3, 5, 15 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum): *...anulum arrae nomine acceperit* (...Il quale abbia preso un anello a titolo di caparra...); D. 18, 1, 35 pr. (Gaius libro decimo ad edictum provinciale): *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur...* (Ciò che spesso viene dato a titolo di caparra...); GAI 3, 139: *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis non dum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptiois et venditionis contractae* (La compravendita si contrae quando ci sia accorda sul prezzo, anche se il prezzo non è stato ancora pagato, e anche se non sia stata data un'arra: infatti ciò che viene dato a titolo di caparra è una prova della compravendita contratta); C. I. 4, 54, 1 (Imperator Antoninus a. 216 Sabino et Anullino Cons.): *Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arras perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est* (Se hai venduto un fondo col patto che, se il prezzo non fosse stao pagato entro un certo tempo, la venditrice avrebbe perso le arre e la proprietà sarebbe spettata a te, la fede contrattuale va rispettata). Anche qui manca qualsiasi accenno a matrimonio e fidanzamento. L'unico testo del Digesto che menzioni le *arrhae* a proposito della promessa di matrimonio, su cui gravano tuttavia sospetti di interpolazione, è D. 23, 2, 38 pr.: da qui alcuni studiosi hanno tratto la conclusione che nessun brano dei giureconsulti classici abbia mai menzionato l'*arrha sponsalicia* e che gli sponsali nei testi giuridici classici fossero non vincolanti e liberamente risolvibili. Su tutto ciò cfr. ampiamente il cap. 3.

Nelle opere dei giuristi, a differenza di quelle plautine, è netta la distinzione tra l'*arrha* e il *pignus*. Tale distinzione verrà poi definitivamente accentuata dalla riforma di Costantino in materia di pegno.

Si ritiene che la giurisprudenza abbia dovuto prendere atto della prassi, iniziata soprattutto nelle colonie della Magna Grecia da parte dei c. d. *peregrini*, di servirsi delle *arrae* negli scambi commerciali.

Gaio sembra essere il primo giurista a nominarle tecnicamente in D. 18, 1, 35 pr. (Gaius libro decimo ad edictum provinciale): *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*⁵².

Egli dá conto della diffusione delle *arrae*, ma non manca di osservare come queste non inficino il principio consensualistico che stava alla base della compravendita romana, diversamente da quella greca. Nel diritto romano classico, infatti, le *arrae* assurgono al ruolo di patti aggiunti, con funzione probatoria (cfr. Gai 3, 139), regolati piú dalla prassi che dal diritto⁵³.

d) Origine dell'espressione “*arrae sponsaliciae*”.

Volendo passare ad indagare da quale momento il termine *arrha/arrabon* sia penetrato nel lessico del diritto matrimoniale, dopo averne rilevato la totale assenza nella lingua ebraica, aramaica, greca (prima della dominazione romana)⁵⁴ e siriana, va preso atto

⁵² (Trad.: Ciò che spesso viene dato a titolo di caparra non riguarda il fatto che senza arra non vi sarebbe un accordo, ma affinché possa essere provato in maniera più evidente che ci si è accordati sul prezzo).

⁵³ Cfr. H. KUPISZEWSKI, *Quelques remarques* cit., pagg. 236-237.

⁵⁴ Su cui cfr. J. VON MAMMEN, *Zur Frage des Verlöbnisses im alten griechischen Recht*, Würzburg 1972.

dell' affermazione a partire dal IV secolo d. C. dell'espressione *arrae sponsaliciae* nella lingua latina⁵⁵.

Già alla fine del III sec. d. C., in realtà, incontriamo un'interessante espressione, peraltro isolata nella letteratura latina, *arrae regiae*, che pare in qualche modo prodromica a quella *arrae sponsaliciae*. Essa fu utilizzata da Giulio Capitolino a proposito di un celebre fidanzamento, di cui è parola nella *Historia Augusta*:

IULIUS CAPITOLINUS, *Maximini Duo*, 27, 7: *Desponsa illi (Maximino) erat Iunia Fadilla, proneptis Antonini, quam postea accepit Toxotius, eiusdem familiae senator, qui periit post praeturam, cuius etiam poemata exstant. Manserunt autem apud eam arrae regiae...*⁵⁶

L'autore narra come, dopo lo scioglimento del fidanzamento tra Massimino e Giunia Fadilla, pronipote di Antonino Pio, le "*arrae regiae*" rimasero presso la donna. Con questa espressione, che non si riscontra in alcun altro testo, vengono indicati oggetti di consistente valore economico, descritti nel prosieguo del testo⁵⁷.

⁵⁵ Bisogna dare conto di un passo di Apuleio: *Metamorphoseon libri*, 5, 26, il quale anticamente veniva letto: "*arrha et nuptiis coniugabo*", facendo ipotizzare una datazione molto più risalente dell'*arrha sponsalicia*. Tutte le edizioni dal 1700 in poi hanno sempre "*confarreatis*": "*mihi confarreatis*"; "*confestim confarreatis*"; "*iam mihi conf (estim) farreatis nuptiis coniugabo*". Cfr. da ultimo E. PARATORE (a cura di), *Apulei Metamorphoseon libri IV-VI (La favola di Amore e Psiche)*, Firenze 1948, sub V, 26, il quale legge: "*iam mihi confarreatis nuptiis coniugabo*". Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 2 cit., pag. 62 (= *Scritti* 1, pag. 62).

⁵⁶ (Fidanzata di Massimino era Giunia Fadilla, pronipote di Antonino, che in seguito prese Tessezio, senatore della medesima famiglia, il quale morì dopo la pretura e del quale restano dei poemi. Le arre regie tuttavia rimasero presso di lei...).

⁵⁷ „[...] *monolinum de albis novem, reticulum cum pralini undecim, dextrocherium cum copula de hyacinthis quattro praeter vestes auratas et geminis ornatas ceteraque insigna sponsaliorum*“ (una collana di perle bianche, un frontino con undici smeraldi, n bracciale rivestito di perle oltre a quattro vesti d'oro e ornate con gemme e gli altri simboli degli sponsali); cfr. anche SVETONIUS, *Tiberius* 6, 3. L'attendibilità dell'*Historia Augusta* è tuttavia molto controversa: A. LIPPOLD, *Kommentar zur Historia Augusta, Band 1. Maximini*

Questo dato sembra indiziare la loro diffusione presso i ceti alti della società romana, ma meraviglia l'impiego dell'aggettivo “*regiae*” nell'età del Principato: iperbole dello scrittore, o prerogativa della famiglia imperiale?⁵⁸.

e) Gli scrittori cristiani. Rinvio

Negli scrittori cristiani del IV secolo è attestata significativamente usata l'espressione “*subarrhari*”⁵⁹ accanto a quella di “*arrha*”, riferita ad unioni religiose.

Il riferimento è spesso all'unione di Cristo con la Chiesa, e questo concetto, come si vedrà più avanti, ha non solo un'importanza

duo, Bonn 1991, pag. 589 ritiene l'intero fidanzamento narrato “*wahrscheinlich erfunden*” (probabilmente inventato); Volterra nota come l'*Historia Augusta*, di cui l'opera di Capitolino fa parte, sia ricca di “*aneddoti più o meno immaginosi e spesso completamente fantastici*” e avanza l'ipotesi che Capitolino riporti a Massimino un istituto in vigore solo più tardi al tempo in cui egli scriveva (fine del III secolo sotto Costantino) e adoperi tale termine per indicare i regali d'uso. “*Questa osservazione*” – aggiunge l'Autore - “*avrebbe anche un ulteriore appoggio nel fatto che prima della legge di Costantino (C. 5, 3, 15) i doni sponsalici hanno il valore di semplici donazioni e non si possono ripetere nemmeno nel caso di scioglimento del fidanzamento*”.

⁵⁸ Cfr. A. LIPPOLD, *Kommentar zur Historia augusta* cit., pagg. 605 ss. con ulteriore bibliografia. L'autore connette il passo in questione con D. 23, 2, 28, in cui per la prima volta si parla di *arrae* a proposito di un fidanzamento (su cui v. *infra*, cap. 3) e ritiene “*möglich, daß man unabhängig von einer rechtlichen Fixierung der arra sponsalicia als eines gegenseitigen Angeldes der Verlobten (oder nur des Brütigams) den Ausdruck arra regia für eine Gabe des Verlobten (zumal eines kaiserlichen Prinzen) auch schon in der Zeit um 300 gebrauchen konnte*” (possibile che indipendentemente dal consolidamento giuridico dell'*arra sponsalicia* quale caparra reciproca dei fidanzati –o del solo fidanzato– l'espressione *arra regia* potesse essere già impiegata intorno al 300 d. C. per designare un dono del fidanzato –oltretutto principe-).

⁵⁹ Cfr. ad es. GODEFRIDUS VITERBENSIS, *Pantheon* (P. L. 198, 1007B); SICARDUS CREMONENSIS, *Mitræ sive Summa de officiis ecclesiasticis* 2, 5 (P. L. 213, 79); HARIULFUS ALDENBURGENSIS, *Chronicon Centulense* 4, 14 (P. L. 174, 1323). Cfr. anche tedesco “*Unterpfand*”, termine nato proprio nell'Eucarestia cristiana ed ancor oggi utilizzato nella medesima per designare la vita terrena quale anticipazione del dono della vita eterna. E' attestata inoltre la forma *obarro* nella forma participiale *obarrhatos* in Sulpicius Severus, *Epistulae* 3, 2 (P. L. 20, 181), su cui cfr. *infra*, cap. 5.

spirituale e teologica, ma è connesso ed influisce profondamente sull'ordinamento religioso del matrimonio⁶⁰.

Il tema, per la sua ampiezza ed importanza per l'evoluzione dell'istituto della promessa di matrimonio in tutto il diritto europeo successivo, sarà oggetto di specifico approfondimento nel capitolo 5.

f) Le costituzioni imperiali⁶¹

La prima costituzione in materia di *arrhae sponsaliciae* a noi pervenuta è degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio, é datata 380 d. C., ed è riportata in C. Th. 3, 5, 11⁶².

⁶⁰ Cfr. IOANNIS CASSIANUS, *Conlationes* 7, 6 (P. L. 49, 677A), secondo il quale colui il quale durante la vita tende verso Dio „*illud quod in futurum dicitur de beata conversatione sanctorum, iam subarrhatum teneat in praesenti* (ha già ora quanto si dice per il futuro circa l'incontro beato con i Santi); AUGUSTINUS, *Sermo* 372, 2 (P. L. 39, 1662); PETRUS CHRYSOLOGUS, *Sermo* 140 (P. L. 52, 576); *Historia Datiana*, cap. 29.

⁶¹ Per l'esegesi delle costituzioni riportate in questo paragrafo cfr. il cap. 4.

⁶² C. Th. 3, 5, 11 [=Brev. 3, 5, 6] (380 Iun. 17), IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN(IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO). *Patri, matri, tutori vel cuicumque, ante decimum puellae annum datis sponsalibus, quadrupli poenam remittimus, etsi nuptiae non sequantur. et si interea puella decesserit, sponsalia iubemus sponso restitui. Quod si decimo anno vel ultra pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque ad undecimi metas, suscepta crediderit pignora esse retinenda, deinceps adventante tempore nuptiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius. Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea, matrimonium non implens, ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur. Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater, semet ipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. Cui quidem contra matrem, tutorem, curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis, iuxta poenam iuris, reddiderit facultatibus, si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam.* DAT. XV. KAL. IUL. THESSAL(ONICA), GRAT(IANO) A. V ET THEOD(OSIO) A. I. CONSS. (Trad.: Rimettiamo al padre, alla madre, al tutore o a chiunque altro, celebrato il fidanzamento con la dazione delle arre prima che la fanciulla abbia compiuto i dieci anni, la pena del quadruplo anche se non seguano le nozze; e se nel frattempo la fanciulla sia morta, ordiniamo che le arre siano restituite al fidanzato. Qualora invece il padre o chiunque altro, cui spetti la responsabilità della fanciulla, abbia creduto di trattenere le arre ricevute nel decimo anno di età o oltre, ma prima del dodicesimo anno, cioè fino alla fine dell'undicesimo anno, e poi, avvicinandosi il tempo delle nozze, venga meno alla promessa fatta, sia soggetto alla pena del quadruplo. Diversa è la situazione della vedova, che non è aiutata dalla minore età, per cui se non contrae matrimonio è condannata alla pena

Nel testo vengono utilizzati ben tre termini per indicare il medesimo concetto: *sponsalia*, *pignera*, *arrae*⁶³:

datis sponsalibus [...]; sponsalia iubemus sponso restitui; [...] suscepta crediderit pignora esse retinenda; [...] actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum; [...] si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam.

Interessante é notare come anche l'antica *interpretatio* di questa legge prosegua nella molteplicitá terminologica per indicare il concetto di garanzia prematrimoniale⁶⁴:

del quadruplo *in forza dell'antica costituzione*. Chiunque poi si accordi per le nozze, quando (la fanciulla) ha compiuto il dodicesimo anno, se il padre, obbliga se stesso, se la madre o il curatore o altri parenti, sia obbligata la fanciulla (al pagamento del quadruplo). Però a lei viene riservata un'azione ispirata al bonum et aequum da proporre contro la madre, il tutore, il curatore o il parente, perché sia reintegrata in quei pegni, che abbia restituito con il proprio patrimonio in conformità con la sanzione della legge, se dimostri di essere stata da essi costretta ad accettare le arre). Sul richiamo presente nella costituzione ad una precedente "*vetus constitutio*", cfr. l'esegesi del testo *infra*, capitolo 4.

⁶³ Per l'identità di significato, nella costituzione, tra *sponsalia* e *arrae* cfr. C. Th. 3, 10, 1: "*sponsalia hoc est arrharum data nomine*" (sponsali cioè dati a titolo di arre). La polisemanticità del termine del termine *sponsalia* nel Basso Impero è attestata dalla Novella di Valentiniano III 35, 9, in cui con esso viene indicata la *donatio ante nuptias*: cfr. P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, pag. 174; L. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, Courtrai 1949, pag. 77 nt. 80.

⁶⁴ INTERPRETATIO. *Pater vel mater puellae, aut si pater defuerit, tutor, curator vel aliquis ex propinquis, si, antequam decimum annum puella contingat, de nuptiis pacti fuerint et sponsalia susceperint, si postea mutata voluntate renuere voluerint, quem prius susceperant, non addicuntur ad quadruplum, sed ea tantum, quae sunt suscepta, restituant: nam et si puella mortua fuerit, hoc tantum, quod acceperant, reddunt. sin vero iam puella decimum agens annum usque ad undecimum plenum susceptas arras vel ipsa vel parentes, tutores curatoresve tenuerint, id observandum est, ut, si fidem placiti mutare voluerint et illum renuant, cuius sponsalia suscepit, ad quadrupli poenam sine dubio teneatur persona, quaecumque de puellae nuptiis placitum fecit. quod si antequam annus undecimus compleatur, pignora suscepta reddiderint, nullam de susceptis arris calumniam pertimescant. nam si vidua fuerit, nihil per aetatem poterit excusare, si animum alibi diverterit et priorem sponsum renuere voluerit. tunc quaecumque suscepit sponsaliorum titulo, in quadruplum reddat. puella vero post duodecimum aetatis suae annum, si pater de nuptiis illius aliud facere voluerit, quam promisit, ad quadrupli poenam et ipse tenendus est. si pater mortuus est, et de nuptiis*

sponsalia susceperint; [...] susceptas arras; [...] sponsalia suscepit; [...] pignora suscepta; [...] de susceptis arris; [...] sponsaliorum titulo; [...] si illius arras.

Anche in C. Th. 3, 6, 1, degli stessi imperatori e pure essa del 380 d. C., si ritrovano le espressioni *pignora (lucrativa)*, *sponsalia* e *arrae* come sinonimi⁶⁵:

puellae mater, tutor aut curator aut propinquus aliquis definierit, et puella alteri nubere maluerit, ipsa sponso priori de propriis facultatibus satisfaciat in quadruplum, quod accepit: hac tamen condicione servata, ut postmodum contra praedictas personas agere possit, si illius arras, quem renuit, illis cogentibus invita suscepit (Il padre o la madre della fanciulla, o se il padre è morto il tutore, il curatore o qualcuno dei parenti, se prima che la fanciulla compia il decimo anno ne abbiano pattuito le nozze e abbiano preso gli sponsalia, se in seguito, cambiata idea, vogliono rinunciare a colui che in precedenza avevano scelto, non vengono condannati al quadruplo, ma devono restituire solo quanto ricevuto: infatti anche se la fanciulla muore restituiscono solo ciò che hanno ricevuto. Se invece durante il decimo anno di vita della fanciulla, fino al compimento dell'undicesimo, lei o i parenti, i tutori o i curatori presero le arre promesse, è necessario che, se vogliono venir meno alla fede del patto e rinunciare a colui il quale aveva promesso gli sponsalia, è tenuto senza dubbio al quadruplo chi aveva disposto delle nozze della fanciulla. Se però restituiscono i pegni presi prima che sia stato completato l'undicesimo anno di età non subiranno alcuna pena circa le arre prese. Se la fanciulla era vedova l'età non può scusarla qualora ella abbia cambiato idea e rifiutato il fidanzato precedente. In tal caso qualsiasi cosa ella ricevette a titolo di sponsalia deve renderlo al quadruplo. Nel caso in cui la fanciulla abbia più di dodici anni, se il padre vuol fare delle sue nozze qualcosa di diverso da quanto promesso, è tenuto lui stesso al quadruplo. Se il padre è morto e hanno contrattato riguardo alle nozze della fanciulla la madre, il tutore o il curatore o un parente prossimo, e la fanciulla preferisce sposare un altro, ella stessa rimborsi con i propri mezzi il fidanzato precedente al quadruplo di quanto ricevuto: tuttavia mantenendo questa condizione, di poter agire in seguito contro le predette persone, se ella prese le arre dal fidanzato rifiutato con la costrizione di tali persone).

⁶⁵ C. Th. 3, 6, 1 [=Brev. 3, 6, 1] (380 Iun. 17), IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETOR)O. POST ALIA: *Si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum provinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis, quae matrimonium contracturae sunt, potest esse terribilis, sponsalia dederit, iubemus, ut deinceps, sive parentes sive eaedem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda. quod ita late patere volumus, ut non solum circa administrantes, sed et circa administrantium filios, nepotes, propinquos, participes domesticosque censeamus, quibus tamen administrator operam dederit. impleri autem id postea matrimonium non vetamus, quod tempore potestatis ob eas personas, de quibus locuti sumus, arris fuerat obligatum, si sponsarum consensus accedat.* DAT. XV KAL. IVL.

sponsalia dederit; pignora lucrativa habeant; arris fuerat obligatum

I medesimi imperatori utilizzano infine il termine *arrhae*, non aggettivato, in un'ulteriore costituzione, del 380 d. C., riportata in C. I. 5, 1, 3⁶⁶: *Arris sponsaliorum nomine datis*.

Solo a partire da Leone, nel 472 d. C. l'espressione "*arrhae sponsaliciae*" inizia ad essere utilizzata nelle costituzioni imperiali: in C. I. 5, 1, 5 (Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp.) abbiamo infatti: *arrarum sponsalium; huiusmodi arras suscepit; arras acceperit; arras praestitas; arras autem sponsalicias; easdem arras sponsalicias; sponsalicias arras susceperint vel post arras datas; arrarum quantitas*⁶⁷.

THESSAL(ONICA) DD. NN. GRATIANO A. V ET THEODOSIO A. I CONSS. (Dopo altre cose: Se qualcuno, preposto ad un ufficio pubblico e alla carica di governatore provinciale che può incutere timore ai genitori o ai tutori o ai curatori o alle donne stesse che stanno per contrarre matrimonio, abbia dato i doni sponsalizi ordiniamo che, quando sia i genitori, sia esse stesse abbiano poi mutato parere, non solo siano liberati dai vincoli del diritto e siano esentati dalla pena che stabilisce il quadruplo, ma trattengano i beni che sono stati loro offerti, se non ritengano di doverli restituire. Vogliamo che tale disposizione abbia un tale campo di applicazione, che la decretiamo non solo nei confronti di coloro che amministrano, ma anche nei confronti dei figli di coloro che amministrano, dei nipoti, dei parenti, dei collaboratori e dei dipendenti, ai quali peraltro colui che amministra abbia offerto il suo aiuto. Tuttavia non vietiamo che si compia in seguito questo matrimonio, che era stato obbligato con la dazione delle arre al tempo dell'esercizio della carica per quelle persone, di cui abbiamo parlato, se sopravviene il consenso delle fidanzate).

⁶⁶C. I. 5, 1, 3: *Imp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp. Arris sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrentur, defuncta persona iam praebuit. D. XV k. Iul. Thessalonicae Gratiano v et Theodosio AA. cons. (a. 380) (Consegnate le caparre a titolo di fidanzamento, se nel frattempo il fidanzato o la fidanzata siano morti, ordiniamo che ciò che era stato dato sia restituito, a meno che la persona defunta non abbia già fornito un motivo per non celebrare il matrimonio).*

⁶⁷Riportiamo il testo completo di C. I. 5, 1, 5 (Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp.), rimandando anche qui al cap. 4 per l'esegesi: *Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobata huiusmodi arras suscepit: in simplum autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per*

tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit. Patrem vero vel matrem, legitima videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arras pro filia susceperint, avum autem vel proavum pro nepte seu pronepte in duplum tantummodo convenit teneri. Quae ita custodiri censemus, si non propter personam vel condicionem aut aliam causam legibus vel generalibus constitutionibus interdictam futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arras praestitas tantummodo reddi consequens esse praecipimus. Hoc quoque his adicimus, ut etiam, si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arras autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes subolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam, si quidem probatum fuerit ante datas easdem arras sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. Sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint vel post arras datas aliqua iusta causa paenitentiae intercesserit, isdem tantummodo redditus super alterius simpli poena liberi custodiantur. Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arras praestitis custodiri censemus: quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit. Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet. D. k. Iul. Constantinopoli Marciano cons. (a. 472) (La donna che è *sui iuris* sia tenuta fino al doppio delle arre a titolo di fidanzamento, ossia in ciò che ha ricevuto e un altrettanto e non più, se dopo il compimento del 25° anno o dopo aver richiesto la dispensa di età e comprovata competente in giudizio ricevette le arre di tal maniera: (sia tenuta), invece, *in simplum*, cioè soltanto in ciò che ha ricevuto, se minore di età, sia nubile che vedova, o di per sé o mediante il tutore o il curatore o altra persona abbia ricevuto le dette arre. Il padre invero o la madre, naturalmente di età legittima (maggiori di 25 anni) che insieme o separatamente abbiano ricevuto le arre per la figlia, o l'avo o il proavo per la nipote o la pronipote si conviene che siano tenuti solo al doppio. Le quali norme intendiamo che si osservino se non sia vietato che il futuro matrimonio abbia luogo a causa della persona o della situazione o per altro motivo interdetto dalle leggi o da generali costituzioni; allora infatti, le dette arre, consegnate quasi per un fatto nullo, giacchè senza causa, ordiniamo essere conseguente che siano soltanto restituite. E aggiungiamo anche che, se le nozze sperate non siano proibite dalle leggi, e se dopo la consegna delle arre sponsalizie la fidanzata abbia rifiutato di contrarre il matrimonio con il fidanzato a causa o del comportamento indegno o licenzioso, o della diversità di religione o di setta, o perché il fidanzato non era in grado di compiere il coito, dal quale nasce la speranza della prole, o per un'altra giusta causa di dispensa, se mai si sia provato che la donna o i suoi genitori siano venuti a conoscenza di ciò prima che venissero date le suddette arre sponsalizie, lo devono imputare a se stessi. Ma se, ignorando questi motivi, abbiano ricevuto le arre sponsalizie e dopo date le arre sia sopraggiunta una qualche causa lecita di pentimento, restituite soltanto queste, siano conservati esenti circa la pena dell'equivalente. Le quali norme tutte in simile modo intendiamo che si osservino anche per i fidanzati circa il riprendere o non le arre consegnate: cessando naturalmente la pena del quadruplo, che era stata fissata da leggi anteriori, nella quale si calcolava anche la quantità delle arre, a meno che in particolare si stabilì altrimenti di comune accordo tra i contraenti sullo stesso calcolo del quadruplo.

Nonostante la rilevata confusione terminologica è riscontrabile un dato importante: ben due dei termini utilizzati in veste di sinonimi per indicare la garanzia dell'adempimento della promessa di matrimonio sono mutuati dal diritto commerciale (*pignus, arrha*)⁶⁸.

g) Conclusioni

Dalla disamina svolta emergono i seguenti, importanti dati:

- nelle fonti in nostro possesso l'espressione *arrhae sponsaliciae* non compare nella lingua latina prima del IV secolo d. C;
- la prima fonte giuridica che menzioni le caparre in materia di sponsali è una costituzione del 380 d. C.;
- la denominazione *arrhae sponsaliciae* compare per la prima volta quale termine tecnico per indicare le caparre prematrimoniali in una costituzione di Leone del 472 (C. I. 5, 1, 5).

Se poi, oltre le precise indicazioni di questa legge, sia stata interposta una cauzione contenente la pena della stipulazione, non avrà nessun valore per entrambe le parti, poiché nel contrarre le nozze vi deve essere libera facoltà). Si ritiene che la preferenza, accordata progressivamente nelle costituzioni al termine *arrha* rispetto a *pignus*, dipenda dal progressivo distanziamento tra i due istituti, per cui si sarebbe ritenuto inadeguato, soprattutto dopo la riforma costantiniana sul pegno, il termine *pignus* per indicare un oggetto che passa in proprietà di chi lo riceve salva la restituzione in caso di inadempimento. Altre prove dell'incertezza della denominazione sono date dal fatto che negli Scoli Sinaitici si parli di *poena* e *prostimon* anziché di *arra*, e che negli scritti giuridici orientali – tranne che nel Libro Siro – Romano di diritto - si utilizza sempre la terminologia siriana e non quella romana di *arrha*. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pag. 68 (= *Scritti* 1, pag. 68).

⁶⁸ Nella costituzione di Onorio, C. Th. 3, 10, 1 è indicato così il significato del termine “*sponsalia*”: “*sponsalia hoc est arrharum data nomine*”⁷¹, mentre in C. I. 5, 2, 1, che riporta la costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio, C. Th. 3, 6, 1, si muta la frase “*sponsalia dederit*” in “*arrhas sponsalicias dederit*”.

Le costituzioni più antiche che trattino di *arrhae* con riferimento agli *sponsalia* utilizzano altre denominazioni e rivelano una significativa incertezza terminologica.

Capitolo 2. I precedenti semitici delle *arrae sponsaliciae*

1. Introduzione

Nei diritti babilonese ed ebraico si riscontrano due istituti con funzione di caparra prematrimoniale, strutturalmente molto simili alle *arrae sponsaliciae* romane: la *tirhatum* babilonese ed il *mohar* ebraico⁶⁹.

2. La *tirhatum* babilonese

Nella ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto della *tirhatum* babilonese possiamo identificare un periodo precedente alla codificazione di Hammurabi ed uno successivo ad essa.

a) Il periodo pre-Hammurabi

La società babilonese arcaica era basata su un sistema politico-sociale di tipo patriarcale e patrilineare: il padre, *dominus* degli altri membri della famiglia, poteva disporre di essi a suo piacimento.

Il matrimonio consisteva in una compravendita tra l'avente potestà sulla donna ed il futuro marito, scelto dal padre di lei, al quale veniva trasferita la potestà sulla donna dietro corrispettivo di

⁶⁹ Per un'approfondita analisi degli istituti della *tirhatum* e del *mohar* cfr. E. VOLTERRA, *Studio sull'arra sponsalicia* 3. *L'origine orientale dell'arra sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, estratto da *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* n. s. 5 (1930), Roma 1930, pagg. 3-28 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pagg. 125-150) - da ora E. VOLTERRA, in *RISG* 5 (= *Scritti giuridici* 1)-. A questo studio si rimanda sin d'ora.

un prezzo, detto *tirhatum*: la *desponsata* era oggetto della compravendita.

La *tirhatum* babilonese costituiva dunque in origine il prezzo della sposa, pagato dallo sposo alla famiglia di lei per acquistarla in moglie⁷⁰.

Questa struttura di fondo restò sempre alla base della concezione del matrimonio babilonese, ma subì tuttavia significativi temperamenti con l'evoluzione progressiva della società: mentre inizialmente il pagamento della *tirhatum* all'avente potestà della donna avveniva contestualmente alla consegna della *desponsata*, come in una qualsiasi compravendita, successivamente si iniziò a sottolineare la peculiarità della compravendita fatta *matrimoni contrahendi causa*, in virtù dal suo oggetto.

Il matrimonio iniziò ad avere luogo attraverso due momenti distinti e separati fra loro da un intervallo di tempo: consegna della *tirhatum* da parte dello sposo, consegna della donna da parte del padre di lei⁷¹.

In conseguenza di questa progressiva evoluzione, la *tirhatum* iniziò a perdere la sua importanza effettiva di prezzo della sposa ed assunse un carattere più simbolico, non corrispondendo più al valore della donna, ma concretizzandosi il più delle volte in una dazione di

⁷⁰ Cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 130 ss.; 176, nt. 87; 178; *contra* E. CUQ, *Le mariage à Babylone d'après les lois d'Hammurabi*, cit.; cfr. anche SCHUPFER, *La legge di Hammurabi re di Babilonia*, in *Atti della Regia Accademia dei Lincei* (1922), pag. 439 ss.; MUSS-ARNOLT, *Assyrisch-englisch-deutsches Handwörterbuch*, Berlin 1905, pag. 654; SMITH, *Keilschrifttexte Asurbanipals*, col. I, pag. 63 ss; F. MEZGER, *Promised but not engaged*, in *The American Journal of Comparative Law* vol. 64, 1 (1944), pagg. 28-31; L. MILANO, *OAKK. BAN-ha.-lum= tirhatum "bridal price"*, in *Orientalia* 56 (1987), pagg. 85-88; C. MALLAT, *From Islamic to Middle Eastern Law a Restatement of the Field (part I)*, in *The American Journal of Comparative Law* vol. 51, 4 (2003), pagg. 699-750.

⁷¹ Questa evoluzione è attestata con certezza all'epoca di Hammurabi (2285 – 2242 a. C.).

valore piuttosto basso e più che altro simbolico⁷²; si affermò inoltre il concetto per cui la *tirhatum* fosse un'attribuzione fatta alla fanciulla e non più al suo avente potestà.

b) La legislazione di Hammurabi⁷³

aa) Il negozio matrimoniale

La *tirhatum* rimase anche nella codificazione di Hammurabi un elemento essenziale per la celebrazione delle nozze, come si deduce dal § 128 del *Codex Hammurabi*, il quale, seguendo un principio comune ai popoli semitici, stabiliva che il matrimonio dovesse essere fatto con la redazione di un documento (cosiddetto *riksati*), in cui veniva annotato anche l'avvenuta dazione della *tirhatum*:

§ 128 Codex Hammurabi: “*Se qualcuno abbia preso una donna in moglie, ma non conchiuda il suo riksati (il documento nuziale) con essa, questa donna non è moglie*”⁷⁴

Lo schema complessivo della conclusione del negozio matrimoniale previsto nella legislazione di Hammurabi è stato ricostruito nel modo seguente⁷⁵:

⁷² I documenti babilonesi mostrano differenti valori per la *tirhatum*, oscillanti tra ½ mina e 10 sicli, a seconda della condizione sociale della donna: si tratta di somme in nessun caso proporzionate al valore dato a quei tempi ad una donna. L'ammontare della *tirhatum* non era molto alto neppure per le principesse.

⁷³ Sulla codificazione dei Hammurabi cfr. E. BERGMANN, *Codex Hammurabi*, vol. I. *Textus primigenius*, Roma 1953; D. CHARPIN, *Le clergé d'Ur au siècle d'Hammurabi : XIXe - XVIIIe siècles av. J.-C.*, in *Hautes études orientales* 22, Genève 1986; gli articoli riprodotti nel testo si trovano, con traduzione francese, in E. SZLECHTER, *Le code de Hammurapi II*, in *SDHI* 42 (1976), pagg. 303-400; specificamente sul diritto di famiglia cfr. E. SZLECHTER, *Délits mettant en cause les liens conjugaux et familiaux en Droit sumérien et babylonien*, in *RIDA* 32 (1985), pagg. 69-95.

⁷⁴ Cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pagg. 111 ss, con ulteriore bibliografia.

- a) dichiarazione che la fanciulla Tizia, figlia di Caio e di Sempronia è stata data da Caio e da Sempronia in unione matrimoniale a X, figlio di Y
- b) dichiarazione dell'avvenuto pagamento della *tirhatum*.
- c) clausola per il caso dello scioglimento del matrimonio
- d) giuramento delle parti
- e) indicazione dei testimoni e della data.

Il matrimonio era preceduto dal fidanzamento, di cui sono descritti interessanti esempi nelle lettere fra il re Mitanni Tusratta e i sovrani dell'Egitto, conservateci nelle tavolette di El-Amarna⁷⁶.

Queste lettere attestano l'importanza della promessa di matrimonio presso le classi alte: alla conclusione della promessa si arrivava al termine di vere e proprie, complesse pratiche diplomatiche, finalizzate alla celebrazione di un matrimonio che instaurasse una parentela tra le due famiglie regnanti, con fini principalmente politici⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. M. SCHORR, *Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozessrechts*, in *Vordeasiatische Bibliothek* 5 (1913), pag. 1.

⁷⁶ I re Artatama e Suttama, rispettivamente nonno e padre di Tusratta, avevano rifiutato ai re d'Egitto Thtmoses IV e Amenophis II, le loro figlie. Tusratta promise invece una figlia ad Amenophis III, il quale non l'accettò. Dopo la morte di questi, le trattative vennero riaperte con il successore Amenophis IV, senza però che si addivenisse ad un accordo sull'ammontare dei doni, della *tirhatum*, nè sulle principesse. Cfr. J. A. KNUDZON, *Die El Amarna Tafeln mit Einleitung und Erläuterung*, Leipzig 1915.

⁷⁷ Possiamo inoltre leggere degli esempi di matrimonio dell'epoca di Hammurabi nella traduzione tedesca in J. KOHLER – A. UNGNAD, *Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Spätzeit des babylonischen Schrifttums von Xerxes bis Mithridates II: (485 - 93 v. Chr.)*, Leipzig 1911, pagg. 5 ss.

Il codice Hammurabi, § 139, prende in considerazione anche un'altra forma di matrimonio, fatto senza dazione della *tirhatum*; è stato dimostrato tuttavia come tale forma di matrimonio fosse proprio esclusivamente della stirpe sumerica: cfr. D'ARBOIS DE JOUBAINVILLE, *Comptes rendus de l'academie des inscr.*, 1904, pag. 324, n. 1; BESTA, *Le leggi di Hammurabi e l'antico diritto babilonese*, in *Rivista italiana di sociologia* 7 (1904), pagg. 179-236; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 150 ss..

bb) La tirhatum

Nonostante all'epoca di Hammurabi (2285 - 2242 a. C.) l'ammontare della *tirhatum* si fosse ridotta, come abbiamo notato, ad un valore più simbolico che reale, cionondimeno numerose norme del codice la regolamentano e vi ricollegano numerosi effetti giuridici⁷⁸:

§ 138: “*se alcuno ripudia la moglie che non gli ha partorito figli, dovrà renderle l'importo della tirhatum e restituirle il seriqum da lei portato*”⁷⁹.

§ 159: “*se qualcuno che ha fatto portare, nella casa di suo suocero biblum⁸⁰ e dato la tirhatum volge lo sguardo ad una altra fanciulla e dichiara al suo suocero: “io non sposerò tua figlia” il padre della fanciulla riterrà tutto ciò che gli è stato portato (cioè biblum e tirhatum)*”

§ 160: “*se qualcuno ha portato biblum nella casa di suo suocero e dato la tirhatum, e se il padre della fanciulla dichiara: “non voglio dare mia figlia”, rende al doppio ciò che egli è stato dato (cioè biblum e tirhatum)*”

Il fidanzamento sumerico si basava sull'obbligazione contratta fra le parti mediante giuramento ad adempiere il matrimonio; la sposa ha un prezzo, che non viene tuttavia pagato in occasione del fidanzamento: cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pagg. 155-157, nt. 20; 160-162.

⁷⁸ Cfr. la traduzione tedesca di J. KOHLER – F. E. PEISER, *Hammurabis Gesetze*, vol. B I, Leipzig 1901.

⁷⁹ Nel caso invece di scioglimento del matrimonio da parte della donna, anche se questa è nel diritto, il marito si limiterà a restituirle il suo *seriqum*.

⁸⁰ Cfr. sul *biblum* P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 130 ss.; il *biblum* poteva consistere in oggetti diversi dal denaro e poteva essere dato solo dopo il fidanzamento.

§161: *“se qualcuno ha portato biblum nella casa di suo suocero e dato la tirhatum e (se poi), un suo amico lo calunnia e il suo suocero dichiara al bel assatim (lett. ”padrone della moglie”): “tu non sposerai mia figlia” tutto quello che gli è stato rimesso dovrà restituito al doppio e l’amico non sposerà la sua donna”*

§ 163: *“se qualcuno sposa una donna e questa donna non gli partorisce figli e (poi) muore, se il suo suocero gli restituisce la tirhatum che quell’uomo ha portato nella casa di suo suocero il marito non deve aver pretese sul seriqtum di quella donna; la seriqtum di questa appartiene alla casa del padre”*

§ 164: *“Se il suo suocero non gli restituisce la tirhatum, sottragga dalla seriqtum di lei l’ammontare della tirhatum e rende la seriqtum di lei alla casa del padre di lei”.*

§166: *“Se qualcuno procura moglie ai figli che ha, non procura moglie al figlio impubere e poi il padre muore, se i fratelli dividono, debbono dal patrimonio della casa del loro padre assegnare al fratello impubere, che non ha ancora avuto moglie, l’ammontare della tirhatum oltre alla sua quota e procurargli una moglie”.*

L’insieme delle disposizioni contenute nel codice ci forniscono una dettagliata panoramica sull’istituto: la *tirhatum* appartiene alla donna e viene portata come tale nella casa del marito.

In caso di ripudio per incapacità a generare, doveva essere restituita dall’uomo, insieme agli altri beni dati dalla famiglia della

donna a questa in occasione delle nozze (il cosiddetto *seriqtum*, istituto analogo alla dote romana)⁸¹.

La *tirhatum* svolgeva inoltre una funzione penitenziale nel caso di rottura del fidanzamento: infatti a seconda che lo scioglimento avvenisse per colpa dell'uno o dell'altro, lo sposo perdeva la *tirhatum* e il padre della fanciulla era obbligato a restituirla al doppio.

Nel caso che il matrimonio si sciogliesse per morte della donna, il suocero doveva consegnare per intero la *tirhatum* allo sposo, avendo però diritto alla restituzione del *seriqtum*⁸².

Il § 166 mostra un aspetto molto interessante della concezione matrimoniale babilonese: qualora il padre avesse dato moglie soltanto ad alcuni dei suoi figli, dopo la sua morte i figli dovevano, in sede di divisione ereditaria, assegnare ai fratelli non sposati l'ammontare della *tirhatum* oltre la loro quota, per reinstaurare l'equilibrio nelle attribuzioni paterne.

La dottrina ha desunto dalla norma il carattere di formalità nuziale necessaria *ad substantiam* della *tirhatum*: il fratello non sposato non avrebbe potuto contrarre matrimonio senza questo trasferimento, essendo necessario alla conclusione del matrimonio versare la *tirhatum*.

⁸¹ Cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pagg. 135, 173 ss.; per un raffronto con *dos* e *donatio ante nuptias* medioevali cfr. ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana*, in *Archivio Giuridico* 81 (1908), pag. 155.

⁸² La *seriqtum* è una dazione contrapposta alla *tirhatum*, data quale garanzia per assicurare la consegna della *tirhatum*. E' stato notato che, sebbene il paragrafo 163 sembri considerare il caso in cui alla morte della donna vi siano dei figli, tuttavia nei numerosi paragrafi i quali si occupano della successione e della divisione dei beni materni non troviamo nessun accenno alla *tirhatum*, la quale quindi sembrerebbe spettasse interamente all'uomo. L'accenno del paragrafo 163 riguarderebbe, secondo l'interpretazione prevalente, unicamente la *seriqtum*, che in caso di presenza dei figli veniva divisa tra questi e non restituita al suocero.

La *tirhatum* era, nella legislazione di Hammurabi, ancora pagata al padre della donna, il quale soltanto in un momento successivo la trasmetteva alla figlia - sposa.

I paragrafi 163, 164 del codice ci mostrano però che, dopo sciolte le nozze, la restituzione spettava al padre, probabilmente a causa della mancanza di personalità giuridica della donna.

c) Ulteriori effetti del fidanzamento babilonese

Con la consegna della *tirhatum* da parte dello sposo al padre, prima della consegna della donna (la quale rappresenta la conclusione effettiva delle nozze, dato il carattere di compravendita del matrimonio) nasceva tra i fidanzati un legame giuridico molto intenso⁸³.

Come dimostra la terminologia si trattava di un vero e proprio *initium matrimonii*, con l'insorgenza di rapporti di parentela: la donna, dopo la dazione della *tirhatum*, veniva chiamata moglie (*assatum*)⁸⁴, mentre lo sposo diventa *bel assatim* (= signore della moglie) nei confronti della futura moglie, e *hatanu* (genero) nei

⁸³ Molto simile a quello scaturente dagli sponsali germanici, i quali anch'essi si collegano ad un'originaria compravendita. Cfr. H. FEHR, *Hammurabi und das salische Recht*, Bonn 1910, pagg. 68 ss.; R. SOHM, *Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt: eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis der kirchlichen Trauung zur Civilehe*, Weimar 1875, pagg. 59 ss.; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 139. Sulle le somiglianze strutturali tra la *tirhatum* babilonese e gli sponsali germanici cfr. *infra* cap. 6.

⁸⁴ Cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 143-145; cfr. anche i §§ 159-161 del Codice di Hammurabi e le lettere del re Tusratta citate. Talvolta la donna era detta anche „*marhitum*“ che nei vocabolari sumerici-semitici è sinonimo di *hirtum*, il quale equivale a sua volta a *assatum* (moglie): Cfr. W. MUSS-ARNOLT, *Assyrisch-deutsches-Handwörterbuch*, Berlin 1905 pagg. 588, 957; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 141, nt. 36.

confronti del padre della donna, che a sua volta diventava *emum* (suocero) dello sposo⁸⁵.

Anche nel campo del diritto penale la posizione dei fidanzati godeva di uno speciale riconoscimento: una disposizione del codice di Hammurabi, riprodotta anche nella Thora ebraica⁸⁶, comminava la pena di morte a chi violasse la fidanzata di un altro⁸⁷, mentre pene meno gravi sono stabilite per chi avesse violato una donna vergine non unita in fidanzamento:

§ 130: "Se alcuno viola la donna (*assatum*) di un altro che non ha ancora conosciuto un uomo e vive nella casa del padre e giace con lei ed è sorpreso, quest'uomo dovrà essere ucciso, la donna andrà assolta"

d) Conclusioni

Il parallelo tra il binomio *sponsalia* - matrimonio e il contratto di compravendita nel diritto babilonese è evidente: seguendo un concetto presente ancora oggi nel diritto civile di alcuni paesi arabi, dopo che il compratore avesse pagato al venditore o una parte del prezzo oppure consegnato un oggetto che lo rappresentava, sorgeva fra i due contraenti un rapporto giuridico, per cui il recesso dal contratto comportava la perdita di quanto consegnato dal compratore al venditore, l'obbligo di restituzione *in duplum* di quanto ricevuto

⁸⁵ Nelle lettere di Tusratta, prima della consegna della *tirhatum* il Re d'Egitto è chiamato *ahu* (fratello); dopo la consegna della *tirhatum* ma prima della *traditio puellae* troviamo invece il seguente indirizzo: "a Nimmuria, mio fratello, mio genero (*hatanu*) dice Tusratta, tuo suocero (*emu*)" (cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 144).

⁸⁶ Dt. 22, 23-28.

⁸⁷ Cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 145.

per il venditore, analogamente alla disciplina dell'*ἀρραβών* di diritto greco e all'*arrha* della compravendita di diritto romano⁸⁸.

Il matrimonio babilonese consisteva originariamente in una compravendita a contanti, in cui le prestazioni venivano adempiute simultaneamente; in un secondo tempo, quando questa contemporaneità cadde e si distinsero in ordine cronologico la dazione della *tirhatum* e la consegna della donna, la *tirhatum* acquista la funzione di caparra: il suo versamento fa nascere uno stretto vincolo fra i contraenti, tra cui sorge una posizione giuridica simile a quella prodotta dal matrimonio, mentre un eventuale recesso dal contratto comporta la perdita dell'ammontare della *tirhatum* per lo sposo e la sua restituzione al doppio per la parte della sposa.

3. Il *mohar* di diritto ebraico

Come molti altri settori del diritto, anche il diritto matrimoniale ebraico e babilonese presentano significative analogie. Strutturalmente corrispondente alla *tirhatum* babilonese era l'istituto del *mohar* nel diritto ebraico⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. É. POPESCO, *La fonction penitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien Rousseau*, Paris 1925 con ulteriore bibliografia; G. CORNIL, *Die arrha im justinianischen Recht*, in ZSS 48 (1928), pagg. 51-87.

⁸⁹ Gli istituti del matrimonio e del fidanzamento offrono un parallelo significativo e costituiscono uno dei più evidenti argomenti, spesso richiamato dagli studiosi, per provare che gli Ebrei e i Babilonesi di origine semitica avessero una base giuridica comune e fossero retti da legislazioni assai simili fra loro: cfr. J. JEREMIAS, *Moses und Hammurabis*, Leipzig 1903; S. A. COOK, *The laws of Moses and the Code of Hammurabi*, London 1903; F. MARI, *Il Codice di Hammurabi e la Bibbia*, Roma 1903; W. W. DAVIES, *The code of Hammurabi and Moses*, Cincinnati 1905; C. EDWARDS, *The oldest laws in the world, being an account of the Hammurabi Code and the Sinaitic Legislation*, London 1906; A. UNGNAD, *Die Gesetze Hammurapis*, in H. GRESSMAN, *Texte und Bilder zum alten Testament* 1, Tübingen 1909, pagg. 140-171; ID., *Codex Hammurabi*, Roma 1910. Specificamente sul *mohar* ebraico cfr. M. COHEN e altri, *Gli ebrei in Libia. Usi e costumi*, Firenze 1994 (ristampa dell'edizione del 1930), pagg. 162 ss.; A. RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio (can. 1057 § 2)*. *Studio storico-giuridico*, Roma 2003, pagg. 10 ss.

a) L'etimologia del termine *mohar*

L'etimologia della parola *mohar* (dal verbo *mur* = cambiare, permutare; *mhr* = acquistare una sposa)⁹⁰ rivela la sua funzione originaria di prezzo della donna.

Un passo dell'Esodo ne descrive molto bene il regime giuridico:

Ex. 22, 15, 16: ... *e se alcuno avrà sedotto una vergine, la quale non sia fidanzata, e avrà giaciuto con lei la prenda in moglie col pagare il mohar, se non vuole il padre di lei darla a lui, paghi denaro per l'ammontare del mohar delle vergini.*

Il matrimonio ebraico arcaico consisteva in una compravendita avente per oggetto la donna, tra la sua famiglia d'origine ed il futuro marito. Questa forma matrimoniale rifletteva la rigida organizzazione patriarcale della società, che prevedeva la poligamia e la potestà assoluta del *pater familias* su tutti i membri del gruppo familiare: da ciò discendeva il *ius vendendi* del padre sulla figlia, nonché la facoltà di darla in moglie a suo piacimento, a titolo gratuito o oneroso.

Queste istituzioni subirono tuttavia consistenti mutamenti nel corso dei secoli: già nella legislazione mosaica il concetto del matrimonio per compera, con l'affievolirsi della concezione patriarcale dei rapporti familiari, aveva perduto il suo carattere strettamente commerciale in ragione della peculiarità del suo oggetto.

⁹⁰ Cfr. H. LESETRE, in F. VIGOUROUX, *Dictionnaire de la Bible*, s. v. « dot ». *Contra* J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschließungsrechts: eine rechtsvergleichend-historische Studie*, in *Mitteilungen der Vorderasiatischen Gesellschaft*, Band II (1920), pag. 205 nt. 2.

Tuttavia, esattamente come nel diritto babilonese, la dazione del *mohar*, l'antico prezzo della donna, rimase pur sempre come un elemento essenziale e necessario al fidanzamento.

Anche qui si ripeté il medesimo fenomeno per cui i due atti del pagamento del prezzo e della consegna della donna, un tempo contemporanei, vennero distinti e separati fra loro da un intervallo di tempo: il fidanzamento derivò la sua rilevanza giuridica dal pagamento del *mohar* da parte del fidanzato al padre della donna, per effetto del quale sorgeva un vincolo di semi - parentela ed il fidanzato acquistava dei diritti molto intensi sulla donna.

Un esempio tipico di questo fidanzamento lo troviamo nel matrimonio di Rebecca, narrato nella Genesi e preso a modello successivamente anche negli *sponsalia* cristiani:

Gen. 47 - 53: E io la interrogai: Di chi sei figlia? Rispose: Sono figlia di Betuèl, il figlio che Milca ha partorito a Nacor. Allora le posi il pendente alle narici e i braccialetti alle braccia. Poi mi inginocchiai e mi prostrai al Signore e benedissi il Signore, Dio del mio padrone Abramo, il quale mi aveva guidato per la via giusta a prendere per suo figlio la figlia del fratello del mio padrone. "Ora, se intendete usare benevolenza e lealtà verso il mio padrone, fatemelo sapere; se no, fatemelo sapere ugualmente, perché io mi rivolga altrove" .Allora Làbano e Betuèl risposero: "Dal Signore la cosa procede, non possiamo dirti nulla. Ecco Rebecca davanti a te: prendila e va' e sia la moglie del figlio del tuo padrone, come ha parlato il Signore". Quando il servo di Abramo udì le loro parole, si prostrò a terra davanti al Signore. Poi il servo tirò fuori oggetti d'argento e oggetti d'oro e vesti e li diede a Rebecca; doni preziosi diede anche al fratello e alla madre di lei.

Il servo di Abramo, inviato per cercare la moglie ad Isacco, trovata la fanciulla, le pone dei monili addosso, quindi la chiede in moglie, per il figlio del suo signore, alla madre e al fratello di essa. Ottenuto da questi il consenso e avuta in consegna la fanciulla perché la porti al futuro marito, egli dà a lei vasellame e vesti, ed alla madre e al fratello degli oggetti preziosi, i quali rappresentano il *mohar*.

b) Oggetto del *mohar*

L'ammontare del *mohar* per le vergini era fissato in una cifra unica e non valutato *ad personam*, ciò che dimostra come esso avesse assunto la figura di una dazione più che altro formale, allontanandosi dall'originaria funzione di prezzo della donna.

La cifra del *mohar* sembrerebbe essere fissato nel caso della vergine a 50 sicli, secondo un passo del Deuteronomio⁹¹:

Dt. 22, 28 – 29: Se alcuno troverà una fanciulla vergine la quale non (sia) fidanzata, e la prenderà e giacerà con lei e saranno trovati, dia l'uomo che ha giaciuto con la fanciulla 50 (sicli) d'argento al padre di lei, ed (ella) sia sua moglie, perché (egli) le ha tolto la verginità; né deve ripudiarla durante la sua vita.

In numerosi passi della Bibbia il *mohar* sembra tuttavia di valore variabile⁹².

Nel Levitico si distingue a seconda della qualità e l'età della persone: 30 sicli per donne in età da 20 a 60 anni, a 10 sicli per donne da 5 a 20 anni.

⁹¹ Per le varie somme dichiarate nel Talmud cfr. soprattutto J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte* cit., pag. 221 ss.

⁹² Cfr. Gen. 34, 12.

Anche il seguente passo di Osea si discosta dalla somma di 50 cicli:

Os. 3, 1 - 2: *Il Signore mi disse ancora: "Và, ama una donna che è amata da un altro ed è adultera; come il Signore ama gli Israeliti ed essi si rivolgono ad altri dei e amano le schiacciate d'uva". Io me l'acquistai per quindici pezzi d'argento e una misura e mezza d'orzo.*

Osea, per riscattare i peccati del popolo, aveva sposato una cortigiana, pagandola 15 pezzi d'argento (sicli): il basso valore del *mohar* è qui probabilmente dovuto allo *status* di cortigiana della donna⁹³.

Oggetto del *mohar* potevano essere anche prestazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro:

I Sam. 18, 23-25: *I ministri di Saul sussurrarono all'orecchio di Davide queste parole e Davide rispose: "Vi pare piccola cosa divenir genero del re? Io sono povero e uomo di bassa condizione".*
²⁴ *I ministri di Saul gli riferirono: "Davide ha risposto in questo modo". Allora Saul disse: "Riferite a Davide: Il re non pretende il prezzo nuziale, ma solo cento prepuzi di Filistei, perchè sia fatta vendetta dei nemici del re"*

Di fronte all'impossibilità di David di pagare il *mohar* per sposare la principessa Mical, Saul gli fa sapere che richiede l'uccisione di 100 filistei (un facere al posto di un dare) come *mohar* della figlia.

⁹³ Nei documenti aramaici del V secolo il *mohar* apparirà sempre come una dazione simbolica, indipendentemente o quasi dalla qualità della donna.

Esempi analoghi sono nella Bibbia il fidanzamento di Giacobbe, il quale servì il re Labano sette anni per ottenere la figlia in moglie, e quello di Caleb, che promise in moglie sua figlia Acsa a chi avesse conquistato la città di Kiriath-Sefer:

Gen. 15, 16-17: *Disse allora Caleb: "A chi colpirà Kiriath-Sefer e se ne impadronirà, io darò in moglie Acsa, mia figlia". Se ne impadronì Otniel, figlio di Kenaz, fratello di Caleb; a lui diede in moglie sua figlia Acsa.*

c) Lo status dei fidanzati

Nel periodo di tempo intercorrente tra il versamento del *mohar* e la *tradio puellae* si instaurava uno *status* speciale tra i due nubendi, analogamente al diritto babilonese.

La terminologia è molto significativa: la donna veniva chiamata *orasah* (dal verbo 'rs = sposare)⁹⁴ od *isah*⁹⁵, lo sposo *ba al* (signore – padrone). Il verbo 'ērastîk (ti destinerò a mia sposa)⁹⁶, che non ha un corrispondente nelle nostre culture, descriveva l'inizio di detto *status*: non indicava il fidanzamento, in quanto questo avveniva in una fase precedente, ma non significava nemmeno «sposarsi» come lo intendiamo noi oggi, in quanto solo in una ulteriore fase il matrimonio israelitico trovava la sua conclusione giuridica con la coabitazione degli sposi. Il termine indicava una prima fase del matrimonio, in cui l'uomo si presentava nella casa della donna che desidera sposare, la chiedeva in moglie, e, ottenuto il consenso, concludeva l'accordo matrimoniale, versando il *mohar* come dote⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. Ex. 22, 16, Dt. 22, 23.

⁹⁵ Dt. 22, 24; cfr. P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 144 nt. 45.

⁹⁶ In Os. 2,21-22.

⁹⁷ Solo in una seconda fase, giunto il tempo stabilito, la sposa passava dalla casa paterna a quella dello "sposo" e avrà inizio, con la coabitazione, quel rapporto

La violazione della donna unita in fidanzamento era considerata come una figura criminosa assai simile all'adulterio e punita con la morte del seduttore e della sua complice (Dt. 22, 23-27), mentre le due norme di Ex. 22, 15-16 e Dt. 22, 28-29 comminavano una semplice multa per il seduttore di una fanciulla vergine non fidanzata:

Dt. 22, 23-27: Quando una fanciulla vergine è fidanzata e un uomo, trovandola in città, pecca con lei, condurrete tutti e due alla porta di quella città e li lapiderete così che muoiano: la fanciulla, perché essendo in città non ha gridato, e l'uomo perché ha disonorato la donna del suo prossimo. Così toglierai il male da te. Ma se l'uomo trova per i campi la fanciulla fidanzata e facendole violenza pecca con lei, allora dovrà morire soltanto l'uomo che ha peccato con lei; ma non farai nulla alla fanciulla. Nella fanciulla non c'è colpa degna di morte: come quando un uomo assale il suo prossimo e l'uccide, così è in questo caso, perché egli l'ha incontrata per i campi: la fanciulla fidanzata ha potuto gridare, ma non c'era nessuno per venirle in aiuto.

Ex. 22, 15-16: Quando un uomo seduce una vergine non ancora fidanzata e pecca con lei, ne pagherà la dote nuziale ed essa diverrà sua moglie. Se il padre di lei si rifiuta di dargliela, egli

particolare, quella comunione di vita che esiste fra un uomo e una donna in seguito al matrimonio. Tuttavia, la stipulazione del contratto matrimoniale era l'atto essenziale del procedimento matrimoniale. A partire da questo momento un uomo sposava una donna nel vero senso della parola e venivano in essere per gli «sposi» alcuni dei fondamentali diritti e doveri matrimoniali: come già visto l'uomo è *ba'al* (= padrone) della donna e dovrà difenderla, proteggerla, nutrirla, vestirla; questa donna viene già chiamata sua "moglie" (anche se ancora non ha inizio la coabitazione), gli è consacrata. Inizia da questo momento per la "sposa" il dovere di essere fedele al suo uomo. Contravvenendo, incorrerebbe già nel crimine di adulterio (vedi Mt. 1,18 per Maria e Giuseppe).

dovrà versare una somma di denaro pari alla dote nuziale delle vergini.

