

*Luca Ingallina*

## Profili di responsabilità nel fidanzamento romano

### Rilevanza e manifestazione del «consensus»

Ulpiano, nel sesto libro di commento all'Editto, con riferimento al «fidanzamento classico», descrive i modi con i quali è possibile manifestare il consenso agli *sponsalia*. Il passo chiude il titolo I che, entro il XXIII libro del Digesto, è dedicato al tema del fidanzamento:

D. 23.1.18 (Ulp. 6 *ad ed.*): In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur<sup>1</sup>.

La disciplina del fidanzamento rientra senza dubbio nell'ambito della responsabilità familiare<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>) O. LENEL, *Palingenesia Iuris civilis*, Leipzig, 1889, rist. Roma, 2000, II c. 444, n. 285, accoglie il frammento sotto la rubrica '*Qui nisi pro certis personis ne postulent*'.

<sup>2</sup>) Sul tema del fidanzamento romano la letteratura è più che significativa; tra i molti che si sono occupati dell'argomento si vedano C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, p. 241-257, L. ANNÉ, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain, 1941, C. CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano, 1942, E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, Bologna, 1946, p. 445-457, J. GAUDEMET, *La conclusion des fiançailles à Rome à l'époque pré-classique*, in «RIDA.», I, 1948, p. 79-94, R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano, 1951, in particolare p. 339-347, A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impuberes in diritto romano*, in «AG.», CL, 1956, p. 10-66, B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in «BIDR.», LXV, 1962, p. 114-115 (= *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, p. 257-281), E. VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Roma, 1946, p. 120-185, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, M.A. DE DOMINICIS, *D.48.5.12 § 7 (A proposito dell'accusatio adulterii della sponsa 'iure mariti')*, in «AG.», CLXX, 1966, p. 34 ss., R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia'*, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1971, p. 671-694, E. VOLTERRA, *Sponsali (diritto romano)*, in «NNDI.», XVIII,

Torino, 1971, p. 34-37, S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma, 1972. J. PARICIO, *La relevancia jurídica de unos esponsales (Notas sobre un 'responsum' de Marcelo recogido en D. 24.3.38)*, in «SDHI», I, 1984, p. 493-499; R. ASTOLFI, *Varrone, i Comici e il fidanzamento arcaico*, in «SDHI», LV, 1989, p. 392-394, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1989, C. CASTELLO, *rec. a R. Astolfi, Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., in «Jura», XI, 1989, p. 89-91, C. CASTELLO, *rec. a R. Astolfi, Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., in «SDHI», LV, 1989, p. 482-488. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1989, *passim*, M. BALESTRI FUMAGALLI, 'Sponsali (Diritto romano)', in «ED.», XLIII, Milano, 1990, p. 500-507, B. ALBANESE, *Sponsio anulo exiliente*, in «AUPA» XLI, 1991, p. 5-16, S. TAFARO, *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari, 1991, E. VOLTERRA, *Sul consenso della filia familias agli sponsali* (Roma, 1929), ora in *Scritti Giuridici*, I, Napoli, 1991, p. 291-303), E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in «BIDR.», XI, 1932, p. 87-168 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 339-420), E. VOLTERRA, *Ancora sul consenso della «filiatamias»*, in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 527-535, E. VOLTERRA, *Studio sull' 'arba sponsalicia'*, in «RISG», II, 1927, p. 581-670 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 3-92), E. VOLTERRA, *Studio sull' 'arba sponsalicia'*, II. *L'arba sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in «RISG», IV, 1929, p. 3-33, (= *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, p. 93-123), E. VOLTERRA, *Studio sull' 'arba sponsalicia'*, III, *L'origine orientale dell'arba sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, in «RISG», V, 1930, p. 117-146 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 125-215), E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in «Studi C.A. Jemolo», IV, Milano 1963, p. 639-657 (= *Scritti giuridici*, II, cit., p. 491-507), E. VOLTERRA, *Sul diritto familiare di Ardea nel V secolo a.C.*, in «Studi A. Segni», IV, Milano, 1967, p. 657-678 (= *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, p. 109-127), B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, VIII. «*Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*», in «AUPA» LXIII, 1992, p. 134-167, R. ASTOLFI, *Esegesi e traduzione di D.45.1.97.2*, in «ZSS.», CXI, 1994, p. 444-448; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1994 (che riprende ed estende la trattazione della materia svolta nell'edizione del 1989), R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996, M.E. FERNÁNDEZ BAQUERO, 'Conubium y sponsalia': *reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano*, in «Estudios B.M. Reimundo Yanes», I, Burgos, 2000, p. 197-215, A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in «SDHI», LXVI, 2000, p. 148-164, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*<sup>2</sup>, Padova, 2002, C. CASTELLO, *Consortium omnis vitae*, in «*Utrumque Ius*», V, 1980, p. 57-76 (= *Scritti scelti di diritto romano. Servi, filii, nuptiae*, Genova, 2002, p. 443-462), C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in «Estudios J. Iglesias», III, Madrid, 1988, p. 1165-1178 (= *Scritti scelti di diritto romano*, cit., p. 485-498), P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nella politica matrimoniale di Costantino*, in «Diritto@Storia», II, marzo 2003, C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II. *Sponsalia Matrimonio Dote*, Roma, 2005, *passim*, F. BOTTA, *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in «Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna», I, Napoli, 2007, p. 439-463, M.V. BRAMANTE, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro*, in «Diritto e teatro in Grecia e a Roma» – cur. E. Cantarella, L. Gagliardi –, Milano, 2007, p. 95-116, I. PIRO, *Spose bambine. Risaleanza diffusione e rilevanza giuridica in età romana*, Milano, 2013, U. BARTOCCI, 'Spondebatur pecunia aut filia'. *Funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo*, Torino, 2012 (che coglie l'istituto in una nuova dimensione ricostruendo la prospettiva di Varrone in modo differente; l'Autore sostiene che lo 'spondere filiam' non configuri gli sponsalia, bensì un «paradigma esemplificativo del regime arcaico dello spondere a al prescindere dal contenuto di esso»), R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2014, C. CASCIONE, *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, in «Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche so-