Dt. 22, 28-29: Se un uomo trova una fanciulla vergine che non sia fidanzata, l'afferra e pecca con lei e sono colti in flagrante, l'uomo che ha peccato con lei darà al padre della fanciulla cinquanta sicli d'argento; essa sarà sua moglie, per il fatto che egli l'ha disonorata, e non potrà ripudiarla per tutto il tempo della sua vita.

d) Considerazioni

Emerge *prima facie* come la casistica presa in considerazione in Dt. 22, 23-27 fosse molto dettagliata:

- si distingueva se il fatto fosse avvenuto in luogo abitato o in campagna e se la fanciulla avesse o no gridato allo scopo di opporre resistenza (Dt. 23, 25);

- la donna doveva essere condannata solo quando avesse acconsentito al reato, mentre se fosse risultata la violenza da parte dell'uomo, solo quest'ultimo avrebbe subito la lapidazione, mentre la vittima sarebbe stata assolta;

- le norme contenute in Dt. 22, 23-27, Ex. 22, 15-16 e Dt. 22, 28-29 erano indirizzate alle "*fanciulle vergini fidanzate ad un uomo*", cioè donne per le quali era stato già versato il *mohar* da parte dello sposo e che erano ancora nella casa paterna in attesa del compimento dell'atto definitivo del matrimonio, la consegna della donna allo sposo.

Anche altri aspetti portano a considerare il versamento del *mohar* come un vero *initium matrimonii*:

Dt. 20, 7: *C'è qualcuno che si sia fidanzato con una donna e non l'abbia ancora sposata? Vada, torni a casa, perché non muoia in battaglia e altri la sposi.*

Veniva esentato dal servizio militare l'uomo fidanzato con una donna; la fidanzata acquisiva la medesima posizione sociale del fidanzato e dal fidanzamento sorgerevano *ipso iure* i divieti del matrimonio tra i parenti dei fidanzati⁹⁸.

Gli sponsali venivano sciolti attraverso una cerimonia molto simile a quella prevista in caso di divorzio e, nel caso di scioglimento, la donna aveva diritto alla somma prescritta per le vedove e le divorziate.

Nella Thora ebraica manca una previsione esplicita dell'obbligo alla restituzione del *mohar* nel caso di rottura del fidanzamento o di divorzio, ma la dottrina ritiene che tale obbligo fosse vigente⁹⁹.

e) Il fidanzamento nel Talmud

Anche nell'epoca post - biblica, che ha come testo normativo di riferimento il Talmud¹⁰⁰, il *mohar* continuò a comparire per lungo tempo come elemento essenziale del fidanzamento: la sua dazione

⁹⁸ Cfr. J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte* cit., pagg. 186, 187.

⁹⁹ L'assenza di una previsione esplicita in tal senso viene spiegata col fatto che la Thora, a differenza del codice di Hammurabi, costituisce una raccolta alluvionale, non sistematica, di norme. Si ritiene che nel diritto ebraico questa restituzione fosse obbligatoria, argomentando per analogia con la *tirhatum* babilonese del codice di Hammurabi, e citando un documento nuziale aramaico del V secolo a. C., in cui era stabilito, tra le varie clausole per lo scioglimento di matrimonio, che in caso di divorzio, la donna doveva restituire all'uomo la somma consegnata a titolo di *mohar* al momento del fidanzamento.

¹⁰⁰ Cfr. J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte* cit., con ulteriore bibliografia.

doveva essere menzionata nel documento nuziale da redigersi *ad substantiam* in occasione del matrimonio¹⁰¹.

Secondo il Talmud l'unione matrimoniale sorge in tre modi: col denaro (*mohar*), con la convenzione scritta (*shetar*) –di cui è parte integrante la scrittura economica- o con la consumazione (*Bìah*)¹⁰².

Rifacendosi a II Sam. 3, 14 e Dt. 22, 4, in cui la fidanzata era chiamata col titolo di moglie, il Talmud dichiarava l'equiparazione tra fidanzamento e matrimonio, e l'indissolubilità del primo senza un formale divorzio; tra la stipula del fidanzamento e la celebrazione del matrimonio dovevano intercorrere 12 mesi, ridotti a 30 giorni nel caso in cui i fidanzati fossero vedovi.

Era sempre richiesto il consenso dei fidanzati; in un secondo momento l'atto del fidanzamento o quello del matrimonio, ossia la *traditio puellae* (*nissu – in*, literal. “il condurre la sposa nella casa maritale”) vennero unificati in un'unica cerimonia nuziale, pur rimanendo i due atti distinti: dapprima aveva luogo il fidanzamento, consistente in un atto formale, con cui i due sposi si legavano formalmente fra loro in vista del matrimonio e stabilivano una penalità nel caso di scioglimento degli sponsali, poi veniva celebrato il matrimonio.

Dopo la benedizione fatta dal rabbino o da chi altri presiedeva la cerimonia, lo sposo prendeva il *mohar*, consistente solitamente in un anello od in un oggetto di valore, dicendo: “*sia tu benedetta a me con questo anello (o con questo oggetto) secondo la legge di Mosè ed Israele*”.

¹⁰¹ Anche nel Talmud il documento nuziale appare come elemento indispensabile per il matrimonio (cfr. Khetuboth, 5, 7). Vi sono molte analogie con il codice di Hammurabi (§§ 137 – 142) e con la Bibbia, (Dt. 24, 19); cfr. J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte* cit., pagg. 237 ss.

¹⁰² Cfr. A. SEGRE, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico 1978*, Roma 1979, pag. 22; A. RAVA, *Il requisito* cit., pag. 11 con ulteriore bibliografia.

Seguiva quindi la lettura e la firma del documento nuziale e quindi l'ingresso della sposa nella casa maritale, atto che rappresentava l'atto conclusivo del matrimonio.

Come successivamente nel Cristianesimo, il modello di fidanzamento tenuto presente era quello tra Rebecca ed Isacco, sopra riportato¹⁰³.

¹⁰³ Al momento del fidanzamento venivano fatte anche altre donazioni dal futuro sposo alla fidanzata oltre al *mohar* (i cosiddetti *mattan* = “doni”), corrispondenti ad altrettanti istituti di diritto babilonese (*biblum*, *seriqtum*, *nundunnum*) e che compariranno poi negli sponsali cristiani.

Capitolo 3. L'origine delle *arrhae sponsaliciae* romane. Indagine sulla loro possibile presenza nel diritto romano dall'età arcaica all'età classica

1. Il dibattito circa l'origine delle *arrhae sponsaliciae* romane.

Il problema delle origini delle *arrhae sponsaliciae* romane è secolare e, nonostante l'ampio numero di studi e di discussioni in dottrina, risulta in parte ancora insoluto.

La teoria dominante sino alla prima metà del secolo scorso riteneva l'istituto delle *arrhae sponsaliciae* già normativizzato nel diritto della Roma arcaica, ricollegandolo ad una forma di matrimonio per compera, la *coemptio*, successivamente abbandonata¹⁰⁴.

Alla fine dell'800 si ipotizzò per la prima volta che i principi del fidanzamento di diritto arcaico, caratterizzati da una forte cogenza della promessa assunta, sarebbero larvamente sopravvissuti anche nel diritto classico, per trovare poi un nuovo riconoscimento normativo con l'introduzione e la regolamentazione legislativa delle *arrhae sponsaliciae* nel periodo postclassico¹⁰⁵.

¹⁰⁴ La tesi fu elaborata dai Commentatori e seguita dagli storici del diritto da Cuiacio a Pothier.

¹⁰⁵ Si ritenne che l'istituto delle *arrhae sponsaliciae* avesse le sue basi nel diritto romano arcaico, ritenendo impossibile che gli *sponsalia*, muniti originariamente della tutela dell'*actio ex sponsu*, e che nel periodo postclassico vennero nuovamente tutelati giuridicamente, potessero essere rimasti per un lungo periodo, coincidente con il diritto classico, privi di sanzione. Da qui la congettura che durante il periodo classico vi sarebbe stato l'uso di apporre ad essi una « *stipulatio poenae* » contro il loro scioglimento. Cfr. G. PACCHIONI, *Actio ex sponsu*, in *Archivio giuridico* 39 (1887), pag. 427: "Quando la sponsio cessò di avere effetti giuridici nella sua applicazione agli sponsali, questi conservano pure degli altri effetti. Tutta la teoria delle arre ne è la più chiara prova". Vi sarebbe

Si ritenne inoltre che esistesse una relazione inscindibile tra le *arrahae sponsaliciae* e l'*anulus pronubus*: basandosi su un parallelo fra la compravendita e il matrimonio romano arcaico, vennero considerate sullo stesso piano le *arrahae* degli sponsali e le *arrahae* dei contratti in genere, attribuendo ad entrambi la medesima base giuridica e lo stesso svolgimento¹⁰⁶.

Al *consensus* e alla *solutio* della compravendita, intervallate da uno spazio temporale, sarebbero corrisposti gli *sponsalia* e la *mancipatio* nel matrimonio romano arcaico, anch'essi separati fra loro da uno spazio di tempo.

Come nella compravendita ordinaria, così anche nella compravendita fatta *matrimonii contrahendi causa* sarebbe stato uso dare all'atto della conclusione degli sponsali un'*arrha* al venditore per garantirgli il versamento del prezzo.

Successivamente detta *arrha*, invece di venire restituita al fidanzato, sarebbe stata lasciata alla fanciulla come donazione.

Gli stessi principi applicati in tema di perdita e restituzione dell'*arrha* nella compravendita si sarebbero pertanto applicati anche alle *arrahae sponsaliciae*.

In quanto al diverso trattamento dopo l'adempimento delle prestazioni, e cioè che le *arrahae sponsaliciae* dopo il matrimonio venivano lasciate alla donna e non restituite allo sposo, ciò fu

dunque stato un *continuum* nella vincolatività del fidanzamento nel diritto romano, seppur con mezzi diversi. La tesi non ebbe particolare seguito.

¹⁰⁶ Cfr. F. HOFMANN, *Über den Verlobungs- und den Trauring* cit., pagg. 849 ss.; E. KRONECKER, *Quaestiones quaedam de natura arrhae in iure romano*, Berlin 1874, pagg. 45 ss; F. BRANDILEONE, *Contributo alla storia della subarrhatio*, in *Studi per il cinquantesimo anno di insegnamento di E. Pessina*, Napoli 3 (1899), pagg. 257 s. (=Saggi sulla Storia della celebrazione del matrimonio in Italia, Milano 1906, pag. 432 s.); ID., *Die «Subarrhatio cum anulo»: ein Beitrag zur Geschichte des mittelalterlichen Eheschliessungsrechtes*, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht* 10 (1901). I germi della teoria dell'Hofmann si ritrovano già nell'antica operadi MAZZOCCHI, *Addictiones all'opera di MUSCETTOLA, Dissertatio theologico-legalis de sponsalibus et matrimoniis quae a filiis familias contrahuntur parentibus insciis*, Neapoli 1762, pagg. 170 ss.

ritenuto una *variatio* connessa alla natura della particolare fattispecie giuridica della compravendita *matrimonii contahendi causa*, che non avrebbe intaccato tuttavia la struttura complessiva delle *arrhae*.

Inoltre l'*anulus pronubus*, risalente ad età antica ed usato nelle contrattazioni quale *argumentum emptionis*, venne equiparato al tardo *anulus arrhae*.

Infine, per provare l'esistenza delle *arrhae* negli antichi sponsali romani, si addusse – tra le numerose fonti richiamate - in particolare il seguente testo :

IUVENALIS, *Satira 6, 25: Conventum tamen et pactum et sponsalia nostra tempestate paras [...] et digito pignus fortasse dedisti*¹⁰⁷.

Nell'ipotizzare un parallelo fra il matrimonio primitivo e la compravendita, si ritennero le *arrhae sponsaliciae* un'applicazione dell'*arrha* della compravendita¹⁰⁸.

¹⁰⁷ (Ciò nonostante tu prepari ai tempi nostri l'accordo, il patto e il fidanzamento...e forse hai dato un pegno per il tuo dito). Sul passo cfr. L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti*, in *SDHI* 63 (1997), pag. 162. ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, p. 12 nt. 3, ritiene che il termine *pignus* potrebbe non riferirsi all'anello di fidanzamento, stante la sua consegna anteriore agli *sponsalia* medesimi; egli lo ritiene un comune regalo, simile a quelli citati in OVIDIUS, *Ars amatoria* 2, 16 e in HORATIUS, *Carmina* 1, 9, 21 ss: *nunc et latentis proditor intumo/ gratus puellae risus ab angulo/ pignusque dereptum lacertis/aut digito male pertinaci* –trad. e (si rinnovi) anche il piacevole riso della fanciulla che rivela il suo nascondiglio nell'angolo più remoto, e il pegno strappato dalle braccia o dal dito che non oppone resistenza)-. *Contra* cfr. C. FAYER, *La familia romana* 2, Roma 2005, pag. 70 nt. 199, per la quale “il dubbio dell'Anné è senz'altro eccessivo” e il passo di Orazio si riferisce all'anello di fidanzamento.

¹⁰⁸ Cfr. F. HOFMANN, *Über den Verlobungs- und den Trauring* cit., pag. 835 sulla base di D. 23, 2, 38 pr.; D. 1, 16, 6, 3; D. 49, 14, 46, 2; D. 23, 2 63; D. 17, 1, 62 pr. La teoria dell'Hofmann venne ripresa successivamente anche dal Sohm, il quale pure partì dall'espressione «*arrhae sponsaliciae*» per ricostruire l'istituto giuridico e si basò sull'uguaglianza della denominazione per identificarlo con l'*arrha* dei contratti in genere ed immaginare applicato agli sponsali il

Successivamente agli studi comparatistici di Mitteis, Koschacker e Volterra, l'ipotesi dell'origine endogena delle *arrhae sponsaliciae* di diritto romano iniziò a perdere di credibilità: l'allargamento della prospettiva ai diritti del vicino Oriente portò alla formulazione di nuove ipotesi esogene, secondo le quali il diritto romano avrebbe, nel IV secolo d. C., importato l'istituto delle caparre prematrimoniali da altre culture, accogliendo nel suo sistema principi a sé estranei: prove di tale fenomeno sarebbero l'analogia con i diritti orientali, le fonti ecclesiastiche e i trattati giuridici bizantini.

A Volterra, la cui linea di pensiero è oggi accolta da molti studiosi, si deve in particolare il ruolo di “demolitore” delle antiche tesi.

Secondo questo autore Hoffmann avrebbe sbagliato a considerare analoghe l'*arrha* e le *arrhae sponsaliciae* sulla base dell'identità terminologica, in quanto non si sarebbe trattato dello stesso istituto, utilizzato in due fattispecie diverse, bensì di due istituti distinti, impostisi nel diritto romano in epoche e per fini differenti.

Mentre le *arrhae* della compravendita avrebbero avuto funzione di garanzia commerciale, le *arrhae sponsaliciae* sarebbero, analogamente alla *tirhatum* babilonese e al *mohar* ebraico, la trasformazione dell'originario prezzo della sposa “*in una dazione formale in occasione del fidanzamento, dazione che in progresso di tempo si presenta come una prova dell'avvenuta promessa*”¹⁰⁹.

Questo processo non si sarebbe svolto in seno al diritto romano: l'istituto sarebbe stato importato a Roma in una forma già

medesimo sistema di garanzia usato nei contratti: cfr. R. SOHM, *Das Recht der Eheschliessung* cit., pag. 27.

¹⁰⁹ Anche nei diritti germanici, dove pure esiste il matrimonio per compera, l'*arrha* degli sponsali, penetrata per influenza romana, non costituisce un mezzo per garantire il pagamento. Spesso si soleva dare altra cosa «*pro arrha et predo mundi*», nè la consegna dell'*arrha* al momento degli sponsali sostituiva il pagamento del mundio.

evoluta, ricevendo numerose denominazioni, tra le quali sarebbe prevalsa quella di “*arrhae sponsaliciae*”.

Oltre a queste osservazioni, Volterra addusse un'imponente mole di argomenti a prova dell'inesistenza dell'istituto nell'antico diritto romano sulla base dello studio del diritto classico:

- le *arrhae sponsaliciae* sono assenti nei testi dei giuristi classici tramandatici dal Digesto giustiniano, tranne D. 23, 2, 38, pr. (Paulus libro secundo sententiarum), ritenuto tuttavia interpolato;

- nessuna fonte letteraria anteriore al quarto secolo ne parla, come non accenna a stipulazioni penali che, secondo alcuni avrebbero preceduto le *arrhae*.

- il concetto del matrimonio e degli sponsali descritto nei frammenti dei giuristi classici, basato su principi quali la sufficienza del *nudus consensus*, la libertà di sciogliere sempre l'impegno assunto, la rilevanza della volontà della *filia familias*, il parallelo con la libertà del divorzio, contrasta con la *ratio* delle *arrhae sponsaliciae*¹¹⁰.

¹¹⁰ Numerosi passi giuridici mostrano come gli sponsali in età classica potessero essere sciolti unilateralmente, senza sanzioni giuridiche, mediante un semplice ripudio di una delle parti, cancellando *ex nunc* tutti gli effetti della promessa di matrimonio:

D. 23, 1, 10, pr. (Ulpianus libro tertio disputationum): *In potestate manente filia pater sponso nuntium remittere potest et sponsalia dissolvere.* (Se la figlia è sotto la potestà, il padre può inviare al fidanzato la comunicazione di rottura e sciogliere il fidanzamento).

D. 24, 2, 2, 2 (Gaius libro undecimo ad edictum provinciale): *In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: "condicione tua non utor".*

(Anche nello sciogliere il fidanzamento si fu dell'avviso che fosse necessario che intervenisse la notificazione, nella quale sono approvate queste parole: “Non mi unisco alla tua condizione”).

Anche le costituzioni imperiali mostrano come sino all'epoca di Diocleziano non vi fosse ancora traccia alcuna di coazioni:

C. I. 5, 4, 14 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Titio. Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere.* (Trad.: nessuno può essere costretto da principio a contrarre matrimonio, né, una volta sciolto, a riconciliarlo: pertanto comprendi che la libera facoltà di contrarre e sciogliere un matrimonio non deve trasformarsi in necessità).

Essendo l'istituto delle *arrahae* proprio del matrimonio per compera, bisognerebbe dedurre che esso fosse incompatibile con la società e con la relativa concezione matrimoniale romana.

La citazione di Hoffman di Giovenale, *Satira 6, 25* venne ripresa in senso critico, con i seguenti argomenti:

- nella satira VI di Giovenale non appare mai negli sponsali un sistema di garanzia o di coazione diretta ad obbligare al matrimonio, né si ritrova nessun elemento che possa richiamare l'istituto ad una primitiva compravendita;

- nella medesima satira si trovano anche i seguenti versi:

IUVENALIS, *Satirae 6, 200 ss.*: *Si tibi legitimis pactam iunctamque tabellis / non es amaturus, ducendi nulla videtur / causa...*¹¹¹

Da questi versi si evince la liceità del recesso unilaterale ingiustificato dagli sponsali, anche se era stata interposta una scrittura redatta a prova dell'avvenuto fidanzamento¹¹².

C. I. 5, 17, 2 *Imp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Paulinae: Liberum est filiae tuae, si sponsum suum post tres peregrinationis annos expectandum sibi ultra non putat, ommissa spe huius coniunctionis matrimonium facere, ne opportunum nubendi tempus omittat, cum posset nuntium remittere, si praesente eo consilium mutare, evoluisse. PP VII K. Apri. Aemiliano et Basso Cons. (a. 259).* (Trad: tua figlia, se non crede di dover attendere ancora il fidanzato dopo tre anni di viaggi all'estero, perduta la speranza di questa unione, ha la facoltà di contrarre matrimonio (con un altro), prima che passi l'età adatta per sposarsi, potendo comunicargli il recesso, se in presenza del fidanzato avesse voluto mutare parere).

C. I. 5, 1, 1 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC Bianori: Alii desponsata renuntiare conditioni ac nubere alii non prohibetur. D. XVIII K. Mai AA. Cons. (a. 293)* (Trad.: non è proibito che la fidanzata di qualcuno rinunci alla sua condizione e sposi un altro).

¹¹¹ (Se non hai intenzione di amare colei che ti è stata promessa in sposa e legata da legittimi contratti, non c'è motivo che la sposi...)

¹¹² Sulla persistenza dell'uso di redigere un documento scritto negli sponsali anche in epoche successive cfr. TERTULLIANUS, *De virginis velandibus 12, 1* (P. L. 2, 906) ed il giurista Paolo in D. 45, 1, 134 pr.

Giovenale viene dunque letto da Volterra in senso diametralmente opposto rispetto ad Hofmann: i suoi versi dimostrerebbero la facoltà di recedere dagli sponsali *ad nutum*, anche se stipulati in una determinata forma¹¹³.

- La parola «*pignus*» in senso figurato, senza che abbia nessuna importanza giuridica, è usata spessissimo dai letterati in varie espressioni¹¹⁴, specialmente con il significato di attestazione di unioni¹¹⁵;

- un'altra prova dell'importazione delle *arrahae sponsaliciae* nel diritto romano del Basso Impero si ricaverebbe dal parallelo con le dazioni fatte in occasione del matrimonio, la cui regolamentazione sino all'epoca di Costantino non differiva da quella delle altre donazioni: l'introduzione delle *arrahae sponsaliciae* nel diritto postclassico avrebbe poi permesso, nel tardo diritto bizantino, la modificazione dei principi classici e l'apposizione di una *stipulatio poenae* per garantire la celebrazione del matrimonio¹¹⁶.

Riassumendo, si possono sintetizzare i maggiori argomenti di critica all'antica tesi dell'endogenia delle *arrahae sponsaliciae* come segue:

- l'esiguo numero di fonti;
- il fatto che nel diritto romano di un originario matrimonio per compera non resti traccia;

¹¹³ Cfr. anche E. COSTA, *Storia del Diritto Romano privato*, Torino 1911, pag. 51.

¹¹⁴ Cfr. CICERO, *Philippicae* 12, 22; *Pro Caelio*, 78; AMBROSIUS, *De Poenitentia* 2, 18 (P. L. 16, 420).

Per l'espressione «*pignus amoris*» senza connotazioni giuridiche, cfr. ad esempio OVIDIUS, *Ars Amatoria* 3, 486, 489; SENECA, *Hercules Oetaeus*, 490; LIVIUS, *Ab Urbe condita* 39, 10, 1; cfr. M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht* cit., § 2.

¹¹⁵ Ad es. CICERO, *Philippicae* 13, 8.

¹¹⁶ Cfr. il frammento Sinaitico 2, § 4, che presenta le *arrahae* come un istituto nuovo in contrasto con le fonti classiche e nello stesso tempo mantiene in vigore la proibizione di stipulare pene. Tale proibizione viene ribadita in C. 5, 1, 5.

- lo stridente contrasto tra diritto classico e postclassico, in particolare la constatazione che gli *sponsalia* di diritto classico erano regolati in modo completamente diverso rispetto all'età cristiana, e che nella stessa compilazione giustiniana l'istituto *delle arrhae sponsaliciae*, regolato solo nel Codice¹¹⁷, è sorretto da principi antitetici rispetto a quelli dei passi dei giuristi classici accolti nel Digesto¹¹⁸;

- il fatto che quasi tutti i sostenitori dell'antica tesi si fossero basati sulla parola « *arrha* » per attribuire alle *arrhae sponsaliciae* l'identica funzione giuridica delle *arrhae* della compravendita; ma, si rispose, dall'esame delle varie fonti semitiche, greche e romane, risulta che i due istituti sono originariamente diversi e che le espressioni « *arrha sponsalicia* » e *ἀρραβών μνηστείας* non compaiono nelle fonti anteriori al IV secolo d. C., indice che le *arrhae sponsaliciae* dovevano essere un istituto straniero penetrato successivamente nel diritto romano.

Larga parte della dottrina moderna accoglie la teoria dell'“importazione” delle *arrhae sponsaliciae* dal vicino Oriente¹¹⁹, ma gli studiosi sono divisi sull'atteggiamento tenuto dal diritto romano rispetto ai diritti semitici: secondo alcuni il diritto romano, pur accogliendo un antico concetto giuridico orientale, non avrebbe recepito passivamente le norme dei diritti orientali, ma avrebbe

¹¹⁷ L'unica fonte del Digesto che ricordi l'*arrha sponsalicia* è D. 23, 2, 38, su cui gravano forti sospetti di interpolazione (cfr. *infra*, in questo capitolo).

¹¹⁸ La dottrina ritiene che l'istituto romano delle *arrhae sponsaliciae* non sia sorto in epoca evoluta, ma che debba essere riportato ad una tutela pre-giuridica del fidanzamento. Nel primo '900 si affermò inoltre la teoria secondo cui la promessa di matrimonio sarebbe costantemente tutelata giuridicamente in epoche primitive e privata di effetti giuridici in epoche più avanzate. L'esperienza giuridica romana appariva in quest'ottica un *discontinuum* rispetto alla regola enunciata, con l'affermazione di un istituto proprio di un'epoca “primitiva” quali le *arrhae sponsaliciae*, in un'epoca evoluta a scapito della promessa di matrimonio priva di forme del diritto classico, basata sul principio “evoluto” della libertà matrimoniale. Cfr. A. D'EMILIA, *Appunti di diritto bizantino*, Roma 1943, pag. 94.

¹¹⁹ Cfr. per tutti A. D'EMILIA, *Appunti cit.* pag. 91.

mantenuto il proprio fidanzamento classico privo di forme, considerando le *arrahae* solo come un mezzo per convalidare gli sponsali.

Secondo altri autori, invece, vi sarebbe stata una vera e una propria derivazione dai diritti orientali: le *arrahae sponsaliciae* romane trarrebbero origine da un istituto prettamente orientale, il quale, penetrato dopo una lunga evoluzione negli usi e nel rituale della Chiesa cristiano-orientale, sarebbe stato assunto come elemento essenziale del nuovo fidanzamento cristiano stretto col vincolo religioso, e dovrebbe appunto a questa qualità il suo riconoscimento e la sua regolamentazione giuridica nella legislazione imperiale del Basso Impero¹²⁰.

2. *Arrhae sponsaliciae* nel diritto romano arcaico?

a) Il fidanzamento nel diritto romano arcaico

Poche ed incerte sono le fonti in nostro possesso relative agli *sponsalia* nel diritto arcaico: l'unico elemento ricostruibile con un buon margine di esattezza è la loro vincolatività per i contraenti, sebbene resti imprecisato in quale forma e l'estensione della responsabilità per inadempimento¹²¹.

¹²⁰ Su ciò cfr. ampiamente *infra*, cap 5.

¹²¹ Al contrario, sono numerosi le fonti e gli studi riguardanti gli antichi *sponsalia*, nel loro complesso o di alcuni aspetti specifici. A questi studi si rimanda; in questa sede si intende precipuamente indagare le ragioni per cui in passato si è ritenuto di poter evincere l'esistenza delle *arrahae sponsaliciae* nel diritto romano arcaico sulla base dei testi di Varrone e Gellio analizzati nel testo. Per l'etimologia del termine *sponsalia* e del participio *sponsus* da *sponsio* e da *spondere* cfr. Ulpiano in D. 23,1,2; GELLIUS, *Noctes Atticae* 4,4,2; SERVIUS, *In Aeneidem* 10,79 e ISIDORUS, *Etymologiae* 9,7,3. Per la possibile derivazione dal greco σπονδαί» (=libagioni agli Dei) e la connessa natura originaria religiosa cfr. Verrio Flacco in FESTUS, *De verborum significatu (epitome Verri Flacci)* (Lindsay), p. 440: *Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dicta[m] ait, quod i σπονδαῖς interpositis rebus divinis faciant* (Verrio

Due testi, degli eruditi Aulo Gellio e Varrone, illustrano lo svolgimento della stipula degli sponsali:

GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4, 1-2: *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri, scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus. « Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur, eam in matrimonium ducturum iri. Cui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur « sponsalia ». Nunc quae promissa erat, sponsa appellabatur, qui spoponderat ducturum, sponsus. Sed si post eas stipulationes 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 spoponderat (ei), qui stipulatus erat, condemnabat ». Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est.*

ritiene che spondere sia così detto perché si promette spontaneamente, cioè di propria volontà. Poi, dimentico di questa etimologia, in un capitolo successivo, afferma che *sponsus* e *sponsa* derivano dal greco, poiché essi fanno libagioni agli dei nel compiere i sacri riti); cfr. anche GAI 3, 93. Per la formula della *sponsio* solenne, riservata ai soli *cives* romani, cfr. GAI 3,93: *Sed haec quidem verbo rum obligatio: Dari spondes? Spondeo propria civium Romanorum est* (Ma questa obbligazione verbale: Prometti di dare? Prometto, è propria dei cittadini romani), su cui cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*³, pag. 149. Sugli autori del fidanzamento e sul ruolo della donna cfr. LIVIUS, *Ab urbe condita* 4, 9; PLAUTUS, *Trinummus* 1157 ss.; *Cistellaria* 98 ss.; CICERO, *Pro Cluentio* 179; *Ad Atticum* 6, 6, 1; TERENTIUS, *Adelphoe* 734 s.; C. 5, 4, 1; GIRARD, Manuel⁸, pag. 163 nt. 3; G. LONGO, *Diritto di famiglia*², pag. 64; A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943, pag. 99 ss.; C. CASTELLO, rec. di R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989, in *Iura* 40 (1989), pag. 89 s.; E. VOLTERRA, *Sul diritto familiare di Ardea nel V sec. a. C.*, in *Studi in onore di A. Segni* 4, Milano 1967, pag. 659 ss. (= *Scritti* 3, pag. 109 ss.); R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³, pag. 39. Per l'analisi dei passi dei comici v. *infra* in questo stesso capitolo.

*Haec eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit
»¹²².*

VARRO, *De lingua latina* 6, 70 - 72: *Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa: appellabatur et pecunia et quae desponsa erat, sponsa; quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio, cui desponsa quo [quo] <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 sponso erat alligatus: nam ut in com<o>edis vides dici: Sponde<n> tuam quam 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 statuerat finem. A qua sponte respondere quoque dixerunt, quam ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit,*

¹²² (Trad.: Servio Sulpicio, nel libro intitolato “Delle doti”, scrisse che in quella parte d’Italia che viene chiamata Lazio, il fidanzamento soleva avvenire secondo le seguenti norme del costume e del diritto. Chi, egli scrive, stava per prendere moglie, si faceva promettere da colui, dal quale l’avrebbe presa, che gliela avrebbe data; chi gliela stava per dare, glielo prometteva. Similmente, chi stava per concedere una fanciulla in moglie, si faceva promettere da colui, al quale stava per concederla, che l’avrebbe sposata. Colui che stava per sposarla, glielo prometteva. Questo accordo di richieste e promesse veniva chiamato fidanzamento. Conseguentemente, colei che era stata fidanzata, si chiamava promessa; chi aveva promesso di sposarla, promesso. Ma se dopo quegli accordi non la si concedeva o non la si prendeva in moglie, chi aveva ricevuto la promessa, agiva in forza di essa. Ne erano investiti i giudici. Il giudice indagava per quale motivo la moglie non fosse stata data o presa. Se risultava che non vi fosse un giusto motivo, valutava in denaro la lite e tenuto conto dell’interesse che si aveva di concederla o prenderla in moglie, condannava chi aveva fatto la promessa a quello che l’aveva ricevuta. Dice Servio che questa regolamentazione del fidanzamento venne osservata sino al tempo in cui, in forza della legge Giulia, fu estesa la cittadinanza a tutto il Lazio). Sul passo, tra gli altri, cfr. F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, pagg. 92 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, Cagliari 1992, pagg. 121 ss.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, pagg. 2 ss.; E. VOLTERRA, in *Studio sull’arrha sponsalicia*, pagg. 9 ss. (= *Scritti* 1, pagg. 9 ss.); U. BARTOCCI, “*Spondebatur pecunia aut filia*”, *funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo*, Roma 2000, pagg. 26 ss.

*non respondet, ut non spondet ille, statim qui dixit « spondeo »; si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque si quis dicit in tragoedia : « Meministine te spondere mihi gnatum tuam ? quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu »*¹²³.

Questi due passi sono stati oggetto variamente interpretati dagli studiosi.

Alcuni individuano una differenza fra il fidanzamento descritto da Gellio e quello descritto Varrone: mentre nel primo la *sponsio* apparirebbe come una contrattazione bilaterale, nel secondo essa sarebbe una promessa da parte del solo padre della donna: la forma descritta da Varrone si riferirebbe ad un'epoca più antica¹²⁴.

¹²³ (Trad.: Si prometteva del denaro o la figlia in matrimonio; “promessa veniva chiamata tanto la somma di denaro quanto la fidanzata; il denaro che avevo pattuito in contrapposizione al fidanzamento, interrogandosi fra loro, era detto “cauzione”; “promesso” era colui cui era stata promessa una moglie; “giorno della promessa” quello in cui era avvenuto il fidanzamento. Chi aveva impegnato la figlia, dicevano l’avesse lasciata andare, poiché era uscita dal suo potere, cioè dalla sua volontà. Non infatti se voleva, dava, poiché era tenuto in forza del fidanzamento. Vedi appunto come si dice nelle commedie: prometti tua figlia in moglie a mio figlio? Allora si procedeva alla valutazione dell’accaduto, il diritto del pretore tenendo conto della legge e il giudizio dei censori dell’equità. Così si dice anche che lasciava andare l’animo, quando lasciava andare la figlia, poiché aveva stabilito la fine della sua potestà. Perciò colui che dice no a ciò che viene chiesto, non concorda, come non si impegna effettivamente chi disse lo prometto, ma lo disse per scherzo e non si può agire contro di lui in forza della sua promessa. Così anche colui cui si chiede nella commedia “ti ricordi di avermi promesso tua figlia?”, poiché lo disse non di sua volontà, non si può agire contro di lui in base alla promessa). La letteratura su questo testo, ritenuto spesso corrotto e comunque oscuro, è imponente. Sul *De lingua latina* in generale si vedano, con ulteriore bibliografia, H. DAHLMANN, s. v. *M. Terentius Varro*, in *RE, Suppl. VI*, Stuttgart 1935, pagg. 1202 ss.; A. CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano 1973; sul passo specificamente citato cfr. oltre alle opere già citate P. FERRETTI, *Le donazioni* cit., pag. 5 ss.; R. ASTOLFI, *Varrone, i comici e il fidanzamento arcaico*, in *SDHI* 55 (1989), pagg. 393 ss.; ID., *Il fidanzamento*³ cit., pagg. 23 ss.; B. ALBANESE, *Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*, in *AUPA* 42 (1992), pagg. 158 ss.

¹²⁴ Cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16 (1904), pag. 206 ss.

A questa ricostruzione si oppone tuttavia l'esempio svolto alla fine del passo di Varrone, in cui lo *sponsus* interroga ed il padre risponde, che indizia la bilateralità del negozio.

La *sponsio* descritta nelle fonti si presenta come un contratto bilaterale fra lo sposo e il padre della fanciulla, come sembrano confermare i seguenti testi giuridici¹²⁵:

D. 23, 1, 2 (Ulpianus libro singulari de sponsalibus): *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit apud veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*¹²⁶;

D. 23, 1, 3 (Florentinus libro tertio institutionum): *unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est*¹²⁷.

La medesima struttura negoziale si rinviene peraltro in numerose fonti letterarie, in particolare nelle commedie di Plauto e Terenzio, dove spesso compaiono *sponsiones* stipulate a garanzia dell'adempimento della promessa di matrimonio¹²⁸.

¹²⁵ E. HRUZA, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes* 2, Erlangen – Leipzig 1894, pagg. 40-41. P. CORNIOLEY, *Les origines de la "sponsio"*, in *Labeo* 35 (1989), p. 66, ritiene che il carattere della bilateralità risalirebbe ad Aulo Gellio, ma non sarebbe stato presente ad tempo di Servio Sulpicio; cfr. anche R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova 1994, pagg. 9 s. nt. 9. Contro la teoria dell'applicazione di una *sponsio* civile alla promessa di matrimonio cfr. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 3,1, Leipzig 1906; ad Jhering replica Volterra che, oltre al passo di Varrone (il quale d'altronde è egli stesso un giurista), abbiamo molte altre testimonianze dell'esistenza di una « *sponsio sponsalicia* » nelle fonti letterarie e in D. 23, 1, 2 - 3

¹²⁶ (Gli sponsali sono così detti da "spondendo": infatti era uso presso gli antichi pattuire e promettersi le future mogli).

¹²⁷ (Da cui è nato anche l' appellativo di sposo e quello di sposa).

¹²⁸ Da notare la costante pronuncia, alla fine della contrattazione, della formula sacramentale secondo lo schema domanda – congrua risposta, con l'utilizzo dei *certa verba* ("Spondes? Spondeo): cfr. ad es. PLAUTUS, *Aulularia* 255 s.: *Meg. Quid nunc? Etiam mihi despondes filiam? / Euc. Illis legibus, / cum illa dote quam, tibi dixi. / Meg. Sponden ergo? / Euc. Spondeo* (Megadoro: ebbene? Mi prometti una buona volta la mano di tua figlia? Euclione: a quelle condizioni, con quella dote che ti dissi. Megadoro: dunque prometti? Euclione: prometto.) Sul passo

cfr. R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pagg. 34 nt. 56; 38 nt. 71; B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano* cit., pag. 143; P. FERRETTI, *Le donazioni* cit., pag. 6 nt. 24, 7 nt. 35, 8 nt. 40; D. AUGENTI, *Momenti e immagini della donna romana*, Roma 2007, pag. 42 s. Altri interessanti testi sono PLAUTUS, *Curculio* 674-675: *Ch. Spondesne, Miles, mihi hanc uxorem ? / Th. Spondeo. / Ch. Et ego huic dotem una spondeo* (Ch: mi prometti, o soldato, questa moglie? Th: prometto. Ch: E io prometto allo stesso tempo per questa la dote); R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit., pag. 36; su cui cfr. P. FERRETTI, *Le donazioni* cit.; PLAUTUS, *Poenulus* 1156: *Agorastocles: Tuam mihi maiorem filiam despondeas. / Hanno: Pactam rem habeto. / Agorastocles: Spondesne igitur ? / Hanno: Spondeo* (A: promettimi la tu figlia maggiore. H: Avrai la cosa pattuita. A: Dunque prometti? H: Prometto), su cui cfr. P. FERRETTI, *Le donazioni* cit., pag. 6 nt. 24; 7 nt. 35, 8 nt. 40; PLAUTUS, *Trinummus* 1157 ss.: *Lysiteles: Sponden tu ergo tuam gnatam uxorem mihi ? / Charmides: Spondeo et mille auri philippum dotis. / Ly: Dotem nil moror. / Ch: Si illa tibi placet, placenda dos quoque est quam dat tibi. / Postremo quod vis non duces, nisi illud quod non vis feres. / Ca: Ius hic orat. / Ly: Impetrabit te advocato et arbitro. / Istac lege filiam tuam sponden mi uxorem dari ? / Ch. Spondeo. / Ca. Et ego spondeo itidem* (Lisitele: Mi prometti dunque in moglie tua figlia? Carmide: Lo prometto e (prometto) anche mille Filippi d'oro di dote. Lisitele: Non mi importa nulla della dote. Carmide: se ti piace, ti deve piacere pure la dote che ti porta. E poi non avrai ciò che vuoi, se non prenderai anche ciò che non vuoi. Callicle: egli chiede giustizia. Lisitele: L'otterrà, essendo tu a consigliare e a decidere. A questa condizione prometti di darmi tua figlia in moglie? Carmide: Lo prometto. Callicle: Anch'io prometto la stessa cosa), su cui cfr. R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit., pag. 34 s.; P. FERRETTI, *Le donazioni* cit., pag. 6 nt. 24, 7 nt. 30 e 35, 8 nt. 41; C. FAYER, *La familia II* cit., pag. 23, Su questo e sugli altri passi cfr. anche E. KUPISZEWSKI, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, in *ZSS* 77 (1960), pagg. 141 ss. (= *Scritti minori*, Napoli 2000, pagg. 119 ss.), con ulteriore letteratura; E. FRÄNKEL, *Plautinisches im Plautus*², Hildesheim 2000. Altri testi interessanti oltre quelli plautini sono SERVIUS, *In Aeneidem* 10, 79: *Proprie sponderi puellae est* (E' proprio della fanciulla l'essere promessa), su cui cfr. P. FERRETTI, *Le donazioni* cit., pag. 2 nt. 6, 4; 8 nt. 35, 8 nt. 40; TERENCEUS, *Andria* 100-102: *Ultero ad me venit, unicam gnatam suam / Cum dote summa filio uxorem ut daret. / Placui despondi: hic nuptiis dictus est* (- Cremete- venne di sua spontanea volontà a offrirmi la sua unica figlia in moglie per mio figlio, e con una cospicua dote. Sono stato d'accordo e ho dato la promessa), su cui cfr. P. FERRETTI, *Le donazioni* cit., pag. 6 nt. 24, 8 nt. 35; C. FAYER, *La familia* 2 cit., pag. 38 e nt. 69, 49 nt. 107. Secondo E. KUPISZEWSKI, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, in *ZSS* 77 (1960), pag. 146 nt. 86 (= *Scritti minori*, Napoli 2000, pag. 124 nt. 86) "bei Plautus ist bemerkenswert, daß die Parteien immer dafür sorgen, das Verlöbniß in richtiger Form zu schließen. Die Folgerung, daß sie damit die Klage ex d. d. sicherstellen wollten, ginge jedoch zu weit. Den Kontrahierenden get es darum, die sponsalia klagbar zu machen" (in Plauto è da notare che le parti si preoccupano sempre di contrarre il fidanzamento con la giusta forma. Tuttavia trarre da ciò la conseguenza che essi volevano mettersi al riparo dall'azione ex d.d. sarebbe azzardato. I contraenti volevano rendere coattivo il fidanzamento).

Sulla figura di Plauto nel diritto romano cfr. oltre agli autori citati E. COSTA, *Il diritto romano privato nelle commedie di Plauto*, Torino 1890, pag. 143 ss.; *Il diritto romano privato nelle Commedie di Terenzio*, in *Archivio giuridico*, 1893,

b) La responsabilità per inadempimento

Nel caso di scioglimento degli sponsali, i passi di Gellio e Varrone menzionano un'*actio de sponsu*: con quali effetti?

Bisogna anzitutto notare la scarsità delle fonti in materia, in quanto solo questi due testi parlano di tale azione; le fonti giuridiche non si occupano della questione¹²⁹.

La dottrina ritiene, sulla base dei testi di Aulo Gellio e Varrone, che l'inadempimento della promessa di matrimonio stipulata tramite *sponsio* avesse come conseguenza, previo esperimento positivo dell'*actio ex sponsu*, il pagamento di una somma di denaro fissata in seguito ad apposito giudizio, a titolo di risarcimento danno. Parte della dottrina ritiene inoltre, sulla base di VARRO, *De lingua latina* 6, 70, che si potesse perseguire il pagamento di una somma di denaro eventualmente promessa a titolo di pena¹³⁰.

pagg. 407-526; E. HENRIOT, *Les poètes juristes*, Paris 1858; ID., *Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome, d'après les poètes latins*, Paris 1865; I. E. BEKKER, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, in ZSS 12 (1892), pagg. 53-118.

¹²⁹ Viene in considerazione PLUTARCHUS, *Cato Minor* 7, 1, in cui si narra del fidanzamento tra Catone Uticense e Lepida. *Questa era stata precedentemente promessa a Scipione Metello, il quale tuttavia l'aveva ripudiata, provocando lo scioglimento della promessa di matrimonio. Senonchè, prima che si celebrassero le nozze (fra Catone e Lepida), Scipione cambiò parere e si dette tanto da fare che così riuscì a riavere la donna. Catone ne fu molto irritato e adirato e si accinse ad agire per le vie legali, ma gli amici lo dissuasero. Il testo tuttavia non ci illumina oltre circa gli intenti dell'azione legale promossa da Catone. In particolare non ci informa sul fatto, se egli intendesse ottenere lo scioglimento del matrimonio tra Scipione e Lepida, con la "restituzione" di Lepida, o solamente un risarcimento dei danni. Sul passo cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale* cit., pag. 41 nt. 5, secondo cui l'azione di Catone mirava ad ottenere Lepida. *Contra* E. VOLTERRA, in RISG 2 (1927), pag. 14 ss. (=Scritti 1, pag. 14), secondo il quale „a quel tempo l'*actio ex sponsu* doveva già essere caduta in disuso, ma non è impossibile che la mente bizzarra di Catone, amante di risuscitare l'antico, ricorresse in questa circostanza ad un istituto arcaico“.*

¹³⁰ Cfr. A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in SDHI 66 (2000), pag. 150.

c) Conclusioni

La scarsità di fonti sulle *arrahae sponsaliciae* è un dato di fatto che, come abbiamo visto, è stato interpretato in modi diametralmente opposti dalla dottrina.

Noi ci fermiamo ad una constatazione: la *sponsio*, su cui si basano gli antichi *sponsalia* come descritto, è uno strumento riconosciuto e munito di tutela tramite un'azione per ottenere dal giudice l'adempimento dell'obbligazione o la pena per la sua violazione (per il fidanzamento arcaico la questione deve necessariamente essere lasciata aperta).

Le *arrahae* sono invece un mezzo privato reale di sicurezza, impiegato dove manca la garanzia giuridica. Nel fidanzamento arcaico romano vi è, nel caso di scioglimento degli *sponsalia*, un diritto tutelabile in via giudiziaria, in quello arrale esiste invece l'elemento della pena stabilita dalle parti¹³¹.

In nessuno scrittore romano si trova mai cenno alle *arrahae sponsaliciae* in età arcaica né una relazione fra l'istituto delle *arrahae* e la *sponsio*: i letterati utilizzano spesso il termine *arrahae*, mai tuttavia a proposito degli sponsali¹³²; nessuna fonte parla di *arrahae sponsaliciae* con riferimento al diritto arcaico.

Le tesi contrarie, che vogliono le *arrahae sponsaliciae* già normate nel diritto romano arcaico, in mancanza di prove sembrano pertanto assurgere ad ipotesi difficilmente dimostrabili, per quanto talvolta affascinanti.

¹³¹ D. 23, 3, 7, 3; D. 23, 3, 8; D. 23, 3, 9; D. 12, 4, 6; D. 12, 4, 9 pr.

¹³² Cfr. anche ISIDORUS, *Origines* 9, 7 (P. L. 82, 363) da cui si evince che all'epoca di Isidoro di Siviglia (VI secolo d. C.) la *sponsio* era divenuta una semplice promessa. G. PACCHIONI, *Corso di Diritto romano, vol. III. Delle obbligazioni, diritto di famiglia; successione ereditaria, legati e fedecommessi, cenni di procedura civile romana*, - ristampa della 1. ed.- Torino 1922, pag. 241 ipotizza al contrario una derivazione dal diritto greco.

3. *Arrhae sponsaliciae* nel diritto classico?

a) I frammenti del Digesto in materia di fidanzamento

Il sistema del fidanzamento del diritto classico appare totalmente in contrasto con i principi informatori dell'istituto delle *arrahae sponsaliciae*: le definizioni dei giuristi classici accolte nel Digesto giustiniano disegnano un istituto privo di vincolatività, per quanto capace di generare alcuni effetti giuridici¹³³.

L'antica *sponsio* non fu sostituita da altra formalità, per cui a partire dall'ultimo secolo della repubblica il fidanzamento venne stipulato in modo del tutto informale, essendo sufficiente la sola volontà di entrambi i fidanzati liberamente manifestata:

D. 23, 1, 4, pr. (Ulpianus libro trigesimo quinto ad Sabinum): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*¹³⁴.

I giuristi erano concordi a riguardo: anche Fiorentino descrive il fidanzamento come un accordo bilaterale non formale a contrarre il matrimonio:

¹³³ Il fidanzamento arcaico basato sulla *sponsio* venne abbandonata da ultimo nel Lazio, secondo la testimonianza di Aulo Gellio, che riferisce l'opinione di Servio Sulpicio Rufo, con la concessione della cittadinanza romana nel 90 a. C. L'accoglimento dei testi dei giuristi classici nella compilazione giustiniana pone il problema della convivenza di questi con le costituzioni in materia di *arrahae sponsaliciae*. Cfr. a riguardo il prossimo capitolo.

¹³⁴ (Per contrarre il fidanzamento è sufficiente il consenso senza formalità). Cfr. A. METRO, "Binas nuptias constituere" in D. 3, 2, 1 in IURA 26 (1975), pag. 107; H. KUPISZEWSKI, Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Recht I, in ZSS 84 (1967), pag. 75; P. FERRETTI, Doni fatti a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica, in Labeo 45 (1999), pag. 84; A. S. SCARCELLA, Libertà matrimoniale cit., pag. 150.

D. 23, 1, 1 (Florentinus, libro tertio institutionum): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*¹³⁵.

Dall'assenza di formalità nella manifestazione del consenso derivavano numerose conseguenze: non erano richiesti testimoni o documenti scritti, e ci si poteva fidanzare anche per interposta persona:

D. 23, 1, 7 pr. (Paulus, libro trigesimo quinto ad edictum): *In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat*¹³⁶.

D. 23, 1, 18 (Ulpianus libro sexto ad edictum): *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*¹³⁷.

¹³⁵ (Il fidanzamento è proposta e correlativa promessa di contrarre un futuro matrimonio). H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß* cit., pag. 73; A. M. HONORÈ, *The editing of the digest titles*, in *ZSS* 90 (1973), pag. 291; E. LAIOU ANGELIKI, *Consensus facit nuptias – et non*, in *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), pag. 192; A. CORBINO, *rec. di G. FRANCIOSI, Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, in *IURA* 40 (1989), pag. 104; O. SACCHI, *A proposito di "sponsalia" (rec. di R. ASTOLFI, Il fidanzamento nel diritto romano)*, in *Labeo* 40 (1994), pag. 267; M. S. F. FONTANA ELBOJ GONZALO, *Sponsio matrimonial en la Roma antica: el vaso de duenos*, in *RIDA* 43 (1996), pag. 250; P. FERRETTI, *Doni fatti a causa di promessa di matrimonio* cit., pag. 84 nt. 35; P. BORRELLI, *Il divieto di nozze tra tutore e pupilla*, in *Labeo* 43 (1997), pag. 381; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., pag. 150 e nt. 13.

¹³⁶ (Nel fidanzamento è indifferente che s'interponga un'attestazione o che qualcuno prometta senza documento scritto). Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA* 31 (1980), pag. 42 e nt. 29; C. CASTELLO, *Remarques sur des cas concernant le debut du iustum matrimonium*, in *RIDA* 32 (1985), pag. 241 nt.; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß* cit., pag. 75; P. FERRETTI, *Doni fatti a causa di promessa di matrimonio* cit., pag. 84 nt. 35.

¹³⁷ (Nel porre in essere il fidanzamento poco importa che ciò sia fatto da sé (e personalmente o servendosi di un intermediario o di una lettera)

Da quest'ultima testimonianza apprendiamo che il fidanzamento per interposta persona – il cosiddetto prossenetico – era molto diffuso (*et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur*). Anche in questo caso tuttavia era necessario il consenso delle persone rappresentate, eventualmente tramite ratifica dell'operato dell'intermediario:

D. 23, 1, 5 (Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum): *Haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerit*¹³⁸.

Altra conseguenza della totale libertà di forme nella manifestazione del consenso era la liceità del fidanzamento *inter absentes*, richiedendosi solo che gli interessati sapessero del loro fidanzamento o che lo ratificassero successivamente:

oppure tramite altri: anzi per lo più le condizioni si stabiliscono tramite intermediari). La prassi descritta nel passo descrive bene la condizione di favore del “lenocinio organizzato” sino all'età postclassica: oltre ad essere penalmente lecito, i profitti da esso derivati erano soggetti al pagamento del chrysargyrum, importante tassa gravante sulle attività commerciali. Bisognerà attendere il V secolo d. C. per vedere all'opera una progressiva, radicale trasformazione nella concezione giuridica del prossenetismo, con l'introduzione della persecuzione penale dello stesso: cfr. ampiamente S. PULIATTI, *Malum in immensum importune auctum. La disciplina del prossenetismo nelle fonti giuridiche postclassiche*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2001, pagg. 449 ss. Sul prossenetismo cfr. anche K. JUNG, *Der Ehemaklerlohn. Eine historische Untersuchung*, Frankfurt 1991, pagg. 5 ss. e la relativa recensione di C. Masi Doria in *SZZ* 111 (1994), pagg. 625-628. Su D. 32, 1, 5 cfr. anche L. PEPPE, *Storie di parole* cit., pag. 164; P. RODRIGUEZ MONTERO RAMON, *La carta de Seya, problematica jurídica de una epistola peculiar*, in *RIDA* 46 (1999), pag. 479 nt. 29; P. PESCANI, *Studi sul digestum vetus*, in *BIDR* 84 (1981), pag. 207; A. METRO, “*Binas nuptias constituere*” cit., pag. 107 nt. 17; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbnis* cit., pag. 75; A. M. HONORÈ, *The editing of the digest titles* cit., pag. 291; O. SACCHI, *A proposito di “sponsalia”* cit., pag. 271; P. VOCI, *La patria potestas* cit., pag. 42.

138 (Questo purché il fidanzamento abbia luogo essendone a conoscenza le persone assenti oppure in seguito lo ratifichino). Cfr. P. VOCI, *La patria potestas* cit., pag. 42 e nt. 29; C. CASTELLO, *rec. di R. ASTOLFI, Il fidanzamento nel diritto romano*, in *SDHI* 55 (1989), pag. 486; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbnis* cit., pagg. 77 nt. 19, 81 (= *Scritti minori*, pag. 198 nt. 19, 212).

D. 23, 1, 4, 1 (Ulpianus libro trigesimo quinto ad Sabinum): *Denique constat et absenti absentem responderi posse, et hoc cotidie fieri*¹³⁹.

Essendo il fidanzamento una promessa di matrimonio, si affermò il principio per cui dovevano esprimere il loro consenso le stesse persone di cui era richiesto il consenso per il matrimonio.

Nel caso di fidanzati *alieni iuris*, pertanto, al loro consenso dovevano aggiungersi quello dei rispettivi *patres familias*:

D. 23, 1, 7, 1 (Paulus libro trigesimo quinto ad edictum): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur*¹⁴⁰.

D. 23, 2, 2 (Paulus libro trigesimo quinto ad edictum): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*¹⁴¹.

139 (E così è certo che una persona assente può essere promessa ad un'altra pure assente e ciò avviene giornalmente). Cfr. P. VOCI, *La patria potestas* cit., pag. 42 e nt. 29; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß* cit., pag. 75 (= Scritti minori, pag. 196).

¹⁴⁰ (Nel fidanzamento si deve richiedere anche il consenso di coloro dei quali è richiesto per le nozze). Cfr. P. VOCI, *La patria potestas* cit., pag. 43; C. CASTELLO, *rec. di R. ASTOLFI, Il fidanzamento* cit., pag. 486; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß* cit., pagg. 72, 77, 79 (= *Scritti minori*, pagg. 193, 198, 200); A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS 90 (1973), pag. 252 nt. 143; ID. *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, in ZSS 111 (1994), pag. 298 nt. 74; H. VAN DE WOUW, *Brocardica dunelmensia*, in ZSS 108 (1991), pag. 265; R. YARON, *rec. di W. SELB, Sententiae syriacae*, in ZSS 109 (1992), pagg. 609-610; C. CASTELLO, *rec. di R. ASTOLFI* cit., pag. 90; M. A. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di "patria potestas" e cognazione*, in *Studi in onore di Antonio Segni* 1, 1967, pag. 578.

¹⁴¹ (Le nozze non possono aver luogo, se non acconsentano tutti, cioè coloro che si uniscono e coloro sotto la cui potestà essi si trovano). Cfr. E. VOLTERRA, *L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias*, in BIDR 79 (1976), pag. 237; ID., *Appunti intorno ad una costituzione attribuita all'imperatore Valeriano*, in IURA 20 (1969), pag. 444, 447; P. VOCI, *Storia della patria potestas* cit. pag. 38; R. REGGI, *Origini e funzione dell'actio rei uxoriae*, *rec. di A. SÖLLNER, Zur*

D. 23, 1, 11 (Iulianus libro sexto decimo digestorum):
*Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt*¹⁴².

Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae, in *INDEX. Quaderni camerti di studi romanistici*, 3, 1972, pag. 589; A. M. RABELLO, *L'acquisto della "patria potestas"*, in *Labeo* 21 (1975), pag. 179; B. BASDEVANT-GAUMMET, *Le mariage d'après la correspondance d'Yves de Chartres*, in *RHDFE* 61 (1983), pag. 205 e nt. 98; U. LEPTIEN, "*Utilitatis causa*". *Zweckmäßigkeitenscheidungen im römischen Recht*, in *SDHI* 35 (1969), pag. 53 nt. 9; G. LONGO, *Ancora sul matrimonio romano*, in *SHDI* 43 (1977), pag. 460; L. DE GIOVANNI, *Per uno studio delle "Institutiones" di Marciano*, in *SDHI* 49 (1983), pag. 113; V. SCHAUB, *Der Zwang zur Unterlassung aus der Ehegewalt und die remancipatio ohne uxor*, in *ZSS* 82 (1965), pag. 123 nt. 87; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbnis* cit., pag. 77; W. WALDSTEIN, *Ecclesia in re publica*, in *ZSS* 100 (1983), pag. 551 nt. 24; R. YARON, *rec. di W. SELB, Sententiae* cit., pag. 609; A. A. LAIOU, *Consensus* cit., pag. 193; R. HAASE, *Justinian 1 und der Frauenraub (raptus)*, in *ZSS* 111 (1994), pag. 459; C. TERRENI, *Gaio e l' "erroris causae probatio"*, in *Labeo* 45 (1999), pag. 334 nt. 2; L. NUZZO, *Il matrimonio clandestino nella dottrina canonistica del basso medioevo*, in *SDHI* 64 (1998), pag. 375, 377 nt. 104, 105; M. A. DE DOMINICIS, *Spunti* cit., pag. 577; G. MATRINGE, *La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (sous l'empire et en occident)*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 5, 1971, pag. 200 nt., 205 nt. 57.

¹⁴² (Il fidanzamento, come il matrimonio, avviene con il consenso dei contraenti). Cfr. A. TORRENT, *rec. di E. BUND, Untersuchungen zur Methode Julians*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 36 (1966), pag. 615; L. LABRUNA, *rec. di P. CORNIOLEY, Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution en droit romain*, in *IURA* 16 (1965), pag. 403 nt. 10; P. VOCI, *Storia della patria potestas* cit., pag. 42; ID., *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI* 51 (1985), pag. 17; J. PLESCIA, *The development of the doctrine of boni mores in Roman Law*, in *RIDA* 34 (1987), pag. 268 nt. 7; M. O. PETER, "*Filiorum quaerendorum causa*". *L'image ideale de le mariage et de la filiation a Rome*, in *RIDA* 38 (1991), pag. 308 nt. 37; J. PARICIO, *La relevancia juridica de unos esponsales (nota sobre un "responsum" de Marcelo recogido en D. 24.3.38)*, in *SDHI* 50 (1984), pag. 497; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbnis* cit., pagg. 77, 80, 81; W. WALDSTEIN, *Ecclesia* cit., pag. 551 nt. 24; ID., *rec. di S. BUCHHOLZ, Recht, Religion und Ehe. Orientierungswandel und gelehrte Kontroversen im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert*, in *ZSS* 111 (1994), pag. 640 nt. 14; A. BÜRGE, *Cum in familia nubas: zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia liberorum*, in *ZSS* 105 (1988), pag. 313 nt. 3; T. GIARO, *rec. di R. ASTOLFI, Fidanzamento* cit., *ZSS* 108 (1991), pag. 484; C. CASTELLO, *rec. di R. ASTOLFI, Fidanzamento* cit., pag. 90; G. MATRINGE, *La puissance* cit., pag. 200 nt. 36, 217 nt. 125.

b) Altri effetti del fidanzamento

I principali ulteriori effetti del fidanzamento di diritto classico erano:

a) l'esenzione dal divieto delle donazioni per i fidanzati, in virtù della *lex Cincia* del 204 a. C.;

b) il divieto di *postulare pro aliis*, stabilito da Giustiniano per gli *infames*, per chi aveva contemporaneamente due fidanzamenti (cfr. D. 3, 2, 1: *Praetoris verba dicunt: "Infamia notatur"... quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore habuerit*)¹⁴³.

c) la non computazione degli sponsali ai fini delle leggi demografiche augustee qualora il matrimonio non fosse contratto nel termine legale;

d) l'estensione ai fidanzati, ad opera della giurisprudenza, della disposizione della *lex lulia iudiciaria*, che vietava al suocero ed

¹⁴³ (Le parole del pretore dicono: "E' colpito dalla nota di infamia...chi in suo nome, non per ordine di colui nella cui potestà ricadeva, o in nome di colui il quale o la quale aveva in potestà, abbia contratto due fidanzamenti o due matrimoni contemporaneamente). E' interessante ripercorrere brevemente l'evoluzione di questa norma. L'editto pretorio comminò per la prima volta la sanzione dell'infamia a chi avesse contratto in nome proprio o di un sottoposto alla propria patria potestas due sponsalia o due matrimoni contemporaneamente (cfr. D. 3, 2, 1; D. 3, 2, 13, 1-3); l'infamia veniva altresì comminata a chi contraeva fidanzamenti con una donna "*quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est*" (che non può sposare o che non è lecito sposare – D. 3, 2, 13, 4-). Alcuni studiosi ritengono tuttavia che D. 3, 2, 1 contemplasse inizialmente solo gli autori di due fidanzamenti, data l'inesistenza del delitto di bigamia in età classica. L'equiparazione delle *binas nuptias* ai *bina sponsalia* sarebbe stata opera dei compilatori giustiniane, in seguito all'introduzione del reato di bigamia nell'ordinamento giuridico: cfr. A. METRO, "*Binas nuptias constituere*" cit., pagg. 101 ss.; C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?*, in *IURA* 27 (1976), pagg. 101 ss.; *contra* cfr. P. BONFANTE, *Corso* 1 cit., pag. 268; P. CORBETT, *Roman Law* cit., pag. 16; B. BIONDI, *Istituzioni*⁴, pag. 140; C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios en homenaje J. Iglesias* 3, Madrid 1988, pag. 1169 s. (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptiae*, Genova 2002, pag. 489 s).

al genere di testimoniare l'uno contro l'altro¹⁴⁴;

e) il divieto stabilito dalla *lex Iulia et Papia* per i senatori, di fidanzarsi (e di contrarre matrimonio) con liberti e con coloro i quali esercitavano un mestiere turpe¹⁴⁵;

f) la nullità, in nome del principio della libertà matrimoniale, della previsione di una penale per il caso di scioglimento unilaterale ingiustificato degli sponsalia, ritenuta *contra bonos mores*¹⁴⁶;

g) la possibilità concessa da costituzioni imperiali alla fidanzata, in caso di assenza dello *sponsus* protratta per oltre tre anni, di contrarre matrimonio con altri¹⁴⁷.

c) D. 23, 2, 38 pr. (Paulus libro secundo sententiarum)

Come abbiamo visto esiste in letteratura l'opinione secondo cui, proprio per sopperire alla mancanza di cogenza degli *sponsalia* da parte dell'ordinamento i privati avrebbero fatto ricorso a strumenti contrattuali per rafforzare gli impegni presi, tra cui le *arrahae*

¹⁴⁴ Cfr. D. 22, 5, 4; D. 23, 5, 5; D. 38, 10, 6, 1.

¹⁴⁵ Cfr. D. 23, 2, 44 pr.

¹⁴⁶ Cfr. D. 45, 1, 134 pr. (Paulus libro quinto decimo responsorum): *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*. (sembrò ingiusto che le celebrazioni dei matrimoni fossero costrette con il vincolo della pena), su cui cfr. G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Camerino 1989, pag. 137; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae* cit., pag. 152 ss. nt. 18; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., pag. 23 s. con ulteriore bibliografia; cfr. anche D. 23, 2, 38 pr., su cui cfr. ampiamente il § successivo.

¹⁴⁷ C. I. 5, 17, 2 *Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus 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 omittat, cum posset nuntium remittere, si praesente eo consilium mutare, evoluisse. PP VII K. Apri. Aemiliano et Basso Cons.* (a. 259). (Trad: tua figlia, se non crede di dover attendere ancora il fidanzato dopo tre anni di viaggi all'estero, perduta la speranza di questa unione, ha la facoltà di contrarre matrimonio (con un altro), prima che passi l'età adatta per sposarsi, potendo comunicargli il recesso, se in presenza del fidanzato avesse voluto mutare parere).

sponsaliciae: nonostante la cosa in linea teorica possibile, non vi sono tuttavia testimonianze in tal senso.

L'unico frammento del Digesto in cui sono menzionate esplicitamente le *arrahae sponsaliciae* è tratto dal secondo libro delle *Sententiae* di Paolo, riportato in D. 23, 2, 38 pr.:

D. 23, 2, 38 pr. (Paulus libro secundo sententiarum): *Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem, uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur, ita scilicet ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditus quas acceperat*¹⁴⁸.

Trattandosi dell'unico passo di un giurista pervenutoci in materia di *arrahae sponsaliciae*, si rivela di importanza decisiva il problema della datazione del frammento, al fine di potere ammettere o meno l'esistenza delle *arrahae sponsaliciae* nel diritto romano già nel diritto classico.

Fosche nubi interpolazioniste si sono sempre addensate sul passo: la dottrina riteneva fino a poco tempo fa unanimemente

¹⁴⁸ (Se qualcuno gerisce una carica in una provincia non può sposare una donna che vi sia nata o vi sia domiciliata, sebbene non gli sia proibito fidanzarsi con lei, ma alla condizione che, se dopo deposta la carica la donna non voglia più sposarsi, lo possa fare restituendo soltanto le arre ricevute). Cfr. sul passo, oltre alle note seguenti, C. CASTELLO, *Remarques sur des cas concernant le debut du iustum matrimonium*, in *RIDA* 32 (1985), pag. 241 nt. 9; ID., *rec. di R. ASTOLFI, La lex Iulia et Papia*, in *SDHI* 52 (1986), pag. 612; ID., *rec. di R. ASTOLFI, Fidanzamento cit.*, pag. 485, 487; R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in *AA.VV., Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. VII convegno internazionale*, in *SDHI* 56 (1990), pag. 328; ID., *Il fidanzamento nella "lex Iulia et Papia"*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, 1971, pag. 675; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino cit.*, pag. 9 nt. 33; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß cit.*, pag. 101 nt. 128 (= *Scritti*, pag. 222); M. MEINHARDT, *Datenverarbeitung im Dienste der Digesten*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, 1, 1976, pag. 747; M. A. DE DOMINICIS, *Satura critica delle fonti postclassiche*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 1, 1971, pag. 541.

interpolato il frammento dai compilatori giustinianeî nei periodi: “*quamvis sponsare non prohibeatur*” e “*ita scilicet ... acceperat*”, per cui la menzione delle *arrae* sarebbe da riferirsi ad epoca giustiniana¹⁴⁹.

Molti argomenti, di vario ordine, sono stati addotti a prova di una presunta interpolazione dei due incisi: le frasi “*quamvis sponsare non prohibeatur*” e “*ita scilicet ... acceperat*” non si accorderebbero logicamente con quanto precede; l’espressione “*ita scilicet ut*”, introduttiva di un inciso anch’esso estraneo al contesto del passo, denoterebbe una caratteristica interpolazione; il verbo *sponsare* non sarebbe classico, ma usato solo in epoca tarda.

Sistematicamente, poi, la dichiarazione per cui “*uxorem ducere non potest quamvis sponsare non prohibeatur*”, contrasterebbe con il principio enunciato dallo stesso Paolo per un caso analogo¹⁵⁰ in D. 23, 2, 60, 5, dove, commentando il rescritto di Marco Aurelio e Commodo sulla proibizione al tutore di prendere in moglie la pupilla finchè dura d’ufficio, il giureconsulto estendeva il divieto anche agli sponsali:

D. 23, 2, 60, 5 (Paulus libro singulari ad orationem Divi Antonini et Comodi): *Quamvis verbis orationis cautum sit ne uxorem tutor pupillam suam ducat, tamen intelligendum est ne desponderi quidem posse: nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec*

¹⁴⁹ Tra i sostenitori dell’interpolazione cfr. P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte der Arrha Sponsalicia*, in *ZSS* 33 (1912), pag. 391; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, vol. 1. Diritto di famiglia*, Roma 1925, pag. 329, nt. 2; VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pag. 647 ss. (=Scritti 1, pag. 69 ss.); ID., *Studio sull’“arraha sponsalicia”*, II. *L’arraha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in *RISG* 4 (1929), pag. 24 e nt. 2 (=Scritti giuridici 1 cit., pag. 114 e nt. 2); ID., *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano (anno accademico 1960-61)*, Roma 1961, pag. 448 s.

¹⁵⁰ Cfr. anche D. 23, 2, 63.

*plerumque ne quidem desponderi potest: nam quae duci potest iure despondetur*¹⁵¹.

Il termine “*plerumque*” è stato ritenuto interpolato sulla base dell’argomento che esso sarebbe una delle interpolazioni caratteristiche di Giustiniano (cfr. ad es. D. 13, 7, 11, 6; D. 22, 3, 9; D. 26, 2, 16; D. 28, 5, 1 pr; D. 28, 6, 24; D. 37, 1, 3 pr; D. 40, 1, 15); esso sarebbe inoltre fuori luogo nel contesto del passo, che presupporrebbe l’enunciazione di una regola ammessa univocamente.

Si è ulteriormente addotto che nel Digesto si parla di *arrae sponsaliciae* soltanto nel titolo “*de ritu nuptiarum*”, mentre nel precedente “*de sponsalibus*” manca ogni accenno dell’istituto e gli sponsali si presentano basati su principi di completa libertà a cui pare assolutamente estraneo qualsiasi mezzo di coazione.

Si dovrebbe quindi desumere che il testo di D. 23, 2, 38 pr. sia stato rimaneggiato dai compilatori e che l’inciso “*quamvis - acceperat*” sia da ascriversi a loro.

La frase “*quamvis sponsare non prohibeatur*” indicherebbe un’eccezione al principio comune a tutti i matrimoni vietati secondo cui l’impedimento matrimoniale era esteso anche agli sponsali¹⁵²: nei casi nei quali era vietato il matrimonio, lo era anche il fidanzamento; nei riguardi del funzionario provinciale, invece, il fidanzamento

¹⁵¹ (Sebbene con le parole del discorso si sia disposto che il tutore non prenda per moglie la sua pupilla, pure è da intendersi che non possa costituire sponsali. Giacchè con colei con la quale non si possono contrarre nozze, questa non può generalmente neppure essere fidanzata, mentre colei che può essere presa come moglie, di diritto può essere fidanzata).

¹⁵² Cfr. D. 23, 1, 16 a proposito del matrimonio fra liberti e senatori; D. 23, 1, 15 a proposito del matrimonio del tutore con la pupilla; cfr. anche D. 23, 2, 60, 5.

sarebbe stato ammesso in quanto dopo la cessazione dall'incarico poteva contrarre matrimonio¹⁵³.

L'eccezione comunque era già presente nel 380, in una costituzione degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio (C. Th. 3, 6, 1 = C. I. 5, 2, 1), in materia di sponsali del funzionario provinciale, su cui ci soffermeremo in seguito.

Alla serie di indizi di interpolazione esaminati, la dottrina più recente ha opposto una pluralità di argomenti che vanno nella direzione opposta, portando a ritenere sostanzialmente genuino il passo in esame.

L'uso del verbo *sponsare*, che il Bonfante¹⁵⁴ riteneva essere estraneo al linguaggio classico, è stato attribuito all'opera di Paolo: l'epitomatore delle *Sententiae* di Paolo avrebbe riportato integralmente il testo paolino, per cui la norma relativa agli sponsali del funzionario provinciale sarebbe già stata nota al diritto classico¹⁵⁵.

Altra dottrina¹⁵⁶ è invece propensa ad attribuire all'introduzione da parte dell'epitomatore delle *Sententiae* di Paolo l'uso del verbo "*sponsare*", facendo risalire quindi all'epoca postclassica¹⁵⁷ la norma relativa agli sponsali del funzionario provinciale. L'affermazione che il verbo *sponsare* non è classico

¹⁵³ E. VOLTERRA *Ricerche* cit., pag. 152 ss (= *Scritti* 1, pagg. 404 ss.), ritenendo che i compilatori giustiniani abbiano esteso agli sponsali il regime degli impedimenti al matrimonio, ritiene interpolati nei frammenti citati nella nota precedente le espressioni che estendono al fidanzamento gli impedimenti al matrimonio; *contra* cfr. R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni "contra mandata"*, in *Studi di storia e diritto in memoria di G. Bonolis* 1, Milano 1942, pag. 11, nt. 16 il quale, pur considerando interpolati i frammenti citati, nota che seguendo la tesi di Volterra i compilatori avrebbero creato illogicamente in D. 23. 2. 28 pr. una deroga per gli sponsali del magistrato di provincia.

¹⁵⁴ *Corso di diritto romano* 1 cit., pag. 311 nt. 4.

¹⁵⁵ Così R. ORESTANO, *La dote* cit., pag. 11 s. nt. 13 in fine.

¹⁵⁶ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit., pag. 84.

¹⁵⁷ La dottrina oggi maggioritaria considera le *Pauli Sententiae* una compilazione composta intorno al IV secolo d. C. a partire da un nucleo originario classico.

sarebbe comunque infondata, perché *sponsare* è usato anche da Tertulliano, contemporaneo del giurista Paolo¹⁵⁸:

TERTULLIANUS, *De virginibus velandis* 16, 4 (P. L. 2, 911):
“...nupsisti enim Christo: illi tradidisti carnem tuam, illi sponsasti
maturitatem tuam”¹⁵⁹.

Se si ritiene che il frammento D. 23, 2, 38 pr. non sia stato interpolato dai compilatori giustiniani nella parte finale, si pone l'ulteriore importante problema della datazione del frammento, il quale costituirebbe il primo esempio di fonte giuridica in argomento di *arrae sponsaliciae*¹⁶⁰.

Il problema è legato inscindibilmente con la datazione della *Pauli Sententiae*, una *vexata quaestio* su cui non vi è ancora in dottrina unanimità e non certo discutibile in questa sede.

Si è ritenuto¹⁶¹ a riguardo che lo stesso Paolo si fosse occupato delle *arrae sponsaliciae* per risolvere un caso particolare, ciò che dimostrerebbe l'esistenza del fidanzamento già al tempo dei Severi.

Il problema della restituzione delle *arrae* e l'inquadramento sistematico giuridico dell'istituto sarebbero stati poi affrontati e risolti in via generale dall'epoca teodosiana in poi.

¹⁵⁸ A. DELL'ORO, *Il divieto del matrimonio fra funzionario romano e donna della provincia*, in *Studi in onore di Biondo Biondi* 2, Milano 1965, pag. 529 nt. 19.

¹⁵⁹ (Infatti hai sposato Cristo: a Lui hai dato la tua carne, a Lui hai promesso la tua maturità); cfr. anche TERENCE, *Phormio* 657 e i relativi commenti di EUGRAPHIUS, *Commentum in Terentii Phormia* 659 e di DONATUS, *Commentum in Terentium*, praef. 2 Phormio.

¹⁶⁰ Cfr. R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pagg. 182, 200.

¹⁶¹ Cfr. C. CASTELLO, *Recensione di R. ASTOLFI, Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., pagg. 487 s.

Il (presunto) contrasto tra D. 23, 2, 38 pr. e C. Th. 3, 6, 1

Il testo di D. 23, 2, 38 pr. appare in palese contrapposizione a quanto disposto da C. Th. 3, 6, 1 in materia di fidanzamento tra il funzionario provinciale e la donna di provincia:

C. Th. 3, 6, 1 [=Brev. 3, 6, 1] (380 Iun. 17): IMPPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORI)O. POST ALIA: *Si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum provinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis, quae matrimonium contracturae sunt, potest esse terribilis, sponsalia dederit, iubemus, ut deinceps, sive parentes sive eadem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda. quod ita late patere volumus, ut non solum circa administrantes, sed et circa administrantium filios, nepotes, propinquos, participes domesticosque censeamus, quibus tamen administrator operam dedit. impleri autem id postea matrimonium non vetamus, quod tempore potestatis ob eas personas, de quibus locuti sumus, arris fuerat obligatum, si sponsarum consensus accedat.* DAT. XV KAL. IUL. THESSAL(ONICA) DD. NN. GRATIANO A. V. ET THEODOSIO A. I. CONSS.¹⁶².

¹⁶² (Dopo altre cose: Se qualcuno, preposto ad un ufficio pubblico e alla carica di governatore provinciale che può incutere timore ai genitori o ai tutori o ai curatori o alle donne stesse che stanno per contrarre matrimonio, abbia dato i doni sponsalizi ordiniamo che, quando sia i genitori, sia esse stesse abbiano poi mutato parere, non solo siano liberati dai vincoli del diritto e siano esentati dalla pena che stabilisce il quadruplo, ma trattengano i beni che sono stati loro offerti, se non ritengano di doverli restituire. Vogliamo che tale disposizione abbia un tale campo di applicazione, che la decretiamo non solo nei confronti di coloro che amministrano, ma anche nei confronti dei figli di coloro che amministrano, dei nipoti, dei parenti, dei collaboratori e dei dipendenti, ai quali peraltro colui che amministra abbia offerto il suo aiuto. Tuttavia non vietiamo che si compia in seguito questo matrimonio, che era stato obbligato con la dazione delle arre al

I due testi divergono sulla questione, se la fidanzata potesse trattenere o meno le arre ricevute, in caso di scioglimento da parte sua del fidanzamento contratto con il funzionario provinciale.

Nell'arduo tentativo di conciliare D. 23, 2, 38 pr. con C. Th. 3, 6, 1 si sono cimentati storici del diritto di tutte le epoche, animati da una volontà sistematica in proporzione forse estranea ai commissari giustiniani¹⁶³.

La costituzione C. Th. 3, 6, 1 puniva il funzionario con la perdita delle *arrahae* da lui consegnate, e venne accolta da Giustiniano nel suo Codice (C. I. 5, 2, 1).

Giustiniano però accolse nel Digesto anche D. 23, 2, 38, che non contemplava questa punizione, stabilendo che le *arrahae* dovessero essere sempre restituite, creando un'antinomia difficilmente superabile.

La dottrina moderna¹⁶⁴ ha interpretato tale discrasia ritenendo che nel IV secolo si sia deciso che se alla fine della carica ricoperta

tempo dell'esercizio della carica per quelle persone, di cui abbiamo parlato, se sopravviene il consenso delle fidanzate). Sul passo cfr. L. A. GARCIA MORENO, *Estudios sobre la organizacion administrativa del reino visigodo de Toledo*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 44 (1974), pag. 12; C. DUPONT, *Peine et relations pecuniaires entre fiances et conjoints dans les constitutions rendues de 312 a 565 apres Jesus-Christ*, in *RIDA* 23 (1976), pag. 122 ss.; ID., *Les jura in re aliena dans le Code Theodosien*, in *RIDA* 24 (1977), pag. 237; P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 5 e nt. 18, 6 nt. 25, 8, 20 nt. 82, 69; C. CASTELLO, *rec. di R. Astolfi, Fidanzamento* cit., pag. 487; R. BACKHAUS, *rec. di S. A. FUSCO, "Pecuniam commodare". Aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d. C.*, in *ZSS* 99 (1982), pag. 446 nt. 21; R. ASTOLFI, *Per la storia del fidanzamento arcaico, rec. di B. ALBANESE, Brevi studi di diritto romano*, 8, in *SDHI* 58 (1992), pag. 269 nt. 11; G. GILIBERTI, *rec. di S. GIGLIO, Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, in *SDHI* 62 (1996), pagg. 613-618; G. DE BONFILI, *La "terminologia matrimoniale" di Costanzo II. Uso della lingua e adattamento politico*, in *Labeo* 42 (1996), pag. 265; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., pag. 157 nt. 37, 159 nt. 38, 162, 163 nt. 61; E. VOLTERRA, *Sul diritto familiare* cit., pag. 673; M. A. DE DOMINICIS, *Satura critica* cit., pag. 541; G. MATRINGE, *La puissance* cit., pag. 221, 222 nt. 146.

¹⁶³ Cfr. già lo scolio di CYRILLUS a Bas. 28, 1, 20 (Heimb. III, 155; Sch. B V, 1802).

¹⁶⁴ Cfr. R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 84.

dal fidanzato la donna voleva sciogliere il fidanzamento, poteva farlo restituendo solamente quello che aveva ricevuto a titolo di *arrha*.

Di fronte all'insufficienza di tale deterrente, che proteggeva la donna, ma che non colpiva l'eventuale abuso di potere da parte del funzionario, Teodosio sarebbe intervenuto con la costituzione riportata in C. Th. 3, 6, 1, stabilendo la perdita delle *arrae* consegnate dal funzionario.

Per spiegare la contemporanea presenza di C. Th. 3, 6, 1 (recepita in C. I. 5, 2, 1) e di D. 23, 2, 38 nella legislazione giustiniana non resta che considerare queste due norme succedutesi nel tempo e accolte entrambe, coscientemente o per errore, dai commissari giustiniani.

Capitolo 4. Il fidanzamento arrale postclassico

1. Introduzione

Le *arrae sponsaliciae* sono attestate con sicurezza nel diritto romano in epoca postclassica: il cosiddetto “fidanzamento arrale”, che da queste prende il nome, è caratterizzato dalla garanzia dell’adempimento della promessa di matrimonio mediante la consegna di doni, spesso di valore (denaro, gioielli, capi di abbigliamento ecc.) , detti *arrae* o *arrae sponsaliciae*, di regola dal fidanzato alla fidanzata¹⁶⁵.

Con la dazione ed accettazione delle *arrae* si verificava la conclusione del fidanzamento: il successivo eventuale recesso avrebbe comportato la perdita delle *arrae* date o l’obbligo della restituzione di un multiplo del valore di esse da parte del ricevente.

L’effetto conseguito, dunque, era di limitare la libertà di recedere dalla promessa di matrimonio.

2. Il rapporto tra il fidanzamento arrale ed il fidanzamento classico

Controverso è il rapporto tra il fidanzamento arrale di età postclassica e quello, privo di forme e vincolatività – ma ricco di

¹⁶⁵ Cfr. *Liber Syro Romanus iuris*, § 91.

effetti giuridici di varia natura, come si è visto-, diffuso in età classica¹⁶⁶.

Risulta indubbio che quest'ultimo abbia continuato ad esistere: Giustiniano, infatti, accolse sotto il titolo I *de sponsalibus* del ventitreesimo libro del Digesto anche passi dei giuristi classici che facevano riferimento ad esso.

Vivaci discussioni in dottrina ha suscitato il quesito, se i due tipi di fidanzamento – quello arrale e quello “libero” dell'età classica - costituissero due tipi distinti di fidanzamento, o se l'istituto giuridico delle *arrahae sponsaliciae* si fosse semplicemente innestato, con carattere di accessorietà, sulla forma di fidanzamento tradizionale.

Il Volterra è il maggiore sostenitore della prima tesi esposta: a suo giudizio il fidanzamento arrale sarebbe stato il fidanzamento dell'epoca cristiana, che già presente nei diritti semitici, sarebbe stato introdotto nel diritto romano con la ricezione delle prassi delle chiese orientali da parte degli imperatori cristiani.

Le norme del Digesto riguardanti il fidanzamento dell'età classica avrebbero un valore principalmente storico, essendo stata

¹⁶⁶ Sul rapporto, di centrale importanza, tra fattualità e giuridicità nell'intera concezione del matrimonio romano cfr. A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt 1999, pagg. 161 ss. Contrariamente agli adagi tralatici sul matrimonio quale forma “*verwirklichter Lebensgemeinschaft*” (Mitteis), quale “*Rahmen für eine [...] rein tatsächliche Gestaltung des ehelichen Gemeinschaftslebens*” (Kunkel/Honsell), o ancora quale “*faktisches Verhältnis des sozialen Lebens*” (Kaser), l'autore sottolinea, rimandando anche alle “*Praxis des Eherechts*” degli ordinamenti moderni, l'antistoricità di una visione del matrimonio giustificabile solo alla luce degli assunti della Rivoluzione francese, la quale aveva esasperato la formalizzazione del negozio matrimoniale in una prospettiva fortemente anticlericale. Detta esasperazione era per contro sconosciuta al diritto romano, come dimostra la possibilità di provare l'esistenza di un matrimonio in base alla “*in der Gesellschaft offen bekundete Behandlung als Ehegatten*” (considerazione sociale riconosciuta quali coniugi) anche in assenza di *tabellae*: cfr. D. 39, 5, 31 pr.; A. BÜRGE, *Privatrecht* cit., pagg. 163-164.

tale forma di fidanzamento ormai desueta all'epoca della compilazione del *Corpus Iuris* giustiniano¹⁶⁷.

La maggior parte degli studiosi è tuttavia contraria, sebbene con sfumature lievemente differenti, a tale ricostruzione.

Si sostiene che la contrapposizione tra fidanzamento pagano, privo di forma e consensuale, e il fidanzamento cristiano - arrale, ritenuta esistente dal Volterra, non risulterebbe provata; il fidanzamento arrale non sarebbero un nuovo tipo di fidanzamento che si aggiunse a quello classico, ma lo stesso fidanzamento classico, che continuò ad essere contratto mediante semplice dichiarazione non formale, rafforzata dalla previsione di una *Draufgabe*, le *arrae sponsaliciae* appunto¹⁶⁸.

3. Il rapporto tra legislazione civile e Cristianesimo. Rinvio

Una questione particolarmente dibattuta riguarda il ruolo del Cristianesimo nell'introduzione dell'istituto delle *arrae sponsaliciae* nel diritto romano: parte della dottrina ipotizza un ruolo decisivo del Cristianesimo in tal senso, ritenendo che la legislazione civile teodosiana si sarebbe limitata a recepire la prassi, diffusa nelle chiese orientali, di concludere i fidanzamenti con lo scambio dell'*anulus* accompagnato dalla dazione delle *arrae sponsaliciae*¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 20 (= *Scritti giuridici* 1, pag. 110); ID., in *RISG* 5 cit., pagg. 180 ss.; 245 (= *Scritti giuridici* 1 cit., pagg. 150 ss.; 215); ID., *Lezioni* cit., pag. 446 s.; ID., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40 (1932), pag. 168 (= *Scritti* 1, pag. 420); ID., *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937 (ristampa anastatica Napoli 1983), pag. 247 ss.

¹⁶⁸ Cfr. P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia*, in *ZSS* 33 (1912), pag. 384; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Napoli 1947, pag. 447; M. BALESTRI FUMAGALLI, s.v. „Sponsali“ (*diritto romano*), in *Enciclopedia del diritto* 43 (1990), pag. 503; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pag. 136 s.; R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 207.

¹⁶⁹ E. VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pag. 66 s. (= *Scritti* 1, pag. 66 s.); B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. 3. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano 1954, pag. 121 ss.

Contro tale tesi depongono tuttavia alcuni dati. La prima menzione in una costituzione imperiale delle *arrhae* risale al 380 d.C., in cui è menzionata una *vetus constitutio* che già stabiliva la pena del *quadruplum* per la parte inadempiente, e che ci rimanda a periodi storici in cui sicuramente il cristianesimo non aveva un'influenza tale sul potere civile da poter addirittura far pensare ad una passiva ricezione *in toto* di sue tradizioni da parte di quest'ultimo, dato che fino a Diocleziano – con successivi, intermittenti ritorni - era stata sistematica addirittura la persecuzione dei cristiani.

Al rapporto tra Cristianesimo ed *arrhae sponsaliciae* è dedicato il prossimo capitolo.

4. C. Th. 3, 5, 11

Il primo documento legislativo datato pervenutoci in materia di *arrhae sponsaliciae* è una costituzione imperiale degli imperatori Teodosio, Graziano e Valentiniano, risalente al 380 d. C.:

C. Th. 3, 5, 11 [=Brev. 3, 5, 6] (380 Iun. 17) : IMPPP. GRAT(IANUS), VALENTIN(IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. EUTROPIO P(RAEFECTO) P(RAETORIO). *Patri, matri, tutori vel cuicumque, ante decimum puellae annum datis sponsalibus, quadrupli poenam remittimus, etsi nuptiae non sequantur. et si interea puella decesserit, sponsalia iubemus sponso restitui. Quod si decimo anno vel ultra pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque ad undecimi metas, suscepta crediderit pignora esse retinenda, deinceps adventante tempore nuptiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius. Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea, matrimonium*

non implens, ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur. Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater, semet ipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. Cui quidem contra matrem, tutorem, curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis, iuxta poenam iuris, reddiderit facultatibus, si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam. DAT. XV. KAL. IUL. THESSAL(ONICA), GRAT(IANO) A. V. ET THEOD(OSIO) A. I. CONSS¹⁷⁰.

INTERPRETATIO. *Pater vel mater puellae, aut si pater defuerit, tutor, curator vel aliquis ex propinquis, si, antequam decimum annum puella contingat, de nuptiis pacti fuerint et sponsalia susceperint, si postea mutata voluntate renuere voluerint, quem prius susceperant, non addicuntur ad quadruplum, sed ea tantum, quae sunt suscepta, restituant: nam et si puella mortua fuerit, hoc tantum, quod acceperant, reddunt. sin vero iam puella decimum agens annum usque ad undecimum plenum susceptas arras vel ipsa vel parentes, tutores curatoresve tenuerint, id observandum est, ut, si fidem placiti mutare voluerint et illum renuant, cuius sponsalia suscepit, ad quadrupli poenam sine dubio teneatur persona,*

¹⁷⁰ Cfr. sul passo E. VOLTERRA, *Sulla cost. CTh. 3.5.5*, in *BIDR* 81 (1978), pag. 175; ID., *Sul diritto familiare di Ardea* cit., pag. 674; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano* cit., pag. 102; ID., *Storia della patria potestas* 2, pagg. 5-8, 69; C. DUPONT, *Peine et relations* cit., pag. 122; L. R. MENAGER, *Systemes onomastiques, structures familiales et classes sociales dans le monde greco-romain*, in *SDHI* 46 (1980), pag. 210; C. CASTELLO, *rec. di R. ASTOLFI, Fidanzamento* cit., pag. 487; G. DE BONFILS, *C. Th. 3.1.5 e la politica ebraica di Teodosio I*, in *BIDR* III serie 31.32 (1989-1990), pag. 71 nt. 69; M. PENNITZ, *rec. di E. VOLTERRA, Scritti giuridici – con una nota di Mario Talamanca, voll. 1-3: famiglia e successioni*, in *ZSS* 111 (1994), pag. 661 nt. 5; R. ASTOLFI, *Per la storia del fidanzamento arcaico* cit., pag. 269; P. FERRETTI, *Doni a causa di promessa di matrimonio* cit., pag. 87; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., pag. 159 nt. 38, 162; P. LEPORÉ, *Un problema ancora aperto: i rapporti legislativi tra oriente ed occidente nel tardo impero romano*, in *SDHI* 66 (2000), pag. 367 nt. 67; G. MATRINGE, *La puissance* cit., pag. 212 nt. 98, 213, 221, 223 nt. 151; C. FAYER, *La familia* 2 cit., pagg. 120 ss.

quaecumque de puellae nuptiis placitum fecit. quod si antequam annus undecimus compleatur, pignora suscepta reddiderint, nullam de susceptis arris calumniam pertimescant. nam si vidua fuerit, nihil per aetatem poterit excusare, si animum alibi diverterit et priorem sponsum renuere voluerit. tunc quaecumque suscepit sponsaliorum titulo, in quadruplum reddat. puella vero post duodecimum aetatis suae annum, si pater de nuptiis illius aliud facere voluerit, quam promisit, ad quadrupli poenam et ipse tenendus est. si pater mortuus est, et de nuptiis puellae mater, tutor aut curator aut propinquus aliquis definierit, et puella alteri nubere maluerit, ipsa sponso priori de propriis facultatibus satisfaciat in quadruplum, quod accepit: hac tamen condicione servata, ut postmodum contra praedictas personas agere possit, si illius arras, quem renuit, illis cogentibus invita suscepit¹⁷¹.

¹⁷¹ (Trad.: Rimettiamo al padre, alla madre, al tutore o a chiunque altro, celebrato il fidanzamento con la dazione delle arre prima che la fanciulla abbia compiuto i dieci anni, la pena del quadruplo anche se non seguano le nozze; e se nel frattempo la fanciulla sia morta, ordiniamo che le arre siano restituite al fidanzato. Qualora invece il padre o chiunque altro, cui spetti la responsabilità della fanciulla, abbia creduto di trattenere le arre ricevute nel decimo anno di età o oltre, ma prima del dodicesimo anno, cioè fino alla fine dell'undicesimo anno, e poi, avvicinandosi il tempo delle nozze, venga meno alla promessa fatta, sia soggetto alla pena del quadruplo. Diversa è la situazione della vedova, che non è aiutata dalla minore età, per cui se non contrae matrimonio è condannata alla pena del quadruplo *in forza dell'antica vecchia costituzione*. Chiunque poi si accordi per le nozze, quando (la fanciulla) ha compiuto il dodicesimo anno, se il padre, obbliga se stesso, se la madre o il curatore o altri parenti, sia obbligata la fanciulla (al pagamento del quadruplo). Però a lei viene riservata un'azione ispirata al bonum et aequum da proporre contro la madre, il tutore, il curatore o il parente, perché sia reintegrata in quei pegni, che abbia restituito con il proprio patrimonio in conformità con la sanzione della legge, se dimostri di essere stata da essi costretta ad accettare le arre).

(Interpretazione: Il padre o la madre della fanciulla, o se il padre è morto il tutore, il curatore o qualcuno dei parenti, se prima che la fanciulla compia il decimo anno ne abbiano pattuito le nozze e abbiano preso gli sponsalia, se in seguito, cambiata idea, vogliono rinunciare a colui che in precedenza avevano scelto, non vengono condannati al quadruplo, ma devono restituire solo quanto ricevuto: infatti anche se la fanciulla muore restituiscono solo ciò che hanno ricevuto. Se invece durante il decimo anno di vita della fanciulla, fino al compimento dell'undicesimo, lei o i parenti, i tutori o i curatori presero le arre promesse, è necessario che, se vogliono venir meno alla fede del patto e rinunciare a colui il quale aveva promesso gli sponsalia, è tenuto senza dubbio al quadruplo chi aveva disposto delle nozze della

Questa costituzione, inserita nel terzo titolo del Codice Teodosiano (3, 5, 11), è indirizzata ad Eutropio, prefetto del pretorio, e rientra in un gruppo di costituzioni dettato dagli imperatori nello stesso arco temporale.

La costituzione presenta numerosi aspetti interessanti:

a) La *vetus constitutio*

Nel testo (§ 2) è presente un richiamo ad una *vetus constitutio*, che lascia intendere come le *arrahae sponsaliciae* fossero state già precedentemente introdotte e regolamentate nell'ordinamento giuridico romano, senza però che da ciò si possa evincere precisamente quando¹⁷².

b) La terminologia

Come già osservato nel capitolo primo, le *arrahae sponsaliciae* sono indicate in diversi modi: *sponsalia*, *pignera*, *arrae*, ciò che

fanciulla. Se però restituiscono i pegni presi prima che sia stato completato l'undicesimo anno di età non subiranno alcuna pena circa le arre prese. Se la fanciulla era vedova l'età non può scusarla qualora ella abbia cambiato idea e rifiutato il fidanzato precedente. In tal caso qualsiasi cosa ella ricevette a titolo di sponsalia deve renderlo al quadruplo. Nel caso in cui la fanciulla abbia più di dodici anni, se il padre vuol fare delle sue nozze qualcosa di diverso da quanto promesso, è tenuto lui stesso al quadruplo. Se il padre è morto e hanno contrattato riguardo alle nozze della fanciulla la madre, il tutore o il curatore o un parente prossimo, e la fanciulla preferisce sposare un altro, ella stessa rimborsi con i propri mezzi il fidanzato precedente al quadruplo di quanto ricevuto: tuttavia mantenendo questa condizione, di poter agire in seguito contro le predette persone, se ella prese le arre dal fidanzato rifiutato con la costrizione di tali persone).

¹⁷² Il termine *constitutio* ci autorizza a ritenere che la *vetus constitutio* risalisse ad un periodo non antecedente ad Adriano: cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* I, Berlin 1903, s. v. "*constitutio*", pagg. 954 ss. Da Schol. Sin. 2 si può ipotizzare che una regolamentazione dovesse essere presente nel codice Gregoriano.

dimostra come in questa costituzione l'istituto giuridico delle *arrae sponsaliciae* non fosse ancora ben definito ed autonomo¹⁷³.

L'*interpretatio* di questa legge, riportata nel *Breviarium Alaricianum*, mantenne l'imprecisione terminologica senza darne conto in alcun modo¹⁷⁴.

c) Le parti contrattuali

Non era prevista la possibilità che le *arrae* fossero consegnate al fidanzato o alla sua parte, per quanto un'obbligazione nascesse anche in capo al fidanzato, con la consegna delle *arrae* alla parte della fidanzata¹⁷⁵.

Il recesso dall'impegno preso, una volta date le *arrae*, comportava per il fidanzato la perdita delle *arrae* stesse, per la fidanzata il dovere di restituire il quadruplo di esse.

d) Sul quadruplum

Sottesa all'intera costituzione in esame era la previsione di una *poena quadrupli* nel caso in cui, consegnate le *arrae* dal

¹⁷³ La pluralità della denominazione è secondo E. VOLTERRA, in *RISG* 2, pagg. 66 s. (= *Scritti* 1, pag. 66 s.), un forte indizio che l'istituto delle *arrae sponsaliciae* non sia di origine romana, altrimenti si sarebbe usato per esse un termine ben preciso: tale pluralità indicherebbe il tentativo di esprimere in latino un istituto non ancora ben definito. Lo stesso autore, tuttavia, riconosce poco oltre che “*nella legge di Graziano, Valentiniano e Teodosio del 380, l'arra appare come un istituto giuridico ormai elaborato e regolato da precedenti costituzioni, sebbene si noti ancora l'incertezza sul termine per indicarlo*”.

¹⁷⁴ Diffusamente sul tema E. VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pagg. 66 s. (= *Scritti* 1, pag. 66 s.)

¹⁷⁵ Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI* 51 (1985), pag. 5 (= *Studi di diritto romano*, 2 Padova 1985, pag. 471); R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 186. Secondo Guarino, invece, le *arrae* erano date per lo più dalla fidanzata al fidanzato. Cfr. GUARINO, *Diritto romano privato* 2001; ID. (a cura di), *Dizionario giuridico romano* 2000.

fidanzato alla parte della fidanzata a garanzia degli *sponsalia*, il matrimonio non venisse tuttavia celebrato.

Il testo normativo disciplinava poi i singoli casi di esclusione dall'irrogazione della pena e la legittimazione passiva nell'azione corrispondente.

Destinataria della dazione era la parte della fidanzata, cioè quelle persone, genitori, tutore pupillare, curatore o anche altri parenti che fidanzavano la fanciulla e che quindi diventavano parti negoziali¹⁷⁶.

La previsione della restituzione del *quadruplum* del ricevuto in caso di scioglimento del fidanzamento da parte della fidanzata costituisce un *unicum* nella legislazione in tema di caparre: si tratta di un ammontare che diverge dal comune *duplum* previsto nelle caparre di diritto commerciale, e che non si ritrova altrove nello svolgimento della legislazione successiva in tema di *arrae sponsaliciae*.

Sicuramente essa doveva costituire un forte segnale della volontà legislativa teodosiana di rendere vincolante il fidanzamento.

La pena del quadruplo è peraltro una prerogativa costante della legislazione di questo imperatore: è menzionata anche in C. Th. 3, 6, 1, (=C. I. 5, 2), esaminata nel capitolo precedente, e in una costituzione del 409, riprodotta sia in C. Th. 3, 10, 1 che in C. I. 5, 8, 1 (nel Codice di Giustiniano, poiché nel 472 la pena del quadruplo venne abolita, l'espressione *poenaque expertes sint quae quadruplum statuit*, che si legge in C. Th. 3, 6, 1 pr., fu abbreviata in C. I. 5, 2, 1 pr. in "*poenaque statutae expertes sint*", mentre l'espressione "*cum quadrupli poena*", che si legge in C. Th. 3, 10, 1, 1 fu mutata in "*cum statuta poena*" in C. I. 5, 8, 1, 1)¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cfr. lo stesso concetto in C. Th. 3, 11, 1, 1 [= Brev. 3, 11, 1, 1].

¹⁷⁷ Gotofredo ritiene sulla base dell'inciso "*poena iuris*" che la poena quadrupli fosse già presente nella *lex Iulia et Papia*, con la quale C. Th. 3, 10, 6 sarebbe in

Un problema esegetico importante è stabilire se nella pena del *quadruplum* fosse ricompreso il valore degli oggetti dati a titolo di *arrha* o se essa fosse una pena a parte¹⁷⁸.

La costituzione in esame tace, mentre altre fonti sono ambigue a riguardo: in base all'espressione di C. Th. 3, 10, 1: *...sponsalia, hoc est arrarum data nomine, reddi sibi praecepto legum aum quadrupli poena deprecant*, il quadruplo sembrerebbe doversi considerare come una pena a parte oltre la restituzione delle *arrae*¹⁷⁹; senonchè la costituzione di Leone riportata in C. I. 5, 1, 5, 5, afferma chiaramente che nella pena del quadruplo era compresa la restituzione delle *arrae* ricevute:

C. I. 5, 1, 5, 5: *quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur...*¹⁸⁰

In favore di una pena del quadruplo onnicomprensiva depone l'analogia con la pena del *duplum*, così formulata da Leone ancora in C. I. 5, 1, 5 pr.: *... ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius*¹⁸¹.

stretta correlazione. Cfr. J. GODEFROY, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, ed. Lipsiae 1736, pag. 310.

¹⁷⁸ A favore del *quadruplum* quale *poena* onnicomprensiva cfr. C. FAYER, *La familia* 2 cit., pag. 122; *contra* S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus V-1*, in *Studi in onore di F. Pepere*, Napoli 1900, pag. 191 (= *Scritti di diritto romano* 1, Palermo 1957, pag. 179).

¹⁷⁹ Cfr. in questo senso S. RICCOBONO, *L'arra sponsalicia* cit., pag. 191 (= *Scritti di diritto romano* 1, Palermo, 1957, pag. 179).

¹⁸⁰ (La pena del quadruplo, che era stabilita nelle leggi anteriori, in cui era computata anche la quantità delle *arrae*).

¹⁸¹ (... sia tenuto al doppio, cioè a quanto ricevette e altrettanto, a nulla di più). Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2, pag. 5 nt. 20 (= *Studi* 2, pag. 471 nt. 20).

Secondo il Volterra¹⁸² un'altra prova che nel *quadruplum* andasse ricompresa anche la restituzione delle *arrhae* sarebbe fornita dalla *Lex Romana Burgundiorum* che, riportando in sunto al titolo 27 le disposizioni di C. Th. 3, 5, 11, recita:

Titulus 27 : *De puellis vel mulieribus desponsatis. Si quis arras sponsalicias nomine dederit, et pater vel mater, acceptis arris, eo qui arras dedit refutato, alium fortasse receperunt, arras in quadruplum esse reddendas...*¹⁸³

Qui dunque é espresso chiaramente che nel *quadruplum* va compresa anche la restituzione delle *arrhae*.

Nei Basilici l'unico passo che ricordi il quadruplo non fa alcuna differenza nella computazione di esso e del *duplum*¹⁸⁴.

La pena del *quadruplum* non veniva applicata sempre: venivano individuati quattro diverse ipotesi.

- se i responsabili della fanciulla (padre, madre, tutore ecc.) l'avessero fidanzata quando questa non aveva ancora compiuto i dieci anni, recedendo poi dal fidanzamento, essi erano esonerati dalla *poena quadrupli* (“*quadrupli poenam remittimus*”).

Argomentando *a contrario*, dall'esenzione dalla pena del quadruplo si è sostenuto che gli stessi dovevano restituire al fidanzato le sole *arrhae* al *simplum*, pur nel silenzio del testo a riguardo¹⁸⁵.

¹⁸² E. VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pag. 86 (= *Scritti* 1, pag. 86).

¹⁸³ (Sulle fanciulle o donne promesse: se qualcuno ha dato le arre sponsaliciae e il padre o la madre, dopo aver preso le arre e rifiutato colui il quale aveva dato le arre, scelsero un altro, le arre devono essere restituite nella misura del quadruplo...)

¹⁸⁴ Bas. 28, 2, 3 (Heimb. III, 157; Sch. A IV, 1320).

¹⁸⁵ Così R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 186; cfr. anche P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 5 (= *Studi* 2, pag. 471).

La restituzione del *simplum* era invece prevista espressamente nel caso di morte della fidanzata: la morte di uno dei fidanzati scioglieva infatti il fidanzamento senza perdite per nessuno, come aveva già statuito Costantino¹⁸⁶.

- Se i responsabili della fanciulla (padre, madre, tutore o un parente – nell’espressione di C. Th. 3, 5, 11, 1: *quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet* vanno intesi la madre, il tutore pupillare e i parenti come nel *principium*) l’avessero fidanzata tra i 10 e i 12 anni, nel caso in cui il padre o qualsiasi altro cui spettava la responsabilità della ragazza, accettate le *arrahae*, le avesse trattenute e poi al momento delle nozze, ossia quando la fanciulla compiva i 12 anni (età legale fissata per le *iustae nuptiae*), fosse venuto meno alla promessa fatta rifiutando il matrimonio, era tenuto alla pena del *quadruplum* (cfr. C. Th. 3, 5, 11, 1).

- Se la fidanzata era una *vidua sui iuris* rispondeva in proprio per la restituzione al *quadruplum* delle *arrahae*, e non godeva della *venia aetatis*, anche se minore di 25 anni: il rimando alla *constitutio* ci informa che tale ultimo regime era in vigore già da tempo (cfr. C. Th. 3, 11, 5, 2).

- Se la fanciulla aveva compiuto i 12 anni si verificava le seguente situazione: qualora il fidanzamento fosse stato concluso dal padre della fanciulla, questi sarebbe rimasto obbligato in prima persona¹⁸⁷; la fanciulla rispondeva invece personalmente della

¹⁸⁶ In C. I. 5, 1, 3 (a. 380) gli stessi imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio consideravano anche il caso del decesso del fidanzato, soggiacente allo stesso principio della restituzione *in simplum* per assenza di colpevolezza.

Il Mommsen e il Krüger inseriscono questa costituzione nelle loro edizioni del codice teodosiano quale decima costituzione del titolo „*de sponsalibus et ante nuptias donationes*“ (mentre nel Codice di Giustiniano essa si trova sotto il titolo „*de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticiis*“). Cfr. anche E. VOLTERRA, in *RISG* 2 (1927), pag. 88 (= *Scritti* 1, pag. 88); P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2, cit. pag. 7 (= *Studi* 2, pag. 474); R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 184 e nt. 52.

¹⁸⁷ Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 6 (= *Studi* 2, pag. 472).

restituzione al *quadruplum* delle *arrahae* se era *sui iuris* e se autori del fidanzamento fossero stati la madre o il curatore o altri parenti.

Alla fanciulla era tuttavia accordata un'*actio ex bono et aequo* nel caso in cui fosse stata costretta ad accettare le *arrahae* da parte della madre, del tutore, del curatore o altri parenti (C. Th. 3, 5, 11, 3-4)¹⁸⁸.

E' stato notato che, nel caso in cui la fanciulla non avesse consentito liberamente al suo fidanzamento, le veniva sì concesso di rivalersi nei confronti di chi l'aveva fidanzata, se avesse provato che era stata costretta a fidanzarsi, ma si trattava comunque di una prova tanto più difficile quanto più giovane era la *sponsa*, dovendo ella opporsi apertamente a chi l'aveva promessa e quindi anche alla stessa madre o a un parente¹⁸⁹.

e) Considerazioni

La costituzione ci offre un ampio e significativo squarcio della società romana del tempo ed interessanti spunti di riflessione: è innanzitutto da notare come la normativa si imperniasse sulla parte della fidanzata, rispecchiando la tendenza sociale per cui ad essere *desponsata* dai propri congiunti era la donna, che riceveva le *arrahae sponsaliciae* dal fidanzato.

Era pertanto importante definire legislativamente la linea di demarcazione tra la responsabilità della fidanzata e degli eventuali altri autori - per suo conto - del negozio giuridico.

Emerge inoltre la tendenza diffusa, anch'essa regolata giuridicamente, di *desponsare* anche delle bambine, spesso ad opera

¹⁸⁸ Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 6 nt. 22 (=Studi 2, pag. 472 nt. 22); R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 188 e nt. 61.

¹⁸⁹ Cfr. R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 189.

della madre: Agostino, in *Confessiones* 6, 13; 15 narra di era stato fidanzato dalla madre e dagli amici ad una fanciulla non ancora *nubilis*, quindi non ancora in età da marito¹⁹⁰, durante il suo soggiorno a Milano (386-387).

Anche Sidonio Apollinare (*epist.* 2, 4, 2, datata prima del 470), menziona il fidanzamento di una fanciulla *pupilla*, quindi impubere, ad opera della madre¹⁹¹.

La donna si trovava in un limbo tra l'essere soggetto ed oggetto della contrattazione: la volontà della *desponsata* acquistava rilievo solo se ella fosse stata contemporaneamente *sui iuris* e pubere.

In tal caso, infatti, era previsto il suo assenso esplicito nella ricezione delle *arrahae*, che tuttavia si iscriveva pur sempre all'interno di un fidanzamento deciso e concluso dai suoi parenti!-.

Gli eventuali vizi del proprio consenso potevano esser fatti valere dalla fanciulla con un'*actio ex bono et aequo* contro chi l'aveva fidanzata, ma con tutte le conseguenti difficoltà di ordine probatorio (una vera e propria *probatio diabolica*) e le pesanti

¹⁹⁰ Cfr. P. VOICI, *Storia della patria potestas* 2 cit. , pag. 7 nt. 27 (=Studi 2, pag. 473 nt. 27).

¹⁹¹ L'importante ruolo della madre nella conclusione degli *sponsalia* è attestato già in età risalente, e prosegue in una linea ininterrotta di continuità. Cicerone, il quale aveva scelto quale *sponsus* per la figlia Tullia Tiberio Nerone, al ritorno da un suo viaggio in qualità di governatore dell'Asia dovette prendere atto che, a sua insaputa, la moglie Terenzia aveva fidanzato al Tullia con il dissoluto Dolabella (cfr. CICERO, *Ad Atticum* 6, 6, 1). Cornelia, figlia di P. Cornelio Scipione Africano, fu fidanzata dal padre all'insaputa della madre a Tiberio Sempronio Gracco, futuro padre dei fratelli Gracchi, ciò che causò una veemente reazione della madre Emilia, "*indignabunda*" per non essere stata consultata, come doveva invece essere d'uso all'epoca (cfr. LIVIUS, *Ab urbe condita* 38, 57, 7. L'episodio è ripreso conformemente alla tradizione da VALERIUS MAXIMUS, *Facta et dicta memorabilia* 4, 2, 3; GELLIUS, *Noctes Atticae* 12, 8, 3; CICERO, *De inventione* 1, 91; una versione differente è in PLUTARCHUS, *Tiberius Gracchus* 4, 2-3). Virgilio (*Aeneis* 7, 402) usa l'espressione *ius maternum* a proposito del diritto rivendicato da Amata, moglie di Latino, di impedire l'unione tra la figlia Lavinia ed Enea. Cfr. S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, pagg. 127 ss; ID., *Digna condicio: Betrothals in the Roman Upper Class*, in *Echos du Monde Classique* 28 (1984), pagg. 441 s.

ricadute sociali che l'esercizio di tale azione contro i propri familiari doveva comportare.

In questo solo caso la volontà della donna aveva rilevanza autonoma, ma con limitazioni di diritto e di fatto¹⁹²: di diritto, perché in caso di recesso era lei a dover pagare il quadruplo delle *arrhe* al fidanzato, avesse oppure no consentito liberamente a chi l'aveva fidanzata; di fatto, perché su di lei cadeva l'onere di dover provare che il suo consenso non era stato libero, prova non agevole, dovendo la donna opporsi apertamente alla famiglia che l'aveva fidanzata.

La tenera età della fanciulla al momento della *desponsatio* rendeva infine più semplice estorcerne il consenso.

La fanciulla *sui iuris* ma impubere, ovvero minore di 12 anni, invece, non aveva voce in capitolo nella conclusione del fidanzamento: obbligati alla restituzione delle *arrhae*, in caso di mancata celebrazione del matrimonio, erano il padre o, in mancanza di questi, i parenti che avessero accettato le *arrhae*¹⁹³.

Se la fanciulla, impubere o pubere, era in potestà del padre, era costui a promettere la mano della figlia, senza richiederne il consenso, e ad accettare le *arrhae* e obbligato alla pena del quadruplo era pertanto lui stesso¹⁹⁴.

¹⁹² R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 189.

¹⁹³ Cfr. S. TREGGIARI, *Consent to Roman Marriage: Some Aspects of Law and Reality*, in *Echos du Monde Classique* 26 (1982), pagg. 35-44.

¹⁹⁴ Cfr. in tal senso S. SOLAZZI, *Le nozze della minorene*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* 51 (1916), pagg. 749-774 (= *Scritti di diritto romano*, 2 Napoli 1957, pagg. 147-165); P. E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, pag. 3; P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 6 (= *Studi* 2, pag. 472); R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pagg. 156 s., 168, 189; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1* cit., pag. 310 nt. 3. *Contra* E. VOLTERRA, *Sul consenso della filia familias* cit., pag. 6 ss. (= *Scritti* 1, pag. 294 ss.); ID., *Recensione di P.E. CORBETT, The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, in *BIDR* 38 (1930), pag. 260 ss; ID., *Ancora sul consenso della filia familias* cit., pag. 5 ss. (= *Scritti* 1, pag. 529 ss.).