Gli ‘*sponsalia*’, la cui definizione è attribuibile a Fiorentino<sup>3</sup>, consistono, infatti, in una promessa di matrimonio futuro che, a seconda del periodo storico, determina diverse e significative conseguenze sul piano della responsabilità.

In epoca arcaica gli *sponsalia* si celebrano e si costituiscono mediante una *sponsio*, con la quale lo *sponsor* promette di sposarsi o di concedere in sposa la propria sottoposta. Nel caso in cui tale promessa venga disattesa, il promissario deluso può agire processualmente per il risarcimento del danno conseguente al torto subito; è possibile infatti ricorrere all'*actio ex sponsu*. Col passare del tempo, i giuristi suggeriscono di ricorrere ad una *stipulatio poenae* quale garanzia di adempimento della promessa di matrimonio, presumibilmente azionabile con una *condictio certae pecuniae*<sup>4</sup>.

In seguito ad una lunga elaborazione, a partire dal IV secolo d.C., il fidanzamento diverrà arrale<sup>5</sup>: lo *sponsus*, al momento dell’impegno, versa una caparra alla donna, un’*arra sponsalicia*, che perderà nel caso di inadempimento alla promessa matrimoniale. Qualora invece il matrimonio non av-

---

ciali e diritti delle persone nell’età del principato» (cur. F. Milazzo), Milano 2014, p. 23-94, M. CASOLA, *L’età del fidanzamento secondo Modestino*, in «Diritto@Storia», XII, 2014, e F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014.

<sup>3</sup>) D. 23.1.1 (Flor. 3 inst.): ‘*sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*’. Con riferimento alla sistematica del Digesto, il passo è collocato nel titolo specificamente dedicato agli *sponsalia*, costituito da 18 passi che – logicamente – precede quello, più corposo, *de ritu nuptiarum*. Sull’argomento disponiamo di frammenti di Giuliano, Gaio, Paolo, Ulpiano, Modestino e Fiorentino. D. 23.1.1, unitamente a D. 23.1.3, Flor. 3 inst., fa da cornice al frammento estrapolato dal libro unico sugli sponsali di Ulpiano, come rileva A. DELL’ORO, *Tecniche compositive del Digesto: citazioni reciproche tra giuristi come Paolo e Ulpiano e richiami a Gaio*, in «RDR», I, 2001, p. 461-472, ora in A. DELL’ORO, *La cattedra e la toga. Scritti romanistici*, Milano, 2015, p. 447-478, in particolare p. 473. Sulla definizione di Fiorentino si vedano anche S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma, 1972, p. 7, e G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al principato*, Torino, 1989, p. 150. M. BRUTTI *Il diritto privato nell’antica Roma*<sup>3</sup>, Torino, 2015, p. 206, ritiene che la definizione si rivolga al passato e che non sia riferibile ai tempi di Fiorentino stesso.