Si denota un profondo mutamento rispetto al fidanzamento di età classica, dove il consenso della fanciulla era richiesto perlomeno nella forma del mancato dissenso:

D. 23, 1, 11 (Iulianus libro sexto decimo digestorum): ... *et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet...*¹⁹⁵.

Il venir meno nel Basso impero di qualsiasi rilevanza della volontà della donna, che non fosse al contempo *sui iuris* ed impubere, nel suo fidanzamento, era del resto già stato sancito in una costituzione di Costantino (C. Th. 3, 5, 5) riguardante il fidanzamento non arrale con un militare: se il fidanzamento era sciolto prima di due anni rispondevano, subendo la grave pena della *deportatio in insulam*, gli autori del suo fidanzamento (padre, madre o altri parenti, tutore o curatore), restandone estranea la *desponsata*¹⁹⁶.

5. Leone: C. I. 5, 1, 5

La volontà punitiva nei confronti della (parte della) donna che avesse sciolto il fidanzamento contratto appare affievolita nella legislazione successiva in materia, che proseguì con una costituzione di Leone ed Antemio indirizzata al prefetto del pretorio Eritrio, del 472. Questa riordinò complessivamente la materia delle *arrhae*,

¹⁹⁵ (... e dunque così come per le nozze, anche per gli sponsali è necessario che la figlia acconsenta ...). Sull'influenza in età postclassica della volontà della *filia familias* nella conclusione del suo fidanzamento cfr. S. SOLAZZI, *Le nozze della minorenni* cit. (= *Scritti* 2, pag. 154 s. nt. 25); P. E. CORBETT, *Roman Law* cit., pag. 3; VOGLI, *Storia della patria potestas* 2, cit., pag. 6 (= *Studi* 2, pag. 472).

¹⁹⁶ Cfr. C. Th. 3, 5, 5 [=Brev. 3, 5, 4]; ASTOLFI, *Fidanzamento*³, cit., pagg. 148 s.; 190.

riducendo la restituzione delle *arrhae* dal quadruplo al doppio del loro valore.

Ma l'intero tenore e spirito della costituzione costituisce un segnale di discontinuità: vennero introdotte delle *iustae excusationis causae*, in presenza delle quali era ammesso il recesso dalla promessa di matrimonio con la semplice restituzione *in simplum* delle *arrhae* ricevute.

C. I. 5, 1, 5, *Imperatores Leo, Anthemius AA. Erythrio pp. Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobata huiusmodi arras suscepit: in simplum autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit. Patrem vero vel matrem, legitimae videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arras pro filia susceperint, avum autem vel proavum pro nepte seu pronepte in duplum tantummodo convenit teneri. Quae ita custodiri censemus, si non propter personam vel condicionem aut aliam causam legibus vel generalibus constitutionibus interdictam futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arras praestitas tantummodo reddi consequens esse praecipimus. Hoc quoque his adicimus, ut etiam, si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arras autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes subolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam, si quidem*

probatum fuerit ante datas easdem arras sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. Sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint vel post arras datas aliqua iusta causa paenitentiae intercesserit, isdem tantummodo redditis super alterius simpli poena liberi custodiantur. Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arris praestitis custodiri censemus: quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit. Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet. D. 472 d. k. Iul. Constantinopoli Marciano cons.(a. 472)¹⁹⁷.

¹⁹⁷ (La donna che è *sui iuris* sia tenuta fino al doppio delle arre a titolo di fidanzamento, ossia in ciò che ha ricevuto e un altrettanto e non più, se dopo il compimento del 25° anno o dopo aver richiesto la dispensa di età e comprovata competente in giudizio ricevette le arre di tal maniera: (sia tenuta), invece, *in simplum*, cioè soltanto in ciò che ha ricevuto, se minore di età, sia nubile che vedova, o di per sé o mediante il tutore o il curatore o altra persona abbia ricevuto le dette arre. Il padre invero o la madre, naturalmente di età legittima (maggiori di 25 anni) che insieme o separatamente abbiano ricevuto le arre per la figlia, o l'avo o il proavo per la nipote o la pronipote si conviene che siano tenuti solo al doppio. Le quali norme intendiamo che si osservino se non sia vietato che il futuro matrimonio abbia luogo a causa della persona o della situazione o per altro motivo interdetto dalle leggi o da generali costituzioni; allora infatti, le dette arre, consegnate quasi per un fatto nullo, giacchè senza causa, ordiniamo essere conseguente che siano soltanto restituite. E aggiungiamo anche che, se le nozze sperate non siano proibite dalle leggi, e se dopo la consegna delle arre sponsalizie la fidanzata abbia rifiutato di contrarre il matrimonio con il fidanzato a causa o del comportamento indegno o licenzioso, o della diversità di religione o di setta, o perché il fidanzato non era in grado di compiere il coito, dal quale nasce la speranza della prole, o per un'altra giusta causa di dispensa, se mai si sia provato che la donna o i suoi genitori siano venuti a conoscenza di ciò prima che venissero date le suddette arre sponsalizie, lo devono imputare a se stessi. Ma se, ignorando questi motivi, abbiano ricevuto le arre sponsalizie e dopo date le arre sia sopraggiunta una qualche causa lecita di pentimento, restituite soltanto queste, siano conservati esenti circa la pena dell'equivalente. Le quali norme tutte in simile modo intendiamo che si osservino anche per i fidanzati circa il riprendere o non le arre consegnate: cessando naturalmente la pena del quadruplo, che era stata fissata da leggi anteriori, nella quale si calcolava anche la quantità delle arre, a meno che in particolare si stabilì altrimenti di comune accordo tra i contraenti

La costituzione di Leone fu inserita da Giustiniano nel suo *Codex* (C. I. 5, 1, 5), a differenza della precedente costituzione di Teodosio, da ritenersi dunque abrogata in età giustiniana.

Anche la costituzione di Leone ed Antemio rivela un andamento casistico:

- la donna *sui iuris* ultraventicinquenne o che aveva ottenuto la *venia aetatis* (ossia la facoltà concessa ad personam dall'imperatore ai minori di 25 anni di amministrare autonomamente il proprio patrimonio) doveva restituire il doppio delle *arrahae* ricevute, se si fosse impegnata personalmente e fosse venuta meno alla promessa di matrimonio;

sullo stesso calcolo del quadruplo. Se poi, oltre le precise indicazioni di questa legge, sia stata interposta una cauzione contenente la pena della stipulazione, non avrà nessun valore per entrambe le parti, poiché nel contrarre le nozze vi deve essere libera facoltà). Cfr. V. GIUFFRÈ, *rec. di R. QUADRATO, Sulle tracce dell'annullabilità, "quasi nullus" nella giurisprudenza romana*, in *IURA* 34 (1983), pag. 227; F. MERCOGLIANO, *rec. di E. VOLTERRA, Scritti giuridici cit.*, in *INDEX. Quaderni Camerti di Studi romanistici* 20 (1992), pag. 650; C. DUPONT, *Peines et relations cit.*, pag. 123; J. PLESCIA, *The development cit.*, pag. 280 nt. 53; A. PADOA SCHIOPPA, *Le "Quaestiones super codicem" di Pillio da Medicina*, in *SDHI* 39 (1973), pag. 243 nt. 11, 252 nt. 51; F. GORIA, *Ricerche su impedimento da adulterio e obbligo di repudio da Giustiniano a Leone VI*, in *SDHI* 39 (1973), pag. 325 nt. 91; G. DI RENZO VILLATA, *Per un'edizione della "Summa vindocinensis" (libro I)*, in *SDHI* 42 (1976), pag. 273 nt. 4, 274 nt. 6; P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 5 e nt. 20, 12, 70; ID., *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI* 64 (1998), pag. 34 nt. 187; C. CASTELLO, *rec. di R. ASTOLFI, Il fidanzamento cit.*, pag. 488; R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale cit.*, pag. 325 nt. 6; ID., *Per la storia cit.*, pag. 269 nt. 11; M. P. BACCARI, *Comunione e cittadinanza*, in *SDHI* 57 (1991), pag. 283; F. WIEACKER, *rec. di W. SELB, Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, in *ZSS* 83 (1966), pag. 509; W. WALDSTEIN, *Consequenz als Argument klassischer Juristen*, in *ZSS* 92 (1975), pag. 63 nt. 142; H. P. BENHÖR, *rec. di D. DALLA, L'incapacità sessuale in diritto romano*, in *ZSS* 99 (1982), pag. 428; H. VAN DE WOUW, *Brocardica cit.*, pag. 273; C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA* 44 (1993), pag. 29 nt. 366; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime sulla speranza*, *rec. di M. BARTOSEK, La spes en droit romain*, in *SDHI* 61 (1995), pag. 865; B. H. STOLTE, *The Lion's paws. Observations on Joannes Leunclavius (1541-1594) at work*, in *Rechtshistorisches Journal* 13 (1994), pag. 228; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale cit.*, pag. 147 s. nt. 2, 156-158 e nt. 34-36; ID., *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, pagg. 183 s. nt. 312; A. BELLODI ANSALONI, *La "venia aetatis". Emersione storica e sviluppo*, in *Labeo* 46 (2000), pag. 61 nt. 40, 67; B. ALBANESE, *Definitio pericolosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, 3, 1970, pag. 315, 340; M. A. DE DOMINICIS, *Satura critica cit.*, pag. 541; C. FAYER, *La familia* 2 cit., pagg. 127 ss.

- la minore di 25 anni, invece, restituiva le *arrhae in simplum*; se veniva fidanzata dal tutore – se minore di 12 anni - o da altri, rispondeva al *simplum* l'autore del negozio.

In questa disposizione è ravvisabile una maggiore considerazione per la volontà della fanciulla, che assumeva in prima persona anche l'obbligo della restituzione. In questo caso, infatti, Leone dava rilievo alla volontà della donna, tanto è vero che, in caso di recesso, puniva lei e non, come Teodosio, chi l'avesse fidanzata¹⁹⁸.

Qualora il fidanzamento di una fanciulla *alieni iuris* fosse stato concluso dal *pater* o dalla *mater*, entrambi maggiori di 25 anni, separatamente o insieme, o dai parenti in linea retta maschile, la responsabilità faceva capo a chi aveva promesso la fanciulla, ed era *in duplum* se il rifiuto delle nozze fosse stato ingiustificato.

Qualora il matrimonio voluto dalle parti fosse stato invalido, avrebbe travolto anche l'efficacia degli *sponsalia*¹⁹⁹, per cui la restituzione delle *arrhae* ricevute sarebbe stata *in simplum*²⁰⁰.

Questa costituzione introdusse significativi mutamenti nella concezione e nella disciplina giuridica delle *arrhae sponsaliciae*: semplificò innanzitutto la casistica, riducendo a due le fasce di età con differente disciplina.

Accentuò inoltre, attraverso l'introduzione delle *iustae causae excusationis*, una marcata contrattualizzazione dell'istituto: in caso di rifiuto giustificato di adempiere la promessa di matrimonio l'obbligo di restituire le *arrhae* andava limitato al *simplum*, mentre in assenza

¹⁹⁸ Cfr. R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 192.

¹⁹⁹ Cfr. C. I. 5,1,5 1-3.

²⁰⁰ Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 12 nt. 52 (=Studi 2, pag. 479 nt. 52): “L'antitesi tra il pr. e il §1 (*mulier iuris sui constituta...pater vero...*) si giustifica pensando ad un pater munito di potestà. Resta l'ineleganza della menzione congiunta della madre, che tuttavia non meraviglia in questa età. La madre è trattata come il padre perché il suo adoperarsi per la collocazione della figlia è, di fatto, almeno uguale a quello di lui”.

di esso l'obbligo di restituzione era *in duplum*, in linea con le regole stabilite per le *capaarre* contrattuali.

La costituzione menzionava espressamente quali motivi giustificanti il recesso il comportamento riprovevole e libertino del fidanzato²⁰¹, il suo professare una religione diversa da quella della fidanzata, la sua incapacità di generare²⁰².

La dottrina ritiene che non si trattasse tuttavia di un *numerus clausus* di motivi: l'unico limite alla presentazione di un giusto motivo per lo scioglimento unilaterale degli *sponsalia* era che tale motivo fosse insorto dopo la costituzione del fidanzamento o, se precedente, non fosse a conoscenza della parte che intendeva avvalersene; in caso contrario si era tenuti alla restituzione delle arre *in duplum*²⁰³.

Quindi, in caso di recesso giustificato, le *arrhae* che il fidanzato dava alla fidanzata *sui iuris* o ai genitori o agli ascendenti paterni della *sponsa alieni iuris*, andavano solo restituite; in caso di recesso ingiustificato o se, pur conoscendo che esisteva un giusto motivo di dispensa, si era ugualmente contratto il fidanzamento arrale, le *arrhae* andavano restituite nel doppio del loro valore.

La costituzione prendeva in considerazione anche il caso del fidanzato che avesse ricevuto le *arrhae*: si tratta di un'importante

²⁰¹ L'interpretazione di tale giusta causa è controversa in dottrina: cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 29 (= *Scritti* 1, pag. 119); ID., *Il Pap. Oxyrhinchus 129 e la L. 5 C. De spons. 5.1* in *SDHI* 3 (1937), pag. 135 ss. (= *Scritti* 1, pag. 537); MASSEI, *Sulla L. 5 Cod. de spons. 5.1*, in *BIDR* 47 (1940), pag. 151 nt. 11.

²⁰² Il VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 29 (= *Scritti* 1, pag. 119) ritiene dubbia l'interpretazione dell'espressione „*propter turpem vel impudicam conversationem*“, di C. I. 5, 1, 5, 3; in „*Il Papiro Oxyrhinchus 129*“ cit., pag. 135 ss. (= *Scritti* 1, pag. 537 ss.), lo stesso autore esaminando un papiro del VI secolo, Pap. Oxy. 129, lo ritiene “un'applicazione pratica nel VI secolo del nuovo sistema degli sponsali accolto dagli Imperatori cristiani e segnatamente delle norme accolte nella L. 5 C. de spons. 5.1” ed “un esempio caratteristico delle formalità usate per procedere allo scioglimento incolpevole in base ad una *iusta excusationis causa*”.

²⁰³ C. I. 5, 1, 5, 4-5.

novità che testimonia come nel frattempo dovesse essere mutato il precedente costume sociale per cui era la fidanzata a ricevere le *arrhae*²⁰⁴.

Anche in questo caso, il fidanzato doveva restituire le *arrhae* ricevute *in simplum* o *in duplum*, a seconda della presenza o meno di una giusta causa di recesso.

Il paragrafo 6 della costituzione lasciava i contraenti liberi di derogare alla disciplina prevista, stabilendo una pena al *quadruplum* anziché al *duplum* del valore delle *arrhae*^{205,206}.

Il paragrafo 7 contiene un esplicito riferimento alla salvaguardia della libertà matrimoniale. Ciò sembra avere un mero valore declamatorio, essendo detta libertà notevolmente limitata dal pesante trattamento sanzionatorio dello scioglimento degli sponsali senza giusta causa per via delle *arrhae*²⁰⁷.

6. Giustiniano o Leone?

La costituzione di Leone del 472, che abrogò completamente le disposizioni di Teodosio e dei suoi colleghi del 380, dando un nuovo ordinamento alle *arrhae sponsaliciae*, è stata ritenuta a lungo in dottrina largamente rimaneggiata dai compilatori giustiniane: a Giustiniano e non a Leone si è attribuita l'introduzione sia della riduzione della pena al *duplum* che delle *iustae causae* di recesso, ad

²⁰⁴ C. I. 5, 1, 5, 5.

²⁰⁵ C. I. 5, 1, 5, 5 - 6.

²⁰⁶ E. VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 19 (= *Scritti* 1, pag. 109) e R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 193 s. ritengono, sulla base del par. 7, che la previsione di una pena convenzionale superiore al *quadruplum* venisse vietata per rispetto della libertà matrimoniale (“*cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*”). Il par. 7 può essere tuttavia anche interpretato nel senso che alle *iustae causae excusationis* stabilite dalla costituzione non fossero apponibili delle restrizioni lesive della libertà matrimoniale.

²⁰⁷ Cfr. anche B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*. 3 cit., pag. 110.

eccezione delle diversità di religione, ritenuta l'unica *iusta causa* ammessa da Leone²⁰⁸.

L'idea che la sola causa di recesso ammessa da Leone fosse la diversità di religione, riguardante il fidanzamento fra cristiani e non cristiani, deriva dal fatto che un'altra costituzione di Leone e Antemio, sempre del 472, riprodotta in C. I. 1, 4, 16, menziona come *iusta causa* di recesso soltanto la *religionis diversitas*.

La costituzione C. I. 1, 4, 16 è stata ritenuta originaria; da essa i compilatori giustiniani avrebbero estratto la costituzione C. I. 5, 1, 5 che si presenterebbe come una rielaborazione di vari atti legislativi, in cui le varie *iustae causae* oltre la diversità di religione, nonché la clausola generale, con cui qualsiasi giusta causa di recesso è riconosciuta, sarebbero state aggiunte da Giustiniano²⁰⁹.

Recenti studi hanno fatto giustizia di molte illazioni avanzate dalla critica interpolazionista, in voga soprattutto nella prima metà del secolo scorso²¹⁰: pur riconoscendo che la costituzione di Leone presenta in vari punti dei rimaneggiamenti da parte dei compilatori giustiniani, la dottrina più recente ritiene che sia da ascrivere a Leone la riduzione della pena al *duplum*, così come l'introduzione delle *iustae excusationis causae*²¹¹.

²⁰⁸ Così S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., pag. 192 ss. (= *Scritti* 1., pag. 180 ss.). La tesi del Riccobono è stata largamente accolta in campo romanistico: per P. BONFANTE, *Corso* 1 cit., pag. 312 nt. 4, la legge di Leone I sembra interpolata da Giustiniano nella parte in cui riduce la pena al *duplum*, stabilisce l'esenzione dalla pena per i minori di 25 anni ed in presenza di una *iusta causa*, mentre Leone avrebbe ammesso soltanto la diversità di religione quale *iusta causa excusationis*; della stessa idea sono anche E. COSTA, *Storia del diritto romano privato* cit., pag. 55 nt. 4 e S. PEROZZI, *Istituzioni*² 1, Milano 1928 (rist. 1947), pag. 360 nt. 3.

²⁰⁹ Contro l'opinione del Riccobono, vigorosamente, W. SELB – H. KAUFHOLD, *Das Syrisch-Römische Rechtsbuch*, vol. III, Wien 2002, sub § 84.

²¹⁰ Cfr. i ricordati S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., pag. 192 ss. (= *Scritti* 1, pag. 180 ss.); BONFANTE, *Corso* 1, pag. 312 nt. 4; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² 1 cit., pag. 360 nt. 3; COSTA, *Storia del diritto romano privato* cit., pag. 55 nt. 4.

²¹¹ Attribuiscono a Leone la riduzione della pena al *duplum*, fra gli altri, P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, pag. 164 nt. 2; G. CORNIL, *Die Arrha*, cit., pag. 63 nt. 2; 64; VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 13

Dai §§ 3-5 di C. I. 5, 1, 5 i compilatori del Codice avrebbero estratto la *lex gemina* C. I. 1, 4, 16, attribuendo al Vescovo la sola competenza a giudicare sulla diversità di religione²¹².

L'elencazione delle *iustae causae* è ritenuta dunque come meramente esemplificativa, potendosi addurre qualsiasi altro motivo lecito e ragionevole.

Ciò è testimoniato dal fatto che Leone, dopo aver indicato le giuste cause di recesso dal fidanzamento ammette con le espressioni *vel ob aliam iustam excusationis causam; vel post arras datas aliqua causa poenitentiae intercesserit* una generale causa di recesso, per cui qualsiasi motivo lecito poteva legittimare lo scioglimento incolpevole del fidanzamento²¹³.

Ad essere punita non era dunque la rottura in sé del fidanzamento, bensì la rottura senza giusta causa. Questa disposizione è stata interpretata come un tentativo da parte di Leone

ss. (=Scritti 1, pag. 103 ss.); ID., *Il Pap. Oxyrhincus* 129 cit., pag. 138 (=Scritti 1, pag. 540); P. E. CORBETT, *Roman Law* cit., pag. 21 ss.; M. MASSEI, *Sulla L. 5 Cod. de spons. 5,1* cit., pag. 295; P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 12 (=Studi 2, pag. 479); M. BALESTRI FUMAGALLI, s. v. *Sponsali* cit., pag. 504 nt. 28 e 30; M. MARRONE, *Istituzioni*², Firenze 1994, pag. 224; R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit. pag. 194; P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 12 nt. 48 (=Studi 2, pag. 479 nt. 48).

In particolare, il VOLTERRA, in *RISG.* 4 (1929), pag. 17 (=Scritti 1, pag. 107), fa notare che Giustiniano, nella costituzione C. I. 1, 3, 54 (56), parla della pena del *duplum* come di una norma esistente già prima di lui.

²¹² L'Astolfi nota come all'inizio del § 4 di C. I. 5, 1, 5: "*Sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint...*" il genitivo plurale "*horum*" si riferisca alle diverse cause di recesso elencate nel precedente § 3; la costituzione C. I. 1, 4, 16 ne menziona una sola, la diversità di religione, ma i compilatori giustinianeï, copiando letteralmente l'inizio di C. I. 5, 1, 5, 4, avrebbero mantenuto il plurale *horum*, ora sintatticamente errato. C. FAYER, *La familia romana* II, Roma, 2005, pag. 133, aggiunge che "*con il plurale horum contrasta anche [...] l'espressione talis causa poenitentiae intercesserit, ove talis [...] si riferisce evidentemente all'unica iusta excusationis causa menzionata in Cod. Iust. 1,4,16, ossia la religionis diversitas; in Cod. Iust. 5, 1, 5, 4 si legge giustamente: aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit*".

²¹³ Nel senso che ad ammettere una causa generale di recesso non sia stato Leone, ma Giustiniano cfr. S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., pag. 181 (=Scritti 1, pag. 193); anche il VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 27 ss. (=Scritti 1, pag. 117 s.), ritiene le *iustae causae* tipiche. *Contra* M. MASSEI, *Sulla L. 5 Cod. de spons. 5,1* cit., pag. 151 ss.; P. VOCI, *Storia della patria potestas* 2 cit., pag. 12 (=Studi 2, pag. 479); R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 196.

di violare il meno possibile il principio classico della libertà matrimoniale, ciò che sarebbe suffragato anche dalla frase finale della costituzione: “*cum in contrahendis nuptis libera potestas esse debet*”²¹⁴.

Tuttavia, come già osservato, quest’ultima frase appare come una mera petizione di principio, poiché la rottura del fidanzamento al di fuori delle giuste cause di recesso risultava punita attraverso la disciplina giuridica delle *arrae sponsaliciae*.

7. Giustiniano

Giustiniano non introdusse novità rilevanti al regime delle *arrae sponsaliciae*, imperniato sulle disposizioni di Leone: in C. I. 1, 3, 54 (56), 2-3 egli si limitò ad introdurre una nuova causa di giustificazione per il recesso dagli *sponsalia*, ovvero l’elezione della vita monastica da parte di uno dei fidanzati.

C. I. 1, 3, 54 (56), 2 - 3, *Imperator Justinianus A. Iohanni pp.: Cognitum etenim nobis est, quod, si quis sponsus vel sponsa post datas aut acceptas arras voluisset se divino deputare servitio et a saeculari conversatione recedere ac sanctimoniam vitam vivere atque in dei timore permanere, compellebatur vir quidem ea quae arrarum nomine dederat amittere, sponsa vero duplum id quod acceperat reddere. quod nostrae mansuetudini satis religioni esse contrarium visum est. Unde per praesentem legem in perpetuum*

²¹⁴ C. I. 5, 1, 5, 5. Si discute in dottrina se questa dichiarazione finale sia da attribuirsi a Leone o a Giustiniano: il RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., pag. 198 (=Scritti 1, pag. 186), la ritiene di Giustiniano; la ritengono invece di Leone BONFANTE, *Corso* 1, cit., pag. 309 e nt. 2; CORBETT, *Roman Law*, cit., pag. 23; VOCI, *Storia della patria potestas* 2, cit., pag. 12 (=Studi 2, pag. 479); M. BALESTRI FUMAGALLI, s. v. *Sponsali* cit., pag. 504; ASTOLFI, *Fidanzamento*³, cit., pag. 193 ss.; 196. Non univoca è la posizione del VOLTERRA: cfr. *RISG* 4 (1929), pag. 18 (=Scritti 1, pag. 108); *Lezioni* cit., pag. 452; *Osservazioni intorno agli antichi sponsali* cit., pag. 655 (=Scritti 2, pag. 491).

*valituram iubemus, ut, si quis sponsus vel sponsa desideraverit saeculi istius vitam contemnens in sanctimonialium conversatione vivere, sponsus quidem omnia, quae arrarum nomine futuri causa coniugii dedisset, sine ulla imminutione recipiat, sponsa autem non duplum, sicut hactenus, sed hoc tantum sponso restituat, quod arrarum acceperat nomine, et nihil amplius reddere compellatur, nisi quod probata fuerit accepisse*²¹⁵.

Nel § 2 della costituzione viene ricordato che in passato, se un fidanzato intendeva prendere i voti dopo aver dato o ricevuto le *arrae*, perdeva quanto aveva dato o doveva restituire il doppio di quanto ricevuto: Giustiniano qualifica come giusta causa di recesso la vocazione religiosa, con la conseguenza che la parte che intendeva rinunciare “*a saeculari conversatione*” poteva farlo riavendo tutto ciò che aveva consegnato a titolo di arra o restituendo semplicemente ciò che aveva ricevuto, senza incorrere nella pena del *duplum*²¹⁶.

Nel Codice di Giustiniano (C. I. 5, 1, 2) venne riprodotta anche la costituzione di Costantino, riportata in C. Th. 3, 5, 4, che considerava rottura giustificata del fidanzamento la sua durata per oltre due anni; Giustiniano però aggiunse la condizione che entrambi

²¹⁵ (Trad: 2. E' infatti è a noi noto che, se un fidanzato o una fidanzata, dopo aver dato o ricevuto le arre, avesse voluto consacrarsi al divino servizio e staccarsi dalla vita secolare e vivere la vita del chiostro e perseverare nel timore di Dio, l'uomo era costretto a perdere ciò che aveva dato a titolo d arra, la fidanzata a restituire il doppio di ciò che aveva ricevuto. Il che alla nostra mansuetudine è parso ben contrario alla religione.

3. Per cui, con la presente legge, che varrà in perpetuo, ordiniamo che, se un fidanzato o una fidanzata abbia considerato, disprezzando la vita di questo secolo, vivere in compagnia di religiosi, il fidanzato riprenda, senza nessuna diminuzione, tutto ciò che aveva dato a titolo d'arra in vista del futuro matrimonio, e la fidanzata restituisca al fidanzato non il doppio, come finora, ma soltanto ciò che aveva ricevuto a titolo di arra e niente altro sia costretta a restituire, se non ciò che sia provato abbia ricevuto).

Le medesime disposizioni furono poi confermate dallo stesso Giustiniano nella Novella 123, cap. 39. Cfr. A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., pag. 163; G. DI RENZO VILLATA, *Per un'edizione* cit., pag. 300 nt. 1.

²¹⁶ Cfr. C. I. 1, 3, 54 (56): „...in praesenti – fuerit accepisse“.

i fidanzati dovevano risiedere nella stessa provincia, premettendo al verbo *supersederit* l'espressione *in eadem provincia degens*: quindi, perché vi potesse essere recesso giustificato, il fidanzato, che aveva rimandato le nozze per oltre due anni, per tutto quel tempo doveva aver risieduto nella provincia della fidanzata; se si fosse trasferito in un'altra provincia i due anni non erano più sufficienti per giustificare la rottura del fidanzamento.

Traendo notizie dalle costituzioni di Giustiniano e dalle varie interpolazioni apportate dai compilatori giustiniani ai frammenti del Digesto e alle costituzioni del Codice Teodosiano riprodotte nel Codice di Giustiniano, è possibile tracciare un quadro riassuntivo di come il diritto giustiniano regolasse l'istituto delle *arrae sponsaliciae*:

- lo scioglimento del fidanzamento arrale era legalmente valido, ma era punito con la perdita delle *arrae* consegnate o con il pagamento di esse *in duplum*;

- in caso di recesso senza giusta causa erano esentati dalla pena del *duplum* ed obbligati alla semplice restituzione delle arre ricevute:

1) la fidanzata *sui iuris* minore di 25 anni, anche se vedova, sia che le *arhe* fossero state accettate personalmente da lei, sia dal suo tutore pupillare o dal suo curatore o da altra persona (C. I. 5, 1, 5 pr.);

2) i genitori della fidanzata, minori di 25 anni, che insieme o separatamente avevano accettato le *arrae* per la figlia²¹⁷.

- La pena del *duplum* non si applicava neanche nel caso in cui le nozze fossero proibite per un impedimento previsto dalla legge, oppure se, dopo la consegna delle *arrae*, fosse intervenuta una *iusta excusationis causa*, come la condotta indegna e licenziosa del futuro

²¹⁷ Così E. VOLTERRA, in *RISG.* 4 (1929), pag. 27 e nt. 1 (= *Scritti* 1, pag. 117 e nt. 1), sulla base dei Basilici 28, 2, 8 (Heimb. 3, 158).

marito; la diversità di religione o di setta, l'impotenza assoluta (C. I. 5, 1, 5, 2-3); la scelta della vita monastica da parte di uno dei fidanzati (C. I. 1, 3, 54 (56)); la qualità dello *sponsus* di funzionario della provincia dove risiedeva la fidanzata, oppure le relazioni di parentela o di servizio con il funzionario della provincia da parte dello *sponsus* (C. Th. 3, 6, 1 = C. I. 5, 2, 1).

- Ad eccezione di quest'ultimo valido motivo, gli altri dovevano verificarsi o essere portati a conoscenza della parte interessata solo dopo la conclusione del fidanzamento.

- Sempre in caso di recesso senza *iusta causa*, erano tenuti alla restituzione delle arre *in duplum*:

1) la fidanzata sui iuris che avesse compiuto i 25 anni o avesse ottenuto la *venia aetatis*;

2) i genitori della fidanzata, maggiori di 25 anni, gli avi paterni che, ricevute le *arrae* per le figlie – i genitori insieme o separatamente -, le nipoti o le pronipoti, impedivano poi le nozze (C. I. 5, 1, 5, 1).

- In caso di morte di uno dei due fidanzati, le *arrae* andavano restituite, salvo il caso in cui il donatore, quando era ancora in vita, non avesse dato alla controparte motivo di recesso (C. I. 5, 1, 3).

- Era concesso pattuire anche la pena del quadruplo in caso di scioglimento del fidanzamento, purchè vi fosse il reciproco consenso dei contraenti.

- La legislazione di Teodosio, Graziano e Valentiniano relativa al fidanzamento della donna di provincia con un funzionario provinciale fu sostanzialmente mantenuta da Giustiniano (cfr. C. Th. 3, 6, 1).

Alla donna di provincia fidanzata con un funzionario provinciale o con un suo figlio o parente o collaboratore o dipendente era permesso, qualora il funzionario si fosse adoperato

per concludere il fidanzamento, sciogliere il fidanzamento senza incorrere nella pena del quadruplo e trattenendo per sé le *arrahae* ricevute.

Giustiniano, nell'accogliere in C. I. 5, 2, 1 la costituzione di Teodosio, vi apportò alcune modifiche, come ad esempio la riduzione dell'ammontare della pena dal *quadruplum* al *duplum*.

8. La promessa di matrimonio nella prassi: i papiri

Vogliamo ora vedere come le norme sin qui analizzate trovassero applicazione pratica nella conclusione dei fidanzamenti.

Abbiamo solo pochi documenti riguardanti contratti di fidanzamento: tra questi meritano particolare attenzione, per la loro completezza, due papiri annoverati nel Corpus Papyrorum Raineri (n. 30) e nella raccolta dei papiri del Cairo (n. 67006) l'uno risalente al VI secolo d. C., l'altro – si ipotizza - di poco posteriore²¹⁸.

a) CPR I 30 = M. Chr. 290

Il primo papiro in esame, raccolto nel Corpus Papyrorum Raineri, n. 30²¹⁹, proviene da Arsinoe, e costituisce un raro esempio di documentazione completa di un contratto di fidanzamento:

ἡγουμένων τῶν λαλουμένων τε καὶ πραττομένων καὶ τῆς

δεσποίνης ἡμῶν τῆς θεοτόκου καὶ ἀειπαρθένου Μαρίας καὶ τοῦ ἁγίου

²¹⁸ Papiri in tema di fidanzamento anteriori a questi sono molto rari: cfr. Pap. Polit. Iud. 4, proveniente da Eracleopoli, del 12 gennaio 134 a. C. Sui papiri analizzati nel testo cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pagg. 59 ss. (= *Scritti* 1, pagg. 181 ss.)

²¹⁹ Cfr. E. DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio*, in *BIDR* 15 (1903), pag. 242 ss.

[Ἰωάννου] τοῦ προδρόμου καὶ [βαπτί]στοῦ καὶ τοῦ ἁγίου Ἰωάννου
τοῦ εὐλόγου καὶ εὐαγγελιστοῦ καὶ παντὸς τοῦ χοροῦ τῶν ἁγίων τε
καὶ ἀθλοφόρων μαρτύρων τα παρόντα γαμικὰ καὶ προικῶα
συμβόλαια πι ὁμολογοῦν[ται καὶ ποιοῦ]νται...

[... ὑπ]έρ τε χρυσοῦ κοσμαίων καὶ ἱματίων ...

... σφραγιῖδι τοῦ Ἀρσινοῖτου γί(νεται) χρ(υσοῦ) ζυγ[ῶ ?]

.....τες των.....ερ εἰς οπ..

...μαυραν μίαν τὸ ὄνομα²²⁰ εχ...

καὶ Μέγας ὁ λαμπρό(τατος) ἐντεῦθεν ἤδη ἡμῖν ὑπὲρ μὲν ἀρραβῶνος
χ[ρυσοῦ]

νομίσματα δέκα τέσσαρα ῥυπαρὰ γί(νονται) χρ(υσοῦ) νο(μίσματα) 14
ῥ(υπαρὰ) μό(να) κέρδ[ος ?]

... τῆς κόρης ... ὑπὲρ δωρυφ[ίου ?]

.....α...ι() φ() ι...

κέρδος ἐσόμενα Χριστοδότῃ τῇ σὺν θεῷ ἐσομένη αὐτο[ῦ]

συμβίῳ ἔτι μὴν ὁμολογεῖ προσενεγκεῖν καὶ τὸ ἰσόπρικο[ν]

τῶν προσενεχθέντων παρὰ τῆς αὐτῆς μητρὸς Καλῆς νομ[(ισμάτων)]

ἑκατὸν ἐν πράγμασιν. τούτων τοίνυν δοξάντω[ν ?]

καὶ ἑκατέρῳ μέρει συναρυσθέντων ἐπὶ τὸ παρὸν ἦλθον γα[μικὸν]

καὶ προικῶον²²¹ συνάλλαγμα, δι' οὗ ὁμολογεῖ ὁ μὲν προρηθεῖς

λαμπρό(τατος) Μέγας ἔχειν τὴν αὐτὴν θυγατέρα παρθένον

τῆς αὐτῆς Καλῆς ἰδίαν καὶ νομίμην γυναῖκα κ[αὶ ?]

.....εἰα κατὰ τὰς δυνάμεις καὶ[?]

εἰς αὐτὴν διαπράξασθαι, ἀλλὰ πάντα τὰ πρέποντα ἐλευθέραις

γυναῖξιν παρὰ ἀνδράσι σεμνοῖς ἐνδείξασθαι εἰς αὐτὴν

πρὸς τῷ καὶ αὐτὴν ἀγαπᾶν καὶ θάλπειν καὶ θεραπεύειν αὐτὸν

Μέγαν τὸν λαμπρότατον αὐτῆς σὺν θεῷ ἐσόμενον σύμβ[ριον],

²²⁰ Nel papiro compare τουνομα.

²²¹ πρωικῶον Pap.

ὑπακούειν δὲ αὐτῷ καθὰ τῷ νόμῳ καὶ τῇ ἀκολουθίᾳ συμβαίνει
 οἱ δὲ ὡς εἰκὸς συμβησόμενοι κάσοι διαβεβαιωθήσονται
 πρὸς τὰ δοκοῦντα τοῖς καλῶς καὶ εὐσεβῶς κειμένοις²²²
 νόμοις, καὶ ὅτι πάντα τὰ προγεγραμμένα οὕτως δώσωσιν
 ποιήσωσιν πληρώσωσιν φυλάξωσιν πέρατι παραδώσωσι[ν]
 ἐπωμόσατο ἐκάτερον μέρος τὴν ἄχραντον καὶ ὁμοού[σιον]
 Τριάδα. κύρια τὰ παρόντα γαμικὰ καὶ προικῶα συμβόλαια διςσὰ
 ὁμοτύπως γραφέντα ὑποθέμενοι ἀλλήλοις ἐπὶ βεβαιώσει
 αὐτῶν πάντα αὐτῶν τὰ ἄλλα ὑπάρχοντα καὶ ὑπαζοντα τά τε ν[ῦν]
 καὶ μετὰ ταῦτα ἐσόμενα ἰδικῶς καὶ γενικῶς ἐνεχύρου
 λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ καθάπερ ἐκ δίκης καὶ ἐπὶ τούτοις[ς]
 καὶ ἐφ' ἅσασιν τοῖς προγεγραμμένοις ἐπερωτηθὲν²²³
 ἐκάτερον μέρος ὡμολόγησεν καὶ ἀπέλυσεν. ἀμφοτέρα
 τὰ μέρη [ὁ λαμπρό(τατος)] νοτάριος ..φ...
 καὶ νύμφιος υἱὸς μηνᾶ τοῦ λαμπρο(τάτου) ἀπὸ τῆς Ἰουστινιαν[οῦ]
 πόλεως τῆς κατὰ Ἀλεξ(ανδρείαν) ὁ προγεγραμμένος ὁμολογῶ
 θεοῦ προνοία ἀσπάσασθαι τὸ πρὸς σὲ χριστοδότην
 τὴν σὺν θεῷ ἐσομένην μου νύμφην νόμιμον συνοικέσιο[ν]
 καὶ στοιχῶν πᾶσιν ὑπέγραψα χειρὶ ἐμῇ καὶ ἀπέλυσα Κάλη
 μήτηρ Χριστοδότης σὺν θεῷ) ἐσομένης νύμφης Μεγάλου τοῦ
 λαμπρο(τάτου) ἢ προγεγραμμένη στοιχοῦσα τῇ ἀνωτέρῳ
 εἰρημένη
 προικί²²⁴ τῶν νομισμάτων ἐκατὸν ἀρσατικῶν²²⁵ ὑπὲρ τε ἱματίων
 καὶ κοσμαίων²²⁶ ὡς πρόκειται. ἐγὼ Νεῖλος σὺν θεῷ) δημόσιος
 τα[β(ουλάριος)]
 ταύτης τῆς Ἡρακλεοπολιτῶν ἀξιοθεῖς ἔγρα[ψα ὑπὲρ αὐτῆς]
 ἀγραμμάτου οὔσης Θεωνᾶς σὺν θεῷ) διοικ(ήτης) υἱὸς τοῦ τῆς

²²² κεινομενοις Pap.

²²³ επερωτηθεις Pap.

²²⁴ προικει Pap.

²²⁵ αρσατικον Pap.

²²⁶ κοσμεων Pap.

μακαρίας

μνήμης Παμοῦν ἀφ' Ἡρακλ(έους) πόλ(εως) μαρτυρῶ τοῖς αὐτοῖς
γαμικοῖς

συμβολαίοις αἰτηθεῖς παρὰ τῶν θεμένων ὡς πρόκειται

Πέτρος ἐνοικ(ιολόγος) υἱὸς τοῦ μακαρίου [κ]υριακοῦ γενομ(ένου)
πρε(σβυτέρου) ἀφ' Ἡρακλείους πόλεως μ[αρ]τυρῶ

τοῖσδε τοῖς²²⁷ γαμικ(οῖς) συμβολαίοις [ἀκ]ούσας παρὰ τῶν θεμένων
ὡς πρόκειται

Παῦλος σὺν θ(εῶ) ρίπάριος τοῦ εὐαγοῦ[ς] οἴκου υἱὸς τοῦ μακαρίου
Ἄνοῦπ ἀφ' Ἡρα(κλέους) πόλεως

μαρτυρῶ τοῖσδε τοῖς γαμικ[οῖ]ς συμβολαίοις²²⁸ ἀκούσας παρὰ τῆς
θεμένης ὡς πρόκειται

Χμγ²²⁹

²²⁷ τηδε τη της Pap.

²²⁸ συμβολεοις Pap.

²²⁹ (Trad.: (In nome del Signore Dio) dei nostri pensieri, parole ed opere e della Vergine Maria, Nostra Signora, Madre di Dio, di San Giovanni, profeta e battista, di San Giovanni, apostolo ed evangelista, e dell'intero coro dei Santi e dei martiri incoronati.(Megas e Kales) contraggono e concludono il presente contratto di matrimonio e di dote.(La dote è) per il corredo in gioielli d'oro e vestiti 100 pezzi d'oro con il simbolo e il peso di Arsinoe...e l'illustrissimo Megas ha già (dato?) 14 pezzi d'oro corrente quale caparra... che devono venire in possesso di Cristodote, che con la benedizione di Dio sarà sua moglie. Inoltre egli dichiara di mettere a disposizione in oggetti l'equivalente dei 100 pezzi di oro, che sono stati apportati dalla madre di lei. Dopo che questi punti del contratto dunque vennero stabiliti ed entrambe le parti ebbero dato il loro consenso, stipularono entrambi il contratto di matrimonio e di dote, in base al quale il suddetto illustrissimo Megas dichiara di prendere da suddetta figlia della suddetta Kale, la vergine (Cristodote) come propira legittima sposa, di adempiere con tutte le sue forze (i suoi doveri) e di farle avere tutto ciò che si addice a donne di buona famiglia da parte di uomini seri; in cambio deve anche lei amare, apprezzare ed onorare l'illustrissimo Megas, suo futuro marito secondo la volontà di Dio, ubbidirgli come lei sa secondo il diritto e l'uso... le leggi date secondo diritto ed equità la rafforzeranno nelle decisioni.

Sulla Santissima Trinità entrambe le parti giurano di rispettare, fare, pagare, rispettare e portare a termine quanto sta scritto nel modo stabilito; il presente contratto di matrimonio e di dote è efficace, scritto in due esemplari uguali. Per la loro reciproca sicurezza entrambe le parti hanno messo sul piatto tutte le loro sostanze presenti e future, che essi ora e dopo avranno in specie et genere quale pegno secondo il diritto ipotecale come a seguito di una pronuncia giudiziaria (efficace) e, interrogati a riguardo come riguardo a tutto il resto come risulta, entrambe le parti hanno dichiarato e dato il loro consenso. Entrambe le parti hanno avuto per la loro sicurezza un esemplare (del contratto).Io, il suddetto Megas,

Autori del fidanzamento sono lo *sponsus*, Megas, e la madre della donna, Kale: quest'ultima dá in sposa la figlia Cristodote, assumendo le obbligazioni e i crediti nei confronti di Megas.

Il documento è intriso di elementi cristiani²³⁰.

Per quanto riguarda l'aspetto giuridico, è da evidenziare innanzitutto la sinallagmaticità tra la dazione della dote da parte della madre della fidanzata e le donazioni effettuate dallo sposo.

Questi dichiara di aver ricevuto a titolo di dote monili e vesti del valore di 100 monete d'oro, e consegna da parte sua un *άρραβών* del valore di 14 pezzi d'oro di corso comune²³¹.

L' *άρραβών* ha un duplice significato, giuridico e religioso, ed è necessario *ad substantiam* per porre in essere la promessa di matrimonio.

Di valore ridotto (14 pezzi d'oro di corso comune, di molto inferiore al valore della dote e della donazione nuziale), l'*άρραβών* passa immediatamente in proprietà alla fanciulla, a differenza della donazione nuziale e della dote, le quali invece hanno effetto durante e dopo il matrimonio²³².

illustrissimo notaio e fidanzato, figlio dell'illustrissimo Menas, nato a Giustinianopoli sotto Alessandria, dichiaro con la benedizione di Dio di intraprendere volentieri la convivenza con Cristodote, la mia futura legittima sposa per volontà di Dio e, d'accordo con tutto quanto sopra scritto, dò la mia firma con le mie mani e il confezionalmento (del documento?).Io, la suddetta Cale, madre di Cristodote, fidanzata secondo il volere di Dio dell'illustrissimo Menas, mi dichiaro d'accordo con il suddetto ammontare della dote in 100 pezzi d'oro, corredo per i figli e gioielli, come sta scritto.Io Neilo, pubblico funzionario con l'aiuto di Dio in Eracleopoli, ho firmato a sua richiesta, non essendo lei capace di scrivere.Io Teonas, amministratore per volontà di Dio, figlio del beato Pamun, da Eracleopoli, sono testimone di questo contratto di matrimonio, come sta scritto, su richiesta dei contraenti.Io, Petros, risossore di tributi, figlio del beato Ciriaco, ex sacerdote da Eracleopoli, sono testimone di questo contratto matrimoniale, così come risulta, secondo la volontà dei contraenti.Io Paulos, Ripario per volontà di Dio del nono complesso, figlio del beato Anup da Eracleopoli, sono testimone di questo contratto di matrimonio secondo la volontà dei contraenti, come risulta.Firmato dal notaio N.N.')

²³⁰ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 61 (= *Scritti* 1, pag. 183).

²³¹ La lettura della linea 5 è incerta.

²³² Le linee 7 - 8 sembrano accennare ad un'ulteriore donazione in favore della fanciulla, simile all'*άρραβών μνηστειας* ma con valore diverso: le gravi lacune del

All'enumerazione di ulteriori dazioni, tra cui la donazione nuziale, seguono le dichiarazioni concernenti gli obblighi degli sposi: Megas s'impegna nei confronti della madre Kale a tenere sua figlia come propria moglie legittima e a mantenerla con tutte le sue forze, promettendo altresì di darle tutto quanto dovuto alle donne di condizione libera da parte di uomini rispettabili.

Kale, da parte sua, promette che la figlia Cristodote amerà l'illustre Mega, restandogli sottomessa, che vivrà insieme a lui, come essa sa, secondo la Legge e il dovere.

Nella parte finale le parti giurano sulla Trinità di osservare quanto scritto.

L' *ἀρραβών* descritto nel documento ricorda per valore e funzione il *mohar* ebraico dell'epoca più recente, già analizzato: di valore simbolico, ma necessario *ad substantiam* ai fini del negozio matrimoniale.

b) P. Cair. Masp. I 67006 verso

Anche il secondo papiro, Pap. Cairo 67006, del VI secolo d. C., annovera l' *ἀρραβών* fra le donazioni nuziali.

Nel testo (contenuto nel *recto* del papiro), peraltro incompleto, è riconoscibile un contratto matrimoniale bizantino.

testo ne impediscono tuttavia una ricostruzione sicura. La dottrina dominante ritiene anche tale seconda donazione fosse destinata alla fanciulla, ma è divisa sulla sua identificazione: il termine incompleto *δωπφ*, presente nel testo, è stato interpretato con *δωποφορίας* e identificato con un *θεωπητρον*, ossia un ulteriore dono dello sposo fatto per il mantenimento dello stato verginale della fanciulla, simile alla *morgengabe* longobarda. Altri propendono invece per l'integrazione "*δωρυφέρον*", ossia regali di uso fatti dal fidanzato in occasione del fidanzamento, non compresi nella donazione nuziale e che corrisponderebbero alle sabbelone menzionate nel libro di diritto siro-romano accanto alle *ἀρραβώνες* e alle *δῶρα*.

L'*ἰσόπρικο[ν]* (= ciò che è simile alla dote) della riga 10 corrisponde alla donazione nuziale. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 62 s. (= *Scritti* 1, pagg. 184 s.).

La lingua e l'ortografia del testo presentano molti errori, ciò che, unito alla frammentarietà del documento, ha creato non pochi problemi agli esegeti moderni; la traduzione appare molto problematica.

Il contenuto delle prime quindici righe, in tema di *ἀρραβών*, può essere così riassunto²³³: Vittore e Giovanni si accordano per il matrimonio dei loro figli, Vittorina e Aphous (la presenza di entrambi i padri si giustifica con il fatto che anche il fidanzato è minorenni).

Il fidanzamento si svolge nel modo seguente: dapprima hanno luogo gli accordi, successivamente la dazione dell'*ἀρραβών* e l'impegno di entrambe le parti contraenti di adempiere gli impegni presi e di contrarre il matrimonio.

I contraenti sono cristiani e l'*ἀρραβών* appare una dazione necessaria.

Da vari indizi, tra cui l'espressione *χιρολάβιον* (=“presa per mano”), si è ipotizzato che il fidanzamento fosse accompagnato dalla cerimonia religiosa: la *χιρολάβη* ricorda infatti da vicino il fidanzamento “*per osculum et dextras*” cristiano, in particolare il rito della *dextrarum iunctio*²³⁴.

Nel resto del documento vengono menzionate anche altre dazioni nuziali, tra cui rivestono un ruolo importante gli edna, consegnati dal padre del fidanzato alla sposa con funzione

²³³ Cfr. J. MASPERO, *Catalogue general des antiquités égyptiennes du Musée du Caire, I, Papyrus grecs d'époque byzantine*, Le Caire 1911, che propone varie correzioni; H. A. RUPPRECHT- A. M. F. W. VERHOOGHT, *Berichtigungsliste der griechischen Papyruskunde aus Ägypten XI*, Leiden – Boston 2002, pag. 52; J. DIETHART, in *Analecta Papyrologica* 7 (1995), pag. 91 nt. 13.

²³⁴ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 66 (= *Scritti* 1, pag. 188). Alla *dextrarum iunctio* si affiancava, nella chiesa cristiana orientale, il rito dell'incoronazione: cfr. GREGORIUS NAZIANZENSUS, *Epistula* 231 (P. G. 37, 374) Anche nel presente papiro la sposa viene dichiarata vergine, in quanto il rito del fidanzamento della Chiesa greca era riservato solo alle vergini. Cfr. R. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Völkerrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches*, Weimar 1902, pag. 82 e nt. 1.

previdenziale ed associati dalla dottrina maggioritaria alla *donatio propter nuptias*²³⁵.

²³⁵ Cfr. G. SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale I*, in *Rivista di Storia del diritto italiano* 2 (1929), pag. 457 ss.

Capitolo 5. Cristianesimo e diritto canonico antico

1. Il Cristianesimo veicolatore di idee semitiche nell'impero romano?

L'influsso del Cristianesimo sul diritto romano in materia di *arrhae sponsaliciae* costituisce un problema a tutt'oggi aperto, di difficile soluzione, con cui si sono cimentati molti studiosi, pervenendo a conclusioni di segno opposto.

a) La teoria dell'origine endogena delle *arrhae sponsaliciae* nel diritto romano

Secondo una prima corrente di pensiero²³⁶, il Cristianesimo non avrebbe avuto grande importanza nel riconoscimento da parte del diritto ufficiale romano del fidanzamento arrale.

Questo sarebbe stato riconosciuto anche senza il tramite degli usi e del rituale della chiesa cristiano - orientale: tale ipotesi si basa soprattutto sulla circostanza che i documenti ecclesiastici e della patristica dei primi secoli della Chiesa, sia occidentale che orientale, non accennano ad alcun particolare rituale cristiano in materia di sponsali.

Le *arrhae sponsaliciae* sarebbero state recepite innanzitutto dalla popolazione cristiana di Palestina e Siria, in cui costituivano

²³⁶ A. HERMAN, *Die Schliessung der Verlöbnisse im Recht Justinians und der späteren byzantinischen Gesetzgebung*, in *Analecta Gregoriana* 8 (1935); V. CAPOCCI, *Recensione dell'art. cit. di A. HERMAN*, in *SDHI* 2 (1936), pag. 219 s.; R. ASTOLFI, *Fidanzamento*³ cit., pag. 3 s.; 200 ss.

un'usanza tutelata dal diritto, per poi diffondersi, a partire dal IV secolo d. C., nel resto dell'Impero.

Il diritto romano avrebbe recepito il fidanzamento arrale perché esistevano già al suo interno principi e valori che gli consentirono di accoglierlo nonostante questo fosse espressione di una cultura diversa.

Nell'accentuare la concezione del fidanzamento come anticipazione del matrimonio, il fidanzamento arrale avrebbe costituito l'evoluzione di una concezione già presente nel diritto classico²³⁷; inoltre anche altri istituti, quali la disciplina delle donazioni, mostrerebbero la volontà politica, nel Basso Impero, di limitare la libertà delle parti di sciogliersi dal fidanzamento, scopo perseguito anche dall'introduzione delle *arrahae sponsaliciae*.

Il fidanzamento di Massimino il Giovane dimostrerebbe la diffusione del fidanzamento arrale nell'Impero già nel III secolo e in ambienti non cristiani, così come il passo delle *Sententiae* di Paolo (D. 23, 2, 38 pr.), il quale, se genuino, dimostrerebbe che le *arrahae sponsaliciae* erano state riconosciute dal diritto prima di Teodosio I, e che la successiva legislazione imperiale sarebbe intervenuta per regolare degli aspetti di un istituto già in vigore.

²³⁷ *Contra* cfr. C. CASTELLO, *Recensione di R. ASTOLFI, Il fidanzamento* cit., pag. 488; A. TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, s. v. *arrahae sponsaliciae*, Madrid 2005, il quale definisce detta tesi “*rechazable porque en ninun texto se recuerda ni remotamente el matrimonio romano como compra de la mujer*” (da respingere, poiché in nessun testo si ricorda neppure remotamente il matrimonio romano inteso come compra della sposa); altrove l'Autore sottolinea che le *arrahae sponsaliciae* sono “*quizá debidas a influencias orientales, aunque con un sentido totalmente diferente, pues entre los pueblos orientales derivaban del precio por la compra de la mujer. Por el contrario, en Derecho romano postclásico estas arras son cantidades de dinero que los futuros esposos se intercambian como prueba y garantía de la promesa de matrimonio concluida entre ellos*” (forse dovute a influenze orientali, sebbene con una prospettiva totalmente differente, giacché presso i popoli orientali derivavano dal prezzo per l'acquisto della sposa. Al contrario, nel diritto romano postclassico dette arre sono quantità di denaro che i futuri sposi si scambiano come prova e garanzia della promessa di matrimonio conclusa tra i medesimi): cfr. A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza 1987, pag. 540.

b) La teoria dell'influsso decisivo del Cristianesimo

Altra parte della dottrina ritiene al contrario decisivo il ruolo svolto dal Cristianesimo²³⁸: giustificare le *arrahae sponsaliciae* e i rivolgimenti nella concezione del fidanzamento nel Basso Impero con un'influenza orientale sarebbe del tutto insufficiente.

La legislazione romana avrebbe importato dall'Oriente solo elementi corrispondenti e compatibili con la dottrina cristiana; le *arrahae sponsaliciae* sarebbero state accolte solo perché previste *ad substantiam* nel rito religioso cristiano orientale²³⁹, come dimostrano anche i papiri analizzati.

I profondi mutamenti apportati al regime del fidanzamento dalla legislazione postclassica e giustiniana rispetto al diritto classico evidenziano una concezione radicalmente dell'istituto.

Gli sponsali sono considerati non soltanto come una promessa di matrimonio, produttiva di limitati effetti nel caso di inadempimento, ma bensì come *initium matrimoni*, in una prospettiva che vede nella consumazione del matrimonio la sua realizzazione finale (*matrimonium perfectum*).

Manifesto di questa nuova concezione è la Novella 74, 5 di Giustiniano, in cui l'imperatore, partendo da un caso pratico, dispone che se la donna è entrata in casa del marito in qualità di moglie, deve essere considerata tale a tutti gli effetti:

Nov. 74, 5: [...] *ut si mulier ostendere potuerit modis legitimis, quia secundum hanc figuram vir eam accepit domi ut*

²³⁸ Cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano 3* cit., pag. 120 ss.

²³⁹ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 4 (1929), pag. 32 (= *Scritti* 1, pag. 122); *RISG* 5 (1930), pag. 180 ss.; 245 (= *Scritti* 1, pag. 150 ss.; 215); ID., *Diritto romano e diritti orientali* cit., pag. 247 s.; F. SCHULTZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, pag. 109.

*uxorem legitimam haberet et filiorum legitimorum matrem, nequamquam penitus licentia ei esse hanc de domo praeter ordinem legis expellere, sed habere eam legitimam et filios suos ei esse*²⁴⁰.

In tale prospettiva, che considera gli sponsali come *initium matrimonii* piuttosto che un'obbligo a contrarlo, si giustificano le affermazioni delle costituzioni imperiali che proclamano la libertà matrimoniale (cfr. C. I. 5, 1, 5; C. I. 8, 38 (39), 2; D. 45, 1, 134 pr.), in contrapposizione alle antiche leggi demografiche augustee, che vennero infatti abrogate (anche la “nuova libertà” si rivela in realtà solo apparente, essendo necessario il consenso dei genitori per la stipula dei fidanzamenti dei figli *alieni iuris*).

Questa nuova concezione, molto diversa da quella dell'ordinamento classico, riflette le tesi del diritto canonico antico, delle quali è necessario intraprendere lo studio in una prospettiva comparatistica con la legislazione civile.

2. Il matrimonio nel diritto canonico antico

a) Teologia del matrimonio nella Chiesa delle origini.

Rapporto con la società romana pagana

Il Cristianesimo innestò il proprio diritto matrimoniale, come molti altri istituti giuridici, sul diritto matrimoniale romano,

²⁴⁰ (Così se la donna possa dimostrare nelle forme legittime che l'uomo la prese in questo modo (con promessa di matrimonio) nella sua casa per tenerla come sposa legittima e madre di figli legittimi, non sia permesso a questi di cacciarla di casa senza un ordine della legge, ma tenga lei come moglie legittima e i figli di lei gli appartengano).

informandolo di nuovi principi di cui era portatore, riprendendo spesso in chiave escatologica i molti elementi che non contrastavano con la sua dottrina²⁴¹.

Anche a proposito della celebrazione delle nozze il Cristianesimo riprese alcuni riti ed usanze pagane, attribuendo ad essi un significato nuovo.

La Chiesa dei primi secoli non sviluppa un proprio sistema matrimoniale, indipendente da quello civile: gli scrittori apologetici dei primi secoli del Cristianesimo, in cui erano frequenti le persecuzioni, sottolineavano il principio di appartenenza dei Cristiani all'Impero (il “*civis romanus sum*” di San Paolo) e il loro conformarsi alle leggi civili:

*Anonymi Epistula ad Diognetum 5, 6 (P. G. 2, 1174): (lat.)
Uxores ducunt, ut omnes, et liberos procreant*²⁴².

²⁴¹ Cfr. L. DUCHESNE, *Origines du culte chrétien*¹, Paris 1889, pag. 455: “Salvo l'aruspicina, tutto il rituale nuziale romano è stato conservato nell'uso cristiano. E sono state mantenute fin le corone...La Chiesa, essenzialmente conservatrice, in questo genere di cose modificava solo ciò che era incompatibile con le sue credenze”. In realtà, a prescindere dal rito del sacrificio, il ruolo del sacerdote cristiano presenta affinità con quello dell'*auspex* pagano: entrambi infatti sono semplici testimoni del rito, in cui attori e celebranti sono gli stessi nubendi. A. D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino 2001, pag. 99, ci mostra il medesimo fenomeno dalla prospettiva della legislazione laica: “anche in età postclassica, ove pure la dottrina e la pratica cristiana collegano la nascita del matrimonio al compimento di un atto nuziale (il sacramento), non si può dire che sia mutata la concezione originaria, che vede il matrimonio come essenzialmente costituito dal consenso continuativo. Quel che cambia è il fatto che, sovente e per casi particolari, il legislatore tardo imperiale impone delle *solemnitates matrimoniorum*, cioè determinate forme di celebrazione”.

²⁴² (- i Cristiani - si sposano come tutti e generano figli).

L'epistola a Diogneto, anonima, è datata tra il 120 e il 200-210 d. C. Il primo autore cristiano a parlare esplicitamente di leggi matrimoniali cristiane è, nel II sec. d. C., ATHENAGORAS, *Legatio pro Christianis 33a* (P. G. 6, 965): (lat.): *Unusquisque nostrum uxorem suam, quam secundum leges a nobis positas duxit, uxorem existimat usque ad liberorum procreationem.* (Ciascuno di noi considera sua moglie, presa secondo le vostre leggi, tale fino alla procreazione dei figli). Si discute molto sulla portata del termine *νόμος* contenuto nel testo: si ritiene che Atenagora si riferisse a norme regolatrici della vita delle comunità cristiane, non unitarie, per quanto sia già ravvisabile nel II sec. d. C. una tendenza progressiva all'unitarietà. Cfr. J. DE CHURRUCA, *Die Grundnormen der christlichen Ehe in*

Manifesto teologico della concezione matrimoniale cristiana era la lettera di San Paolo agli Efesini:

Eph. 5, 24-25: (lat.) *Sed ut ecclesia subiecta est Christo, ita et mulieres viris in omnibus. Viri, diligite uxores vestras sicut et Christus dilexit ecclesiam et semet ipsum tradidit pro illa*²⁴³.

L'Apostolo paragonava il matrimonio cristiano al rapporto tra Cristo e la Chiesa: come la Chiesa è sottomessa a Cristo, così le donne devono essere sottomesse ai loro mariti; gli uomini, sull'esempio di Cristo, devono amare le proprie mogli dando tutto per esse.

Con l'elevazione del matrimonio umano ad immagine dell'unione tra Cristo e la Chiesa, il matrimonio acquisì una dimensione nuova, diventando un sacramento:

Eph. 5, 32: (lat.) *Sacramentum hoc magnum est; ego autem dico de Christo et ecclesia!*²⁴⁴

Il precetto paolino fu fatto proprio dal diritto canonico e dalla Patristica, quale modello del rapporto matrimoniale tra uomo e donna, come insegna bene S. Agostino:

AUGUSTINUS, *De continentia* 9, 23 (P. L. 40, 364): *Vir et uxor, quales secum esse debeant, praeceptum accipiunt et exemplum. Praeceptum est: Mulieres viris suis subditae sint, sicut Domino: quia*

der Apologie des Athenagoras, in Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag, München 2001, pagg. 95-96 e 107 con ulteriore bibliografia.

²⁴³ (Ma come la Chiesa è sottomessa a Cristo, così anche le mogli -lo sono- ai loro mariti. Uomini, amate le vostre mogli come anche Cristo ha amato la sua Chiesa e ha dato se stesso per essa).

²⁴⁴ (Questo Mistero è grande; infatti parlo di Cristo e della Chiesa!)

*vir caput mulieris est et: Viri, diligite uxores vestras. Exemplum autem datur mulieribus de Ecclesia, viris de Christo: "Sicut Ecclesia, inquit, subdita est Christo, ita et mulieres viris suis in omnibus". Similiter et viris dato praecepto, ut uxores suas diligant, adiecit exemplum: Sicut Christus dilexit Ecclesiam*²⁴⁵.

a) Il rito ed il ruolo del celebrante

Nel neonato Cristianesimo, prima dell'affermazione di regole e liturgie, sembra che i riti matrimoniali venissero celebrati oralmente²⁴⁶.

A partire dal IV secolo abbiamo attestazioni di preghiere e della benedizione impartita dal vescovo o dal sacerdote nei matrimoni cristiani.

La dottrina è divisa sul ruolo del celebrante: secondo alcuni la benedizione era ispirata da motivi pastorali e morali, non era necessaria *ad substantiam*, bensì attestava essenzialmente la santità dell'unione²⁴⁷.

²⁴⁵ (Il marito e la moglie, per sapere come devono comportarsi, hanno ricevuto un precetto ed un esempio. Il precetto è: "Le donne siano sottomesse ai loro mariti, come al Signore; perché il marito è il capo della donna" (Eph. 5, 22-23), e "Mariti, amate le vostre mogli" (Eph. 5, 25). L'esempio proposto è, per le donne, la Chiesa, per gli uomini, Cristo: "Come la Chiesa, dice l'Apostolo, è sottomessa a Cristo, così anche le donne lo siano ai loro mariti in tutto (Eph. 5, 24). Ugualmente, dopo aver dato ai mariti il precetto di amare le proprie mogli, aggiunge l'esempio: "Come Cristo ha amato la Chiesa" (Eph. 5, 25).

²⁴⁶ Sul rituale del fidanzamento cfr. H. J. WIELING, *Kuß, Verlobung und Geschenk in Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München 2001, pagg. 541-557.

²⁴⁷ Cfr. A. SAJE, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Roma 2003, pag. 27; K. RITZER, *Formen, Riten* cit., pagg. 44 s. Cfr. il can 54 del concilio di Elvira.

Altri autori ritengono invece che i matrimoni celebrati senza l'intervento del vescovo fossero invalidi e considerati pertanto alla stregua di unioni extraconiugali²⁴⁸.

In ogni caso è riscontrabile una progressiva liturgizzazione della cerimonia matrimoniale. Il rito variava da regione a regione: mentre in Italia si impose la

²⁴⁸ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 2 cit., pag. 36 nt. 3 (= *Scritti* 1, pag. 158 nt. 3), il quale cita a sostegno della propria tesi numerose fonti patristiche. Cfr. TERTULLIANUS, *De pudicitia, caput IV* (P. L. 2, 987): « *Ideo penes nos occultae quoque coniunctiones, id est non prius apud Ecclesiam professae, juxta moechiam et fornicationem judicari periclitantur* » (Perciò presso di noi anche le unioni contratte senza pubblicità, ovvero non notificate presso la chiesa, rischiano di essere giudicate come adulterio e fornicazione); TERTULLIANUS, *Ad uxorem* 2, 9 (P. L. 1, 1415): « *Unde sumeamus ad enarrandam felicitatem eius matrimonii quod Ecclesia conciliat et confirmat oblatio et obsignat benedictio, angeli renuntiant, Pater rato habet? Nam nec in terris filii sine consensu patrum recte iure nubunt* » (Come riusciremo mai a descrivere la felicità di quel matrimonio che la Chiesa celebra, l'offerta eucaristica conferma, la preghiera di benedizione sigilla, gli angeli notificano e il Padre ratifica? Neppure sulla terra infatti i figli possono sposarsi a giusto titolo senza il consenso dei loro padri); TERTULLIANUS, *De monogamia, 11, 1-2* (P. L. 2, 993): « *Ut igitur in Domino nubas secundum legem et Apostulum (si tamen vel hoc curas), qualis est id matrimonium postulane, quod eis, a quibus postulas, non licet habere. Ab episcopo monogamo a Presbiteris et Diaconis eiusdem sacramenti a viduis quam sectam in te recusasti? Et illi plane sic dabunt viros et uxores quommodo buccellas... et coniungent vos in ecclesia virgine, unius Christi unica sponsa* » (Se dunque intendi sposarti nel Signore, secondo la legge e l'apostolo (ammesso che ti preoccupi almeno di questo), come mai vai allora a chiedere un tipo di matrimonio, che è proibito avere a quelli ai quali lo chiedi, al vescovo, che si è sposato una sola volta, ai presbiteri, ai diaconi, che sono vincolati allo stesso impegno solenne, alle vedove, la cui condotta hai rifiutato di seguire? E magari quelli si metteranno a distribuire mariti e mogli come distribuiscono i pezzi di pane... e vi terranno uniti come sposi nella Chiesa vergine, unica sposa dell'unico Cristo); TERTULLIANUS, *Ad uxorem* 2, 2 (P. L. 1, 1405): « *fideles, gentilium matrimonia subeuntes stupri reos esse constat et arcendos ab omni communicatione fraternitatis* » (I fedeli, i quali contraggono i matrimoni dei Gentili, sono rei di unione illecita e vanno allontanati da ogni contatto con la comunità); Cfr. CYRILLUS, *In Joannis Evangelium* 2, 1 (P. G. 73, 226) AMBROSIUS, *Epistulae* 19, 7 (P. L. 16, 984): « *Nam cum ipsum coniugium velamine sacerdotali et benedictione sanctificari oporteat quomodo potest coniugium dici ubi non est fidei concordia?* (Infatti essendo necessario che lo stesso coniugio sia santificato col velo sacerdotale e con la benedizione, in che modo può parlarsi di coniugio dove manca la concordia della fede?).

cosiddetta *velatio nuptialis*, in Spagna e in Francia prevalse la *benedictio in thalamo*.

La *velatio nuptialis* (detta anche rito romano) finì con l'imporsi e la benedizione dei nubendi entrò a far parte della celebrazione eucaristica a partire dal V secolo d. C.²⁴⁹.

3. Gli *sponsalia* nel diritto canonico antico

a) Concezione degli *sponsalia* nella Patristica

I Padri della Chiesa consideravano gli *sponsalia* come *initium matrimonii*, e ritenevano il matrimonio *perfectum* in virtù della *commixtio corporum*²⁵⁰.

Questo concetto non subì mai profondi mutamenti nel diritto canonico antico, e venne recepito nella raccolta medioevale del monaco camaldolese Graziano (il celebre *Decretum Gratiani*, fondamentale opera di riorganizzazione dei testi della Chiesa)²⁵¹.

Questa concezione condusse a riavvicinare di molto gli *sponsalia* e le *nuptiae*, fino ad una pressoché totale identificazione²⁵²:

TERTULLIANUS, *De virginibus velandis* 11, 5 (P. L. 2, 905): *Si autem ad desponsationem velantur quia et corpe et spiritu*

²⁴⁹ Cfr. K. RITZER, *Formen, Riten* cit., pagg. 68 s.; 157-160; 203-205.

²⁵⁰ Cfr. AMBROSIUS, *De institutione virginis* 6, 41 (P. L. 16, 316C s.).

²⁵¹ Cfr. *Decretum Gratiani*, c. 27 q. 2 c. 25: *quod in desponsatione coniugium initiatur non perficitur* (ciò che inizia con il fidanzamento dei coniugi non è perfetto); c. 27 q. 2, 27 *matrimonium sponsali conventionione initiatur commixtione perficitur* (il matrimonio inizia con la conclusione del fidanzamento e si perfeziona con l'unione dei corpi).

²⁵² Un'identificazione tra *sponsalia* e *nuptiae* è presente già nell'Antico Testamento: Dt. 22, 23, dove la fanciulla promessa sposa è qualificata come moglie. Il termine *sponsalia* venne utilizzato con riferimento sia al matrimonio che alla promessa di matrimonio, originando la successiva terminologia canonistica di *sponsalia de praesenti* e *sponsalia de futuro*.

*masculo mixtae sumt per osculum et dexterarum, per quae primum resignant pudorem spiritus...*²⁵³

Il testo di Tertulliano identifica il *dies desponsationis* con il giorno *qua ad primum viri corpus osculo et dexterarum expaverint*²⁵⁴ (*De oratione* 22, 10 - P. L. 1, 1190 A -), ossia il giorno delle nozze, come dimostra la menzione dell'*osculum* e della *dexterarum iunctio*, i riti tipici del matrimonio religioso cristiano²⁵⁵.

Il *Decretum Gratiani*, come detto, condivide e sintetizza la concezione degli sponsali come *initium matrimonii* basato sulla *fides* degli sposi:

Decretum Gratiani (c. 27, q. 2, c. 45): *sed a prima fide desponsationis coniunx dicitur appellari, non quod in ipsa desponsatione fiat coniunx, sed quia ex fide, quam ex desponsatione sibi invicem debent, postea efficiuntur coniuges*²⁵⁶.

5. Arrhae sponsaliciae e subarrhatio cum anulo

La concezione cristiana del fidanzamento quale *initium matrimonii* ebbe anche un notevole risvolto nel significato nuovo acquisito dall'anello di fidanzamento.

²⁵³ (Se poi si velano per lo sposalizio poiché si sono unite all'uomo sia col corpo sia con lo spirito attraverso il bacio e l'unione delle mani destre, con cui per la prima volta hanno abbandonato la castità dello spirito...).

²⁵⁴ (In cui – le donne - per la prima volta si sono unite al corpo dell'uomo con il bacio e la destra).

²⁵⁵ Secondo alcuni autori l'identificazione del giorno delle nozze con i riti dell'*osculum* e *dexterarum iunctio* in Tertulliano non sarebbe corretta, poiché altrove lo stesso Tertulliano identifica il giorno delle nozze con la benedizione sacerdotale: cfr. TERTULLIANUS, *Ad uxores* 2, 8 (P. L. 1, 1302).

²⁵⁶ (Ma sin dalla celebrazione degli sponsali si dice che si chiama coniuge non perché egli divenga coniuge già con gli sponsali, ma perché dalla fede che si devono reciprocamente in base alla promessa diventeranno in seguito coniugi).

I Padri della Chiesa coniarono una nuova terminologia *ad hoc*, la quale, lungi dal costituire una mera innovazione lessicale, si poneva in stretta attinenza con i principi matrimoniali cristiani, ed era legata inscindibilmente con il rito della consegna dell'anello di fidanzamento parte del fidanzato alla fidanzata.

E' necessaria una breve digressione su questo rito, accolto dal paganesimo ma informato dai nuovi valori cristiani.

Come è noto, l'anello veniva utilizzato in diritto romano nei rapporti commerciali, quale *arrha* e quale *argumentum emptiois*, nel duplice significato di prova dell'accordo concluso e di fedeltà agli impegni presi.

Esso veniva inoltre impiegato quale dono di fidanzamento fatto dal fidanzato alla fidanzata²⁵⁷: la tipica collocazione dell'anello al dito anulare sinistro derivava dalla credenza che da questo dito partisse una vena in diretta comunicazione con il cuore²⁵⁸.

Come in molti altri casi, il Cristianesimo non snaturò le tradizioni pagane, ma anche nel caso dell'anello di fidanzamento le connotò di un nuovo significato morale.

La centralità della fede coniugale cristiana, nell'ottica dell'indissolubilità del matrimonio, accrebbe conseguentemente anche l'importanza dell'anello - *arrha sponsalicia*.

²⁵⁷ CFR. ISIDORUS, *Etymologiae* 19, 32, 4 – 5 (P. L. 82, 702); D. 24, 1, 36, 1.

²⁵⁸ Cfr. ISIDORUS, *De ecclesiasticis officis*, 2, 20, 8 (P. L. 83, 812): “...Unde et quarto digito annulus idem inseritus, quod in eo vena quaedam (ut fertur) sanguinis ad cor usque perveniat” (Trad.: Pertanto l'anello viene inserito nel quarto dito, poichè in esso una vena (come dicono) arriva fino al cuore); MACROBIUS, *Saturnalia*, 7, 13; GELLIUS, *Noctes Atticae*, 10, 10; PLINIUS, *Historia naturalis*, 23, 1, 4; ISIDORUS, *Etymologiae*, 19, 32, 3 (P. L. 82, 701). Per una trattazione completa sull'anello di fidanzamento nel fidanzamento romano cfr. ampiamente M. MÜHL, *Ursprung des römischen Verlobungsringes und dessen symbolischen Bedeutung im Eheschließungs- und Verlöbnisrecht Roms*, Erlangen-Nürnberg 1961; F. HOFMANN, *Verlobungsring* cit., § 7.

Nelle opere degli autori cristiani, a partire dal IV secolo d. C., compare la voce *subarrhari*, precedentemente non attestata presso gli scrittori latini.

Il periodo coincide significativamente con il riconoscimento del Cristianesimo da parte dello Stato²⁵⁹.

Inizialmente la forma è incerta: in un unico testo, di Sulpicio Severo, compare la forma *obarratos*:

SULPICIUS SEVERUS, *Epistula Ad Bassulam* 3, 2 (P. L. 20, 181): “*obarrhatos habes notarios meos, per quos tibi nostrae ineptiae publicantur*”²⁶⁰.

In alcuni testi il termine *subarrhatam* non veniva riferito alla persona che riceve l'*arrha*, ma alla cosa per cui l'*arrha* è stata data, ossia l'unione dell'umanità con Cristo:

IOANNIS CASSIANUS, *Conlationes* 7, 6 (P. L. 49, 677A): *illud quod in futurum dicitur de beata conversatione Sanctorum, iam subarrhatum teneat in presenti*²⁶¹.

²⁵⁹ Il solo Solino (III-IV sec. d. C.), scrittore quasi contemporaneo di Giulio Capitolino (dedito allo studio della geografia e delle scienze naturali, attraverso lo studio delle opere di Plinio il Vecchio e di Pomponio Mela) utilizza il termine “*subarrhari*” in un contesto non religioso. Si tratta dell’opera *Collectanea Rerum Memorabilium*, cap. XVI: “*Nupturae non parentum arbitrio transeunt ad maritos, sed quae [...] subarrhari volunt...*”. (le donne non si sposano su decisione dei parenti, ma coloro le quali [...] vogliono essere subarrate...). Su questo passo si è svolta una disputa filologica: Cuiacio, il quale indicava “*subastari*” al posto di “*subarrhari*”, riferiva il vocabolo alla dote data dalla donna al marito; la versione del Mommsen, del 1889, ha invece “*subarrhari*”. L’opera „*Collectanea rerum memorabilium*“ è spesso ricordata dagli studiosi più per i suoi pregi scientifici che letterari.

²⁶⁰ (Hai corrotto –persuaso con doni- i miei scrivani, attraverso i quali ti sono resi noti i miei scritti non ancora limati).

²⁶¹ (Ciò che si dice per il futuro riguardo la beata compagnia dei Santi lo tiene già anticipato nel presente).

Il vero cristiano possiede già nella vita terrena un'anticipazione della sua vita futura in comunione con i Santi, che gli è *subarrhata* attraverso la Grazia dello Spirito Santo.

In altri testi si intravedono i germi di un'interpretazione nuova, secondo cui ad essere *subarrhata* non era più la cosa per cui *l'arrha* era stata data, ma la persona stessa che dava la propria fede come *arrha*.

SULPICIOUS SEVERUS, *Epistula ad Claudiam sororem de virginitate* 2, 12 (P. L. 20, 236C): *Christi sponsa diceris: vide ne quid indignum ei, cui desponsata videris, admittas, cito scribet repudium, si in te vel unum viderit adulterium. Quaecumque ergo humanorum sponsaliorum pigneribus subarrhatur? statim a domesticis, a familiaribus, ab amicis sponsi sollicite et diligenter requirit et servulis, quales juvenis habeat mores, quid potissimum diligit*²⁶².

La Chiesa, sposa di Cristo, deve comportarsi al pari delle spose, *subarrhatae* ai relativi sposi con la dazione di pegni, la quale si informa dei costumi e dei gusti del proprio sposo, per evitare di dispiacergli in qualcosa.

« *Desponsare* » e « *subarrhare* » sono usati come sinonimi: nel « *desponsare* » prevale l'elemento del consenso, mentre il « *subarrhare* » risulta dalla dazione dei *pignera* in occasione del fidanzamento²⁶³.

²⁶² (Sei chiamata sposa di Cristo: fai in modo di non commettere qualcosa che dispiaccia a colui, a cui sei promessa in sposa, o ti darà il ripudio, se vedrà in te un tradimento. E cosa si dà come *arrha* nei pegni degli sponsali umani? Ci si informa subito dai domestici, dai familiari, dagli amici dello sposo e dai servi rapidamente e diligentemente sui costumi del giovane, su ciò che più gli piace).

²⁶³ La fungibilità di „*pignus*“ e „*arrha*“ è già stata rilevata negli autori letterari; per le costituzioni imperiali cfr. C. I. 5, 2, 1 e il paragrafo seguente.

Tra gli *humanorum sponsaliorum pignera* potevano essere ricompresi vari oggetti, né era necessaria la singola menzione di questi, essendo sufficiente conoscere la causa della dazione (*arrae sponsaliorum nomine*)²⁶⁴.

Per indicare la coesistenza della fede religiosa accanto a quella matrimoniale era invece necessario menzionare l'anello sponsalizio, unico oggetto prescelto per esprimere entrambe:

AMBROSIUS, *Epistulae 1, 34* (P. L. 17, 736): « anulo fidei *suae subarravit me Dominus* »²⁶⁵.

MAXIMUS TAURINIENSIS, *Sermo 56* (P. L. 57, 643): « anulo fidei *Agnes se asserit subarratam et clamat se amore constrictam* »²⁶⁶.

Historia Datiana, c. 29: « *Prodidere matres unicas filias, quascumque fidei christianae anulo subarrhatas noverant* »²⁶⁷.

Con la progressiva affermazione del Cristianesimo e della sua concezione della fede matrimoniale, la *fides* matrimoniale venne ad identificarsi con quella religiosa²⁶⁸, per cui in luogo di “*anulus arrharum nomine datus*”, si iniziò a parlare di “*subarrhare anulo fidei*”, venendo ora la dazione della fede a

²⁶⁴ Cfr. C. I. 5, 1, 3.

²⁶⁵ (Il Signore mi ha preso come arrha con l'anello della Sua fede).

²⁶⁶ (L'Agnello si è impegnato con l'anello della fede e si proclama legato per amore).

²⁶⁷ (Le madri consegnavano le figlie uniche, ciascuna delle quali sapevano essere subarrata con l'anello della fede cristiana).

Cfr. L. BIRAGHI (a cura di), *Datiana historia*, Milano 1848, pag. 86.

²⁶⁸ Cfr. 1 Tm. 5, 12; AMBROSIUS, *De poenitentia* 2, 3, 18 (P. L. 16, 500 D); RUFINUS, *Historia ecclesiastica* 1, 28 (P. L. 21, 499 B).

risiedere nel verbo (*subarrhare*), di cui l'anello è testimone e segno (*anulus fidei*)²⁶⁹.

Anche la lingua greca conobbe la medesima identificazione terminologica del fidanzamento con l'*arrha sponsalicia*: nell'*Etymologium* di Esichio di Alessandria il verbo *ἀρραβωνίζωμαι*, nella forma medio - passiva, è sinonimo di fidanzarsi, mentre le fonti bizantine del VII-VIII secolo chiamano *μνηστεία χριστιανῶν* (fidanzamento dei Cristiani) il fidanzamento arrale²⁷⁰.

6. Effetti della concezione del fidanzamento quale *initium matrimonii* e *status* dei fidanzati

a) La legislazione sinodale

²⁶⁹ Il nuovo assetto si impose attraversando il medioevo e l'età moderna, ed è ancora oggi riconoscibile nella denominazione di fede nuziale degli anelli con il cui scambio gli sposi contraggono il matrimonio cristiano: cfr. ISIDORUS, *De ecclesiasticis officis* 2, 20, 8 (P. L. 83, 812): «*In primis anulus a sponso sponsae datur, fit hoc nimirum vel propter mutuae fidei signum, vel propter id magis, ut eodem pignore eorum corda iungantur.* » (In primo luogo viene dato un anello dal fidanzato alla fidanzata, ciò avviene senza dubbio o per attestare la reciproca fedeltà, o ancor più perché i loro cuori siano uniti dalla medesima fede).

NICOLAUS I, *Ad consulta Bulgarorum* c. 3 (in J. D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, XV, 402, Florentiae, 1757): «*postquam arrhis sponsus sibi sponsam per digitum fidei a se annulo insignitum desponderit.* » (poi il fidanzato promette a sé la fidanzata con le arre al dito da sé insignito con l'anello della fede).

La denominazione „fede“ dell'anello sponsalizio risale al secondo medioevo. Di qui derivò l'espressione *affidare* per indicare il matrimonio, espressione ancora oggi usata gergalmente con il medesimo significato in alcune regioni dell'Italia meridionale. Per il significato etico-religioso dell'anello, o *fede*, e per il suo peculiare regime giuridico rispetto agli altri oggetti dati dal marito alla moglie. Cfr. R. SOHM, *Das Recht der Eheschliessung*, cit., pag. 65, nt. 68; pagg. 157 ss., il quale ravvisava già nei *Sacramentaria Leonianum, Gelasianum* e *Gregorianum* la *subarrhatio anuli*; la dottrina maggioritaria, tuttavia, è contraria: cfr. L. DUCHESNE, *Origines du culte chrétien*², Paris 1898, pag. 413 ss.

²⁷⁰ Del resto le prime costituzioni in materia di *arrha sponsalicia* appartengono ad imperatori cristiani e sono influenzate da istituti e costumi ecclesiastici, così come i papiri ed altri documenti (cfr. ad es. l' *Ecloga ad Prochiron Mutata*, tit. 39).

Dalla concezione degli *sponsalia* quale *initium matrimonii* discese che essi determinavano un vincolo quasi matrimoniale, conformemente alla tradizione biblica. Questa, come si è visto, equiparava la concupiscenza con una fanciulla fidanzata ad altri (Dt. 22, 23) ad un vero e proprio adulterio.

Con il progressivo formarsi di una eucologia e soprattutto attraverso i canoni dei Concilii vennero a fissarsi delle regole ben determinate in tal senso, dando vita ad una legislazione ecclesiastica destinata a confrontarsi, in un rapporto dialettico, con la legislazione civile²⁷¹.

Venne affermato il principio per cui i parenti di una fanciulla promessa in sposa non potessero darla ad altro uomo:

Decretum Gratiani, c. 27, q. 2, c. 27: *desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere*²⁷².

I genitori non potevano neppure, pena la scomunica, sciogliere gli sponsali dei propri figli, a meno che questi ultimi non fossero rei di gravi crimini:

Concilium Eliberritanum (a. 305), can. 54: *Si qui parentes fidem regerint sponsaliorum, triennii tempore abstineantur; si tamen idem sponsus vel sponsa in gravi crimine fuerint deprehensi, excusati*

²⁷¹ Vedremo ripetersi il medesimo fenomeno nel diritto longobardo, dove *l'arrha sponsalicia* compare per la prima volta in un testo influenzato dal diritto canonico: l'Editto di Liutprando. Al cap. 30 si paragona infatti la donna votata a Dio, ma non ancora consacrata dal vescovo, alla donna *desponsata e subarrhata cum anulo*. Cfr. F. BRANDILEONE, *Note al Cap. XXX dell'Editto di Liutprando*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* 31 (1900), pagg. 525-553. Per Volterra ciò sembra costituire un'ulteriore prova che *l'arrha sponsalicia* fosse collegata con il fidanzamento cristiano.

²⁷² (Non è permesso ai parenti di una fanciulla promessa in matrimonio di darla ad un altro uomo).

*erunt parentes*²⁷³.

Un'intensa legislazione sinodale e papale tese a rafforzare sempre di più il carattere definitivo degli sponsalia: il 2° canone del concilio di Ancira del 314 stabilì il fidanzamento restasse in vita anche in caso di rapimento e violenza esercitata sulla *desponsata*²⁷⁴.

Una decisione pontificale del 385 definì sacrilegio la violazione della benedizione impartita dal sacerdote alla fidanzata mediante l'unione matrimoniale di questa con un altro uomo, diverso dal fidanzato:

SIRICIUS PAPA, *Epistula 1, 4, 5* (P. L. 13, 1136B s.): *de coniugali velatione velatione requisisti, si desponsatam alii puellam, alter in matrimonium possit accipere* (cfr. *Decretum Gratiani 27, q. 2. c. 50*). *Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus: quia illa benedictio, quam nupturae sacerdos imponit, apud fideles cujusdam sacrilegii instar est, si ulla transgressione violetur*²⁷⁵.

Nel medioevo questo tipo di unione matrimoniale sarà colpita dall'anatema, una condanna persino più intensa della

²⁷³ (Se dei parenti contrassero la promessa di matrimonio, si astengano dallo scioglierla per tre anni; se tuttavia il fidanzato o la fidanzata si sono macchiati di un grave crimine, i parenti saranno scusati).

Cfr. J. D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* II, 14, Florentiae 1757.

²⁷⁴ Cfr. J. D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* II, 518, Florentiae, 1757. L'intensità del vincolo ingenerato dagli *sponsalia* è ben testimoniato altresì dal divieto di matrimonio tra la fanciulla *desponsata* ed il fratello e consaguinei dello *sponsus* morto, in virtù dell'affinità che il fidanzamento ingenerava tra queste persone.

²⁷⁵ (A proposito del velo nuziale hai domandato se un altro possa prendere in moglie una fanciulla fidanzata; ciò non accada in alcun modo, poiché la benedizione che il sacerdote impone alla promessa sposa sembra un sacrilegio presso i fedeli, se viene violata con una qualche trasgressione).

scomunica:

*Decretum Gratiani, 27 q. 2 c. 50: tale igitur conubium anathemizzamus et modis omnibus prohibemus*²⁷⁶.

b) Il sinodo trullano

Ideale punto di arrivo di questa legislazione e della concezione del fidanzamento quale *initium matrimoni* è costituito dal canone 98 della Quinisexta o sinodo trullano, il quale punì come adultero chi sposasse la fanciulla promessa ad un altro.

Concilium Quinisextum, can. 98: *Ὁ ἑτέρω μνηστευθεῖσαν γυναῖκα ἔτι τοῦ μνηστευσαμένου ζῶντος, πρὸς γάμου κοινωνίαν ἀγόμενος, τῷ τῆς μοιχείας ὑποκείσθω ἐγκλήματι*²⁷⁷.

Questo canone²⁷⁸, importante anche per la successiva evoluzione del matrimonio ecclesiastico, mostra chiaramente

²⁷⁶ (Perciò malediciamo e vietiamo in tutti i modi questa unione).

²⁷⁷ (Chi conduce in comunione matrimoniale una donna che è già fidanzata ad un altro mentre il fidanzato ancora vive è sottoposto all'accusa di adulterio).

²⁷⁸ Circa l'innovatività di questo canone 98, i vari autori moderni sono divisi: secondo P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte* cit., pag. 403 esso sarebbe il frutto dello sviluppo di concetti romani classici (D. 48, 5, 14, 5); secondo Volterra, invece, „il concetto romano classico non riconosce affatto al fidanzato una speciale azione per l'adulterio della sponsa, ma, come a qualunque altro cittadino, gli concede d'intentare soltanto l'accusatio adulterii iure extranei“ (cfr. E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, in *Studi Bonfante* 2; ID., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Economico-giuridici della Regia Università di Cagliari*, 1929, pagg. 46, 88). Solo nel diritto della compilazione, dove è accolta la legge di Costantino (C. I. 9, 9, 30 [29]) che abroga l'*accusatio iure extranei*, D. 48, 5, 14 assumerebbe veramente il significato di concedere al fidanzato un diritto speciale di fronte agli altri cittadini. Il canone 98 non sarebbe quindi affatto uno sviluppo di principi romani classici, ma piuttosto di principi giuridici sorti nel Basso Impero sotto gli Imperatori cristiani.

l'importanza degli effetti prodotti dagli *sponsalia*, e la conseguente necessità di conoscere esattamente il momento in cui il vincolo era sorto.

Il canone 98 si riferiva peraltro esclusivamente al fidanzamento ecclesiastico, in cui la dazione *dell'arrha sponsalicia* era prevista *ad substantiam*, come dimostrano i numerosi commenti²⁷⁹.

Anche la legislazione civile, come vedremo, dovette confrontarsi con la concezione affermata dal canone 98 del Sinodo trullanico, pervenendo ad un progressivo sincretismo con essa con la legislazione di Leone il Filosofo (Nov. 74 e 109) e di Alessio Comneno nella Crisobolla del 1084.

Nel diritto canonico bisognerà attendere il concilio di Trento per vedere riaffermata una netta separazione tra matrimonio e sponsali, con il ritorno di questi ultimi al ruolo minore di promessa di matrimonio.

6. Le Chiese orientali

Mentre fino al III secolo d. C. non si riscontrano differenze significative nell'assetto del fidanzamento e delle *arrae*

²⁷⁹ Cfr. anche la lettera del papa Nicola I ai Bulgari, la quale attesta in Occidente nel IX secolo il perdurare dell'uso delle *arrae sponsaliciae* accanto all'elemento del *consensus*: *Pp. Nicolaus I ad consulta Bulgarorum* (in J. D. MANSI, *op. cit.* XV, 402): « *Post sponsalia, quae futurarum sunt nuptiarum promissa foedera, quaeque consensu eorum, qui haec contrahunt et eorum in quorum potestate sunt celebrantur, et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei a se annulo insignitimi desponderit ... ambo ad nuptialia foedera perducuntur. Et primum quidem in ecclesia Domini cum oblationibus quas offerre debent Deo per sacerdotis manum statuntur sicque demum benedictionem et velamen caeleste suscipiunt* » (dopo gli sponsali, che sono i patti promessi delle nozze future, e che sono celebrati con il consenso dei contraenti e degli aventi potestà su di essi ... entrambi sono condotti ai patti nuziali. Prima sono condotti in chiesa con le offerte che devono dare a Dio per mano del sacerdote; in seguito prendono la benedizione ed il velo celeste). Viene poi descritta la cerimonia dell'incoronazione, che il Papa medesimo indica tuttavia come non essenziale, essendo sufficiente il consenso per la validità del fidanzamento. Cfr. P. KOSCHAKER, *op. ult. cit.*, pag. 403.

sponsaliciae tra chiese orientali ed occidentali, a partire dal IV secolo si delineano alcune peculiarità all'interno delle chiese orientali, riconducibili ad una maggiore fedeltà di queste ultime alla dottrina paolina del fidanzamento (e del matrimonio) quale simbolo dell'unione tra Cristo e la Chiesa (Eph. 5, 22-33).

Mentre in occidente si imponeva una connotazione giuridica del matrimonio derivante dal diritto romano, la tradizione greca e semitica esaltavano l'elemento sacro e mistico del matrimonio in oriente.

Bisogna innanzitutto rilevare la presenza di numerose correnti religiose (copta, gnostica, armena ecc.), alle quali corrispondevano altrettante forme di conclusione del matrimonio²⁸⁰.

In particolare appare interessante illustrare il diritto ed i costumi della chiesa greco-bizantina, al fine di luminescere il rapporto dialettico tra questa e la legislazione civile, di cui ci si occuperà nel prossimo capitolo.

Il fidanzamento arrale appariva certamente più consono di quello romano-classico, privo di forme e vincolatività, a descrivere la dottrina paolina di una promessa di matrimonio cogente²⁸¹.

Al rito occidentale della *velatio* della sposa corrispondeva in oriente la cerimonia dell'incoronazione degli sposi (*stephanoma*), compiuta inizialmente dal padre della *sponsa*, poi dal sacerdote.

Sebbene infatti in un primo momento la celebrazione del fidanzamento avesse una dimensione domestica, la chiesa ne assunse progressivamente la prerogativa, in considerazione della credenza

²⁸⁰ Per un approfondito esame delle *arrae* nel diritto siro-romano cfr. H. TROFIMOFF, *Les arrhes en droit syro-romain arabe*, in *Revue internationale des droit de l'antiquité* 39 (1992), pagg. 265-310.

²⁸¹ Nostro maggior informatore a riguardo, nonché teologo per eccellenza del matrimonio della chiesa greco-bizantina, è Giovanni Crisostomo: cfr. IOANNES CHRISOSTOMUS, *Homilia De capto Eutropio* 1 (P. G. 52, 408), in cui egli parla dell'*arra* e paragona il matrimonio umano a quello tra Cristo e l'anima, tra Dio e la natura.

che fosse Cristo medesimo ad incoronare gli sposi tramite i suoi ministri²⁸².

Parte del rito del fidanzamento erano anche la benedizione del sacerdote e la *traditio sponsae*, con la quale la fidanzata passava sotto la potestà del marito.

La benedizione assunse un ruolo sempre più importante fino a divenire imprescindibile – in vari momenti, a seconda delle chiese²⁸³.

²⁸² Cfr. GREGORIUS NAZIANZENSUS, *Epistula 231* (P. G. 37, 374). Sull'origine armena del rito dell'incoronazione cfr. K. RITZER, *Formen, Riten und religiöses Brauchtum der Eheschließung in der christlichen Kirchen des ersten Jahrtausends*, Münster 1962, pagg. 77 s.

²⁸³ La chiesa armena fu la prima a ritenere indispensabile la benedizione. Particolarmente documentata è la celebrazione del fidanzamento presso i cristiani siriani, soprattutto grazie al c. d. Libro Siro-Romano diritto e al tardo Nomocanone del monaco siriano Barebreo (m. 1286). Il Libro siro - romano di diritto, anticamente ritenuto un'opera di carattere pratico ad uso delle popolazioni orientali, è oggi ritenuto un manuale scolastico di carattere esclusivamente didattico, composto originariamente in lingua greca intorno al 476-480 d. C. e tradotto in lingua siriana verso l'VIII secolo nella Chiesa Nestoriana. Si ritiene che lo scopo fosse quello di fornire ai Cristiani viventi sotto la dominazione musulmana un diritto scritto, stante la vigenza nei paesi musulmani del principio della personalità del diritto in base alla confessione religiosa. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5, cit., pagg. 46 s. (= *Scritti* 1, pag. 168 s.); sull'impossibilità di stabilire il rapporto tra il manuale originale greco del V secolo e la redazione siriana dell'VIII secolo cfr. C. NALLINO, *op. cit.*, pag. 259. L'opera ci è pervenuta in redazioni siriane, arabe ed armena. Ne è stata recentemente edita un'edizione critica da W. SELB – H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, Wien 2002.

L'*arrha sponsalicia* è trattata nei §§ 84 e 85, di cui è interessante riportare il testo. § 84: (L 91 e Fragment New York = R II 91 = R II 56 = D 54 = M = R I 32 = P 45 = Ar 55 = Arm 56 (57) = Georg 57 = C = G 26 = BH 54 = IT 36/3): *1) Se una donna promette ad un uomo che lo sposerà, e i suoi genitori o la fanciulla ricevono un anello come arra* (n.b: l'espressione "come arra" manca nei manoscritti D, M) *del loro accordo nuziale, o gioielli d'oro e regali d'altro genere, e colui il quale ha stipulato l'accordo nuziale con lei muore, se da parte dai genitori di lui, dai suoi fratelli o dai suoi parenti viene richiesto alla fanciulla o ai suoi genitori ciò che essi hanno ricevuto: se la fanciulla aveva una camera nuziale ed il suo fidanzato l'ha vista e baciata, dà indietro la metà di quanto ha ricevuto come arra dal suo fidanzato o dai suoi genitori, o oggetti, ai genitori del fidanzato che è morto; se lui non ha genitori, ai suoi parenti, che gli sono prossimi nel sesso (γένος). Se egli però non ha parenti o nessun familiare (γένος) stretto, è la fidanzata il suo familiare più stretto, e tutto ciò che essa ha (ricevuto) dal suo fidanzato o dai genitori di lui le viene attribuito; ma se il suo fidanzato l'ha solo chiesta in sposa, mentre era lontano, attraverso i suoi genitori o altri, ma la fanciulla non aveva alcuna camera nuziale, il suo fidanzato non l'ha vista dopo averla chiesta in sposa e non l'ha baciata: egli riceve indietro dai genitori di lei tutto ciò che le ha dato, lui o i suoi genitori, se lei è morta, tranne il cibo e le bevande.* § 85 (R II 57 = V 55 = D 55 = M = R I 33 = P 46a = Ar 56 =

Arm 57 (58) = Georg 58, 59 = G 26 = O 184 = IT 37): (1) Se un uomo chiede in sposa una donna ai genitori o ai parenti di lei o a qualcuno che è congiunto stretto della donna, ed egli dá come arrha un anello o un altro (i manoscritti D, M, R I, G omettono “altro”) gioiello d’oro, o denaro inciso con il timbro dell’imperatore, e l’uomo che l’ha chiesta in sposa non vuol prendere la donna, egli perde la sua arrha e tutto ciò che egli ha dato a lei in quanto sua fidanzata. Ma se i genitori della fanciulla vogliono far venir meno l’accordo nuziale e non vogliono consegnare la fanciulla al suo fidanzato, restituiscono il doppio di ciò che essi hanno ricevuto il primo giorno come arrha, e il resto che hanno ricevuto dopo il primo giorno –il regalo d’onore della fanciulla- che le fu portato dal fidanzato- lo rendono al *simplum*, a seconda dell’oggetto; solo ciò che hanno ricevuto il primo giorno lo restituiscono al *duplum*). -Trad. dall’edizione tedesca di W. SELB – H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch* 3 cit., pagg. 105, 107. Al fine di un raffronto tra la disciplina delle *arrae sponsaliciae* e quella dell’*arrha* nei contratti si veda il § 46, in materia di compravendita. § 46 (L 51= R II 32= R II 99 = D 31 = D = 96 = M = R I 22 = P 21 = Ar 32 = Ar 98 = Arm 26 (27) = Arm 98 (97) = Georg 26 = Georg 97 = N IV 12a = IT 59/1): „se un uomo compra una cosa, dá una somma di denaro come arra e il venditore recede, la legge impone che quest’ultimo restituisca il doppio dell’arra che ha ricevuto in denaro. Se invece il compratore recede perde questi l’arra che ha dato”. Il Nomocanone di Barebreo descrive dettagliatamente la cerimonia del fidanzamento. Secondo E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 57 (= *Scritti* 1., pag. 179), egli avrebbe avuto per modello il libro siro-romano di diritto. *Capitulum VIII, Sectio II, Directio I*: “*Desponsatio autem fit, cum conveniunt in ecclesia procurator sponsae, id est sponsator eius, sive pater sit, sive alius, et ipse sponsus, et sacerdos, ac diaconus, et duo fideles testes. Et curator quidem sit, qui accipit consensum sponsae, et illum notum fecit sponso eius : et cum illis anulus ex domo sponsi, et crux. Et dum stant ante altare, dicat curator, despondi talem tibi tali in uxorem, secundum canonem apostolicum et legem christianam. Et respondeat sponsus: recepi coram Deo, et altari eius propitiatorio: et coram sacerdotibus, et testibus istis. Tunc perficiat sacerdos orationem, quae super anulum, dicens : benedictus sit anulus iste, in nomine Patris, et Filii, et Spiritus Sancti. Et accipiat eum, ac simul, excepto sponso, eant in domum sponsae, et in digito eius illum ponat, ac suspendat crucem in collo eius, et benedicat ei cum oratione; tum exeant.* (Trad.: il fidanzamento avviene quando vengono in chiesa il procuratore della sposa, cioè colui che la dà in sposa, il padre o un altro, lo sposo medesimo, il sacerdote, il diacono e due testimoni fedeli. E’curatore chi prese il consenso della sposa e lo rese noto allo sposo di lei : e con questi l’anello dalla casa dello sposo e la croce. E mentre stanno davanti all’altare dica il curatore, che questa viene promessa a quello in sposa, secondo il canone apostolico e la legge cristiana. E risponda il fidanzato: l’ho presa davanti a Dio, e al suo altare propiziatorio: e davanti ai sacerdoti e a questi testimoni. Allora il sacerdote tenga l’orazione sull’anello dicendo: sia benedetto questo anello nel nome del Padre, del Figlio e dello Spirito Santo. Lo prenda e simultaneamente, ad eccezione dello sposo, vadano in casa della sposa, e lo metta al dito di lei, e le appenda una croce al collo, e la benedica con un’orazione; poi escano).

La traduzione latina è in J. A. ASSEMANUS, „*Ecclesiae Antiochenaе syrorum Nomocanon a Gregorio Abulpharagio Bar-Hebraeo syriace compositus et a Iosepho Aloysio Assemano in Latinam linguam conversus*“, in ANGELUS MAIUS (a cura di), „*Scriptorum veterum nova collectio e vaticanis codicibus edita*“, vol X, Roma 1838, pag. 763. Da un passo successivo si evince la presenza di una dazione necessaria per la cerimonia religiosa del fidanzamento, in quanto senza di esse non poteva avvenire la benedizione nuziale (c. d. *schiadche* (=siriaco *sadhke*):

7. Le fonti iconografiche: i quattro momenti dell'evoluzione del rito della *dextrarum iunctio* nell'arte cristiana²⁸⁴

Presentiamo infine alcune significative fonti iconografiche cristiane, dalle quali emerge chiaramente l'evoluzione teologico – dogmatica dell'unione matrimoniale da patto a due tra i nubendi a patto a tre tra i nubendi e Cristo, di cui il sacerdote è vicario nella celebrazione delle nozze.

Il significato della fede data con la *dextrarum iunctio* cristiana cambia in tale prospettiva radicalmente: l'unione terrena è *arrha* e riflesso di quella divina, i nubendi si impegnano indissolubilmente tra di loro e davanti a Cristo, al quale si uniranno definitivamente nella vita eterna.

Capitulum VIII, Sectio IV, Directio VII : « *Sine schiadche autem etiamsi unicus fuerit annulus qui benedicitur non potest desponsari mulier fidelis* » (Ma senza *schiadche* anche se fu benedetto un solo anello non può essere fidanzata una donna fedele). In dottrina è stato notato un collegamento funzionale tra le *schiadche* e gli stituti della *tirhatum* babilonese, del *mohar* ebraico e delle *arrhae* del fidanzamento romano – cristiano (cfr. L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* cit., pag. 267; E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 57 (= *Scritti* 1, pag. 179).

²⁸⁴ Cfr. G. BOVINI, *Scene della dextrarum iunctio nell'arte cristiana*, in *Bullettino della Commissione Archeologica comunale di Roma* 72 (1946-1948), pag. 107.



FIG. 1. - VESCOVIO.



FIG. 2. - ANCONA - CATTEDRALE.



FIG. 3. - TOLENTINO - CATTEDRALE.



FIG. 4. - ROMA - VILLA ALBANI.

Capitolo 6. Il diritto bizantino

1. Introduzione

Per comprendere la legislazione degli imperatori bizantini in materia di fidanzamento non si può prescindere dalla constatazione della reciproca influenza del potere secolare e di quello ecclesiale.

Se gli imperatori intendevano dettavare quanto più possibile la politica della chiesa mediante la convocazione dei concili e la nomina dei vescovi, servendosi della religione quale *instrumentum regni*, allo stesso tempo la chiesa bizantina anelava, soprattutto a partire dal VI secolo, alla costituzione di un proprio diritto matrimoniale.

Uno dei postulati della diffusa politica del cesaropapismo, attuata dagli imperatori bizantini, fu il riconoscimento civile dei matrimoni religiosi.

Gli interventi degli imperatori in materia matrimoniale appaiono per lo più rivolti a garantire la legittimità della prole, soprattutto per le classi nobili²⁸⁵.

Sino all'VIII secolo sono rare le fonti in materia di sponsali: la legislazione novellare di Giustiniano e dei suoi successori in materia di diritto matrimoniale fu piuttosto saltuaria, e non apportò modifiche significative al regime degli *sponsalia*²⁸⁶.

Tra le opere di carattere non legislativo si segnala la parafrasi di Teofilo, che riportò pedissequamente nella forma

²⁸⁵ Cfr. Nov. 74, 7 di Giustiniano.

²⁸⁶ Cfr. Nov. 2 e 3 di Giustino (anni 565-566), Nov. 30 e 31 (*incerti auctoris*) sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 67 (= *Scritti* 1, pag. 189).

e nel contenuto il titolo *περί γάμου* delle Istituzioni di Giustiniano.

Anche gli altri testi di diritto bizantino ricalcano il sistema della compilazione giustiniana e il contrasto ivi presente tra il sistema classico degli sponsali descritto nel Digesto e quello arrale proprio del *Codex*.

Tra l'VIII ed il IX secolo, al contrario, si assiste in oriente ad una copiosa produzione normativa in materia matrimoniale, con ricadute significative sul sistema del fidanzamento ereditato dal diritto romano.

Punto di partenza di detti interventi è la contestuale esistenza di due forme di fidanzamento: quello arrale, confermato da un documento scritto, e quello esclusivamente consensuale .

2. L'Ecloga del 739

a) Commistione di elementi cristiano-civili.

La prima fonte bizantina innovativa in fatto di sponsali è l'Ecloga di Leone l'Isaurico e del figlio Costantino V, del 739²⁸⁷.

Il primo titolo è rubricato *Περί συστάσεως μνηστείας και λύσεως αὐτῆς* e descrive una forma di fidanzamento propria dei cristiani:

²⁸⁷ L'Ecloga è anche importante poiché essa fu applicata anche in alcune regioni italiane sotto l'influenza dell'impero romano d'Oriente, quali l'Esarcato, la Pentapoli, le regioni meridionali e le isole: cfr. F. DEL GIUDICE (a cura di), *Dizionario storico del diritto italiano ed europeo*, Napoli, 2000, pag. 133.

Ecloga 1, 1: *Συνίσταται μνηστεία χριστιανῶν ἐπι τοῖς ἐν πρώτῃ ἡλικίᾳ ἀπὸ ἑπταετοῦς χρόνου καὶ τῆ ἄνω ἕκ τε τῆς τῶν μνηστευομένων ἀρεσκείας καὶ τῆς ἐκ γονέων καὶ συγγενῶν αὐτῶν συναινέσεως, ἐὰν οἱ συναλλάσσοντες νομίμως συναλλάσσωσι καὶ μὴ ᾧσιν ἐκ τῶν κεκωλυμένων, τουτέστι δι' ἀρράβωνων ἤγουν ὑποβόλων ἢ δι' ἐγγράφων. εἰ δὲ δόξει τὸν διδόντα τὸν ἀρράβωνα διαστρέψαι καὶ μὴ συναλλάξει, ἀπόλλειν αὐτὸν τὸν ἀρράβωνα, εἰ δὲ τὸ μέρος τῆς κόρης θελήσει διαστρέψαι, παρεχέτω διπλοῦν τὸν ἀρράβωνα, τουτέστιν αὐτὸν τὸν ἀρράβωνα καὶ ἄλλο τοσοῦτον*²⁸⁸.

Alla *μνηστεία χριστιανῶν* vengono applicate le norme della costituzione di Leone (C. I. 5, 1, 5) sulla restituzione al *duplum* da parte della fidanzata che vuole recedere dagli sponsali²⁸⁹.

²⁸⁸ (Il fidanzamento tra Cristiani avviene tra fanciulli dal settimo anno in poi, sulla base del desiderio dei fidanzati e del consenso dei loro genitori o parenti, se le parti concludono accordi conformi alle leggi e non ricadono negli impedimenti matrimoniali, attraverso la pattuizione di un'arrha o di un ipobolo, o attraverso un contratto scritto. Se chi ha dato l'arrha vuole recedere e non concludere il contratto di matrimonio, perde l'arrha; se invece vuole recedere la parte della fanciulla, essa deve restituire il doppio dell'arrha ricevuta, cioè l'arrha medesima e un'altra volta la stessa somma).

²⁸⁹ Dal riferimento al matrimonio dei cristiani il Volterra deduce l'identità dell'*ἀρραβών* menzionato nel testo con quello presente nella cerimonia religiosa cristiana, ovvero gli oggetti necessari per la benedizione nuziale (detta *εὐλογία τοῦ ἀρραβώνος*). A suffragio di questa tesi l'autore rinvia alla terminologia dei lessici greci: *αρραβώνες, ἀρραβωνισμός = sponsalia; ἀρραβωνιάζεσθαι = desponsari; ἀρραβωνιάζειν = sponsare*; cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 68 nt. 2 (= *Scritti* 1, pag. 190); cfr. anche P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien* cit., pag. 402 ss.; C. NALLINO, *Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane*, in *Rendiconti della Regia Accademia dei Lincei*, serie VI, 1 (1925), pag. 126 ss. Per quanto riguarda l'espressione "*ἤγουν ὑκοβόλων*", presente anche nell'Ecloga Privata Aucta, è stata interpretata in modi diversi in dottrina: alcuni autori la ritengono sinonimo di *arrha* (cfr. P. KOSCHAKER, *op.ult. cit.*, pag. 397), mentre secondo altri si tratterebbe di una glossa (cfr. Z. VON LIGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, Berlin 1892, pag. 90, n. 224; C. NALLINO, *Libri giuridici* cit., pag. 134, nt. 3).

b) Due forme di *sponsalia*?

L'inciso “ἢ δι' ἐγγράφων” (“o attraverso un contratto scritto”) ha fatto ipotizzare la coesistenza, accanto al fidanzamento arrale, di *sponsalia* conclusi con un semplice accordo, senza la dazione di *arrhae sponsaliciae* – e, dunque, senza benedizione religiosa, che avveniva contestualmente a detta dazione²⁹⁰.

Il Volterra riteneva improbabile, sulla base della testimonianza di questo frammento, credere che fosse possibile compiere un matrimonio prescindendo dalla cerimonia della benedizione. L'argomentazione principale era l'affermazione iniziale di Ecloga 1, 1, secondo cui si tratta della forma di fidanzamento dei Cristiani²⁹¹.

L'impiego della congiunzione disgiuntiva ἢ sembra deporre tuttavia nel senso dell'esistenza e del pari valore di due forme distinte di fidanzamento: una basata sulla dazione delle *arrhae sponsaliciae*, l'altra sulla redazione di un documento scritto²⁹².

²⁹⁰ Cfr. P. KOSCHAKER, *op. ult. cit.*, pag. 396.

²⁹¹ L'autore ritiene che al momento del fidanzamento si potesse “anche stipulare un contratto, nel quale si stabilivano le varie modalità, fra cui una pena nel caso di scioglimento. Ciò si accorderebbe peraltro con il § 2 dell'Ecloga, dove si parla del caso di scioglimento degli sponsali per colpa dei fidanzati, e si concilierebbe anche con gli esempi di fidanzamento trasmessi dai papiri”: cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 70 (= *Scritti* 1, pag. 192).

²⁹² In tal senso cfr. F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine nel diritto privato dell'Ecloga privata aucta: diritto matrimoniale*, Fankfurt am Main 1980, pagg. 18 nt. 25 con ulteriore bibliografia. L'autore cita a sostegno della propria tesi anche diversi testi, dai quali si evince la possibilità di prescindere dalla dazione delle *arrhae sponsaliciae*. Per completezza va aggiunto che l'Ecloga subordinò inoltre la validità del matrimonio al consenso sulla dote, dato per iscritto alla presenza di tre testimoni credibili. Le persone appartenenti a ceti più disagiati, tuttavia, potevano contrarre matrimonio tramite semplice scambio di consensi o tramite la celebrazione liturgica.