<sup>4</sup>) Qualora la promessa di matrimonio fosse rimasta disattesa, il promissario deluso probabilmente avrebbe ottenuto dal giudice privato una condanna al pagamento della *summa stipulationis* a proprio beneficio; è ragionevole supporre che i giuristi, elaborando la stipulazione a garanzia della *sponsio* di fidanzamento abbiano pensato ad una semplificazione della fase istruttoria: il giudice privato non avrebbe più dovuto calcolare il pregiudizio subito dal fidanzato deluso, pur entro il limite di una probabile *taxatio* del pretore, ma avrebbe dovuto accertare la sola sussistenza della duplice promessa, quella di matrimonio e quella relativa alla somma prevista a garanzia.

<sup>5</sup>) Dunque si tratterebbe di un nuovo sistema di fidanzamento, oppure potrebbe considerarsi un’evoluzione del fidanzamento classico a cui si aggiungono le *arrae*; sul punto e per la bibliografia si veda FAYER, *La familia romana*, II, cit. p. 95-96.

venza per motivi imputabili alla donna, costei sarà tenuta a restituire il quadruplo della somma e, poi, col tempo, solamente il doppio della caparra<sup>6</sup>.

Alcuni studiosi<sup>7</sup> rilevano che, in età antica, entro un contesto giuridico-sociale impregnato di formalismo, emerge con tutta evidenza il vincolo giuridico che si instaura tra i fidanzati, che, passando poi attraverso la fase intermedia, quella classica, connotata da una sostanziale assenza di forme *ad substantiam*, si riproporrà con una struttura ad anello e come una sorta di ricorso storico – in età postclassica e giustiniana – quale fonte di responsabilità *ex contractu*.

Ulpiano, nel passo in commento, attesta molteplici opzioni per contrarre il fidanzamento e differenti modi di esternare il *consensus* necessario, essenziale e strutturante, al fine della validità della promessa<sup>8</sup>.

«Passando a trattare gli effetti del fidanzamento, il principio che li governa è sempre quello che regge la disciplina del consenso [...]»: queste parole di Astolfi<sup>9</sup> esprimono con efficacia la rilevanza primaria del consenso

---

<sup>6</sup> Sul tema si vedano, in particolare, VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 170-185, ID., *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, cit., p. 445-457, BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 307-314 (che, con efficacia afferma «certo è notevole che il regolamento giuridico degli sponsali emerge sempre in epoche primitive e cade in epoche civili. Sotto questo aspetto l'evoluzione subita dal diritto romano nell'ultima epoca e dal diritto postgiustiniano in Oriente e in Occidente è sommamente istruttiva»: p. 309), VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, II, cit., p. 3-218, ID., *Studio sull'arrha sponsalicia*, cit., p. 93-123, ID., *Studio sull'arrha sponsalicia*, III, *L'origine orientale dell'arrha sponsalicia, la sua penetrazione ed applicazione nel diritto cristiano e bizantino*, cit., p. 125-215, e DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 28-33; per le linee istituzionali, apprezzabili in prospettiva diacronica, si veda BRUTTI, *Diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 211; cfr. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 151 ss., FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 149-158, e FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 95-102, p. 120-140.

<sup>7</sup> Ad esempio VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 363, ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 491-507, in particolare p. 496-497, BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 312, e FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 16.

<sup>8</sup> D. 23.1.44.pr. (Ulp. 35 *ad ed.*): *'sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia'*; sulla fonte cfr. ad esempio VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 130, e DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 8. Si vedano le osservazioni di ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 188, sulla rilevanza del *'consensus perdurans'*, seppure con riferimento al matrimonio.

<sup>9</sup> ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 111. Il problema del consenso, in particolare quello matrimoniale, impegna da sempre la dottrina, anche – ed ancora oggi – con riferimento ai sistemi di diritto vigente; si pensi a titolo esemplificativo al recente lavoro di M.S. QUINTANA VILLAR, *La fuerza y el consentimiento matrimonial*, in «Estudios A. Guzmán Brito», III, Alessandria, 2014, p. 621-647. Cfr. per tutti ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 187-258, e ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 63-170.

dei diretti interessati<sup>10</sup>, i quali sono liberi di fidanzarsi – così come di sciogliere il loro vincolo – indipendentemente da obblighi formalmente assunti da soggetti estranei al loro sentimento, sebbene a loro legati da un rapporto potestativo o di tutela. Il *consensus* deve così esistere al momento dell'atto di fidanzamento e persistere per tutta la durata del «rapporto» che ne consegue, per poi essere ribadito all'atto del matrimonio e confermato quotidianamente e continuativamente per tutta la durata del rapporto coniugale<sup>11</sup>. Forse quello matrimoniale, così come quello – prodromico – di fidanzamento, meglio rappresentano il valore etimologico del termine *consensus* da intendersi come «sentire con qualcuno», dunque in una dimensione di reciprocità<sup>12</sup>.

La *sponsio* di fidanzamento probabilmente restò in uso a Roma e nel Lazio sino a prima del 90 a.C. circa<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 53. Diversamente dal fidanzamento «arcaico», ove emerge la preminenza della volontà dell'avente potestà e la rilevanza dell'impegno solenne, ossia la *sponsio* con la quale il *pater familias* promette le nozze future della propria *filia*. In questa fase passano in secondo piano gli aspetti personalistici e, dunque, anche il consenso di chi «viene promesso». Il *pater* sembra promettere un fatto altrui, ma in realtà promette un fatto proprio, ossia di confermare il proprio consenso alle nozze al momento stesso della «celebrazione matrimoniale»; il *pater* è infatti vincolato al matrimonio in forza della *sponsio* mentre la *filia* vi è obbligata in ragione del rapporto potestativo che la lega al *pater*. Qualora la fanciulla si opponga alle nozze, disobbedendo al *pater*, fa sì che quest'ultimo sia responsabile dell'inadempimento per una sorta di '*culpa in instituendo*', ovvero per non essere stato in grado di mantenere la disciplina della propria sottoposta.

<sup>11</sup> Si veda ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 43-45, e in particolare la sua analisi parallela di fidanzamento e matrimonio.

<sup>12</sup> Sulla semantica e sulla sintassi di '*consensus*' si veda C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, in particolare p. 1-16. La resa in francese del lemma è efficace ed esprime la bilateralità intimistica «conformité des sentiments»; così lo spagnolo «conformidad de parecer, de sentir», nella traduzione di «identità di vedute», ma anche di «comune sentire»: cfr. Æ. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, Padova, 1940, I, sv. '*consensus*', p. 800.

<sup>13</sup> Il punto è controverso e ampiamente discusso; si vedano in proposito BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 308, e FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 153; per un'approfondita disamina della datazione si veda FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 36. Riporto qui Gell., *noct. Att.* 4.4.4, che ci fornisce preziose informazioni sulla struttura della *sponsio* di fidanzamento: '*quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum. Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: Qui uxorem inquit ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsonumque dicebatur sponsalia. Tunc, quae promissa erat, sponsa appellabatur, qui sponderat ducturum, sponsus. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Indices cognoscebant. Index quomobrem data acceptare non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, ei qui stipulatus erat, condemnabat. hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia*