3. L'Ecloga Privata Aucta

L' *Ecloga Privata Aucta* è un'elaborazione dell'Ecloga, redatta secondo alcuni studiosi per correggere le inesattezze dell'Ecloga del 739²⁹³.

Il paragrafo 1 è importante ai fini della nostra questione:

Ecloga Privata Aucta 1, 1: *Συνίσταται μνηστεία χριστιανῶν ἐπὶ τοῖς ἐν πρώτη ἡλικίᾳ ἀπὸ ἑπταετοῦς χρόνου καὶ τῆ ἄνω καὶ δευτέρα καὶ τελεία οὔσιν, καὶ μὴ κεκωλυμένοις πρὸς γάμου συνάφειαν, ἕκ τε τῆς τῶν μνηστευομένων ἀρεσκείας καὶ τῆς ἐκ γονέων ἰδίων τε καὶ κηδεμόνων αὐτῶν συνέσεως, δι' ἀρραβῶνων μόνον ἤτοι ὑποβόλων δόσεως, καὶ οὐ δι' ἐπερωτήσεως πρὸς γάμον*²⁹⁴.

La norma ricalca evidentemente quella di Ecloga 1, 1, con alcune significative precisazioni.

L'Ecloga Privata Aucta ammette il fidanzamento per persone di età superiore a sette anni, richiedendo l'assenza di impedimenti matrimoniali, il consenso dei fidanzati, dei loro genitori ed eventualmente anche quello degli altri aventi potestà²⁹⁵.

²⁹³ Cfr. F. RUFFINI, *L'actio spoli: studio storico-giuridico*, ristampa anastatica invariata dell'edizione Torino 1889, Roma 1972, pag. 85; F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine* cit., pagg. 6 ss.

²⁹⁴ (il fidanzamento dei Cristiani può avere efficacia tra due persone minorenni, dal settimo anno di vita in poi, e tra quelli nel secondo periodo della minore età, e tra quelli maggiorenni, che non presentano impedimenti matrimoniali e hanno concordato reciprocamente e ottenuto il consenso dei loro parenti e aventi potestà; ma solo con la dazione di denaro o di un'arra per essa, non con un accordo verbale). Cfr. E. H. FRESHFIELDS, *A revised Manual of Roman Law Founded upon the Ecloga of Leo III and Constantine V, of Isauria*, Cambridge 1927, p.26.

²⁹⁵ F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine* cit., pagg. 6 ss. vede nell'affermazione esplicita che anche le persone nel secondo periodo della minore

La differenza più macroscopica –se si accetta l’interpretazione secondo cui in Ecloga 1, 1 sono contemplate due forme di fidanzamento- è la previsione di un’unica forma di *sponsalia*, mediante la dazione della *arrhae*.

La dottrina spiega questa circostanza con la volontà di tornare al diritto del *Corpus iuris civili* di Giustiniano, dal quale l’Ecloga si era distanziata ammettendo la previsione di penalità che contrastavano con il principio della libertà matrimoniale, proclamato da Leone in C. 5, 1, 5.

L’autore dell’Ecloga Privata Aucta, nel tornare al diritto giustiniano, “non ha pensato di ricercare (o non l’ha voluto) se quest’ultimo ammettesse altre alternative già trascurate dai giuristi di Leone III. Dal *Corpus iuris* deriva pertanto l’esclusione espressa della stipulazione di pena, mentre il rifiuto degli sponsali conclusi mediante semplice consenso non accompagnato dalle arre era già implicito nell’Ecloga – in quanto evidentemente essi non rispondevano più all’uso comune ed erano privi di un’apprezzabile efficacia – e l’Ecloga Privata Aucta non ha fatto altro che mantenerlo”²⁹⁶.

età e i maggiorenti possono contrarre gli sponsali un “chiaro desiderio di impiegare una terminologia tecnica”. Questa interpretazione ben si accorda con la progressiva tendenza alla sistematizzazione da parte della fonti bizantine in materia di fidanzamento, di cui sarà dato conto nel prosieguo dell’analisi delle fonti.

²⁹⁶ Cfr. F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine* cit., pag. 19 e nt. 26 con ulteriore bibliografia. Altre differenze significative rispetto all’Ecloga sono l’assenza della norma sulle distinzioni dell’età e delle persone per l’esenzione dalla pena, nonché l’assenza della disciplina delle clausole penali per il recesso dagli *sponsalia*, ammesse dall’Ecloga (1, 2) ma non dall’Ecloga Privata Aucta. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pagg. 73 e nt. 1-2(= *Scritti* 1, pag. 195 e nt. 1-2); F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine* cit., pagg. 22 ss.

4. Prochiron legum, Epanagoge

Comune alle due opere in esame è la tendenza a sistematizzare la regolamentazione del fidanzamento mediante una suddivisione in tre titoli: *περὶ μνηστείας; περὶ αρραβόνων μνηστείας; περὶ δωρεῶν μνηστείας μνηστείας*, che diventerà *tralaticia*²⁹⁷.

Il Prochiron legum, composto da un privato fra il secolo X e XI in Italia meridionale, non rappresenta una fonte normativa. Esso risulta elaborato sulla base dell'Ecloga di Leone l'Isaurico e Costantino V, della legislazione di Basilio il Macedone e di altre epitomi e raccolte orientali.

Tali testi, tuttavia, non vennero riprodotti fedelmente ma esemplificati, volgarizzati ed armonizzati col diritto consuetudinario locale, in modo da renderli adatti alle particolari contingenze giuridiche della regione cui dovevano servire²⁹⁸.

L'Epanagoge è al contrario una compilazione legislativa di Basilio il Macedone.

Il dato caratterizzante nella disciplina del fidanzamento nel Prochiron legum e nell'Epanagoge (contenuta nel primo titolo *περὶ συναίνεσεως μνηστείας*)²⁹⁹ è la previsione del fidanzamento privo di forme tipico del diritto romano classico.

²⁹⁷ Nell'Ecloga l'*arrha sponsalicia* era regolata nel titolo *περὶ συστάσεως μνηστείας καὶ λύσεως αὐτῆς*. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 74 s. (= *Scritti* 1, pag. 196 s.)

²⁹⁸ Cfr. F. DEL GIUDICE (a cura di), *Dizionario storico del diritto italiano ed europeo*, Napoli 2000, pag. 263.

²⁹⁹ Cfr. Prochiron auctum 1, 1 che si apre con le definizioni degli sponsali contenute nel Digesto tradotte alla lettera in greco *μνηστεία ἐστὶ μνήμη καὶ ἐπαγγελία τῶν μελλόντων γάμων* (cfr. D. 23, 1, 1). *καὶ ἐγγράφως καὶ ἀγράφως μνηστεία γίνεται* (cfr. D. 23, 1, 7 pr.) (Gli sponsali sono la proposta e la congrua risposta del matrimonio futuro. Gli sponsali nascono da una pattuizione scritta o orale).

Questa circostanza ha suscitato dubbi nella dottrina, soprattutto alla luce dei testi dell'Ecloga e dell'Ecloga Privata Aucta, i quali contemplan anche – o esclusivamente- il fidanzamento arrale.

Si è ritenuto pertanto che il ritorno ai principi classici fosse solo una dichiarazione di principio, non seguita dall'applicazione nella prassi³⁰⁰.

5. I Basilici

I Basilici ripropongono strutturalmente una suddivisione in tre titoli riguardo la regolamentazione del fidanzamento, analogamente al Prochiron auctum e all'Epanagoge.

Al contrario di queste opere, e conformemente al diritto della compilazione giustiniana, essi presentano una coesistenza di due forme di fidanzamento: quello arrale e quello consensuale privo di forme³⁰¹.

L'atteggiamento tenuto dai giuristi bizantini di fronte a tale fenomeno sembra concretizzarsi in un adattamento, in via

³⁰⁰ Cfr. P. KOSCHAKER, *op. ult. cit.*, pag. 399; E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pagg. 197 s., il quale argomenta diffusamente con i seguenti dati: lo scambio terminologico fra *ἀρραβών* e *μνηστεία* nella letteratura bizantina; l'esistenza di documenti posteriori che considerano le *arrahae* un elemento essenziale degli sponsali (ad es. *Synopsis minor Basilicorum* M, 111); il fatto che il Prochiron e l'Epanagoge regolino il fidanzamento (arrale) del *praeses provinciae* (normato nella compilazione giustiniana in C. I. 5, 2, 1); il collocamento delle norme conformi al sistema classico degli sponsali all'inizio del titolo *περί μνηστείας* del Prochiron e dell'Epanagoge a mo' di semplice frontespizio; la loro presenza anche nelle opere posteriori a Leone il Filosofo, che considerano le *arrahae* come un elemento essenziale per il fidanzamento. Scettico sull'ammissibilità di un fidanzamento privo di forme e non vincolante anche F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine* cit., pag. 19 nt. 28.

³⁰¹ Cfr. Il titolo di Bas. 28, 1 (Heimb. III, 149 ss.; Sch. A IV, 1315 ss.).

interpretativa, dei passi del Digesto al sistema del fidanzamento arrale³⁰².

6. Le Novelle di Leone il Filosofo

a) Sincretismo tra diritto civile ed ecclesiastico

Le Novelle di Leone il Filosofo in materia di diritto di famiglia sono caratterizzata dal tentativo, conforme all'indirizzo dei suoi predecessori, di togliere ogni contrasto fra il diritto civile e le norme ecclesiastiche³⁰³.

In materia di *sponsalia* venne assecondato quel fenomeno di assimilazione di questi al matrimonio operata dal diritto canonico.

Con la Novella 89 dell'anno 895 Leone impose la celebrazione religiosa del rito nuziale, dichiarando invalidi anche agli effetti civili i matrimoni che non ne fossero muniti³⁰⁴.

³⁰² Cfr. Bas. 28, 1, 1 - 2 (Heimb. III, 149; Sch. A IV, 1315); cfr. anche Bas. 28, 1, 5, 1, 2 (Heimb., III, 150; Sch. B V, 1797). Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pagg. 78-79 (= *Scritti* 1, pagg. 200-201), il quale va oltre affermando che la forma di fidanzamento basata sulla non vincolatività avesse un mero valore storico, e che il solo tipo di fidanzamento vigente all'epoca della redazione dei Basilici fosse quello arrale.

³⁰³ Cfr. Nov. 59, in cui si stabilisce la validità della sola celebrazione religiosa; cfr. L. DUCHESNE, *Origines du culte chrétien* cit., pag. 413; E. VOLTERRA, in *RISG* 5, pag. 80 (= *Scritti* 1, pag. 202); A. SAJE, *La forma straordinaria e il ministro* cit., pag. 40. In materia di *arrahae sponsaliciae* cfr. anche la Novella 18, in cui viene riconosce legislativamente la prassi di apporre una stipulazione di pena per il caso di recesso dagli sponsali: Nov. 18: *Διὰ τοῦτο καὶ ἅ τῇ συνήθειᾳ ἤρρεσεν ἐν ταῖς τῶν μνηστειῶν ἀθετήσεσιν ἐπικεῖσθαι προστιμήματα τοῖς ὀρμῶσι πρὸς τὴν ἀγέτησιν, καὶ ταῦτο εἰς νόμον καθιστῶμεν τιμὴν.* (Perciò, poiché è consuetudine che in caso di rottura degli sponsali siano comminate delle pene a coloro i quali hanno rotto gli sponsali, diamo alla consuetudine forza di legge). Volterra ritiene che “non essendo sufficiente, come dichiara la Novella stessa, la *poena dupli* per costringere i fidanzati a compiere il matrimonio, si vuole rendere più grave la sanzione contro i trasgressori ed a questo scopo si fissa una pena pecuniaria. E' il primo passo che condurrà più tardi anche per gli sponsali il diritto canonico”. Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5, pag. 82 (= *Scritti* 1, pag. 204); Z. VON LIGENTHAL, *Geschichte*³ cit., pag. 307.

³⁰⁴ La dottrina non è univoca sul punto, se il rito religioso fosse richiesto *ad substantiam* o *ad probationem*: per la prima ipotesi propende A. SAJE, *La forma*

Questa innovazione ebbe delle forti ripercussioni nella chiesa bizantina: a partire da questo momento, infatti, il sacerdote o il vescovo furono considerati ministri del matrimonio³⁰⁵.

b) Sinodo trullano e libertà matrimoniale

Il canone 98 del sinodo trullano aveva introdotto nel diritto canonico, come abbiamo visto, l'equiparazione all'adulterio del recesso unilaterale dal fidanzamento seguito da matrimonio con una terza persona.

Tale disposizione, che non aveva alcun riscontro nella legislazione civile, aveva dato origine ad una significativa discrepanza tra l'ordinamento religioso e quello secolare.

Con la Novella 74, confermata più tardi dalla Novella 109, Leone intervenne nella materia, stabilendo un'età minima per contrarre il fidanzamento: quindici anni per i maschi, tredici per le femmine. Allo stesso tempo si affermava la validità, agli effetti civili, della benedizione sacerdotale del fidanzamento.

L'imperatore dichiarava esplicitamente che l'intento perseguito con l'emanazione di questa disposizione era l'eliminazione del contrasto fra la legislazione laica e il canone 98 del sinodo trullano³⁰⁶:

Nov. 74: Ἐπειδὴ ἐν τοῖς περὶ γάμων τῆ τε ἱερᾶ καὶ μεγάλης ἔκκλησιᾶς ἐντελλομένοις καὶ ἐν τῷ ἐνενηκοστῷ καὶ ὀγδῶ κανόνι καὶ τοῖς τῷ πολιτικῷ νόμῳ δοκοῦσιν ὑπεναντιότης δοκεῖ

straordinaria e il ministro cit., pag 55 con ulteriore letteratura; per la seconda cfr. G. KADZIOCH, *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino ed orientale*, Roma 1997, pag. 87: "bisogna notare che l'imperatore Leone VI impose ciò non come atto costitutivo essenziale del matrimonio, ma come formalità legale necessaria".

³⁰⁵ Cfr. A. SAJE, *La forma straordinaria e il ministro* cit., pag 55.

³⁰⁶ Cfr. E. VOLTERRA, in *RISG* 5 cit., pag. 91 (= *Scritti* 1, pag. 213).

ἀναφαίνεσθαι. (ἡ μὲν γὰρ ἀπαγορεύει παντελῶς τὴν μεμνηστευμένην ἔτι τοῦ μνηστῆρος ἐν ἀνθρώποις ὄντος πρὸς γαμικὴν ὁμιλίαν ἐτέρῳ συνάπτεσθαι μοιχείας τὸ πρᾶγμα ὀρίζουσα, ὁ δὲ πολιτικὸς νόμος οὐκ ἀξιοῖ τὴν τοιαύτην διάλυσιν οὔτε τοῦ μεγάλου ἐγκλήματος, ἀλλ' ἐπὶ μόνῃ τῇ τῶν ἀρράβωνων καὶ τῶν προστιμήσεων ποινῇ τὴν ἐνοχὴν περιγράφει, εἰ πρωϊότερον τοῦ γαμηλίου καιροῦ ἢ ἐπ' αὐτῆς νενομισμένη τελεσθήσεται εὐλογία) [...] θεσπίζομεν μὴ τελεῖσθαι τὰς εὐλογίας, πρὶν ἂν ὁ νόμιμος τοῦ γάμου συμφθάση καιρός, ὃς ἐπὶ μὲν ἀνδρῶν πεντεκαιδέκατον περιμένει ἔτος, ἐπὶ δὲ γυναικῶν τῷ τρισκαιδεκάτῳ συμπεριγράφεται³⁰⁷.

Una soluzione definitiva del contrasto tra diritto civile e canonico in materia di fidanzamento si ebbe in realtà solo con la successiva *Bulla aurea* dell'imperatore Alessio Comneno, il quale stabilì che l'unica forma valida di fidanzamento era quella ecclesiastica. Ogni altro tipo di fidanzamento, con o senza *arrhae*, divenne pertanto invalido.

Il diritto bizantino si orientò così verso una forma di matrimonio costituita da due atti: fidanzamento e rito matrimoniale. La benedizione divenne al contempo indispensabile sia agli effetti religiosi che civili³⁰⁸.

³⁰⁷ (Poiché risulta che nelle cose stabilite dal sacro e grande sesto sinodo riguardo le nozze nel novantottesimo canone vi sia qualcosa di contrario alle norme di diritto civile [...] (infatti il sinodo proibisce assolutamente che la sposa si unisca in matrimonio ad un altro, mentre il fidanzato è in vita, e consiedera la cosa come adulterio: la legislazione civile invece non reputa tale comportamento come un tanto grande crimine: ma se dopo la convivenza sia stata celebrata la benedizione solenne, circoscrive la pena alla sola perdita delle arre e di quanto fu promesso a titolo di pena); ... stabiliamo che le benedizioni non siano date prima che venga il tempo legittimo del matrimonio, che è per gli uomini a quindici anni, per le donne a tredici).

³⁰⁸ Cfr. Novella 24 di Alessio Comneno.

Capitolo 7. Il medioevo

1. Introduzione

Nella storia del medioevo europeo si possono identificare due periodi relativamente all'evoluzione dell'istituto della promessa di matrimonio: il primo va dall'alto medioevo fino alla fine dell'undicesimo secolo, il secondo abbraccia tutta l'epoca posteriore (il c.d. "Basso medioevo").

La differenza fondamentale tra il primo ed il secondo periodo è rappresentata dalla considerazione sociale che riceve la donna: questa veniva considerata nell'alto medioevo come oggetto del negozio giuridico matrimoniale, mentre nella seconda fase ne divenne soggetto attivo.

Queste due diverse e successive concezioni della donna rispecchiano il prevalere, nell'alto medioevo, dei diritti germanici, e il riaffermarsi, nel periodo successivo, dello studio del diritto romano come diritto vigente.

La caduta dell'impero romano d'occidente, del resto, non aveva comportato la scomparsa dei suoi usi e costumi *in toto*: gli ex sudditi dell'impero poterono continuare almeno in una prima fase a servirsi del diritto romano in virtù del principio della personalità del diritto: il contatto e la convivenza nei cosiddetti regni romano - barbarici portarono progressivamente ad una fusione di usi e costumi e alla nascita di nuove consuetudini³⁰⁹.

³⁰⁹ Per un inquadramento dell'istituto della promessa di matrimonio all'interno del negozio matrimoniale nei diritti germanici cfr. F. DEGNI, *Del matrimonio*, I, Torino 1926, p. 56; ID., *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943, pag. 32; R. VACCARI, s. v. "sponsali" (diritto intermedio), in *Novissimo Digesto italiano* 18, Torino 1971, pagg. 37 s.; G. KADZIOCH, *Storia della celebrazione* cit., pag. 34 ss.

La sintesi delle varie esperienze giuridiche germaniche è operazione molto complessa, dato il numero e la varietà delle stesse. Ci soffermeremo in particolare sulla principale cultura germanica presente in Italia, il diritto longobardo, con alcuni riferimenti comparatistica alla società e al diritto di altri popoli germanici.

2. L'alto medioevo

a) Il diritto longobardo

Dopo il succedersi, nel nord Italia, di varie invasioni da parte di popoli germanici, si consolidò nell'alto medioevo la presenza dei Longobardi.

Il diritto longobardo concepiva il matrimonio come un negozio giuridico a formazione complessa, risultante da due atti: gli *sponsalia* (o *fabula firmata*), e le *nuptiae* (o *traditio*), ben distinti fra loro anche temporalmente, in quanto compiuti in giorni diversi³¹⁰.

Le parti dei due negozi giuridici erano il tutore (*Vormund*) della donna e lo sposo, mentre la sposa compariva semplicemente come oggetto del negozio.

³¹⁰ La situazione descritta prende forma a partire dall'editto di Rotari. Tra il IV ed il VI secolo d. C. *sponsalia* e matrimonio venivano invece celebrati in un solo atto. Il giorno delle nozze era detto *dies traditionis* (Roth. 181, 183) o anche *dies votorum* (Liutpr. 3, 103) e *dies quando mulier ad maritum ambulaverit* (Roth. 183), espressione che rimanda alla *domum deductio* romana. Cfr. A. RAVA, *Il requisito cit.*, pag. 25. Su questo paragrafo e sul successivo cfr. F. BRANDILEONE, *Il contratto di matrimonio*, in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano 1906, pagg. 347 ss., di cui si trova un puntuale commentario in G. MAGNANI, *Studio preliminare alla storia della promessa di matrimonio nel diritto italiano*, Pavia 1939, pagg. 240 ss.

Il marito acquisiva la potestà sulla moglie (*mundio*) tramite pagamento di un prezzo al mundoaldo (*meta*), secondo lo schema del matrimonio per compera.

In un primo momento la volontà della donna la volontà della donna non aveva alcuna rilevanza giuridica: il mundoaldo poteva solo, eventualmente, assecondarla nella scelta del marito³¹¹.

b) La struttura del fidanzamento longobardo

Gli sponsali veri e propri erano preceduti da un accordo informale tra le parti, detto *fabula*, *stantia*, o *conventum*, nel quale i contraenti assumevano l'obbligo di stringere gli *sponsalia*: questi avrebbero reso l'accordo stabile e definitivo, tramutando la semplice *fabula* in *fabula firmata*.

Negli *sponsalia* veniva fissato il prezzo della donna (*meta*) e trascritto su delle *tabulae*. Avveniva poi una duplice promessa: il mundoaldo si impegnava a consegnare la donna allo sposo, la mentre lo sposo prometteva di prendere la donna come moglie e di pagare la *meta*³¹².

In una prima fase (cfr. l'editto di Rotari) la *meta* era data in proprietà al mundoaldo prima del giorno delle nozze, prima

³¹¹ Cfr. G. SCADUTO, *Il consenso nelle nozze, nella professione e nell'ordinazione*, Napoli 1885, pagg. 83 ss. per il diritto germanico; pagg. 242 ss. per il diritto canonico.

³¹² Una struttura simile è stata rintracciata nei c.d. "*tokens of spousage*" del diritto inglese antico. Essi consistevano in piccole monete o pezzi di metallo pregiato, che venivano donati dal fidanzato alla fidanzata. Alcuni autori citano questa usanza come prova del matrimonio per compera nei diritti antichi dei popoli del Nord Europa: cfr. E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Aalen 1965 (ristampa dell'edizione originale di Leipzig 1865), pagg. 42 ss. Retaggi di dette usanze sarebbero, secondo parte della dottrina, riscontrabili ancora nel diritto irlandese dell'800 e nel diritto prussiano (attraverso la c.d. *Klage auf Eingehung der Ehe* ereditata dal diritto comune tedesco): cfr. E. FRIEDBERG, *op. cit.*, pag. 42, U. STUTZ, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach Deutschem bürgerlichem Recht*, Tübingen 1900.

della la *traditio* della donna, e rimaneva proprietà di lui. Successivamente (cfr. la legislazione di Liutprando) invece la *meta* non divenne più proprietà del mundoaldo, ma passò alla sposa³¹³.

Nella legislazione di Liutprando si scorge, inoltre, la modifica della promessa fatta negli sponsali dallo sposo al mundoaldo nel senso che egli prometteva di dare la *meta* alla sposa nel giorno delle nozze.

Le nozze o *traditio* consistevano nella consegna dal mundoaldo allo sposo, insieme col mundio su di essa e alla dote; lo sposo, da parte sua, consegnava alla sposa la *meta*.

Seguiva la cerimonia della *deductio* nella casa maritale, con la quale si riproduceva l'antico rito del ratto, vigente negli ambienti germanici in epoche pregiuridiche³¹⁴.

Il giorno successivo il marito consegnava alla moglie la *morgengabe*, un premio per la sua verginità³¹⁵.

L'istituto descritto mantenne la sua fisionomia durante la prima metà del medioevo nel regno longobardo, con poche innovazioni che non ne alterarono la struttura.

³¹³ Cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, Città di Castello 1907, pagg. 263; 266.

³¹⁴ Cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto privato* cit., pagg. 274 s.

³¹⁵ Liutpr. 117. La celebrazione delle nozze costituiva una mera esecuzione delle promesse contratte negli sponsalia, ed è descritta dalla storiografia tedesca di volta in volta come “*Erfüllung des Verlöbnisses*”, “*Übergabe der Jungfrau zur Heimführung*”, “*Auflassung der Vormundschaft*”: cfr. J. F. VON SCHULTE, *Lehrbuch des deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte*, Stuttgart 1873, pagg. 28 s.; R. SOHM, *Das Recht der Eheschließung* cit., pagg. 87 ss.; ID., *Trauung* cit., pagg. 1 ss.; H. DÖLLE, *Familienrecht*, Karlsruhe 1964, pag. 60. Nella dottrina italiana cfr. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai giorni nostri*, Torino 1899, pagg. 311 ss. In caso di inadempimento della promessa contenuta nella *fabula firmata* l'uomo perdeva la *meta*: cfr. R. SCHROEDER, *Lehrbuch der Deutschsgeschichte*, Leipzig 1894, pagg. 296 ss; BESTA, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Padova 1933 (per una comparazione con il diritto franco, ove la *Lex salica emendata* comminava per il fidanzato inadempiente la sanzione di un *wergeld* di 62 soldi e mezzo, cfr. P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris 1992.

L' unica novità degna di rilievo fu la progressiva fusione degli istituti della *meta* e la *morgengabe* in un unico dono alla donna, detto anche *quarta* o *tertia*.

Il negozio giuridico fin qui descritto era considerato dai giuristi contemporanei talora come una compravendita, talora come una donazione.

La dottrina più antica ravvisava indifferentemente nello schema negoziale una compravendita o una donazione³¹⁶; la dottrina moderna propende per un'assimilazione della struttura originaria del negozio alla compravendita, finché la *meta* rimase al mundoaldo, alla donazione, quando la *meta* passò alla donna.

Il diverso inquadramento dogmatico dell'istituto non incise peraltro sulla posizione giuridica della donna, la quale rimase oggetto del negozio giuridico: prima della compravendita, poi della donazione³¹⁷.

c) La *traditio matrimonii contrahendi causa*

Dopo il VII secolo si assiste ad un importante riconoscimento della personalità della donna, con risvolti importanti anche sui rapporti patrimoniali fra coniugi.

Questa evoluzione strideva con la considerazione di questa quale mero oggetto di contrattazioni: la coscienza generale la riconosceva come titolare di diritti, oltre che di doveri, nei confronti del proprio marito.

³¹⁶ Cfr. NICOLAI HIERONYMI GUNDLINGII, *De emptione uxorum, dote et morgengaba ex iure germanico libellus singularis*, Leipzig 1744, pag. 5: « Tale negotium quibusdam donationis nomine insigniri, ab aliis emptiois titulo notari. Utrumque mea sententia recte » (Tale negozio è da alcuni definito col nome di donazione, da altri col titolo di vendita. Secondo me le definizioni sono entrambe giuste).

³¹⁷ Cfr. U. NAVARRETE, *De vinculo matrimonii* cit., pag. 102, il quale parla di una concezione di tipo consensuale-realistica, in un ambito in cui la donna diveniva possesso dell'uomo.

La struttura del negozio matrimoniale vigente non era tuttavia adatto ad esprimere ed a garantire la migliorata condizione della donna, per cui si avvertì l'esigenza di modificare il negozio in senso più rispondente ai nuovi valori della mutata realtà sociale.

Questi elementi nuovi diedero al negozio giuridico costitutivo del matrimonio una fisionomia peculiare e la *traditio* della sposa non venne più considerata alla stregua di una *traditio* qualsiasi, ma diventò una *traditio* fatta *matrimonii contrahendi causa*³¹⁸.

Il fidanzato prometteva che avrebbe trattato la futura moglie in modo diverso dalle schiave, che non avrebbe condotto altra donna in casa durante la vita di lei, e che non avrebbe disposto della moglie a suo piacimento.

Questi obblighi furono spesso garantiti dalla stipulazione di penali, ciò che dimostra come le nuove istanze fossero state recepite prima dalla prassi che nella dalla legislazione, mediante il potere di autoregolamentazione degli interessi privati (di cui l'apposizione di penali costituisce un tipico esempio, in mancanza di tutela dell'ordinamento giuridico).

Il mundoaldo inoltre, al momento della promessa di dare la propria figlia in sposa, pretese dal futuro marito l'impegno a fare un dono alla donna dopo che l'avesse avuta presso di sé.

Egli, dal canto suo, continuò a dare alla donna i beni mobili che anche in precedenza era stato solito darle, rinunciando anche alla *meta* in vantaggio di lei.

Il raffronto tra la legislazione di Rotari e quella di Liutprando mostra chiaramente la rapida evoluzione descritta: nell'editto di Rotari la *morgengabe* è ricordata come esistente,

³¹⁸ Cfr. Roth. 182 e 195.

ma non è esplicitamente imposta dalla legge, mentre la *meta* spetta al *mundoaldo*; in Liutprando *meta* e *morgengabe* vengono espressamente attribuite alla donna.

Attraverso gli obblighi assunti dallo sposo, i quali non costituivano parti accessorie del negozio giuridico matrimoniale, ma elementi essenziali del medesimo, lo schema matrimoniale originario venne piegato ad esprimere il riconoscimento, almeno parziale, della personalità della donna: il matrimonio era dunque ora costituito dalla *desponsatio*, dalla *traditio* della *donna* e dagli obblighi assunti dallo sposo verso il *mundoaldo* in ordine alla considerazione e ai beni della donna.

Questi obblighi venivano assunti al momento della *desponsatio*, mentre all'atto di effettuare la *traditio* si verificava l'effettiva costituzione degli assegni patrimoniali promessi.

d) Evoluzione degli obblighi morali e patrimoniali

I nuovi obblighi introdotti nella *traditio matrimonii contrahendi causa* ebbero diversa sorte: quelli riguardanti i diritti personali della donna vennero ben presto codificati dall'ordinamento, perdendo così la necessità di apposita tutela da parte dei privati e scomparendo dalla struttura del negozio matrimoniale; quelli di carattere patrimoniale, al contrario, restarono a lungo parte integrante del negozio stesso.

La costituzione di un assegno da parte dello sposo (c. d. *dotatio*) fu considerata come un diritto della sposa: esso assolveva la duplice funzione di assicurare alla donna i mezzi di sostentamento in caso di vedovanza e di garantirle un'adeguata

considerazione in costanza di matrimonio, e venne imposto sia dal diritto civile, sia dal diritto canonico³¹⁹.

3. La seconda fase del medioevo

a) Da una forma ibrida di conclusione del matrimonio ad una forma nuova: la caduta del mundio

Le progressive, sempre maggiori limitazioni alla assoluta potestà originaria del mundoaldo e del marito si ponevano in chiaro contrasto con la struttura originaria del matrimonio germanico, basato, come si è visto, sullo schema della compravendita o della donazione avente per oggetto la donna.

La figura ibrida della *traditio matrimonii contrahendi causa* fu espressione di una *Übergangsphase*, destinata a traghettare lo *status quo ante* verso una nuova forma di conclusione del matrimonio, meglio rispondente al mutato quadro dei valori sociali.

L'ulteriore progressivo riconoscimento della personalità muliebre condusse alla caduta del *mundio* sulla donna ed ebbe l'importante conseguenza, per quanto riguarda la promessa di matrimonio, che questa iniziasse a prendervi parte quale soggetto attivo, da oggetto che prima ne era stata.

Contemporaneamente si verificò una svolta nella conclusione del matrimonio: questo divenne da atto prettamente familiare atto ecclesiale.

³¹⁹ Cfr. R. SCHROEDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, cit., pag. 305 ss.; A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique* I, Paris 1891, pagg. 185 s.

L'evoluzione della struttura del negozio matrimoniale è ben evidente nelle formule del formulario di Rolandino, preso a modello anche nel periodo successivo:

ROLANDINI RUDULPHINI , *Summa Totius Artis Notariae*, fol. 80 v. ss.³²¹: *Instrumentum sponsaliorum et matrimonii contrahentium. “Antonius contraxit, concessit et destinavit Corrado Jacobinam eius filiam in futuram sponsam et uxorem Joannis filii ipsius Corradi, promittens... se facturum et curaturum,... quod dicta d. Jacobina contrahet sponsalia et matrimonium cum dicto Joanne tempore legitimo...., et se soluturum et daturum eidem Corrado dotis nomine et pro dote ipsius d. Jacobinae, tempore contracti matrimonii, [...] denarios et convenientem mobiliam. Versa vice dictus Corradus contraxit, concessit et destinavit dicto Antonio praedictum Joannem eius filium in futurum sponsum et virum dictae Jacobinae filiae eiusdem Antonii; promittens...., se facturum et curaturum,... quod d. Jo. eius filius contrahet sponsalia et matrimonium cum d. Jacob. tempore legitimo... ; et quod ipse Corr., tempore dicti matrimonii contrahendi, [...] faciet d. Antonio instrumentum dotale....»³²²*

³²¹ Venetiis, apud Juntas, 1546 (ristampato in edizione anastatica Bologna, 1977). Cfr. anche fol. 76 v. : *instrumentum donationis propter nuptias* (documento della donazione in occasione delle nozze)

³²² (Antonio contrattò, concesse e destinò a Corrado sua figlia Giacobina quale futura sposa e moglie di Giovanni, figlio dello stesso Corrado, promettendo che avrebbe fatto e curato... che la suddetta Giacobina contrarrà gli sponsali e il matrimonio con detto Giovanni a tempo debito ..., e che egli pagherà e darà a Corrado a titolo di dote e per la dote della stessa Giacobina, al tempo del matrimonio contratto, denari e un mobilio adeguato. Al contrario detto Corrado contrattò, concesse e destinò a detto Antonio il suddetto figlio Giovanni quale futuro sposo e marito della predetta Giacobina figlia dello stesso Antonio; promettendo... che avrebbe fatto e curato... che detto Giovanni contrasse gli sponsali e il matrimonio con detta Giacobina a tempo debito...; e che lo stesso Corrado, al tempo di

ID., fol. 83: *forma insirumenti matrimonii per verbale praesenti contracti: «.... Petrus... accepit B. in suam legitimam uxorem, et in eam consensit; nam interrogatus per discretum et sapientem virum d. M., utrum placeret sibi habere praed. B. in suam uxorem, respondit protinus quod sibi placebat et in eam consentiebat tamquam in suam legitimam uxorem. Et e contra praedicta d. B eodem modo interrogata per d. sapientem virum d. M., utrum placeret sibi accipere praed. d. p. in suum maritum, respondit protinus quod sibi placebat, et in eum tamquam in legitimum maritum consentiebat... »*³²³.

Analizzando queste formule, possiamo osservare che anche ora la conclusione del matrimonio risultava da due atti, i quali però differivano dai due atti del periodo antecedente sia per il rispettivo contenuto e per il rapporto intercedente fra il primo ed il secondo, sia per le persone dalle quali erano compiuti.

Nel primo atto il mundoaldo della donna prometteva allo sposo, che la donna si sarebbe lasciata sposare, e stabiliva l'ammontare della dote, mentre, a sua volta, lo sposo prometteva al mundoaldo che avrebbe sposato la donna, e indicava l'assegno che le avrebbe conferito.

Nel secondo atto seguiva la *desponsatio* promessa nell'atto antecedente: essa aveva luogo fra gli sposi e, nella sua sostanza, consisteva nell'esplicita e reciproca dichiarazione di prendersi come marito e moglie.

contrarre detto matrimonio, [...] farà a detto Antonio il documento dotale...).

³²³ (Pietro prese B come sua legittima moglie, e diede il consenso su di lei; infatti interrogato dal discreto e saggio uomo d. M., se volesse avere la predetta B quale sua moglie, rispose immediatamente che lo voleva e che acconsentiva a lei quale sua legittima sposa. E al contrario la suddetta d. B., interrogata allo stesso modo dal saggio d. M., se volesse prendere come suo marito il predetto Pietro, rispose immediatamente che lo voleva, e che lo voleva altresì come legittimo marito...).

La nuova struttura del negozio matrimoniale è inscindibilmente connessa alla caduta del *mundio* sulla donna: precedentemente, infatti, la *desponsatio* compiuta dal *mundio* consisteva, in virtù del *mundio*, nella disposizione di cosa propria e nella promessa del fatto proprio, di cui la *traditio* della donna costituiva l'esecuzione.

b) I nuovi ruoli della donna e del *mundio*

La scomparsa del *mundio* e il contestuale riconoscimento della personalità della donna non comportarono tuttavia la partecipazione della donna quale soggetto in entrambe le fasi del nuovo negozio matrimoniale.

Fino all'inizio del secolo XVIII, i formulari non attestano la partecipazione della donna alla conclusione della promessa di matrimonio; il fidanzamento continua a presentare la struttura analizzata³²⁴.

³²⁴ Cfr. l'estratto del documento con cui veniva concluso il fidanzamento contenuto nel Formulario fiorentino del secolo XV (edito in Pesaro nel 1510), carta 49 ss.: ...: « *Iohannes... de Florentia ex parte una promisit et solemniter stipulatione convenit Antonio...civi fiorentino...., se facturum et procuraturum ita et taliter,... quod d. Margarita filia d. Iohannis consentiet in dictum Antonium tanquam in eius sponsum et virum legitimum et ab eo uxoriali affectu in signum veri et legitimi matrimonii annulum recipiet et cum eo matrimonium legitime contrahet et denique eidem dabit illam dotem...Et ex adverso d. Antonius ex parte alia promisit dicto Iohanni...consentire in dictam Margaritam tanquam in eius sponsam uxorem legitimam...; a dictaque domina, seu alio pro ea, recipere et confiteri illam dotem... In N. et B. dicti Ioh. et Antonius compromiserunt tanquam in eorum arbitros, dantes eisdem licentiam dotem et fideiussores pro dote et donatione propter nuptias declarandi et constituendi,..».*

(Giovanni..di Firenze da una parte promise e contrattò con una solenne stipulazione con Antonio.. cittadino di Firenze..., che egli avrebbe fatto e si sarebbe adoperato in ogni modo.. affinché Margherita figlia di Giovanni acconsentisse al detto Antonio e lo prendesse quale sposo e legittimo marito e da questi prendesse con affetto muliebre in segno di matrimonio vero e legittimo un anello e con quello contraesse un matrimonio legittimo e che inoltre gli desse quella dote... E dall'altra parte il suddetto Antonio promise al detto Giovanni... di acconsentire a detta Margherita e di prenderla quale sposa legittima...; da detta signora, o da altri

Ciò è spiegabile con la circostanza che alla conclusione era connessa anche la conclusione di accordi a contenuto patrimoniale, i quali richiedevano la presenza del mundoaldo (ad esempio per quanto riguarda la costituzione della dote).

Gli sponsali erano inoltre contratti fra giovani di tenera età, privi della capacità di agire: da qui la necessità di rappresentanti muniti della capacità di agire³²⁵.

Si verificò tuttavia un mutamento giuridicamente molto importante: la promessa del mundoaldo, che la donna si lascerà sposare nel termine previsto e che egli la doterà come da accordi, non aveva più per oggetto la disposizione di cosa propria né la promessa del proprio fatto, bensì essa costituiva ora una promessa del fatto altrui, ossia della donna: l'esecuzione di questa promessa da parte della donna costituiva il secondo atto, la vera e propria conclusione del matrimonio, sicché questo non era più il risultato dei due atti, come era stato in precedenza.

c) La pubblicità dei matrimoni e nuove forme di conclusione

Nell'alto medioevo la celebrazione del matrimonio era stata considerata un atto privato, che coinvolgeva solamente gli interessi delle parti in causa.

Già nella seconda fase della dominazione longobarda, tuttavia, la conclusione del matrimonio venne progressivamente considerata rilevante non solo per i diretti interessati, ma anche per

per lei, di ricevere ed accettare quella dote... Giovanni e Antonio compromisero in N. e B. e nei loro arbitri, dando loro licenza di dichiarare e costituire una dote e dei fideiussori per la dote e la donazione in vista delle nozze...).

³²⁵ Sul Formulario fiorentino cfr. R. STINTZING, *Geschichte der populären Literatur*, Leipzig 1867, pag. 313 s.

la collettività: di qui la necessità della celebrazione alla presenza del popolo radunato, usanza che sopravvisse alla caduta del regno longobardo.

Questa partecipazione pubblica alla conclusione del matrimonio era stata inizialmente di semplice assistenza: gli atti venivano compiuti e ricevevano sanzione dalla presenza di un pubblico ufficiale.

In seguito, quando la conclusione del matrimonio fu identificata con la dichiarazione del consenso degli sposi, l'intervento della collettività assunse forme più attive: il pubblico ufficiale rivolgeva agli sposi la domanda se intendessero prendersi come marito e moglie, e le risposte affermative dei nubendi sancivano la conclusione del matrimonio.

Questa forma di manifestazione del consenso matrimoniale si diffuse inizialmente nel diritto germanico, ed in base al principio della personalità del diritto vincolò inizialmente i soli sudditi al diritto longobardo; successivamente essa si diffuse in Italia anche tra i cittadini di origine romana, ai quali era permesso seguire il diritto romano: questi ultimi tuttavia, pur celebrando i loro matrimoni in pubblico al pari degli altri, sostituirono al pubblico ufficiale una persona qualsiasi, detta oratore.

La sua presenza non era necessaria *ad substantiam* per la conclusione del matrimonio: in sua assenza gli sposi, per rendere pubblico il consenso scambiatosi, si rivolgevano reciprocamente le domande di voler essere marito e moglie³²⁶.

In nessun caso, dunque, data la rilevanza pubblica dell'atto della conclusione del matrimonio, era considerato valido il semplice consenso comunque manifestato: il consenso doveva

³²⁶ Cfr. F. PATETTA, *Contributi alla storia delle orazioni nuziali e della celebrazione del matrimonio*, Torino 1896, pagg. 50 s.

essere espresso in pubblico con parole, *verbis*, mediante le risposte alle interrogazioni.

Questa nuova forma di manifestazione del consenso non venne applicata esclusivamente alle *nuptiae*, ma anche alla promessa di matrimonio, che veniva pronunciata in pubblico e redatta in iscritto da parte di un notaio.

4. Il diritto canonico medievale

a) Introduzione

Le profonde trasformazioni subite dalla promessa di matrimonio e complessivamente dall'intero negozio matrimoniale nel corso del medioevo che abbiamo analizzato, ebbero forti ripercussioni sulla concezione canonistica del matrimonio e della sua conclusione: la diffusione della pubblicità del consenso nella conclusione del matrimonio offrì in particolare ai canonisti lo spunto per riconsiderare alle basi il principio e la concezione della sacramentalità del matrimonio.

La dottrina paolina, recepita da tutti i Padri della Chiesa e dal diritto canonico antico³²⁷, considerava l'unione matrimoniale quale immagine dell'unione fra Cristo e la Chiesa, in quanto tale dotata del carattere della sacramentalità e quindi dell'indissolubilità.

Era pertanto fondamentale individuare il momento a partire dal quale l'unione matrimoniale acquistava detti caratteri.

³²⁷ Cfr. supra cap. 5.

b) La c. d. “scuola realista di Bologna”

Nel diritto canonico antico tale momento era rappresentato dal atto dell'unione sessuale; nel medioevo tale dottrina venne sviluppata soprattutto in Francia per opera di Incmaro (IX secolo d. C.), arcivescovo di Rheims, il quale, operando una sintesi tra le fonti canoniche antiche e la concezione giuridica germanica vigente, formulò una teoria della sacramentalità matrimoniale che ebbe molto seguito perché in armonia con le concezioni giuridiche contemporanee.

Secondo tale teoria l'unione effettiva fra i due sposi non poteva considerarsi come avvenuta prima della loro unione sessuale *cum animo maritali*, poiché negli atti precedenti la donna era stata soltanto oggetto del negozio giuridico costitutivo del matrimonio.

Detta teoria, pur se osteggiata da papa Niccolò I, si tradusse nella posizione ufficiale della Chiesa grazie all'opera del monaco camaldolese Graziano, il quale, pur riconoscendo grande importanza al principio romanistico *consensus facit nuptias*, sostenne la teoria della copula³²⁸.

Il progressivo miglioramento della posizione giuridica della donna nella conclusione del matrimonio e il contestuale riconoscimento giuridico del principio per cui unicamente la

³²⁸ Cfr. *Decretum Gratiani* c. 27, q. 2, c. 34: *Sciendum est quod coniugium desponsatione initiatur, commistione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est sed initiatum; inter copulatus est consummatum* (trad.: si deve sapere –distinguere– ciò che ha inizio con la promessa dei coniugi e ciò che ha compimento con la loro unione; perciò tra lo sposo e la sposa c'è il matrimonio, ma solo in fase di inizio, mentre è portato a compimento tramite l'unione dei corpi); cfr. anche c. 27, q. 2, c. 39. In letteratura cfr. U. NAVARRETE, *Il matrimonio nel diritto canonico. Natura del consenso matrimoniale*, in *La definizione essenziale giuridica del matrimonio, Atti del colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Roma 1980, pag. 137; ID., *Influsso del diritto romano sul diritto matrimoniale canonico*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico 1978*, Roma 1979, pag. 307; C. N. L. BROOKE, *Il matrimonio nel Medioevo*, Bologna 1991, pagg. 141-142.

manifestazione del consenso degli sposi aveva efficacia di costituire il matrimonio mise in crisi la concezione di Incmaro e di Graziano.

c) La c.d. “scuola consensualista” di Parigi

Nella nuova realtà sociale il matrimonio poteva dirsi *perfectum* a partire dall'atto in cui i nubendi –entrambi!- esprimevano il loro consenso: era questo il nuovo *dies a quo* l'unione matrimoniale assumeva il carattere della sacramentalità e dell'indissolubilità, divenendo simbolo dell'unione fra Cristo e la Chiesa.

L'autore principale di questa impostazione dogmatica fu Pietro Lombardo –nato in Italia, poi trasferitosi ad insegnare a Parigi-, il quale intorno alla metà del dodicesimo secolo si fece interprete di una tradizione che si era andata consolidando da S. Pier Damiani ad Ugo di S. Vittore³²⁹.

Nelle Sentenze di Pietro Lombardo vi è un capitolo del libro IV intitolato significativamente *De consensu, qui efficit coniugium*, in cui viene riaffermato il principio del consenso quale causa efficiente del matrimonio cristiano.

Lombardo, inoltre, distingue chiaramente due momenti nell'espressione della *voluntas contrahendi*: una promessa *de futuro* –dissolubile- e una, successiva, *de praesenti*, in cui veniva manifestata la volontà definitiva di divenire marito e moglie³³⁰.

³²⁹ Cfr. G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova 1996, pagg. 72 ss; PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris 1992, pagg. 244 ss; A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, cit., pagg. 124 ss; PLÖCHL, *Storia del diritto canonico*, II, edizione italiana, Milano 1963, pagg. 284 ss.; CARON, s. v. *Matrimonio (promessa di) (diritto canonico)*, in *NNDI*, X, Torino 1964, pagg. 427 ss.

³³⁰ Cfr. U. NAVARRETE, *Il matrimonio nel diritto canonico* cit., pag. 137

La copula carnale, al contrario, viene relegata a diritto-obbligo dei coniugi, unitamente alla coabitazione: la sua mancanza non avrebbe comunque mai intaccato la *societas* indissolubile costituitasi con il matrimonio.

Pur essendo il diritto romano l'elemento principale tenuto presente nell'elaborazione di Lombardo, le due dichiarazioni di consenso richieste differivano sensibilmente dalla dottrina romana.

Il *nudus consensus* del matrimonio romano, che non necessitava di alcuna esteriorizzazione formale, venne sostituito dal consenso espresso *per verba*³³¹.

d) Contrattualizzazione della promessa di matrimonio

Gli Scolastici, e successivamente i Canonisti, lavorarono molto sulla dicotomia del consenso manifestato *per verba de praesenti* e di quello espresso *per verba de futuro*.

Essi formularono una concezione contrattualistica, della promessa di matrimonio, avvicinando il binomio *sponsalia* - matrimonio a quello *consensus - traditio* tipico delle obbligazioni contrattuali, con ciò raggiungendo la massima distanza dalla concezione matrimoniale del diritto romano, secondo il quale il matrimonio, al pari dei contratti consensuali, si perfeziona col nudo consenso³³², e che non lo aveva mai annoverato tra i contratti.

³³¹ Secondo alcuni autori la distinzione operata da Pietro Lombardo tra manifestazioni di volontà *de futuro* e *de praesenti* in antitesi alla dottrina della copula di Incmaro e Graziano sarebbe derivata dalla presa d'atto del diritto canonico dei nuovi riti di conclusione del matrimonio affermatasi progressivamente nella prassi sociale. Cfr. P. PETOT, *Histoire* cit., pagg. 244 ss., 248; A. ESMEIN, *Le mariage* cit., pagg. 124 ss. Sulla concezione canonistica del fidanzamento cfr. anche W. M. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico*, II, edizione italiana, Milano 1963, pagg. 284 ss.; CARON, s. v. "matrimonio" (*promessa di*) (*diritto canonico*), in *NNDI*, X, Torino 1964, pagg. 427 ss.

³³² Cfr. D. 20, 1, 4 e D. 22, 4, 4.

Nella letteratura giuscanonistica dell'XI e XII secolo invece il matrimonio è spesso qualificato come *contractus* (talora come compravendita, talora come società) e la sua conclusione è equiparata talvolta alla *stipulatio*:

*Summa Codicis Irnerii, 5, 1: [...] De contractibus seu de his societatibus pertractatum est, in quibus res pecuniaria vertitur; nunc de his in quibus non quid pecuniarium principaliter spectatur, set persone ipse inter se sub quadam ratione societatis copulantur seu coniunguntur, matrimonium enim est societas.... — praeparatoria nuptiarum seu contractus pecuniarii qui ipsarum gratia fiunt premittuntur... — ;*³³³

*Summa Codicis Irnerii, 5, 4: Sunt autem nuptie maris et feminae coniunctio, cum quidam ratione societatis...*³³⁴.

ROGERIUS, *Summa Codicis 5, 1: Audivimus in superioribus de contractibus rerum., nunc audiamus de contractibus personarum, id est de matrimoniis....; vel aliter: expedivimus in superioribus de ea societate, que ius fraternitatis habet et gratia lucrandi contrahitur, consequens est ut de societate maris et femine audiamus.... — Queri solet si sintne sponsalia contractus. Et quidem*

³³³ (Si è trattato del contratto o di queste società, in cui si verte di cose pecuniarie, ora si parla di quelle in cui non si verte essenzialmente di denaro, ma le stesse persone per un qualche senso di società si uniscono o si congiungono, infatti il matrimonio è una società... preparatoria delle nozze o di un contratto pecuniario che le precede...)
Il passo si trova in H. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894, pag. 136.

³³⁴ (Invece le nozze sono l'unione di un maschio ed una femmina, con il un qualche riferimento alla società). Cfr. H. FITTING, *op. cit.*, pag.139.

cum sint pacta sponsalia et obligatoria, non frustra contractibus adligabuntur, quippe nichil aliud est contractus quam pactum obligatorium. Emergit et alia questio: Oritur ex tali contractu accio? Sed cur non est? Ecce enim si stipulatio intercesserit, ex stipulatu agatur... Non est absurdum si et is qui sponsalia contraxerit per presidenti presulemve compellatur compiere et ad effectum matrimonium deducere. Amplius revocatur in dubium si sitne matrimonium consensus et idem seu alius consensus sponsalium.... Matrimonium nec idem consensus est nec alius ac consensus sponsalium; nempe nichil aliud est matrimonium quam consensus in sponsalibus initiatus ad factum usque perductus. Matrimonium ergo nomen non est iuris, nomen sed facti... Sicut se habet traditio in contractibus rerum, sic se habet ductio in contractibus personarum³³⁵.

I giuristi, peraltro non univoci nel definire o meno il matrimonio come contratto, non si erano spinti oltre un avvicinamento esteriore tra i due istituti; i Canonisti invece, che si muovevano sul terreno della sacramentalità del matrimonio, non si

³³⁵ (Abbiamo udito nelle parti precedenti dei contratti delle cose, ora udiamo dei contratti delle persone, cioè dei matrimoni... ; o altrimenti : ci siamo occupati sopra di quella società che ha il diritto di fratellanza e viene contratta con fine di lucro, è conseguente che trattiamo della società tra maschio e femmina...- ci si chiede spesso se gli sponsali siano un contratto. Poichè gli sponsali sono patti e obbligatori, nulla vieta di annoverarli tra i contratti, poichè il contratto non è altro che un patto obbligatorio. Si pone anche un'altra questione : nasce azione da tale contratto ? Ma perchè non c'è ? Se infatti c'è una stipulazione, si agisce ex stipulatu..non è assurdo che anche chi ha contratto gli sponsali sia costretto a compiere e a rendere effettivo il matrimonio. Di più è revocato in dubbio se il matrimonio sia il medesimo consenso degli sponsali o un altro... Il matrimonio non è lo stesso consenso nè un altro rispetto a quello degli sponsali ; il consenso non è altro che il consenso iniziato negli sponsali e reso efficace. Dunque il matrimonio non è un istituto giuridico, ma una realtà di fatto...come si ha la traditio nei contratti sulle cose, così si ha la consegna nei contratti delle persone). L'opera è edita in A. GAUDENZI, *Bibliotheca Iuridica medii aevi* I, Bologna 1914, pagg. 89 ss.

limitarono a tale accostamento esteriore, ma estesero al matrimonio le singole norme regolanti la categoria dei contratti.

e) La dottrina del cardinale Ostiense

La teoria consensualista ricevette un'autorevole legittimazione da parte del cardinale Ostiense, Enrico di Susa: questi contrappose alla necessità del «*consensus per verba expressus*» richiesto da Lombardo, la sufficienza del *nudus consensus*, accentuando l'avvicinamento fra il matrimonio e i contratti consensuali³³⁶:

HENRICI DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea*, col. 1249 ss.: « *De matrimoniis. Secundum vulgarem opinionem duo requirit ecclesia, consensum (scil. et verba), ubi loqui potest is qui contrahit, sed ubi loqui non potest, signa sufficiunt. Mihi videtur, quod solum consensum requirit ecclesia quo ad essentiam matrimonii, unde et sufficit si dicant: Consensimus; verba autem requiruntur ad hoc, ut consensus probetur; sed et si verba deficiant, sufficere debent signa etiam in loquente. Nam qualitercumque consensus probetur, non audeo asserere nec consulere, ut hi quos Deos coniunxit per hominem separentur. Sufficit, quod de consensu appareat qualitercumque, sicut dicit lex in consimili contractu, scil. locationis et emptionis, qui solo consensu contrahitur*»³³⁷.

³³⁶ Cfr. la dottrina gaiana esposta in D. 20, 1, 4 ; D. 22, 4, 4. Già prima dell'Ostiense l'avvicinamento era stato fatto dai discepoli di Graziano, il quale aveva affermato che « *matrimonium desponsatione initiatur, copula perficitur* ». (il matrimonio inizia con gli sponsali, si perfeziona con la copula). I discepoli avevano rilevato che detti corrispondevano ai due atti necessari per l'acquisto della proprietà, il consenso e la consegna.

³³⁷ (Secondo l'opinione popolare la chiesa richiede due cose: il consenso e le parole, dove colui che contrae è in condizione di parlare, solo i segni dove quello non può parlare. Mi sembra che la chiesa richieda solo il consenso per l'essenza del matrimonio, per cui basta se (i nubendi) dicano:

Il principio della sufficienza del *nudus consensus* ai fini della validità del matrimonio ebbe tuttavia degli effetti molto negativi nella prassi applicativa: si rivelò frequente il caso in cui, dopo aver contratto un matrimonio *per verba de praesenti*, prima che il matrimonio stesso fosse consumato, uno dei due contraesse un altro matrimonio con una terza persona consumandolo.

Si pose in tal caso il problema della validità e della pozziorità tra i due matrimoni: secondo l'antica dottrina della copula di Graziano soltanto il secondo matrimonio, perché consumato, era perfetto, e doveva quindi aver la preferenza sull'altro, analogamente al caso della vendita successiva di a due persone, e consegnata soltanto al secondo acquirente; la sufficienza del *consensus* ai fini della validità del matrimonio, tuttavia, indicava la soluzione opposta, secondo la dottrina dell'Ostiense:

HENRICI DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea* col. 1296 ss.: « *Videtur quod, si secunda uxor primo sit cognita, prior sit in iure quam prima, sicut consuetudo Mutinensis tenebat*³³⁸; *cum enim matrimonium solo consensu contrahatur,*

siamo d'accordo; le parole invece sono richieste per provare il consenso; ma anche se le parole mancano, deve bastare il consenso in chi parla. Infatti in qualunque modo sia provato il consenso, non oso asserire o consigliare, affinché coloro i quali sono stati uniti da Dio non siano separati dall'uomo. Basta che il consenso appaia in qualsiasi modo, come dice la legge nel simile contratto di locazione e di vendita, che viene concluso con il solo consenso).

Il titolo completo dell'opera è: HENRICI DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa aurea, ad vetustissimos codices summa fide, diligentiaque nunc primum collata, atque ab innumeris erroribus, quibus scatebat hactenus, repurgata. Cum antiquis Nicolai Superantii, atque eruditus recens ex Summa f. Martini abbatis, i.u.d. celeberrimi Azonis & Accursij (vt ferunt) coaetanei adiectis adnotationibus. Accessit rerum, et verborum toto opere memorabilium locupletissimus index, Venetiis, 1586.*

³³⁸ Cfr. A. ESMEIN, *Le mariage* cit. I, pag. 128 nt. 2 e 3.

debet esse potior illa, cui potius traditur possessio corporalis; sic enim est in emptione et venditione, hi tamen contractus solo consensu perficiuntur. Quae ergo est ratio. Respondeo, si quae ratio reddi potest, forte est haec... Consensus matrimonialis semel contractus semper immutabilis et perpetuus remanet, nam auctor [Dio] immutabilis est et aeternus, et naturalia immutabilia permanent. Nec eget consensus iste traditionis adminiculo corporalis; nam spiritualia magis consistunt in bona voluntate et intellectu animi, quam in facto seu apprehensione corporali. E contra vero consensus emptionalis, ut ita loquar, momentaneus et mutabilis permanet... »³³⁹.

f) Le sintesi di Alessandro III e Innocenzo III

Il fiorire delle teorie descritte aveva dato luogo ad una situazione difficilmente sostenibile: oltre a quanto detto bisogna infatti osservare che, per quanto la teoria consensualista avesse soppiantato in Francia l'antica teoria della copula, quest'ultima continuava a riscuotere una certa diffusione in Italia.

La coesistenza della teoria della copula e di quella consensualista aveva ripercussioni pratiche molto gravi, che richiedevano una sintesi.

³³⁹ (Sembra che, se la seconda moglie sia stata “conosciuta” dal primo, abbia una situazione giuridica migliore della prima, come riteneva la consuetudine modenese; infatti poiché il matrimonio è contratto col solo consenso, deve prevalere quella a cui è stata donato di più il contatto fisico; così è infatti nella vendita e nella compera, questi contratti infatti si perfezionano con il solo consenso. Il motivo è dunque questo. Rispondo che, se si può trovare un qualche motivo, forse è questo. Il consenso matrimoniale, una volta scambiato, è per sempre immutabile e perpetuo, infatti l'autore [Dio] è immutabile ed eterno, e le cose naturali restano immutabili. Né questo consenso ha bisogno dell'appoggio della consegna del corpo; infatti le cose spirituali consistono più nella buona volontà e nella sensazione dell'animo che nell'opera o nell'impossessamento del corpo. Al contrario il consenso della vendita, come dico, resta momentaneo e mutevole...).

Alla situazione descritta tentarono di dare una risposta due papi, Alessandro III ed Innocenzo III, tramite lo strumento delle decretali.

Papa Alessandro III, allievo di Graziano appartenente alla scuola di Bologna (*Magister Rolandus*) e successivamente “convertitosi” alla teoria consensualista, operò un primo tentativo di sintesi tra le due teorie.

Le sue posizioni tuttavia non furono sempre univoche: in alcune decretali egli affermava la vigenza del solo principio consensualista³⁴⁰, mentre altrove ammetteva anche il matrimonio tramite consenso *de futuro* seguito da *copula carnalis*, senza bisogno di una rinnovazione del consenso *de praesenti*. In tal caso il fidanzato riluttante a contrarre il matrimonio poteva esservi costretto dai giudici ecclesiastici *per censuram ecclesiasticam*, in assenza di ipotesi esimenti³⁴¹.

Sulla stessa scia di Alessandro III si pose il suo successore, Innocenzo III, con il quale si consolidò la duplice forma di matrimonio: per *verba de praesenti* o per *verba de futuro* con successiva copula.

³⁴⁰ Cfr. la decretale *Licet praeter solitum* X, 4, 4, 3.

³⁴¹ Cfr. la decretale *Ex litteris*; cfr. anche la decretale *Veniens* X, 4, 1, 15. Le fonti della legislazione alessandrina sono nella *Decretalium Domini Gregorii Papae IX compilatio* c. III, *De sponsa duorum*, IV, 4; c. VIII, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1; c. XV, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1; c. X, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1. Cfr. anche le decretali successive in materia di Gregorio IX, il quale proseguì sulla stessa scia di Alessandro III: c. XXI, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1. In letteratura cfr. A. ESMEIN, *Le mariage* cit., pagg. 145 ss.; POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage* cit., pagg. 148 s.; E. D. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris 1903, pag. 418; G. PLANCK, *Familienrecht*, Teil 1. *Eingehung und Wirkungen der Ehe, Eheverträge*, in *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches*, ristampa dell'edizione di Berlino del 1880, a cura di W. SCHUBERT, Berlin – New York 1983; G. DOSSETTI, *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico*, Bologna 1954, pag. 27.

Quest'ultima incorporava in sé la presunzione *iuris et de iure* del *consensus de praesenti*, aprendo la strada al riconoscimento del c. d. matrimonio presunto³⁴².

Si può notare come la “sintesi” di matrice contrattualistica operata da Alessandro III e da Innocenzo III avesse già in nuce i sintomi della sua malattia: la possibilità di costringere *per censuram ecclesiasticam* la parte riluttante a concludere il matrimonio promesso, rappresentante *de facto* un'esecuzione in forma specifica dell'accordo sponsalizio, venne sempre utilizzata in modo estremamente parco dai tribunali ecclesiastici, in base alla considerazione che “*cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius, quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere*”³⁴³.

Nei tribunali ecclesiastici si affermò il principio del *favor libertatis* nel caso di mancanza di prove³⁴⁴; la violazione della promessa venne sempre più sanzionata con il solo obbligo risarcitorio in favore della parte lesa, comprendente le spese per gli abiti, per le nozze, o per l'ottenimento della dispensa apostolica.

Alla donna “sedotta e abbandonata” venne inoltre riconosciuto il risarcimento aggiuntivo per il discredito sociale

³⁴² Teorizzato già dal maestro di Innocenzo III, Ugucione.

³⁴³ Cfr. c. XVII, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1; JO. BAPTISTAE DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, liber VI, De dote, Venetiis 1706, pag. 130; M. A. SABELLI, *Summa Diversorum Tractatum*, IV, Parmae 1733, s. v. *Sponsalia*, pag. 128. E' interessante notare la pedissequa fedeltà alle tesi enunciate ancora nei manuali forensi ottocenteschi: cfr. AA.VV., *Manuale forense, ossia confronto fra il codice albertino il diritto romano e la legislazione anteriore*, I, Novara 1838, pagg. 326 s.

³⁴⁴ Cfr. C. S. BERARDI, *Commentaria in jus Ecclesiasticum*, III, Venetiis 1789, pag. 50; DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943, il quale riporta una decisione della Sacra Congregazione di Propaganda Fide del 22 novembre 1790.

subito e per la conseguente perdita di *chances* di maritarsi³⁴⁵: in questa prassi può ravvisarsi l'antecedente dell'istituto della "seduzione con promessa di matrimonio", in seguito normativizzato e solo oggi in via di depenalizzazione negli ordinamenti giuridici continentali.

Al fine di prevenire le liti giudiziarie si affermò già nella prassi il brocardo "*ducta aut dotata*": i parroci e le autorità ecclesiastiche svolsero un ruolo di mediazione tra le famiglie dei nubendi e di persuasione sui fidanzati riluttanti, per convincerli ad accettare il matrimonio o quantomeno a costituire una congrua dote in favore delle fidanzate abbandonate³⁴⁶.

³⁴⁵ Cfr. JO. BAPTISTAE DE LUCA, *Istituta universale di tutte le leggi*, Colonia 1752, pag. 55.

³⁴⁶ Detta prassi si protrasse fino al XIX secolo. Cfr. M. PELAJA, *Matrimonio e sessualità a Roma nell'Ottocento*, Bari 1994, pagg. 46 ss., con particolare riferimento all'attività del Vicariato romano.

Capitolo 8. *Arrhae sponsaliciae* e promessa di matrimonio dal Concilio di Trento all'età delle codificazioni

1. Il concilio di Trento

Alla *Rechtsunsicherheit* causata dallo stato di cose descritto diede una risposta il Concilio di Trento, introducendo una forma per la conclusione del matrimonio, divenuta in seguito fondamentale per l'intera evoluzione dell'istituto matrimoniale, anche del successivo matrimonio civile.

Si stabilì che i nubendi dovessero dichiarare la loro volontà di concludere le nozze davanti al parroco e a due testimoni³⁴⁷.

Quest'atto formale era preceduto da un'interrogazione ripetuta tre volte ai presenti, se fossero a conoscenza di eventuali motivi di impedimento delle celebrande nozze. Esperita positivamente l'interrogazione, la conclusione del matrimonio veniva annotata in un registro, detto in ambiente tedesco "*Traubuch*"; senza il rispetto delle formalità descritte il matrimonio sarebbe stato nullo.

La concezione del fidanzamento espressa dal Concilio di Trento con il decreto *Tametsi*, radicalmente nuova, entrò in vigore solamente nei territori che recepirono le tesi del Concilio, ovvero in Italia, Spagna, Portogallo, nella maggior parte dei territori cattolici dell'impero e in Polonia; in Francia le disposizioni del tridentino furono recepite "filtrate" dall'*Ordonnance* di *Blois*, che vi apportò talune modifiche.

³⁴⁷ Cfr. H. COING, *Europäisches Privatrecht 1, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, pag. 227 ss.

La Chiesa cattolica riteneva che il tridentino fosse valido anche per i protestanti: in compenso la Chiesa riconobbe in alcuni territori la validità di matrimoni celebrati da pastori protestanti (nel 1741 in Belgio e nel 1765 nella diocesi di Breslau).

Con la formalizzazione della conclusione del matrimonio veniva rimarcata ancor la separazione tra quest'ultima ed il fidanzamento (*sponsalia de praesenti et de futuro*): così come nel diritto romano, gli *sponsalia* venivano considerati come una semplice promessa di un matrimonio futuro, passibile di scioglimento per mutuo consenso o unilateralmente in presenza di una giusta causa.

2. Il diritto della chiesa protestante: applicazione del diritto pretridentino e conseguente problema della “*Rechtsunsicherheit*” e delle “*heimliche Ehen*”

Nei paesi protestanti emerse subito dopo la separazione dalla Chiesa di Roma una grande incertezza, su quale diritto dovesse essere applicato in materia matrimoniale: quello della Bibbia, il diritto romano, o quello canonico precedente al Concilio di Trento.

Alla fine si impose quest'ultimo: si affermò pertanto il principio della sufficienza del consenso ai fini della validità del matrimonio, e la distinzione tra *sponsalia de praesenti* e *sponsalia de futuro* mantenne il suo significato.

L'applicazione di questi principi fu tuttavia influenzata e modificata da due circostanze: innanzitutto Lutero si era pronunciato contro la distinzione tra *sponsalia de praesenti* e *de futuro*, ritenendo tale distinzione intraducibile nella lingua tedesca; egli perveniva pertanto alla conclusione che le trattative in vista del matrimonio

fossero degli *sponsalia de praesenti*: solo una promessa di matrimonio condizionata, a suo giudizio, poteva essere considerata *de futuro* per il diritto canonico.

Inoltre Lutero si era scagliato contro quelle che lui stesso definiva „ *heimliche Ehen* “, ossia le nozze concluse senza il consenso dei genitori, anche quando i fidanzati fossero stati maggiorenni³⁴⁸.

Questa presa di posizione di Lutero condusse a notevoli incertezze sulla distinzione tra fidanzamento e conclusione del matrimonio nella chiesa protestante: essendo considerati *sponsalia de futuro* solo quelli in cui veniva espressamente rilasciata una promessa di matrimonio condizionata, il fidanzamento fu considerato una „ *Eheberedung* “ (“pianificazione del matrimonio”) e dunque parte della conclusione del matrimonio (*initium matrimonii*).

Esso venne formalizzato da molti ordinamenti ecclesiastici: doveva aver luogo alla presenza di testimoni e dei genitori, ed il consenso dei genitori dei fidanzati fu richiesto costantemente.

E’ evidente la maggiore importanza di una simile forma di fidanzamento rispetto a quella accolta dal diritto della Chiesa cattolica.

Fu inoltre opinione diffusa che un fidanzamento pubblico non potesse essere sciolto per mutuo consenso, bensì solo per giuste cause e con decisione del Concistorio (il tribunale ecclesiastico). Tuttavia la dottrina, così come la prassi, non era in questo campo univoca³⁴⁹.

³⁴⁸ Per una ricostruzione del pensiero di Lutero in materia di fidanzamento cfr. H. COING, *Europäisches Privatrecht* 1 cit., pagg. 228 s.

³⁴⁹ L’evoluzione descritta del fidanzamento nella chiesa luterana si rivela come un’esperazione del pensiero luterano, con un’equiparazione pressoché totale fra promessa di matrimonio e matrimonio stesso: cfr. R. SOHM, *Das Recht der Eheschließung* cit., pagg. 197 ss.; ID., *Trauung und Verlobung* cit., pagg. 110 ss.; E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung* cit., pagg. 208 ss.; D. SCHWAB, *Familienrecht*¹⁵, München 2007, pag. 19. Questo fenomeno viene letto da alcuni

Solo nel XVII e nel XVIII secolo venne di nuovo riproposta chiaramente la distinzione tra fidanzamento e conclusione del matrimonio.

In seguito si affermò nelle legislazioni degli stati protestanti il principio per cui l'elemento religioso costituisce un fattore necessario *ad substantiam* per la conclusione del matrimonio, ancora una volta nell'intento di combattere le „*heimliche Ehen*“, oltre che per sottoporre più rigidamente l'efficacia giuridica del fidanzamento al potere decisionale della Chiesa.

Da questi elementi si affermò una forma di conclusione del matrimonio che può essere così riassunta:

- innanzitutto avevano luogo gli accordi matrimoniali (*Eheberedung*) tra i fidanzati alla presenza di parenti e testimoni, dunque in pubblico, sebbene limitatamente alle famiglie;

- con questi accordi, che costituivano gli *sponsalia*, il matrimonio era già concluso (*matrimonium inchoatum*), per poi essere perfezionato (*perfectum*) con la benedizione ecclesiale (*benedictio*).

Dopo la *Eheberedung* pubblica ciascun fidanzato poteva richiedere la celebrazione ecclesiale: i Concistori in tali casi ordinavano alla forza pubblica di costringere la parte riluttante a sottoporsi alla cerimonia ecclesiale con mezzi dissuasivi (reclusione e pene pecuniarie).

La benedizione ecclesiale non era, nei paesi protestanti, un elemento generalmente essenziale della conclusione del matrimonio: dipendeva sempre se nel luogo specifico la legislazione prevedeva che un matrimonio senza benedizione non avesse validità, o solamente pene per coloro i quali non facessero benedire il loro matrimonio.

autori in chiave anticattolica (cfr. G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova 1996, pag. 76 nt. 41).

In quest'ultimo caso il matrimonio senza benedizione restava valido, restando salva la regola per cui un fidanzamento diventa matrimonio attraverso la *copula carnalis*.

3. La legislazione civile nei Paesi protestanti

Lo sviluppo della legislazione civile negli stati interessati dalla Riforma luterana seguì principi simili a quelli appena illustrati: *Mustermode* di tale legislazione furono le *Ordnungen* di Zurigo del 1525 e 1526, realizzate sotto l'influsso della dottrina del teologo svizzero Huldrych Zwingli, fondatore della Chiesa Riformata Svizzera.

La prima delle due *Ordnungen* richiedeva che il matrimonio avesse luogo davanti a quattro testimoni; la seconda le benedizione ecclesiastica del matrimonio.

La legislazione della repubblica di Ginevra (*Genfer Republik*) seguì questo modello e venne a sua volta venne ripresa dai calvinisti francesi attraverso relative decisioni conciliari.

4. In Olanda e nel Commonwealth si riconosce il matrimonio civile per la minor forza della Chiesa

Deviando da questa evoluzione generale fu introdotto in Olanda il matrimonio civile, facoltativo, celebrato davanti alle autorità civili; una regola analoga fu introdotta nel Commonwealth di Cromwell nel 1653³⁵⁰.

³⁵⁰ In Olanda la promessa era suscettibile di esecuzione forzata *per interpostam personam*, con la presenza di un rappresentante di nomina giudiziaria della parte riluttante. Cfr. J. VOET, *Commentarius ad pandectas*, II, Venetiis 1775, pag. 4; E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung* cit., pagg. 488 ss.

Queste leggi sembrano essere collegate allo sviluppo delle diverse correnti ecclesiastiche all'interno del protestantesimo riformato e alla parziale rivendica, da parte dell'autorità civile, della giurisdizione in materia matrimoniale³⁵¹.

Tolte queste due rilevanti eccezioni, tuttavia, gli ordinamenti giuridici di molti stati europei, soprattutto dell'Europa settentrionale, durante gli ultimi secoli precedenti l'epoca delle codificazioni appaiono compatti³⁵².

5. La Germania e l'Austria giuseppina

La coercibilità della promessa di matrimonio, attraverso la cosiddetta *Eheklage* (azione per obbligare a contrarre il matrimonio), è ancora presente nei territori protestanti della Germania ancora nel XVIII secolo.

Qui si sviluppò una dottrina legata alla concezione luterana del matrimonio inteso come semplice atto di adempimento e perfezionamento del vincolo assunto con il fidanzamento e sull'equiparazione tra *consensus sponsalitiis* e *consensus matriomonalis* a quelli tra vendita e *traditio*³⁵³.

La regolamentazione dell'istituto della promessa di matrimonio in Inghilterra nell'età elisabettiana, era caratterizzato dalla cedibilità della promessa a terzi e dalla vigenza dell'azione "*for breach of promise of marriage*": cfr. L. STONE, *Famiglia, sesso e matrimonio in Inghilterra tra cinque e Ottocento*, Torino 1983, pagg. 35 ss.; M. ABBOTT, *Family Ties: English Families 1540 - 1920*, London 1993, pagg. 87 ss., 117 ss.; S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969, pag. 289.

³⁵¹ Cfr. in particolare D. SCHWAB, *Familienrecht*¹⁵ cit., pag. 19.

³⁵² Sul matrimonio in Inghilterra in questo periodo storico cfr. L. STONE, *Famiglia, sesso e matrimonio in Inghilterra*, Torino, 1983, pag. 35.

³⁵³ Per un'approfondita ricostruzione dell'evoluzione dottrinale in Germania nel corso dei secoli XVI, XVII e XVIII, basata soprattutto sulla dottrina di Carpzov, Styk e Pufendorf, cfr. R. SOHM, *Das Recht der Eheschliessung* cit., pagg. 250 ss.

Bisognerà attendere la seconda metà del Settecento per riscontrare nella dottrina tedesca una differenziazione netta tra *sponsalia* e matrimonio³⁵⁴.

Cionondimeno l'*Allgemeines Preußisches Landrecht* non escluse in linea di principio la possibilità di agire per l'adempimento: l'attore poteva agire, con apposita azione (*Klage*), per ottenere la celebrazione del matrimonio; in caso di ulteriore resistenza da parte del convenuto la pretesa (*Anspruch*) si sarebbe convertita in una pretesa risarcitoria (*Schadenersatz*)³⁵⁵.

Lo stesso *Allgemeines Preußisches Landrecht* prevedeva la validità delle caparre pre-matrimoniali (*Koventionalstrafe*: II, I, § 113), seguito dalla legislazione di Gotha, Weimar, Mecklenburg e Lubeck.

L'*Ehegesetz* di Gotha (1834) era modellato pedissequamente sull'*Allgemeines Preußisches Landrecht*, mentre la *Verordnung* del Mecklenburg del 1846 e la legislazione di Lubeck del 1863 prevedevano la possibilità, per l'attore, di proporre un'azione *auf Vollziehung der Ehe oder auf Entschädigung* (per la celebrazione del matrimonio o il risarcimento dei danni); qualora non fosse stata proposta detta azione, l'attore avrebbe potuto aspirare solamente ad un risarcimento del danno subito dal recesso dell'altra parte.

In altri *Länder* quali Bayern e Württemberg la validità delle caparre pre-matrimoniali venne affermata in via giurisprudenziale³⁵⁶.

Il diritto dei *Länder* in cui vigeva il diritto comune, inoltre, prevedeva ancora nel XIX secolo l'istituto del *Mahlschatz*,

³⁵⁴ Cfr. R. SOHM, *Das Recht der Eheschliessung* cit., pagg. 257 ss.

³⁵⁵ Cfr. II, I §§ 112 – 127. La parte inadempiente perdeva i doni effettuati, doveva restituire indietro quelli ricevuti e risarcire eventuali spese sostenute dall'altra parte; era tenuta inoltre al pagamento delle penali eventualmente pattuite. In mancanza di queste, doveva corrispondere un quarto della dote pattuita in sede di promessa di matrimonio; il fidanzato recedente senza giusta causa era inoltre passibile di sanzioni di carattere pecuniario e/o detentivo.

³⁵⁶ Il codice sassone, invece, dichiarava nulle dette caparre: § 1580.

funzionalmente analogo all'*arrha sponsalicia*: lo stesso *gemeines Recht* prevedeva un'*actio matrimonialis*, con cui la parte ingiustamente abbandonata poteva chiedere la condanna della controparte a contrarre il matrimonio³⁵⁷.

Una situazione pressoché analoga a quella dei territori del *Reich* tedesco era presente anche nell'impero austro-ungarico: anche qui era possibile costringere la parte riluttante "*auf Eingehung der Ehe*".

L'affermarsi dei principi del giusnaturalismo e della libertà matrimoniale, tuttavia, condussero ad una repentina svolta legislativa: l'opera riformatrice di Giuseppe II nell'ambito del diritto matrimoniale si imperniò sul carattere contrattuale del matrimonio, con riflessi decisivi anche sulla promessa di matrimonio.

Il fidanzamento venne dichiarato contrario agli interessi dello Stato e dei privati e in quanto tale espunto in toto dall'ordinamento giuridico. Tale *Auffassung* venne perpetrata nell'intera legislazione giuseppina: dall'editto del 30 agosto del 1782 all'*Ehepatent* del gennaio 1783 – esteso nel 1784 anche alla Lombardia – sino al cosiddetto *Josephinisches Gesetzbuch* del 1786, in cui non è parola del fidanzamento.

6. La svolta francese e il *code Napoléon*

Una svolta in senso laico ebbe luogo nella Francia dei secoli XVII e XVIII: nonostante la concezione contrattuale della promessa

³⁵⁷ Il termine *Mahlschatz*, della stessa famiglia di *Gemahl* und *vermählen*, è ritenuto da parte della dottrina un derivato del tedesco antico *mallum*, l'assemblea della comunità dinnanzi la quale aveva luogo la celebrazione solenne degli sponsalia nell'alto medioevo. Inizialmente destinato ad essere restituito al fidanzato in seguito alla celebrazione effettiva del matrimonio, fu in seguito trattenuto dalla donna in quanto equiparato nel sentire comune agli altri regali d'uso tra fidanzati. Cfr. H. DERNBURG, *Pandekten*, III, Berlin 1897, pag. 12; U. STUTZ, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses* cit., pagg. 2 s.

di matrimonio non fosse stata messa in discussione, l'istituto romanistico delle *arrhae sponsaliciae* incontrava un preciso limite, per dottrina e giurisprudenza, nel caso in cui esse fossero troppo onerose, con riguardo alla qualità e alle disponibilità economiche delle parti³⁵⁸.

La parte lesa poteva convenire l'altra parte davanti al giudice ecclesiastico (l'*official*), il quale però, nel caso di accertamento dell'esistenza e della validità della promessa di matrimonio, poteva solamente "esortare" la parte a contrarre il matrimonio, senza poterla condannare in forma specifica né costringerla per censura ecclesiastica, pena la possibilità di appello al Parlamento.

Se ciò nonostante la parte convenuta persisteva nel suo rifiuto, il giudice ecclesiastico doveva pronunciare lo scioglimento del fidanzamento, imponendole una mera penitenza consistente in preghiere o ammende.

Neanche il giudice civile aveva il potere di costringere a celebrare le nozze, ma doveva limitarsi a condannare la parte riluttante al risarcimento del danno, che poteva comprendere sia il rimborso delle spese sostenute in vista del matrimonio, sia il danno morale causato dall'inadempimento della promessa³⁵⁹.

Coerentemente con le tesi esposte, il *code civil* francese (*code Napoléon*) ignorò completamente la promessa di matrimonio, in nome della difesa illuministica incondizionata del principio della libertà matrimoniale.

E' interessante soffermarsi su un esempio di promessa di matrimonio conclusa nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del *code Napoléon*:

³⁵⁸ R. J. POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage*, in *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées a l'usage du barreau et de jurisprudence françoise*, Paris – Orléans, 1781, pag. 147.

³⁵⁹ R. J. POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage* cit., pag. 150.

*“Napoléon par la grace de Dieu et les Constitutions de l'Etat, Empereur des Français, Roi d'Italie, Protecteur de la Confédération du Rhin et Médiateur de la Confédération suisse, a tout present et avenir **salut** faisons savoir que le onze octobre mil huit cent dix, avant midi au lieu de Levier, en l'étude et pardevant Michel Cagnou notaire impérial à la résidence dudit lieu y demeurant chef lieu de Canton au Département du Doubs*

Sont comparus le sieur Pierre François Mareschal, propriétaire demeurant a Gevresin, fils de défunct Jean Simon Mareschal, et de Jeanne Etiennette Bergois, d'une part.

Et Demoiselle Claude Marie Garnier, fille du sieur Marc Garnier, propriétaire demeurant a Montmassoux, et de Dame Claudine Françoise Tournier d'autre part.

Lesquelles parties, majeures l'une et l'autre d'ans, néanmoins ledit sieur Pierre François Mareschal assisté et du consentement deladitte Bergois sa mere presente, et laditte Demoiselle Garnier aussi assistée et du consentement du sieur son pere, ont promis se prendre pour mari et femme, de se jurer fidélité et attachement en conformité des Lois [...] ³⁶⁰.

³⁶⁰ (Trad.: Napoleone per grazia di Dio e per le leggi dello Stato, imperatore dei francesi, re dell'Italia, protettore della confederazione del Reno e mediatore della confederazione svizzera, ha ogni presente e futuro saluto. Comuniciamo che l'undici ottobre dell'anno milleottocentodieci, prima del mezzogiorno a Levier, nello studio e davanti a Michel Cagnou notaio imperiale con residenza nel suddetto luogo che è capoluogo del cantone del dipartimento di Doubs sono comparsi il signor Pierre François Mareschal, proprietario residente a Gevresin, figlio del defunto Jean Simon Mareschal, e di Jeanne Etiennette Bergois, da un lato. E la signorina Claude Marie Garnier, figlia del signor Marc Garnier, proprietario residente a Montmassoux, e della signora Claudine Françoise Tournier d'altra parte. Le quali parti, entrambi maggiorenni, nondimeno il suddetto sieur Pierre François Mareschal assistito e con il consenso della detta signora Bergois sua madre, e la detta signorina Garnier assistita e con il consenso del signor suo padre, hanno promesso di prendersi per marito e moglie, di giurarsi fedeltà ed unione in conformità delle leggi [...]).

Il contratto prevede l'insorgenza di un obbligo risarcitorio nel caso di violazione dell'impegno di fedeltà ed unione: tale previsione può essere interpretata sia come un tentativo di aggirare il divieto di stipulare penali per il caso di rifiuto di una parte alla celebrazione delle nozze, sia, più probabilmente, come volontà delle parti di rafforzare l'obbligo di reciproca fedeltà ed assistenza morale e materiale.

In questo secondo caso sarebbe molto interessante la previsione del rilievo sul piano economico della violazione di vincoli non riconducibili (secondo la concezione attualmente vigente in Italia) all'idea di obbligazione, quali la fedeltà e l'unione coniugale, per difetto del requisito della patrimonialità³⁶¹.

³⁶¹ Il documento prosegue con la stipulazione del regime di comunione, con una variante convenzionale della *communauté légale*, caratterizzata dalla previsione di una *séparation des dettes*, conformemente a quanto stabilito dall'art. 1510 del *Code Napoléon*. Vi è poi: 1) la previsione del diritto di ciascun coniuge di effettuare il prelievo, al momento dello scioglimento, dei rispettivi apporti, secondo una espressa (ancorché non citata) disposizione del *Code Napoléon* (art. 1515), rispondente del resto ad una regola consolidata del *droit coutumier* francese; 2) la promessa di conferimento in comunione dei beni provenienti anche da successione rispetto ai propri rispettivi genitori, secondo una espressa disposizione (non citata) del *Code Napoléon* (art. 1505: *clause d'ameublissement*), rispondente ad una regola consolidata del *droit coutumier* francese; 3) la promessa da parte del padre della futura sposa, di trasferire alla figlia una dote *ad onera matrimonii ferenda*, composta principalmente di effetti personali. Detto trasferimento costituisce un anticipo di successione, con conseguente esclusione di tali beni dalla comunione ereditaria, secondo l'*ancien droit*; 4) la previsione, nel caso lo scioglimento del matrimonio dovesse precedere la morte del padre della sposa, dell'obbligo di restituzione della dote, peraltro con la facoltà per la sposa medesima, o per i di lei eredi, di consegnare la somma di 400 franchi (valore della dote – *trousseau* - stimato in contratto); 5) la promessa, sempre da parte del padre della futura sposa, di trasferire alla figlia, ancora una volta, "en avancement d'hoirie", di due fondi rustici; 6) l'effettuazione di una vera e propria donazione *propter nuptias* da parte del marito, a mo' di controdote, del valore di cento franchi, con la previsione del diritto della medesima sposa di trattenerla anche in caso di sua rinuncia alla comunione, una volta sciolto il matrimonio; 7) la costituzione di un diritto di abitazione in favore della moglie eventualmente superstite, o, a scelta di quest'ultima, del diritto di ottenere dagli eredi del marito preceduto una rendita annuale; 8) l'esclusione dalla comunione degli acquisti effettuati dalle parti a titolo di successione o donazione, e provenienti da collaterali (o comunque, si ritiene, da soggetti diversi dai genitori).

7. Le altre codificazioni europee del XIX secolo

Le istanze sviluppatesi in Francia trovarono eco nelle altre codificazioni europee del XIX secolo, le quali segnarono un netto distacco rispetto al passato.

L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1812 proseguì sulla scia della precedente legislazione matrimoniale che, sul finire del Settecento, aveva abrogato *in toto* l'istituto degli sponsali.

Il nuovo codice infatti, pur reintroducendo l'istituto dell'*Eheverlöbniß*, escluse espressamente il carattere vincolante di esso e delle eventuali clausole penali apposte a tutela dell'obbligo contratto, limitando le conseguenze della violazione dell'impegno al risarcimento del danno (§§ 46 e 1247)³⁶².

Il BGB tedesco³⁶³, il codice civile svizzero³⁶⁴, nonché altre legislazioni europee più recenti³⁶⁵ seguirono fondamentalmente lo stesso modello.

Principi analoghi vennero introdotti anche in alcune tra le codificazioni italiane unitarie preunitarie come il Codice civile albertino (art. 101), il Codice del Regno delle Due Sicilie (art. 148) e il Codice Parmense (art. 40).

³⁶² Cfr. anche il § 45.

³⁶³ § 1297. Cfr. inoltre i §§ 888, II, e 894, II, ZPO. Per quanto attiene al risarcimento del danno cfr. § 1298 BGB. Poichè tuttavia dette norme escludono solo l'azionabilità in giudizio dell'*„Anspruch auf Vollziehung der Ehe“*, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie continuano a sostenere che la promessa di matrimonio (considerata alla stregua di un vero e proprio contratto) generi un'obbligazione giuridicamente vincolante, sul modello delle *leges imperfectae* romane, in cui manca la coercibilità della pretesa fatta valere in giudizio: cfr. DELLE, *Familienrecht*, Karlsruhe, 1964, pag. 65; J. GERNHUBER – D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*⁵, München 2006, pag. 60; *contra* N. DETHLOFF - A. LÜDERITZ - G. BEITZKE, *Familienrecht. Ein Studienbuch*²⁸, München 2006, pagg. 39 s.

³⁶⁴ Artt. 90 ss.

³⁶⁵ Cfr., per esempio, l'art. 42 del codice civile spagnolo (così come modificato, nella parte che a noi interessa, dalla riforma del 07.07.1981).

Capitolo 9. Gli ordinamenti moderni

1. Introduzione. Le norme giuridiche internazionali

I moderni sistemi giuridici occidentali dedicano grande importanza al principio di libertà matrimoniale: essi circoscrivono tassativamente l'ambito di efficacia della promessa di matrimonio, escludendo la possibilità di richiedere l'esecuzione in forma specifica della promessa, e limitando per lo più rigorosamente *ex lege* gli effetti conseguenti alla rottura della promesse, senza possibilità per le parti di rafforzare le previsioni legislative in tema di tutela risarcitoria.

Il principio della libertà matrimoniale, nel senso della libera determinazione alle nozze, è ritenuto dai trattati internazionali un vero e proprio diritto della personalità³⁶⁶.

L'art. 16 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, stabilisce che:

“ 1) Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento.

2) Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi”.

³⁶⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano 1981, pag. 31.

L'art. 12 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo prevede che "a partire dall'età maritale, l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia, secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di questo diritto".

Per quanto riguarda l'Italia, i medesimi principi sono sanciti dagli artt. 29 e 30 Costituzione, nonché dall'art. 636 c.c., che dichiara illecita la condizione testamentaria impeditiva del matrimonio.

2. La promessa di matrimonio nel diritto canonico attuale³⁶⁷

L'affermarsi dei principi di libertà nell'assunzione del vincolo coniugale ha trovato accoglienza anche nel *Codex Iuris Canonici*: il canone 1017, § 3 ha soppresso l'azione diretta ad ottenere l'esecuzione della promessa di matrimonio, e legittima solamente a richiedere la restituzione delle donazioni effettuate in funzione del futuro matrimonio (can. 1529) e il risarcimento dei danni derivanti dal recesso unilaterale ingiustificato (can. 1062, § 2).

Rispetto alle esperienze giuridiche continentali, l'obbligo riparatorio si connota per una maggiore estensione: oltre soltanto le spese e le obbligazioni assunte in funzione della promessa sono risarcibili ma anche i danni emergenti provocati dall'ingiustificato inadempimento dell'impegno³⁶⁸.

La promessa di matrimonio può essere contratta per iscritto, oralmente, o *de facto* mediante l'instaurazione di un rapporto

³⁶⁷ La promessa di matrimonio è regolata nel diritto canonico attuale dal diritto stabilito dalla Conferenza episcopale, nel rispetto delle eventuali consuetudini e leggi civili (can. 1062, § 1): poiché la Conferenza episcopale italiana ha deciso nel 1984 di non emanare norme circa le promesse di matrimonio, la promessa di matrimonio è regolata soltanto dalle legittime consuetudini e dalla legislazione civile.

³⁶⁸ Si esclude, tuttavia, che il recedente debba risarcire il lucro cessante; sull'evoluzione dell'istituto cfr. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, pagg. 53 ss.

prolungato e finalizzato al matrimonio tra due persone con capacità di contrarlo.

La volontà di contrarre matrimonio si esplicita pienamente, diventando definitiva, al momento della celebrazione delle nozze; nel caso di scioglimento del fidanzamento, la parte recedente ha il dovere, soltanto morale, di risarcire l'altra parte di tutti i danni, di ordine sia economico sia morale, subiti.

E' esclusa in ogni caso la possibilità di esigere l'esecuzione in forma specifica della promessa di matrimonio, "*quia voluntas libera esse debet*".

Particolarmente malvisto, per violazione del medesimo principio, è il cosiddetto "matrimonio riparatore", poiché si reputa che, qualora il matrimonio venga contratto allo scopo di riparare l'errore compiuto o il danno inferto, l'errore delle nozze possa diventare "*peior priore*", essendo spesso il consenso matrimoniale privo della piena volontarietà, con tutte le conseguenze negative facilmente prevedibili sulla vita matrimoniale³⁶⁹.

3. Il quadro normativo della caparra prematrimoniale nei principali ordinamenti giuridici occidentali

Tutti gli ordinamenti dei Paesi dell'area geografica considerata, tranne la Francia, prendono in considerazione il problema della caparra prematrimoniale, sia pure per dichiararne generalmente la nullità e/o l'inefficacia.

Il quarto libro del BGB tedesco (il cui primo titolo è dedicato al fidanzamento) si apre significativamente con una disposizione, il §

³⁶⁹ Di qui i ripetuti inviti della Conferenza episcopale ai ministri del culto a dissuadere dalla celebrazione del cosiddetto matrimonio riparatore, dovendo essi giudicare l'idoneità dei nubendi ad assumere la volontà di adempiere gli obblighi propri del matrimonio cristiano.

1297, rubricata “*Unklagbarkeit, Nichtigkeit eines Strafversprechens*” (“non azionabilità, nullità della promessa di una pena”), che ben spiega il quadro di valori di riferimento del codice³⁷⁰.

Sulla stessa scia si pone il codice civile svizzero, il quale, nel disporre che “*la legge non accorda azione per costringere al matrimonio il fidanzato che si rifiuti*” (art. 91, 1° co.), e considerando nulle le pene convenzionali eventualmente stipulate (art. 169)³⁷¹, mostra di avere come precipuo scopo la salvaguardia del principio di libertà matrimoniale.

Il codice portoghese dichiara l’inefficacia del vincolo contratto con la promessa di matrimonio ai fini della celebrazione del matrimonio e delle altre pattuizioni collegate alla promessa, che prevedano forme di risarcimento nel caso di recesso unilaterale senza giusta causa, “*anche quando risultanti da una clausola penale*” (art. 1591).

Il *codigo civil* spagnolo stabilisce che “*la promessa non produce obbligazione di contrarlo né di compiere quanto sia stato stipulato per il caso di mancata celebrazione*” (art. 42, 1° co.): dottrina e giurisprudenza considerano nulla e priva di qualsiasi effetto qualsiasi pattuizione che disponga in senso contrario al tenore della norma³⁷².

Particolarmente interessante è la situazione francese: il *code civil*, come già visto, è l’unico codice dell’Europa occidentale che non prende in considerazione la promessa di matrimonio, neppure al

³⁷⁰ Cfr. W. ERMAN (a cura di), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*¹¹ 2, Münster - Köln 2004, pag. 614; R. WASSERMANN (a cura di), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 5, Familienrecht*, Neuwied - Darmstadt 1981, pag. 72.

³⁷¹ Cfr. H. DESCHENAUX – P. TERCIER – F. WERRO, *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, Berne 1995, pag. 33; S. ERAY, *La nature juridique des fiançailles*, Neuchâtel 1945.

³⁷² F. BADOSA COLL, in *Comentarios a las reformas del derecho de familia* 1, Madrid 1984, pag. 114.

solo fine di escluderne l'efficacia, coerentemente alla tesi che individua nella promessa un mero fatto sociale.

Decisivo è in questo caso il ruolo svolto dalla giurisprudenza, chiamata spesso a pronunciarsi in ordine allo scioglimento unilaterale di promesse di matrimonio: le pronunce dei giudici tendono a considerare la stipulazione di penali per l'adempimento di una promessa di matrimonio illegittima, così come eventuali accordi, inseriti o meno in una promessa di matrimonio, che dispongano obblighi risarcitori in capo al recedente³⁷³.

Il diritto anglo - americano, come vedremo, si caratterizza per una maggiore vincolatività della promessa e per una più ampia estensione dell'area dei danni risarcibili, ma non ritiene in alcun caso azionabile la “*specific performance*” (“esecuzione in forma specifica”) di una promessa di matrimonio.

La prima sezione della Law Reform Act (*miscellaneous Provision*) del 1970 dispone che la promessa di matrimonio non avrà gli effetti di un contratto per il diritto inglese e del Galles, non dando origine ad effetti giuridici né ad azioni legali per il caso di inadempimento della promessa³⁷⁴.

³⁷³ Cfr. G. COUCHEZ – J. HAUSER, s. v. “*Mariage*”, in *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, Paris 1973, pag. 8.

³⁷⁴ Anche la *Law Commission* ha più volte ribadito la non applicabilità alla promessa di matrimonio delle azioni derivanti dall'inadempimento contrattuale ed in generale i principi del *Law of Contract*. Cfr. SWEET and MAXWELL'S, *Family Law Statutes*, London 1976, pag. 397; per il diritto scozzese cfr. D. I. NICHOLS – M. C. MESTON, *The Matrimonial homes (Family Protection) (Scotland) Act*², Edinburgh 1986, pagg. 51 s.; E. M. CLIVE, *The Law of Husband and Wife in Scotland*, Edinburgh 1982, pagg. 265 s., 354 s.

4. La natura giuridica della promessa di matrimonio³⁷⁵

Causa ed effetto del quadro normativo appena illustrato è il dibattito sulla natura giuridica della promessa di matrimonio, oscillante tra tesi che ravvisano nella promessa una semplice “manifestazione della vita sociale” (*Tatsächlichkeitstheorie*)³⁷⁶, altre che la riguardano come un rapporto da cui scaturisce una responsabilità da affidamento (*Vertrauenshaftungslehre*) o da “tradita fiducia”, altre ancora (*Vertragstheorie*) che la considerano un negozio bilaterale, preliminare al matrimonio, caratterizzato dall’incoercibilità dell’obbligo primario³⁷⁷.

Il codice italiano (art. 81, 1° co.) richiede la redazione di un atto pubblico da una persona maggiore di età o dal minore ammesso

³⁷⁵ Per la differente prospettiva di analisi di civilisti e comparatisti cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 28 ss.; D. CORAPI, *Lo studio e l’insegnamento del diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1986, pagg. 440 ss.

³⁷⁶ Nel senso di una depatrimonializzazione della promessa di matrimonio cfr. in Italia P. PERLINGIERI, “Depatrimonializzazione” e diritto civile, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, pagg. 1 ss.; C. DIONISI, *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, pagg. 644 ss., 683 ss.; L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, pag. 340; nella dottrina tedesca cfr. T. RAMM, *Einführung in das Privatrecht. Allgemeiner Teil des BGB*, I, München 1969, pagg. 77 ss., 104 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin 1960, pagg. 113 ss., 170 ss.. Per la dottrina francese cfr. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, I, *Panorama des mutations*, Paris 1964.

³⁷⁷ Propendono per un inquadramento contrattuale O. PALANDT – U. DIEDERICHSEN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67 Aufl., München, 2008, pag. 1242; J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*³, München 1980, pag. 70; G. BEITZKE, *Familienrecht* cit., pag. 25; H. T. SÖRGEL – H. LANGE, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹² 7, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1988, pag. 29; sulla tesi della promessa di matrimonio quale contratto di natura familiare cfr. BGH 21.11.1958, in *NJW* (1959), pag. 529; F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943, pagg. 41 ss.; la definiscono “accordo” A. TRABUCCHI, s. v. “Promessa di matrimonio”, in *NNDI*, App., 6, pag. 46; G. TEDESCHI, s. v. “Matrimonio” (Promessa di) (Dir. Civ.), in *NNDI X*, pagg. 420 ss; App. Torino, 31.03.1942, in *Giurisprudenza italiana* (1942), I, 2, pag. 201; DE GIORGI, *La promessa di matrimonio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pagg. 749 ss.; H. DESCHENAUX – P. TERCIER – F. WERRO, *Le mariage*, cit., pagg. 29 e 32.

a contrarre matrimonio ex art. 84 c.c. ai fini dell'efficacia della promessa.

Il codice civile svizzero definisce la promessa di matrimonio un contratto con il quale un uomo e una donna manifestano la loro volontà di sposarsi e di instaurare *ex nunc* una relazione di tipo familiare³⁷⁸; i requisiti di capacità delle parti sono identici a quelli richiesti dal codice civile italiano, mentre il consenso, a differenza di quest'ultimo, può essere espresso anche oralmente e non necessita di forme sacramentali.

Al pari di qualsiasi contratto, la promessa costituisce per il diritto svizzero la fonte di un'obbligazione civile (e non soltanto morale) alla celebrazione del matrimonio, per quanto imperfetta, poiché incoercibile.

Lo *status* ingenerato tra i fidanzati dalla promessa di matrimonio è definita dal codice una “*relazione di tipo familiare*” preparatoria al matrimonio, da cui scaturiscono gli obblighi di fedeltà e assistenza reciproca tra i fidanzati³⁷⁹.

Nell'esperienza portoghese il codice stesso qualifica la promessa come contratto (art. 1591, 1° co.) e stabilisce i requisiti di capacità (art. 1592, 1° co.).

La riforma del 07.07.1981 ha modificato il sistema del *codigo civil* spagnolo nel senso di una unilateralizzazione della promessa di matrimonio, sostituendo l'espressione “*de esponsales*”, mutuata dal diritto canonico, con quella più neutra di “*promesa de matrimonio*”³⁸⁰.

Ciò nonostante la dottrina spagnola considera la promessa reciproca di matrimonio come un atto negoziale bilaterale, dal cui

³⁷⁸ H. DESCHENAUX – P. TERCIER – F. WERRO, *op. cit.*, pagg. 29 s.

³⁷⁹ H. DESCHENAUX – P. TERCIER – F. WERRO, *op. cit.*, pag. 23. Nella dottrina italiana cfr. CANDIAN, *Gli sponsali come fonte negoziale di aspettativa*, 1951, pag. 457 ss.

³⁸⁰ Cfr. F. BADOSA COLL, in *Comentarios cit.*, pag. 114.

valore sociale riconosciuto dall'ordinamento (art. 43 c.c. spagnolo) discende un'aspettativa giuridicamente tutelata in via delittuale³⁸¹.

Nonostante l'inquadramento della responsabilità da inadempimento quale responsabilità *ex delicto* avvicini l'esperienza spagnola a quella francese, la previsione del *codigo civil* di requisiti di forma, consenso, capacità, certezza per la validità della promessa mostrano l'influsso della tradizione canonistica anche sul diritto spagnolo.

5. La promessa di matrimonio nel diritto internazionale privato. Cenni

Il problema dell'inquadramento della responsabilità derivante dal recesso dalla promessa di matrimonio incide anche sull'individuazione del diritto applicabile nei casi, sempre più frequenti, di fidanzamento tra persone di diversa nazionalità.

L'aderenza alla tesi che ritiene il recesso dalla promessa annoverabile tra le fonti di responsabilità aquiliana ritiene conseguentemente applicabile la normativa dello Stato in cui è stato commesso l'illecito.

Qualora si accettino tesi *lato sensu* negoziali, al contrario, dovrà essere ritenuta applicabile la legge del luogo ove è avvenuto lo scambio di promesse³⁸².

6. L'obbligo riparatorio e il suo fondamento

³⁸¹ Cfr. F. BADOSA COLL, *op. cit.*, pag. 111.

³⁸² G. DE NOVA, s. v. "Matrimonio (Promessa di) (Dir. Int. Priv.)", in *NNDI*, X, Torino 1964, pagg. 425 ss.

a) Introduzione

L'inquadramento dogmatico della promessa di matrimonio condiziona anche la natura e l'ampiezza della responsabilità derivante dalla sua rottura: le tesi "decontrattualiste" tendono a ravvisare il fondamento della peculiare responsabilità generata dall'ingiustificato inadempimento nel principio del *neminem laedere*, nella *culpa in contrahendo* o in una *obligatio ex lege*³⁸³.

Dove invece si riconosce la natura di negozio bilaterale della promessa, secondo il modello ereditato dal diritto canonico (Germania, Svizzera, Italia, Spagna, Portogallo), il problema si presenta più complesso.

La responsabilità precontrattuale non viene in considerazione in quanto dalla promessa scaturisce l'assunzione di un impegno (per quanto non coercibile)³⁸⁴.

La violazione del principio del *neminem laedere* non può essere invocata, non essendo ravvisabile alcun illecito nell'esercizio del principio di libertà matrimoniale.

L'incoercibilità della promessa e l'ambito tassativamente ristretto per legge³⁸⁵ escludono l'assimilabilità della responsabilità per la rottura unilaterale ingiustificata a quella di tipo contrattuale.

b) I limiti dei danni risarcibili

La maggior parte degli ordinamenti di *civil law*, a differenza dei paesi di *common law*, delimitano in spazi molto angusti l'area dei danni risarcibili: questa politica legislativa è conseguente al

³⁸³ *Contra* G. NOVARA, *La promessa di matrimonio*, Genova 1950, pagg. 32 ss.

³⁸⁴ Cfr. A. TRABUCCHI, "Promessa" cit., pag. 46.

³⁸⁵ Cfr. E. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, pag. 100.

riconoscimento, in essi operata, del principio della libertà matrimoniale.

Le soluzioni date sono molto simili: per diritto italiano (art. 81 c.c. it.) dal recesso unilaterale senza giusta causa scaturisce in capo al recedente l'obbligo di risarcire l'altra parte per le spese sostenute fatte e per le obbligazioni contratte a causa della promessa³⁸⁶.

La giurisprudenza aggiunge la necessità di un nesso di causalità tra obbligazioni e spese di cui si richiede il risarcimento e la promessa di matrimonio infranta, e tiene in considerazione la condizione socio-economica delle parti e gli usi locali ai fini di valutare se le spese effettuate fossero proporzionate o meno a questi parametri.

I medesimi criteri di valutazione vengono impiegati anche dalla giurisprudenza francese³⁸⁷, la quale, al fine di evitare un ingiustificato arricchimento dell'attore, applica una detrazione del valore dei beni acquistati ed ancora servibili dall'entità del risarcimento corrisposto³⁸⁸.

Il BGB tedesco opera le medesime limitazioni all'area dei danni risarcibili già a livello legislativo: il § 1298, 2° co., BGB, infatti, riconosce il diritto al risarcimento delle "*Aufwendungen, die Eingehung der Verbindlichkeiten und die sonstigen Maßnahmen*" ("spese, obbligazioni contratte e delle altre misure - prese in vista del

³⁸⁶ Similmente il diritto spagnolo (art. 43, 1° co. c.c. spagnolo) e il diritto portoghese (art. 1594, 1° co. c.c. port.); cfr. F. BADOSA COLL, in *Comentarios* cit., pag. 113.

³⁸⁷ Cfr. anche in dottrina COUCHEZ - HAUSER, "*Mariage*" cit., pagg. 8 s., 12; cfr. anche Cass. it. 21.02.1966, n. 539, in *RFI*, 1966, s. v. *Matrimonio*, 1686, n. 44; Cass. it. 31.07.1951, n. 2271, in *RFI*, 1951, s. v. *Matrimonio*, 1672, nn. 40-43; Trib. Roma 27.07.1963, in *RFI*, 1964, s. v. *Matrimonio*, 1654, n. 49 ss.

³⁸⁸ Trib. Firenze 08.03.1952, in *RFI*, 1952, s. v. „*Matrimonio*“, 1481, nn. 43-45; Trib. Torino, 31.03.1942, in *GI*, 1942, 1, 2, 201; in dottrina cfr. DE GIORGI, *La promessa* cit., pagg. 760 s.

matrimonio-)” solo qualora queste siano “*den Umständen nach angemessen*” (“proporzionate alle condizioni”)³⁸⁹.

La dottrina svizzera interpreta in maniera più estesa il concetto di spese ed obbligazioni contratte in vista del matrimonio, ricomprendendovi anche le spese di vacanze comuni, alloggio e vitto gratuito concessi dalla parte incolpevole al recedente³⁹⁰.

c) La riparazione del danno morale. Cenni sulla seduzione con promessa di matrimonio

Il solo caso in cui si riconosce nella rottura del fidanzamento una violazione del principio del *neminem laedere* è quello della cosiddetta seduzione con promessa di matrimonio, con conseguente riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale.

La seduzione con promessa di matrimonio è definito come un “*mezzo impiegato artatamente per ottenere vantaggi o con la coscienza di recare danni*”³⁹¹.

Oggetto di tutela penale in passato, subisce oggi un processo di depenalizzazione, in una con il riconoscimento della piena parità tra uomo e donna: la *ratio* dell’istituto infatti è basata sulla presunzione di una maggiore debolezza della donna fidanzata rispetto all’uomo, nonché sul presunto danno alla reputazione che la

³⁸⁹ Tra queste la dottrina e la giurisprudenza annoverano ad esempio la conclusione di un contratto di locazione ad uso di abitazione familiare, i costi della partecipazione alla festa di fidanzamento, le spese e le compere per la gestione della futura casa: cfr. a. WACKE, *sub* § 1297, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴, II,1, München 2004, pagg. 96 s.; O. PALANDT – U. DIEDERICHSEN, *Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pagg. 1243 s.; J. GERNHUBER, *Lehrbuch*³ cit., pag. 82.

³⁹⁰ Cfr. H. DESCHENAUX – P. TERCIER, *Le mariage* cit., pagg. 38 s., i quali, tuttavia, escludono le spese manifestamente eccessive.

³⁹¹ Cfr. A. TRABUCCHI, “*Promessa*” cit., pag. 51; TEDESCHI, “*Matrimonio*” cit., pag. 424. Sulla seduzione con promessa di matrimonio cfr. nella letteratura francese COUCHEZ - HAUSER, “*Mariage*” cit., pag. 8 s.

donna fidanzata e abbandonata subirebbe in caso di recesso da parte del fidanzato.

Oggi la seduzione con promessa di matrimonio viene ricompresa nella problematica più generale della riparazione del danno morale in caso di rottura della promessa di matrimonio, e, inquadrata nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, riceve tutela esclusivamente in via esclusivamente civilistica.

Nel *code civil* francese il figlio naturale, che si assume nato dal "seduttore", può intentare eccezionalmente l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità (art. 340 c.c. franc.) - l'esperibilità di detta azione è ammessa in Francia solo in un *numerus clausus* di casi.

Nel BGB era presente una norma, che, oltre all'eventuale risarcimento danni da atto illecito *ex* § 823 ss. BGB³⁹², riconosceva il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale (*Kranzgeldanspruch*) alla "promessa sposa integra" (§ 1300, 1° co. BGB) che avesse perso lo stato verginale in vista della celebrazione del matrimonio.

Il bene tutelato non era l'integrità fisica della donna, bensì le ripercussioni sulla sfera sociale, quali la "perdita della stima sociale" conseguente all'abbandono, i presunti pregiudizi morali e la conseguente sofferenza psicologica, la perdita di reputazione causata a dalla rottura della promessa³⁹³.

Il principio di parità tra i sessi (*Gleichberechtigung*), costituzionalmente riconosciuto dagli articoli 3, 2° e 3° co., del

³⁹² Cfr. G. BEITZKE, *Familienrecht* cit., pagg. 29 s.; J. GERNHUBER, *Lehrbuch*³ cit., pagg. 86 s.; SÖRGEL - LANGE, *Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pag. 37.

³⁹³ Cfr., ad es., BGH, 24.04.1974, in *NJW* (1974), pag. 1506; BGH, 21.11.1958, in *NJW* (1959), pag. 529; BGH, 10.03.1956, in *NJW* (1956), pag. 868.

Grundgesetz (la Costituzione tedesca), ha tuttavia condotto nel 1998 all'abolizione del § 1300 BGB³⁹⁴.

All'abolizione del § 1300 si è giunti dopo un lungo dibattito, non indolore, in cui si erano espressi ripetutamente il *Bundesverfassungsgericht* e il *Bundesgerichtshof* (la Corte di Cassazione tedesca): la prima considerava il § 1300 BGB come fonte di un “diritto precostituzionale”³⁹⁵; la seconda, conformemente alle tesi della dottrina maggioritaria, giudicava detta la norma “conforme alla Costituzione”³⁹⁶.

I sostenitori dell'incostituzionalità argomentavano invece con il principio di uguaglianza tra uomo e donna, che non consentirebbe alcuna disparità di trattamento: non soltanto pregiudizi, ma anche privilegi per il sesso femminile dovrebbero essere vietati³⁹⁷.

Il codice civile svizzero riconosce il diritto al risarcimento del danno morale (art. 93) per le sofferenze ed il trauma psicologico subito dalla parte abbandonata³⁹⁸.

La determinazione dell'ampiezza dei danni psico - fisici e del conseguente risarcimento del c.d. “*tort moral*” – comunque limitato ex art. 92 c.c. svizz. all'interesse negativo - è rimessa al giudice in via equitativa analogamente all'esperienza francese: in via eccezionale la legge abdica qui alla propria esclusiva competenza a delimitare imperativamente i limiti delle conseguenze della rottura del fidanzamento.

³⁹⁴ Cfr. l'“*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts*” art. 1 n. 1, in *BT-Drucksachen 13/4898*. Il progetto di legge condusse ad una complessiva riforma dell'*Ehegesetz* del 1946, mediante l'abolizione delle disposizioni ormai antiquate e la recezione nel BGB delle restanti norme, talvolta sensibilmente modificate.

³⁹⁵ Cfr. BVerfG, 26.01.1972, in *NJW* (1972), pag. 571.

³⁹⁶ Cfr. BGH, 24.04.1974, in *NJW* (1974), pag.1506; BGH, 10.03.1956, in *NJW* (1956), pag. 868.

³⁹⁷ Cfr. BVerfG, 18.12.1953, in *NJW* (1954), pag. 65; T. RAMM, *Gleichberechtigung und Hausfrauenlehre*, in *JZ* 23 (1971), pagg. 41 ss.

³⁹⁸ Cfr. DESCHENAUX - TERCIER, *Le mariage* cit., pag. 39.

7. Il diritto anglosassone. Cenni

Il diritto inglese e scozzese, che pure presentano significative analogie con i sistemi dell'Europa continentale in tema di promessa di matrimonio, considerano quest'ultima uno “*specific contract*”, e le riconducono la maggior parte dei principi delle norme dettate per i contratti³⁹⁹.

In caso di recesso di una parte, il fidanzato abbandonato ha diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e morali: del danno emergente e del lucro cessante. A questi la giurisprudenza aggiunge ulteriori danni in caso di condotta maliziosa o fraudolenta del convenuto, di lesione del decoro, della reputazione e dell'integrità psico-fisica del danneggiato, di perdita di occasioni di matrimonio.

La sola pretesa non azionabile in giudizio, perché ritenuta facilmente strumentalizzabile quale oggetto di oppressione e pertanto contraria a principi di ordine pubblico, è quella per la perdita di aspettative economiche e sociali.

A partire dal 1970 si è tuttavia sviluppata un'ampia legislazione tendente a ridimensionare la portata delle azioni e gli effetti derivanti dalla rottura della promessa di matrimonio, circoscrivendo il contenuto dell'azione per “*breach of promise to marry*” al recupero delle spese che le parti hanno sostenuto in vista del matrimonio.

Vi sono anche istanze di totale abolizione di questa azione perché ritenuta obsoleta e per analogia con la legislazione in tema di scioglimento del matrimonio, che in nome della libertà matrimoniale ne ha delimitato gli effetti sfavorevoli per la parte colpevole; il principio dell'affidamento negoziale ha tuttavia al momento

³⁹⁹ Cfr. BROMLEY - LOVE, *Family Law*, London 1987, pag. 19; J. CHITTY, *On contracts 2, Specific Contracts*²², London 1961, pagg. 512 ss.

suggerito il mantenimento dell'azione di "*breach of the promise to marry*".

Prospettive future e conclusioni

Dalla ricerca svolta emerge un dato inconfutabile: in qualsiasi epoca storica, compresa quella contemporanea, la promessa di matrimonio ha avuto una rilevanza sociale e giuridica. Prova ne sia che l'esperienza francese del *code Napoléon*, l'unica tra quelle occidentali a non predisporre alcuna regolamentazione, può dirsi sostanzialmente fallita, alla luce della controversa, eclettica giurisprudenza chiamata a dare risposta a problemi giuridici irrisolti da quel codice.

La tendenza degli ordinamenti moderni è quella di decontrattualizzare la promessa di matrimonio, cercando di limitarne il più possibile gli effetti per salvaguardare il principio della libertà matrimoniale, consacrato in quasi tutti gli ordinamenti vigenti.

E' poi chiaro e conseguenziale che, in società sempre più aperte al riconoscimento del divorzio e quindi dello scioglimento del matrimonio, non siano riconosciuti effetti vincolanti alla promessa di un accordo considerato risolubile.

Non si può tuttavia fare a meno di notare come lo *status* di fidanzati produca intrinsecamente alcune situazioni giuridiche soggettive degne di tutela da parte dell'ordinamento giuridico: si pensi, per tutti, al mutuo contratto per l'acquisto di una casa in vista del matrimonio.

Il principio dell'affidamento non può essere mortificato, sacrificato sull'altare della libertà matrimoniale, fino a rendere totalmente privi di rilevanza accordi stretti da persone maggiorenni, con piena capacità di agire e capaci di ingenerare legittime aspettative nell'altra parte.

In questo senso va senz'altro l'orientamento della dottrina maggioritaria, che ha individuato un'apposita forma di responsabilità in capo a chi viene meno alla promessa di matrimonio: una responsabilità *ex lege*, delimitata entro i limiti imperativi dettati dalla legge, non disponibile dalla volontà dei privati, cui resta preclusa la statuzione di pene ulteriori a quelle stabilite *ex lege* per il caso di rottura del fidanzamento, che violerebbero il principio di rango costituzionale della libertà matrimoniale.

Sia la responsabilità contrattuale che quella extracontrattuale si mostrano infatti inadeguate a descrivere il profilo sanzionatorio applicabile alla rottura del fidanzamento: la prima, perchè nessun illecito è ravvisabile in capo a chi, liberamente, eserciti il suo diritto di non contrarre un matrimonio non desiderato; la seconda perchè l'assimilazione *in toto* del fidanzamento ai contratti pone difficoltà che lo sviluppo storico ha già ben evidenziato.

In particolare le conseguenze in tema di esecuzione in forma specifica sarebbero di nuovo macroscopicamente in conflitto con il principio della libertà matrimoniale, ed ogni eccezione apportata per adattare la struttura dei contratti alla promessa di matrimonio finirebbe per snaturare – e quindi negare - la struttura medesima del contratto.

Appare invece più consono l'inquadramento della responsabilità scaturente dalla rottura della promessa di matrimonio nella categoria delle obbligazioni *ex lege*, con l'effetto di salvaguardare contemporaneamente i due principi che più si agitano nella tutela della promessa stessa, quelli del "*pacta sunt servanda*", con determinazione *ex lege* del possibile contenuto dei *pacta*, e della libertà matrimoniale.

Indice delle fonti⁴⁰⁰

I. FONTI BIBLICHE

Vetus Testamentum:

Liber Genesis (= Gen.)

38, 17-20; 12
43, 9; 14

Liber Exodus (= Ex.)

22, 15, 16; 50
22, 15-16; 55; 56
22, 16, 16; 54

Liber Deuteronomii (= Dt.)

20, 7; 57
22, 4; 58
22, 23; 54; 55; 56; 135
22, 23-27; 55; 56
22, 24; 54
22, 28-29; 52; 56
23, 25; 56
24, 19; 58

Liber primus Samuelis (= I Sam.)

16, 14; 13 nt. 6

⁴⁰⁰ Vista la varietà delle fonti utilizzate nella presente ricerca e la difficoltà di seguire i criteri maggiormente in uso negli studi storico-giuridici per l'indice delle fonti, si è deciso di seguire i criteri adottati in D. NÖRR, *Historiae iuris antiqui, Gesammelte Schriften* 3 (a cura di T. J. CHIUSI, W. KAISER, H.-D. SPENGLER), Goldbach 2003, *in fine*.

17, 18; 13
18, 23-25; 53

Liber secundus Samuelis (=II Sam.)

3, 14; 58

Liber Nehemiae (= Neh.)

5, 3; 14

Liber Iob (= Job.)

17, 3; 14

Liber Psalmorum (= Ps.)

119, 122; 14

Liber Proverbiorum (= Pv.)

6, 1 - 5; 15
17, 18; 14
11, 15; 14
20, 16; 14
22, 26 - 27; 14
27, 13; 14

Prophetia Osee (=Os.)

3, 1 - 2; 53

Novum Testamentum:

Ad Ephesios Epistula Sancti Pauli Apostoli (= Eph.)

1, 14; 21

5, 22-23; 133
5, 24; 133
5, 25; 133

Ad Timotheum Epistula I Sancti Pauli Apostoli (= I Tm.)

1, 5, 12; 140

Ad Corinthios Epistula II Sancti Pauli Apostoli (= II Cor.)

2, 1, 22; 21

II. CODEX HAMMURABI

§ 128; 42
§§ 137-142; 58
§ 138; 44
§ 159; 44
§ 160; 44
§ 161; 45
§ 163; 45
§ 164; 45
§ 166; 45
§ 130; 48

III. DIRITTO ROMANO

1. Fonti pregiustinianee:

Codex Theodosianus

C. Th. 3, 5, 4; 116
C. Th. 3, 5, 5; 106
C. Th. 3, 5, 11; 33; 101; 102; 103
C. Th. 3, 5, 11, 3-4; 103
C. Th. 3, 6, 1; 35; 86; 88; 89; 90; 99; 118

C. Th. 3, 10, 1; 34; 38; 99; 100
C. Th. 3, 11, 1, 1; 99

Gai Institutiones

3, 139; 29

Interpretatio ad Codicem Theodosianum

33; 34; 95

Liber iuris Syriaco-romanus

§ 46; 168

§ 84; 147

§ 85; 147

§ 91; 91

Scholia Sinaitica

2, 4; 66

2. Corpus iuris civilis:

Digesta

D. 1, 16, 6, 3; 62

D. 3, 2, 1; 76; 81

D. 3, 2, 13, 1-3; 81

D. 3, 2, 13, 4; 81

D. 12, 4, 6; 75

D. 12, 4, 9 pr.; 75

D. 13, 7, 11, 6; 85

D. 14, 3, 5, 15; 29

D. 17, 1, 62 pr.; 62

D. 18, 1, 35 pr.; 29

D. 18, 3, 6 pr.; 29

D. 19, 1, 11, 6; 29

D. 20, 1, 4; 178; 181
D. 22, 4, 4; 178; 181
D. 22, 5, 4; 82
D. 23, 1, 1; 157
D. 23, 1, 10 pr.
D. 23, 1, 11; 80
D. 23, 1, 15; 85
D. 23, 1, 16; 85
D. 23, 1, 18; 77
D. 23, 1, 2; 72
D. 23, 1, 4 pr.; 76
D. 23, 1, 4, 1; 79
D. 23, 1, 5; 78
D. 23, 1, 7 pr.; 77; 157
D. 23, 1, 7, 1; 79
D. 23, 2, 2; 32; 79
D. 23, 2, 38 pr.; 62; 82; 83; 85; 87; 88; 89
D. 23, 2, 38; 64; 67; 89
D. 23, 2, 60, 5; 84; 85
D. 23, 2, 44 pr.; 82
D. 23, 2, 63; 84
D. 23, 3, 7, § 3; 75
D. 23, 3, 8; 75
D. 23, 3, 9; 75
D. 23, 5, 5; 82
D. 24, 2, 2, 2; 64
D. 26, 2, 16; 85
D. 28, 6, 24; 85
D. 38, 10, 6, 1; 82
D. 40, 1, 15; 85
D. 45, 1, 134 pr.; 65; 82; 130
D. 48, 5, 14; 144
D. 49, 14, 46, 2; 62

Codex Iustinianus

C. I. 1, 3, 54 (56), 2-3; 115
C. I. 1, 3, 54 (56); 114; 115; 116; 118
C. I. 1, 4, 16; 113; 114
C. I. 4, 54, 1; 29
C. I. 5, 1, 1; 65
C. I. 5, 1, 2; 116
C. I. 5, 1, 3; 36; 102; 118
C. I. 5, 1, 5; 36; 38; 100; 106; 107; 111; 153
C. I. 5, 1, 5 pr.; 100

C. I. 5, 1, 5, 1-3; 110
C. I. 5, 1, 5, 4-5; 111
C. I. 5, 1, 5, 5; 100; 112; 115
C. I. 5, 1, 5, 5 - 6; 112
C. I. 5, 2, 1; 38; 86; 90; 99; 118; 119; 139
C. I. 5, 4, 14; 64
C. I. 5, 8, 1; 99
C. I. 5, 8, 1, 1; 99
C. I. 5, 17, 2; 65; 82
C. I. 8, 38 (39), 2; 130
C. I. 9, 9, 30 [29]; 144

Novellae Iustiniani

74, 5; 129

IV. DIRITTO BIZANTINO

Basilicorum textus

28, 1, 1 - 2; 159
28, 1, 2; 158
28, 1, 5, 1 - 2; 159
28, 2, 3; 101

Ecloga

1, 1; 153

Ecloga ad Prochiron Mutata

tit. 39; 141

Ecloga Privata Aucta

1, 1; 155

Novellae Leonis VI.

59; 159
74; 129; 145; 160
89; 159

Prochirum auctum

1, 1; 157

V. DIRITTO CANONICO

Decretalium Domini Gregorii Papae IX compilatio

IV, 1, 10; 184
IV, 1, 15; 206
IV, 1, 17; 185
IV, 1, 21; 185
IV, 4, 3; 184

Concilium Eliberritanum

can. 54; 142

Concilium Quinisextum

can. 98; 144

Decretum Gratiani

27, 2, 27; 142
27, 2, 45; 136
27, 2, 50; 143

Siricius papa

Epistulae

1, 4, 5; 143

VI. FONTI LETTERARIE

Ambrosius

De institutione virginis

6, 41; 135

De Poenitentia

2, 18; 66

2, 3, 18; 140

Epistulae

1, 34; 140

19, 7; 134

Aristoteles

Politica

1259a 12 (1, 11, 8 – 10); 18

Athenagoras

Legatio pro Christianis

33; 131

Augustinus

De continentia

9, 23; 132

Sermones

372, 2; 33

378; 28

Barhaebreus

Nomocanon

8, 2, 1; 147

8, 4, 7; 147

Cicero

Ad Atticum

6, 6, 1; 104

De divinatione

1, 111 - 112; 18

De inventione

1, 91; 104

Philippicae

12, 22; 66

13, 8; 66

Pro Caelio

78; 66

Pro Cluentio

179; 69

Cyrillus

In Joannis Evangelium

2, 1; 134

Donatus

Commentum in Terentium

praef. 2 Phormio, 87

Eugraphius

Commentum in Terentii Phormia

659; 93

Festus

De verborum significatu (epitome Verri Flacci) (Lindsay)

p. 440; 68

Gellius

Noctes Atticae

12, 8, 3; 104

4, 4, 1-2; 69

4, 4, 2; 68

10, 10; 137

Horatius

Carmina

1, 9, 21; 62

Ioannis Cassianus

Conlationes

7, 6; 138

Isidorus Hispalensis

Etymologiae sive origines

5, 25, 18-24; 29

9, 7; 27; 146

9, 7, 3; 68

19, 32, 3; 137

19, 32, 4 – 5; 137

De ecclesiasticis officiis

2, 20, 8; 137

Incerti auctoris

Epistula ad Diognetum

5, 6; 131

Iulius Capitolinus

Maximini Duo

27, 7; 31

Iuvenalis

Satirae

6, 25; 62

6, 200 ss.; 65

Livius

Ab urbe condita

4, 9; 69

38, 57, 7; 104
39, 10, 1; 66

Lucianus

Magister rhetorum

17; 20

Abdicatus

23; 20

Isaeus

De Cironis Hereditate

23; 18

Macrobius

Saturnalia

2, 3; 27
7, 13; 137

Maximus Tauriniensis

Sermones

56; 140

Ovidius

Ars Amatoria

2, 16; 62
3, 486, 489; 66

Petrus Chrysologus

Sermones

140; 33

Plautus

Miles Gloriosus

957; 29

Aulularia

255 s.; 72

Cistellaria

98 ss; 69

Curculio

674-675; 73

Mostellaria

645, 25

Poenulus

1359 s.; 25

1156; 73

Rudens

prol. 46; 25

Trinummus

1157 ss.; 73; 79

Truculentus

687 ss; 25

Plinius

Historia naturalis

23, 1, 4; 137

Plutarchus

Cato Minor

7, 1; 74

Galba

cap. 17; 19

Tiberius Gracchus

4, 2-3; 104

Quintilianus

Declamationes

12, 19; 28

Rufinus

Historia ecclesiastica

1, 28; 140

Seneca

Hercules Oetaeus

490; 66

Servius

In Aeneidem

10, 79; 68

Sulpicius Severus

Epistulae

Ad Claudiam sororem de virginitate

2, 12; 139

Ad Bassulam

3, 2; 138

Svetonius

Tiberius

6, 3; 31

Terentius

Andria

100-102; 73

Heautontimorumenos

600 ss.; 26

Adelphoe

734 s.; 69

Tertullianus

Ad uxorem

2, 2; 134
2, 8; 136
2, 9; 134

De monogamia

11, 1-2; 134

De pudicitia

caput IV; 134

De Resurrectione

51; 28

De virginibus velandis

11, 5; 135
16, 4; 87
12, 1; 65

Valerius Maximus

Facta et dicta memorabilia

4, 2, 3; 104

Varro

De lingua latina

5, 175; 24
6, 70-72; 70

Venantius Fortunatus

Vita S. Martini

1, 67; 29

VII. PAPIRI

CPR

I, 30; 119

P. Cair. Masp.

I 67006 v.; 124

VIII. DIRITTO LONGOBARDO

Edictum Rothari

181; 163

182; 167

183; 163

185; 169

Liutprandus

3; 186

103; 163

117; 165

IX. DIRITTO MODERNO

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (= ABGB)

§§ 46 e 1247; 198

§ 45; 198

Allgemeines Preußisches Landrecht

II, I §§ 112 – 127; 193

II, I, § 113; 193

Bürgerliches Gesetzbuch (= BGB)

§ 823 ss.; 210
§ 1297; 198; 202
§ 1298; 198; 208
§ 1300; 210; 211

Code civil

art. 340; 210

Codex Iuris Canonici

can. 1529; 200
can. 1062, § 1; 200
can. 1062, § 2; 200

Codice civile albertino

art. 101; 198

Codice civile del Regno delle Due Sicilie

art. 148; 198

Codice civile italiano

art. 81; 204
art. 81, 1° co; 204
art. 84; 205
art. 636; 200

Codice civile Parmense

art. 40; 198

Codice civile svizzero

art. 91, 1° co.; 202
art. 92; 211
art. 93; 211
art. 169; 202

Código civil (Portogallo)

art. 1591; 202
art. 1591, 1° co.; 205
art. 1592, 1° co.; 205

Codigo civil (Spagna)

art. 42; 202
art. 42, 1° co; 202
art. 43; 206

Convenzione europea sui diritti dell'uomo

art. 12; 200

Costituzione italiana

artt. 29-30; 200

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo

art. 16; 200

Grundgesetz (Deutschland)

Art. 3, Abs. 2-3; 211

Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 888, II; 198
§ 894, II; 198

Bibliografia

M. ABBOTT, *Family Ties: English Families 1540 - 1920*, London 1993.

B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano* 7. “*Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*”, in *AUPA* 43 (1992), pagg. 134-167.

B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto* 3, Palermo 1970, pagg. 299-376.

ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941.

V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Napoli 1947.

J. A. ASSEMANUS, „*Ecclesiae Antiochenae syrorum Nomocànon a Gregorio Abulpharagio Bar-Hebraeo syriace compositus et a Iosepho Aloysio Assemano in Latinam linguam conversus*“, in A. MAIUS (a cura di), „*Scyptorum veterum nova collectio e vaticanis codicibus edita*“ 10, 1838, Romae.

R. ASTOLFI, *Varrone, i comici e il fidanzamento arcaico*, in *SDHI* 55 (1989), pagg. 392-394.

R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova 1994.

R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in AA.VV., *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. VII convegno internazionale*, in *SDHI* 56 (1990), pagg. 323-346.

R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nella “lex Iulia et Papia”*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, 1971, pagg. 671-694.

R. ASTOLFI, *Per la storia del fidanzamento arcaico*, rec. di B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, VIII. in *SDHI* 58 (1992), pag. 262-280.

D. AUGENTI, *Momenti e immagini della donna romana*, Roma 2007.

AA.VV., *Manuale forense, ossia confronto fra il codice albertino il diritto romano e la legislazione anteriore 1*, Novara 1838.

M. P. BACCARI, *Comunione e cittadinanza*, in *SDHI* 57 (1991), pagg. 264-286.

R. BACKHAUS, *rec. di S. A. FUSCO, "Pecuniam commodare"*. *Aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d. C.*, in *ZSS* 99 (1982), pagg. 443-453.

F. BADOSA COLL, in *Comentarios a las reformas del derecho de familia 1*, Madrid 1984.

M. BALESTRI FUMAGALLI, s. v. „Sponsali“ (*diritto romano*), in *Enciclopedia del diritto* 43 (1990), pagg. 500-509.

M. BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime sulla speranza*, *rec. di M. BARTOSEK, La spes en droit romain*, in *SDHI* 61 (1995), pag. 863-873.

U. BARTOCCI, *"Spondebatur pecunia aut filia"*, *funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo*, Roma 2000.

B. BASDEVANT-GAUDMET, *Le mariage d'après la correspondance d'Yves de Chartres*, in *RHD* 61 (1983), pagg. 195-215.

L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athenienne 4*, Paris 1897 (rist. anast. Amsterdam, 1969).

H. BECK, *Die frühen römischen Historiker, Band 2. Von Coelius Antipater bis Pomponius Atticus*, Darmstadt 2004.

I. E. BEKKER, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, in *ZSS* 12 (1892), pagg. 53-118.

A. BELLODI ANSALONI, *La "venia aetatis". Emersione storica e sviluppo*, in *Labeo* 46 (2000), pagg. 40-71.

H. P. BENHÖR, *rec.* di D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, in ZSS 99 (1982), pagg. 426-429.

C. S. BERARDI, *Commentaria in jus Ecclesiasticum*, III, Venetiis 1789.

E. BERGMANN, *Codex Hammurabi*, vol. 1. *Textus primigenius*, Roma 1953.

E. BESTA, *La famiglia nella storia del diritto italiano*¹, Padova 1933.

C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano 1981.

B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, rist. Milano 1972 (1° ed. 1946).

B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. 3. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano 1954.

L. BIRAGHI (a cura di), *Datiana Historia ecclesiae mediolanensis ab anno Christi 51 ad 304*, Milano 1848.

J. W. PH. BORLEFFS (a cura di), *Tertullian's De resurrectione*, in CCSL 2 (1954), pagg. 919-1012.

P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. 1. *Diritto di famiglia*, Roma 1925.

P. BORRELLI, *Il divieto di nozze tra tutore e pupilla*, in *Labeo* 43 (1997), pagg. 365-389.

G. BOVINI, *Scene della dextrarum iunctio nell'arte cristiana*, in *Bullettino della Commissione Archeologica comunale di Roma* 72 (1946-1948), pagg. 103-117.

F. BRANDILEONE, *Contributo alla storia della subarrhatio*, in *Studi per il cinquantesimo anno di insegnamento di E. Pessina* 3, Napoli 1899, pagg. 229-258 (=Saggi sulla Storia della celebrazione del matrimonio in Italia, Milano 1906, pagg. 401-433).

F. BRANDILEONE, *Die «Subarrhatio cum anulo »: ein Beitrag zur Geschichte des mittelalterlichen Eheschliessungsrechtes*, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht* 10 (1901), pagg. 311-340.

F. BRANDILEONE, *Note al Cap. XXX dell'Editto di Liutprando*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* 31 (1900), pagg. 525-553.

F. BRANDILEONE, *Il contratto di matrimonio*, in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano 1906.

R. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Völkerrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches*, Weimar 1902.

A. BÜRGE, *Cum in familia nubas: zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia liberorum*, in *ZSS* 105 (1988), pag. 312-333.

A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt 1999.

L. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la nov. 6 de Majorien et la nov. 1 de Sévère*, Courtrai 1949.

G. CALOGIROU, *Die arrha im Vermögensrecht in Berücksichtigung der Ostraka und Papyri*, Leipzig 1911.

C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA* 44 (1993), pagg. 1-83.

V. CAPOCCI, *Recensione di A. HERMAN, Die Schliessung der Verlöbnisse im Recht Justinians und der späteren byzantinischen Gesetzgebung*, in *Analecta Gregoriana* 8 (1935), pagg. 79-107 in *SDHI* 2 (1936), pagg. 219-220.

P. G. CARON, s. v. "matrimonio" (promessa di) (diritto canonico), in *NNDI*, X, Torino 1964, pagg. 427-429.

F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980.

C. CASTELLO, *Remarques sur des cas concernant le debut du iustum matrimonium*, in *RIDA* 32 (1985), pagg. 237-246.

C. CASTELLO, rec. di R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989, in *Iura* 40 (1989), pag. 89-91 e in *SDHI* 55 (1989), pagg. 482-488.

C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios en homenaje J. Iglesias* 3, Madrid 1988, pagg. 1165-1178.

C. CASTELLO, *Remarques sur des cas concernano le debut du iustum matrimonium*, in *RIDA* 32 (1985), pagg. 237-246.

C. CASTELLO, rec. di R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, in *SDHI* 52 (1986), pagg. 602-613.

A. CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano 1973.

D. CHARPIN, *Le clergé d'Ur au siècle d'Hammurabi : XIXe - XVIIIe siècles av. J.-C.*, in *Hautes études orientales* 22, Genève 1986.

M. CHASSIGNET (a cura di), *L'annalistique romaine, tome III: l'Annalistique récente, l'autobiographie politique (fragments)*, Paris 2004.

J. CHITTY, *On contracts 2, Specific Contracts*²⁹, London 2006.

E. M. CLIVE, *The Law of Husband and Wife in Scotland*, Edinburgh 1982.

H. COING, *Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985.

S. A. COOK, *The laws of Moses and the Code of Hammurabi*, London 1903.

D. CORAPI, *Lo studio e l'insegnamento del diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1986, pagg. 440 ss.

P. E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930.

A. CORBINO, *rec. di G. FRANCIOSI, Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, in *IURA* 40 (1989), pagg. 102-107.

G. CORNIL, *Die arrha im justinianischen Recht*, in *ZSS* 48 (1928), pagg. 51-87.

P. CORNOLEY, *Les origines de la "sponsio"*, in *Labeo* 35 (1989), pagg. 28-78.

E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino 1890.

E. COSTA, *Il diritto romano privato nelle Commedie di Terenzio*, in *Archivio giuridico* 50-51 (1893), pagg. 407-526.

E. COSTA, *Storia del Diritto Romano privato dalle origini alla compilazione giustniana²*, Torino 1925.

G. COUCHEZ – J. HAUSER, *s. v. "Mariage"*, in *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, Paris 1973.

A. E. COWLEY, *Aramaic Papyri of the Fifth century b. C.*, Oxford 1923.

H. DAHLMANN, *s. v. M. Terentius Varro*, in *RE, Suppl. VI*, Stuttgart 1935, pagg. 1172-1277.

C. DAREMBERG – E. SAGLIO, *s. v. "Arrha" (in fine)*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, Paris 1877.

W. W. DAVIES, *The code of Hammurabi and Moses*, Cincinnati 1905.

G. DE BONFILIS, *La "terminologia matrimoniale" di Costanzo II. Uso della lingua e adattamento politico*, in *Labeo* 42 (1996), pagg. 254-266.

G. DE BONFILIS, *C. Th. 3.1.5 e la politica ebraica di Teodosio I*, in *BIDR* III serie 31-32 (1989-1990), pagg. 47-72.

M. A. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di "patria potestas" e cognazione*, in *Studi in onore di Antonio Segni* 1, Milano 1967, pagg. 569-611.

M. A. DE DOMINICIS, *Satura critica delle fonti postclassiche*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 1, Milano 1971, pagg. 503-547.

L. DE GIOVANNI, *Per uno studio delle "Institutiones" di Marciano*, in *SDHI* 49 (1983), pagg. 91-146.

F. DEGNI, *Del matrimonio* 1, Torino 1926.

F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943.

F. DEL GIUDICE (a cura di), *Dizionario storico del diritto italiano ed europeo*, Napoli 2000.

A. DELL'ORO, *Il divieto del matrimonio fra funzionario romano e donna della provincia*, in *Studi in onore di Biondo Biondi* 2, Milano 1965, pagg. 523-540.

J. B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae, liber VI, De dote*, Venetiis 1706.

J. B. DE LUCA, *Istituta universale di tutte le leggi*, Colonia 1752.

A. D'EMILIA, *Appunti di diritto bizantino*, Roma 1943.

G. DE NOVA, s. v. "*Matrimonio (Promessa di) (Dir. Int. Priv.)*", in *NNDI* 10, Torino 1964, pagg. 425-427.

H. DERNBURG, *Pandekten* 3, Berlin 1897.

E. DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio*, in *BIDR* 15 (1903), pagg. 242 ss.

H. DESCHENAUX – P. TERCIER – F. WERRO, *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, Berne 1995.

H. DE SEGUSIO (CARDINALIS HOSTIENSIS), *Summa aurea, ad vetustissimos codices summa fide, diligentiaque nunc primum collata, atque ab innumeris erroribus, quibus scatebat hactenus, repurgata. Cum antiquis Nicolai Superantii, atque eruditis recens ex Summa f. Martini abbatis, i.u.d. celeberrimi Azonis & Accursij (vt ferunt) coaetanei adiectis adnotationibus. Accessit rerum, et verborum toto opere memorabilium locupletissimus index*, Venetiis, 1586.

N. DETHLOFF - A. LÜDERITZ - G. BEITZKE, *Familienrecht. Ein Studienbuch*²⁸, München 2006.

G. DEVOTO e G. C. OLI (a cura di), *Il dizionario della lingua italiana*, s. v. “arra”, Firenze 1990.

G. DIETZE, *Der Streit um die Insel Pso: Bemerkungen zu einem epigraphischen Dossier des Khnumtempels von Elephantine (Th.Sy. 244)*, in *Ancient Society* 26 (1995), pagg. 157-184.

O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, Cagliari 1992.

G. DI RENZO VILLATA, *Per un'edizione della “Summa vindocinensis” (libro I)*, in *SDHI* 42 (1976), pagg. 265-302.

DITTEMBERGER, *Sylloge inscriptionum graeacarum* 2, Leipzig 1883.

H. DÖLLE, *Familienrecht, Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Karlsruhe 1964-65.

G. DOSSETTI, *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico*, Bologna 1954.

- L. DUCHESNE, *Origines du culte chrétien*², Paris 1898.
- C. DUPONT, *Peine et relations pecuniaires entre fiances et conjoints dans les constitutions rendues de 312 a 565 apres Jesus-Christ*, in *RIDA* 23 (1976), pagg. 119-139.
- C. DUPONT, *Les jura in re aliena dans le Code Theodosien*, in *RIDA* 24 (1977), pag. 233-272.
- R. DUTTENHÖFER, *Korrekturen zu Ostraka aus Elephantine / Syene*, in *ZPE* 147 (2004), pagg. 180-182.
- C. EDWARDS, *The oldest laws in the world, being an account of the Hammurabi Code and the Sinaitic Legislation*, London 1906.
- S. ERAY, *La nature juridique des fiançailles*, Neuchâtel 1945.
- F. ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana, nella pratica medievale. dell' Italia superiore*, in *Archivio Giuridico* 81 (1908), pagg. 155-156.
- W. ERMAN (a cura di), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*¹¹ 2, Münster - Köln 2004.
- A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique I*, Paris 1891.
- C. FAYER, *La familia romana 2. Aspetti giuridici ed antiquari*, Roma 2005.
- H. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der Klassischer Zeit*, Upsala 1910.
- H. FEHR, *Hammurabi und das salische Recht*, Bonn 1910.
- P. FERRETTI, *Doni fatti a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica*, in *Labeo* 45 (1999), pagg. 76-97.
- P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000.
- H. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894.

M. S. F. FONTANA ELBOJ GONZALO, *Sponsio matrimonial en la Roma antica: el vaso de duenos*, in *RIDA* 43 (1996), pagg. 213-267.

W. W. FORTENBAUGH, s. v. *Theophrastos*, in *Der Neue Pauly* 12/1, Stuttgart 2002, col. 385 ss.

E. FRÄNKEL, *Plautinisches im Plautus*², Hildesheim 2000 (ristampa anastatica della prima edizione, Berlin 1922).

E. H. FRESHFIELD, *A revised Manual of Roman Law Founded upon the Ecloga of Leo III and Constantine V, of Isauria*, Cambridge 1927.

E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Aalen, 1965 (ristampa dell'edizione originale di Leipzig 1865).

E. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974.

L. A. GARCIA MORENO, *Estudios sobre la organizacion administrativa del reino visigodo de Toledo*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 44 (1974), pagg. 5-155.

A. GAUDENZI, *Bibliotheca Iuridica medii aevi I*, Bologna 1914.

J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*³, München 1980.

J. GERNHUBER – D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*⁵, München 2006.

T. GIARO, rec. di R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989, in *ZSS* 108 (1991), pagg. 484-488.

G. GILIBERTI, rec. di S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, in *SDHI* 62 (1996), pagg. 613-618.

- P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929.
- V. GIUFFRÈ, *rec. di R. QUADRATO, Sulle tracce dell'annullabilità, "quasi nullus" nella giurisprudenza romana*, in *IURA* 34 (1983), pag. 224-230
- E. D. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris 1903.
- J. GODEFROY, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae 1736.
- F. GORIA, *Ricerche su impedimento da adulterio e obbligo di repudio da Giustiniano a Leone VI*, in *SDHI* 39 (1973), pagg. 281-384.
- F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine nel diritto privato dell'Ecloga privata aucta: diritto matrimoniale*, Fankfurt am Main 1980.
- H. GRESSMAN, *Texte und Bilder zum alten Testament* 1, Tübingen 1909.
- H. GRESSMAN, *Codex Hammurabi*, Romae 1910.
- A. GUARINO (a cura di), *Dizionario giuridico romano*³ 1, Napoli 2000.
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001.
- R. HAASE, *Justinian I und der Frauenraub (raptus)*, in *ZSS* 111 (1994), pagg. 458-470.
- E. HENRIOT, *Les poètes juristes*, Paris 1858.
- E. HENRIOT, *Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome, d'après les poètes latins*, Paris 1865.
- O. HENSE, *Iohannis Stobaei anthologii, libri duo posteriores* 2, Berlin 1958.

A. HERMAN, *Die Schliessung der Verlöbnisse im Recht Justinians und der späteren byzantinischen Gesetzgebung*, in *Analecta Gregoriana* 8 (1935), pagg. 79-107.

J. G. E. HOFFMANN, *Über einige phönikische Inschriften*, in *Abhandlungen der kaiserlichen Gesellschaft der Wissenschaft zu Göttingen* 36 (1890).

F. HOFMANN, *Über den Verlobungs- und den Trauring*, in *Sitzungsberichte der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaft zu Wien, Phil. Hist. Klasse* 65 (1870), pagg. 825 ss.

A. M. HONORÈ, *The editing of the digest titles*, in *ZSS* 90 (1973), pagg. 262-304.

E. HRUZA, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes* 2, Erlangen – Leipzig 1894.

É. JAKAB, *Sale with earnest money in the papyri*, in *AGR* 16. *Symposion* 2001. *Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien 2005.

C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941.

J. JEREMIAS, *Moses und Hammurabis*, Leipzig 1903.

R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 3,1, Leipzig 1906.

K. JUNG, *Der Ehemaklerlohn. Eine historische Untersuchung*, Frankfurt 1991.

G. KADZIOCH, *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino ed orientale*, Roma 1997.

J. A. KNUDZON, *Die El Amarna Tafeln mit Einleitung und Erläuterung*, Leipzig 1915

U. KAPLONY-HECKEL, *Eine Acker-Amt-Quittung aus Elephantine (DO Bodl. Eg. Inscr. 918)*, in *Enchoria* 28 (2002/2003), pagg. 33-36.

J. KOHLER – A. UNGNAD, *Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Spätzeit des babylonischen Schrifttums von Xerxes bis Mithridates II: (485 - 93 v. Chr.)*, Leipzig 1911.

J. KOHLER – F. E. PEISER, *Hammurabis Gesetze II,1*, Leipzig 1901.

F. X. KORTLEITNER, *De Judaeorum in Elephantine-Syene colonia eiusque rationibus cum vetere testamento intercedentibus*, in *Commentationes biblicae* 2 (1927).

P. KOSCHAKER, *Assyrisch Babilonisches Bürgerschaftrecht*, Leipzig 1911.

P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Leipzig 1917.

P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte der Arrha Sponsalicia*, in *ZSS* 33 (1912), pagg. 383-416.

E. G. KRAELING (a cura di), *The Brooklyn Museum Aramaic papyri : new documents of the 5. century B.C. from the Jewish colony at Elephantine*, in *Publications of the departmente of Egyptian Art* (1953).

A. KROYMANN (a cura di), *Tertullianus, De Resurrectione*, in *CSEL* 47 (1906) pagg. 25-125.

E. KRONECKER, *Quaestiones quaedam de natura arrhae in iure romano*, Berlin 1874.

H. KUPISZEWSKY, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, in *ZSS* 77 (1960), pagg. 125-159 (= *Scritti minori*, Napoli 2000, pagg. 103-137).

H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Recht I*, in *ZSS* 84 (1967), pagg. 70-103.

H. KUPISZEWSKY, *Quelques remarques sur les vocabula αντίχρησις, ἄρρα, παράφερνα dans le Digeste*, in *JJP* 18 (1974), pagg. 227-238 (= *Scritti minori*, Napoli 2000, pagg. 267-278).

L. LABRUNA, *rec. di P. CORNIOLEY, Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'evolution en droit romain*, in *IURA* 16 (1965), pagg. 400-418.

A. E. LAIOU, *Consensus facit nuptias – et non*, in *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), pagg. 189-201.

W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin 1960.

W. LEONHARD, *s.v. Arrha*, in A. PAULY - G. WISSOWA (ed altri), *Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft* II, 1, Stuttgart 1895, pagg. 1219 ss.

P. LEPORE, *Un problema ancora aperto: i rapporti legislativi tra oriente ed occidente nel tardo impero romano*, in *SDHI* 66 (2000), pagg. 343-398.

U. LEPTIEN, “*Utilitatis causa*”. *Zweckmäßigkeitentscheidungen im römischen Recht*, in *SDHI* 35 (1969), pagg. 51-72.

A. LIPPOLD, *Kommentar zur Historia Augusta, Band 1. Maximini duo*, Bonn 1991.

G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², Roma 1953.

G. LONGO, *Ancora sul matrimonio romano (a proposito del volume di Josef Huber)*, in *SHDI* 43 (1977), pagg. 459-480.

A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943.

G. MAGNANI, *Studio preliminare alla storia della promessa di matrimonio nel diritto italiano*, Pavia 1939.

A. D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino 2001.

A. D. MANFREDINI, “*Chi caccia e chi è cacciato...*”. *Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Ferrara 2006.

J. D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* II, 14, Florentiae 1757.

A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16 (1904), pagg. 206-289.

F. MARI, *Il Codice di Hammurabi e la Bibbia*, Roma 1903.

M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Firenze 1994.

C. MASI DORIA rec. di K. JUNG, *Der Ehemaklerlohn. Eine historische Untersuchung*, Frankfurt 1991 in *SZZ* 111 (1994), pagg. 625-628.

J. MASPERO, *Catalogue general des antiquités égyptiennes du Musée du Caire, I, Papyrus grecs d'époque byzantine*, Le Caire 1911.

M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, in *BIDR* 48, n. s. 7 (1941), pagg. 215-402.

M. MASSEI, *Sulla L. 5 Cod. de spons. 5,1*, in *BIDR* 47, n. s. 6 (1940), pagg. 148-153.

G. MATRINGE, *La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (sous l'empire et en occident)*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 5, Milano 1971, pag. 191-237.

M. MEINHARDT, *Datenverarbeitung im Dienste der Digesten*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, 1, Berlin 1976, pagg. 743-761.

L. R. MENAGER, *Systemes onomastiques, structures familiales et classes sociales dans le monde greco-romain*, in *SDHI* 46 (1980), pagg. 147-235.

L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1984), pagg. 321 ss.

A. METRO, “*Binas nuptias constituere*” in *D. 3, 2, 1* in *IURA* 26 (1975), pagg. 101-108.

F. MERCOGLIANO, *rec. di E. VOLTERRA, Scritti giuridici cit.*, in *INDEX. Quaderni Camerti di Studi romanistici* 20 (1992), pagg. 650-651.

E. MEYER, *Der Papyrusfund von Elephantine: Dokumente einer jüdischen Gemeinde aus der Perserzeit und das älteste erhaltene Buch der Weltliteratur*³, Leipzig 1912.

S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969.

L. MITTEIS – U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde II*, Leipzig 1912.

M. MÜHL, *Ursprung des römischen Verlobungsringes und dessen symbolischen Bedeutung im Eheschließungs- und Verlöbnisrecht Roms*, Erlangen-Nürnberg 1961.

Y. MUFFS, *Studies in the Aramaic legal papyri from Elephantine*, in *Studia et documenta ad iura orientis antiqui pertinentia* 8 (1969) (=Handbuch der Orientalistik 1/66, Leiden – Boston 2003).

R. W. MUSS-ARNOLT, *Assyrisch deutsches-Handwörterbuch*, Berlin 1905.

E. NACHMANSON, *Zu den Motivformeln der griechischen Ehrenschriften*, in *Eranos-Acta philologica Suecana* 11 (1911), pagg. 180-196, ora in G. PFOHL (a cura di), *Inschriften der Griechen. Grab-, Weih- und Ehreninschriften*, Darmstadt 1972, pagg. 153 ss.

C. A. NALLINO, *Il diritto musulmano nel Nomocanone siriaco-cristiano di Barhebreo*, in *Rivista degli studi orientali* 9 (1921-1923), pagg. 512-580 (=Raccolta di scritti editi e inediti a cura di Maria

Nallino, *IV. Diritto musulmano. Diritti cristiani*, Roma 1942, pagg. 214-290.

C. A. NALLINO, *Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane*, in *Rendiconti della Regia Accademia dei Lincei*, Serie VI, vol. I, 1925.

C. A. NALLINO, *Sul Libro Siro –Romano e sul presunto diritto siriano*, in *Studi in onore di P. Bonfante 1 nel XL anno d'insegnamento*, Milano 1930, pagg. 201-261.

C. A. NELSON, *Receipts for Trade-Tax in Elephantine/Syene*, in *ZPE* 107 (1995), pagg. 259-262.

J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschließungsrechts: eine rechtsvergleichend-historische Studie*, in *Mitteilungen der Vorderasiatischen Gesellschaft* 24-25, Leipzig 1920.

D. I. NICHOLS – M. C. MESTON, *The Matrimonial homes (Family Protection) (Scotland) Act²*, Edinburgh 1986.

G. NOVARA, *La promessa di matrimonio*, Genova 1950.

H. NUTKOWICZ, *Concerning the VerbiSN' in Judaeo-Aramaic contracts from Elephantine*, in *JSS* 52 (2007), pagg. 211-225.

L. NUZZO, *Il matrimonio clandestino nella dottrina canonistica del basso medioevo*, in *SDHI* 64 (1998), pagg. 351-396.

G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova 1996.

R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni "contra mandata"*, in *Studi di storia e diritto in memoria di G. Bonolis* 1, Milano 1942, pagg. 5-54.

G. PACCHIONI, *Actio ex sponsu*, in *Archivio giuridico* 39 (1887), pagg. 385-432.

G. PACCHIONI, *Corso di Diritto romano, vol. III. Delle obbligazioni, diritto di famiglia; successione ereditaria, legati e fedecommissi, cenni di procedura civile romana*, - ristampa della 1. ed. Torino 1922.

A. PADOA SCHIOPPA, *Le "Quaestiones super codicem" di Pillio da Medicina*, in *SDHI* 39 (1973), pagg. 239-280.

O. PALANDT – U. DIEDERICHSEN, *Bürgerliches Gesetzbuch, 67 Aufl.*, München, 2008.

E. PARATORE (a cura di), *Apulei Metamorphoseon libri IV-VI (La favola di Amore e Psiche)*, Firenze 1948.

J. PARICIO, *La relevancia juridica de unos esponsales (nota sobre un "responsum" de Marcelo recogido en D. 24.3.38)*, in *SDHI* 50 (1984), pagg. 493-498.

F. PATETTA, *Contributi alla storia delle orazioni nuziali e della celebrazione del matrimonio*, Torino 1896.

M. PELAJA, *Matrimonio e sessualità a Roma nell'Ottocento*, Bari 1994.

M. PENNITZ, *rec. di E. VOLTERRA, Scritti giuridici – con una nota di Mario Talamanca, voll. 1-3: famiglia e successioni*, in *ZSS* 111 (1994), pagg. 659-664.

L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti*, in *SDHI* 63 (1997), pagg. 123-196.

P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, pagg. 1 ss.

S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² 1. *Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso*; 2. *Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni*, Milano 1928 (rist. 1947).

P. PESCANI, *Studi sul digestum vetus*, in *BIDR* 84 (1981), pagg. 159-250.

M. O. PETER, “*Liberoum quaerundorum causa*”. *L’image idéale de le mariage et de la filiation à Rome*, in *RIDA* 3° s. 38 (1991), pagg. 285-331.

N. PETERS, *Die jüdische Gemeinde von Elephantine-Syene und ihr Tempel im 5. Jahrhundert v. Christi Geburt*, Freiburg 1910.

P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris 1992.

G. PFOHL (a cura di), *Inschriften der Griechen. Grab-, Weih- und Ehreninschriften*, Darmstadt 1972.

R. PICHON, *Histoire de la littérature latine*, Paris 1924.

G. PLANCK, *Familienrecht, Teil 1. Eingehung und Wirkungen der Ehe, Eheverträge*, in *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches*, ristampa ed. Berlino del 1880, a cura di W. SCHUBERT, Berlin – New York 1983.

J. PLESCIA, *The development of the doctrine of boni mores in Roman Law*, in *RIDA* 3° s. 34 (1987), pagg. 265-310.

W. M. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico 2*, edizione italiana, Milano 1963.

É. POPESCO, *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris 1925.

PORTEN, *Jews of Elephantine and Arameans of Syene : (fifth century B.C.E) fifty Aramaic texts with Hebrew and English translation*, Jerusalem 1974.

R. J. POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage*, in *Traités sur différentes matières de droit civil, appliquées a l’usage du barreau et de jurisprudence françoise*, Paris – Orléans, 1781.

F. PREISIGKE, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, II Band, Berlin 1927.

- F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991.
- A. M. RABELLO, *L'acquisto della "patria potestas"*, in *Labeo* 21 (1975), pagg. 172-192.
- T. RAMM, *Einführung in das Privatrecht. Allgemeiner Teil des BGB*, I, München 1969.
- T. RAMM, *Gleichberechtigung und Hausfrauenlehre*, in *JZ* 23 (1971), pagg. 41 ss.
- A. RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio (can. 1157 § 2)*, Roma 2003.
- R. REGGI, *Origini e funzione dell'actio rei uxoriae*, rec. di A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, in *INDEX. Quaderni camerti di studi romanistici*, 3 (1972), pagg. 577-589.
- Y. REUVEN, *Introduction to the law of the Aramaic papyri*, Oxford 1961.
- S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsali bus V-1*, in *Studi in onore di F. Pepere*, Napoli 1900 (= *Scritti di diritto romano* 1, Palermo 1957).
- R. RODULPHINUS, *Summa Totius Artis Notariae*, Venetiis 1546 (ristampato in edizione anastatica Bologna, 1977).
- R. P. RODRIGUEZ MONTERO, *La carta de Seya, problematica juridica de una epistola peculiar*, in *RIDA* 46 (1999), pagg. 465-497.
- O. RUBENSOHN, *Elephantine-Papyri*, Berlin 1907.
- F. RUFFINI, *L'actio spoli: studio storico-giuridico*, ristampa anastatica invariata dell'edizione Torino 1889, Roma 1972.

H-A. RUPPRECHT, *Antwort auf Éva Jakab*, in *AGR* 16. *Symposion* 2001. *Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien 2005, pagg. 219-222.

M. A. SABELLI, *Summa Diversorum Tractatumum*, IV, Parmae 1733.

O. SACCHI, *A proposito di "sponsalia"*. *Rec. di R. ASTOLFI*, *Il fidanzamento nel diritto romano*², Padova 1992, in *Labeo* 40 (1994), pagg. 266-272.

R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1980.

G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Camerino 1989.

E. SACHAU, *Aramäische Papyrus und Ostraka aus einer jüdischen militärischen Kolonie Elephantine*, Leipzig 1911.

A. SAJE, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Roma 2003.

G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai giorni nostri*, Torino 1899.

M. SAN NICOLÒ, *Parerga Babylonica*, in *Archiv orientální*, vol. IV (1932), pagg. 34 ss.

C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?*, in *IURA* 27 (1976), pagg. 101-104.

R. SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, I, Panorama des mutations*, Paris 1964.

G. SCADUTO, *Il consenso nelle nozze, nella professione e nell'ordinazione*, Napoli 1885.

A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI* 66 (2000), pagg. 147-164.

A. S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997.

V. SCHAUB, *Der Zwang zur Entlassung aus der Ehegewalt und die remancipatio ohne uxor*, in *ZSS* 82 (1965), pagg. 106-131.

G. SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale I, donazione nuziale nei papiri greco-egizi*, in *Rivista di Storia del diritto italiano* 2 (1929), pagg. 457 ss.

W. SCHIBEL, *Sprachbehandlung und Darstellungsweise in römischer Prosa: Claudius Quadrigarius, Livius, Aulus Gellius*, Amsterdam 1971.

M. SCHORR, *Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozessrechts*, in *Vordeasiatische Bibliothek* 5, Leipzig 1913.

R. SCHROEDER, *Lehrbuch der Deutschsgeschichte*, Leipzig 1894.

F. SCHULTZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.

F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, Città di Castello 1907.

D. SCHWAB, *Familienrecht*¹⁵, München 2007.

A. SEGRE, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico 1978*, Roma 1979, pagg. 19-28.

W. SELB – H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, Wien 2002.

G. SEMERARO, *Le origini della cultura europea, vol. II. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee – Dizionario della lingua greca*, in *Biblioteca dell'“Archivium romanicum“*, Serie II – Linguistica, Firenze 1994 – ristampa 2007.

S. A. SMITH, *Keilschrifttexte Asurbanipals*, Leipzig 1887-1889.

H. T. SÖRGEL – H. LANGE, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹², Band 7, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1988.

- A. SZEGEDY-MASZAK, *The nomoi of Theophrastus*, New Hampshire 1987 (ristampa dell'edizione del 1981).
- E. SZLECHTER, *Le code de Hammurapi II*, in *SDHI* 42 (1976), pagg. 303-400.
- R. SOHM, *Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt: eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis der kirchlichen Trauung zur Civilehe*, Weimar 1875.
- R. SOHM, *Trauung und Verlobung. Eine Entgegnung auf Friedberg: Verlobung und Trauung*, Weimar 1876.
- S. SOLAZZI, *Le nozze della minorenn*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* 51 (1916), pagg. 749-774 (= *Scritti di diritto romano* 2 Napoli 1957, pagg. 147-165).
- R. STINTZING, *Geschichte der populären Literatur*, Leipzig 1867.
- B. H. STOLTE, *The Lion's paws. Observations on Joannes Leunclavius (1541-1594) at work*, in *Rechtshistorisches Journal* 13 (1994), pagg. 219-233.
- L. STONE, *Famiglia, sesso e matrimonio in Inghilterra tra cinque e Ottocento*, Torino 1983.
- U. STUTZ, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach Deutschem bürgerlichem Recht*, Tübingen 1900.
- A. TAGGAR-COHEN, *The covenant as contract : Joshua 24 and legal Aramaic texts from Elephantine*, in *ZAR* 11 (2005), pagg. 27-50.
- M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953.
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- G. TEDESCHI, s. v. "Matrimonio" (Promessa di) (Dir. Civ.), in *NNDI* 10, pagg. 420-424.

C. TERRENI, *Gaio e l'“erroris causae probatio”*, in *Labeo* 45 (1999), pagg. 333-367.

G. THÜR, s. v. “*Arra, Arrabon*” in *Der Neue Pauli* 2, Stuttgart – Weimar 1997, col. 24 s.

A. TORRENT, *rec. di E. BUND, Untersuchungen zur Methode Julians*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 36 (1966), pagg. 614-617.

A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza 1987.

A. TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Madrid 2005.

S. TREGGIARI, *Consent to Roman Marriage: Some Aspects of Law and Reality*, in *Echos du Monde Classique* 26 (1982), pagg. 35-44.

S. TREGGIARI, *Digna condicio: Betrothals in the Roman Upper Class*, in *Echos du Monde Classique* 28 (= n. s. 3) (1984), pagg. 419-451.

S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991.

H. TROFIMOFF, *Les arrhes en droit syro-romain arabe*, in *Revue internationale des droit de l'antiquité* 39 (1992), pagg. 265-310.

A. UNGNAD, *Aramäische Papyri aus Elephantine: unter Zugrundelegung von Eduard Sachau's Erstausgabe*, in *Hilfsbücher zur Kunde des Alten Orients* 4, Leipzig 1911.

A. UNGNAD, *Die Gesetze Hammurapis*, Leipzig 1909.

J. UNTERMANN, *Wörterbuch der Oskisch – Umbrischen*, Heidelberg 2000.

R. VACCARI, s. v. “*sponsali*” (diritto intermedio), in *Novissimo Digesto italiano* 18, Torino 1971, pagg. 37 s.

H. VAN DE WOUW, *Brocardica dunelmensia*, in *ZSS* 108 (1991), pagg. 234-278.

A. VERGER, *Ricerche giuridiche sui papiri aramaici di Elefantina*, in *Studi semitici* 16, Roma 1965.

P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA* 31 (1980), pagg. 37-100 (= *Studi di diritto romano* 2, Padova 1985, pagg. 397-463).

P. VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI* 51 (1985), pagg. 1-72 (= *Studi di diritto romano* 2, Padova 1985, pagg. 465-543).

P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il V secolo*, in *SDHI* 48 (1982), pagg. 1-125 (= *Studi di diritto romano* 2, Padova 1985, pagg. 177-275, con il titolo *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. II. Le costituzioni del V secolo*).

P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI* 64 (1998), pagg. 1-46.

J. VOET, *Commentarius ad pandectas* 2, Venetiis 1775.

E. VOLTERRA, *Studio sull'"arrha sponsalicia"*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* n.s. 2 (1927), pagg. 581-670 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991).

E. VOLTERRA, *Sul diritto familiare di Ardea nel V sec. a. C.*, in *Studi in onore di A. Segni* 4, Milano 1967, pag. 659-677 (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pagg. 109-127).

E. VOLTERRA, *L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias*, in *BIDR* 79, 3° s. 18 (1976), pagg. 193-250 (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pagg. 381-438).

E. VOLTERRA, *Appunti intorno ad una costituzione attribuita all'imperatore Valeriano*, in *IURA* 20 (1969), pagg. 431-447.

E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, II. *L'arrha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in *RISG* 4 (1929), pagg. 3-33 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pagg. 93-123).

E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano (anno accademico 1960-61)*, Roma 1961.

E. VOLTERRA *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40 (1932), pagg. 87-168 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pagg. 339-420).

E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia, III. L'origine orientale dell'arrha sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* n. s. 5 (1930), pagg. 155-245 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pagg. 125-215).

E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937 (ristampa anastatica Napoli 1983).

E. VOLTERRA, *Sulla cost. CTh. 3.5.5*, in *BIDR* 81, 3° s. 20 (1978), pagg. 151-177 (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, pagg. 447-473).

E. VOLTERRA, *Recensione di P.E. CORBETT, The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, in *BIDR* 38 (1930), pagg. 259-271.

E. VOLTERRA, *Ancora sul consenso della filia familias agli sponsali*, in *RISG* n. s. 10 (1935), pagg. 3-11 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pagg. 527-535).

E. VOLTERRA, *Il Pap. Oxyrhinchus 129 e la L. 5 C. De spons. 5,1*, in *SDHI* 3 (1937), pag. 135-139 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli 1991, pagg. 537-541).

E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Studi in onore di C. A. Jemolo*, 4 Milano 1963, pagg. 639-655 (= *Scritti giuridici* 2, Napoli 1991, pagg. 491-507).

E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937 (rist. anast. Napoli 1983).

E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, in *Studi Bonfante* 2, Milano 1930, pagg. 109-126.

E. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Economico-giuridici della Regia Università di Cagliari*, 1929.

ZACHARIÄ VON LIGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, Berlin 1892.

J. VON MAMMEN, *Zur Frage des Verlöbnisses im alten griechischen Recht*, Würzburg 1972.

J. F. VON SCHULTE, *Lehrbuch des deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte*, Stuttgart 1873.

S. YA'AVES, *Judenfeindschaft in der Antike : die Münchener Vorträge*, München 1997.

R. YARON, *rec. di W. SELB, Sententiae syriacae*, in *ZSS* 109 (1992), pagg. 609-610.

W. WACHSMUTH, *Hellenische Altertumskunde aus dem Gesichtspunkte des Staats 2. Umgearbeitete und vermehrte Ausgabe*, Halle 1846.

A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in *ZSS* 90 (1973), pagg. 220-261.

A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, in *ZSS* 111 (1994), pagg. 280-362.

A. WACKE, *s. § 1297 in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴ V, 1, München 2004.

G. WAGNER (a cura di), *Les papyrus et les ostraca grecs d'Elephantine : P. et O. Eleph. DAIK*, Mainz am Rhein 1998.

W. WALDSTEIN, *Ecclesia in re publica*, in *ZSS* 100 (1983), pagg. 542-555.

W. WALDSTEIN, rec. di S. BUCHHOLZ, *Recht, Religion und Ehe. Orientierungswandel und gelehrte Kontroversen im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert*, in ZSS 111 (1994), pagg. 633-641.

W. WALDSTEIN, *Consequenz als Argument klassischer Juristen*, in ZSS 92 (1975), pagg. 26-68.

R. WASSERMANN (a cura di), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 5, Familienrecht*, Neuwied - Darmstadt 1981.

F. O. WEISE, *Die griechischen Wörter im Latein*, Leipzig 1882.

J. H. WASZINK (a cura di), *Q. S. F. Tertulliani, Adversus Hermogenem liber*, Ultraiecti/Antverpiae 1956.

J. H. WASZINK, *Tertullian, The Treatise against Hermogenes*, Westminster (Maryland) - London 1956.

F. WIEACKER, rec. di W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, in ZSS 83 (1966), pagg. 504-512.

H. J. WIELING, *Kuß, Verlobung und Geschenk in Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München 2001, pagg. 541-557.

T. ZAUZICH (a cura di), *Demotische Papyri aus den Staatlichen Museen zu Berlin, Preußischer Kulturbesitz 3. Papyri von der Insel Elephantine*, Berlin 1993.