*data est. Haec eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit*; il passo attesta in ultimo che la *sponsio* di fidanzamento restò attiva sino a circa il 90 d.C.; nella sistematica di Otto Lenel (*Palingenesia*, II, cit., c. 321, n. 3) il passo è l'ultimo tra quelli collocati nella sezione che accoglie i tre frammenti del *De dotibus* del giurista repubblicano ed è il secondo tra quelli che si rinvergono in Gellio; si tratta peraltro dell'unica citazione testuale di Servio. M. MIGLIETTA, *«Servius respondit». Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento, 2010, p. 485 e nt. 952, coglie anche la problematicità della trasmissione del testo di Servio da parte dell'erudito; per la relativa questione si rinvia a A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli, 1971, p. 53: l'autore dà altresì conto della dottrina che si occupa del tema (p. 56 nt. 36); si veda anche M.E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *«Conubium y sponsalia»: reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano*, cit., p. 197-215, in particolare p. 210 ss., nonché A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 453 nt. 66. BARTOCCI, *«Spondebatur pecunia aut filia»*, cit., p. 29 nt. 19, a sua volta ampiamente discute della problematica. La disciplina descritta da Servio Sulpicio, per come attestata da Gellio, sembra riferirsi *expressis verbis* alle città latine, ove resterà appunto in vigore sino al 90 a.C., ma può e deve ritenersi efficace soprattutto per l'ordinamento cittadino romano (cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig, 1901, p. 178, VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 365, e ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 499). Il frammento di Gellio attesta un regime coevo all'autore, ancora esistente in età repubblicana, ma non più in linea con l'evoluzione che si avrà nel periodo classico; dopo il 90 a.C. il fidanzamento avrà infatti ancora importanti effetti giuridici, sebbene ritenuti da alcuni «secondario» (BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 311), ma progressivamente vedrà l'abbandono della *sponsio* quale unico strumento idoneo e necessario per contrarlo. Le fonti successive, rivolte al passato, attestano infatti espressamente l'abbandono della *sponsio*: si veda FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 152, ma altresì A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in «BIDR.», XVI, 1904, p. 206-289, in particolare p. 246, che parla di «*sponsiones*» di fidanzamento in vigore tanto a Roma quanto nelle città latine; tuttavia dalle parole dell'Autore non sembra tanto evincersi un unico sistema normativo, quanto piuttosto due sistemi giuridici – quello romano e quello latino – che (anche) in materia di *sponsalia*, presentano elementi di analogia. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 10, più vicino al dato letterale serviano, ritiene che il regime descritto dal giurista repubblicano operasse analogamente a Roma e nelle città latine, ma mentre l'*Urbs* abbandonò la prassi di fidanzamento «*per sponsionem*» già nel corso del II secolo a.C., le città latine mantennero la procedura sino al primo secolo. Si vedano ancora BRAMANTE, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit., p. 112, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II.1, cit., p. 178, VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 365, e ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit. p. 499. La disciplina dovrebbe per forza accomunare tanto Roma quanto le città latine, poiché infatti non si comprende la ragione per cui Servio avrebbe dovuto dare un *responsum* sulla sola disciplina operante nelle città latine, anche e soprattutto atteso che il meccanismo della *sponsio* era circoscritto ai soli cittadini romani; si ricorda qui Gai., *inst.* 3.93: «*sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDEO SPONDEO propria civium Romanorum est*»; si vedano in proposito le puntualizzazioni di COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, cit. p. 271 nt. 136, e di VOLTERRA, *Sponsali*, cit., p. 35, nonché i ragionamenti di BRAMANTE, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit., p. 114, e le osservazioni di BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 206-207. Non manca chi ritiene la disciplina descritta da Servio come operante nelle sole città del Lazio; per la relativa bibliografia si veda VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p.

Un passo tratto dai *libri responsorum* di Paolo – unitamente ad altre fonti coeve e precedenti – è fondamentale per ricostruire il cambio di mentalità che, producendo riflessi sul piano giuridico, ha comportato il progressivo abbandono della *sponsio* quale strumento unico e necessario per contrarre il fidanzamento.

D.45.1.134 pr. (Paul. 15 *resp.*): Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teaneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

Il frammento è inserito dai compilatori giustinianeî nel XLV libro del Digesto, sotto la rubrica ‘*De verborum obligationibus*’; nella ricostruzione paolina della *Palingenesia* è sotto la rubrica ‘*De stipulationibus et solutionibus*’<sup>14</sup>.

---

496 nt. 12; condivido la posizione dell'autore (*op. ult. cit.*, p. 499-500) circa la «romanità» del regime descritto dal giurista repubblicano; dunque Servio, presumibilmente, si riferisce al regime antichissimo in vigore a Roma e per i cittadini romani che si trovavano nel Lazio, quand'anche intendessero fidanzarsi con laziali o peregrini; in proposito Volterra riconosce a Marchi l'interpretazione per cui la più antica forma di *sponsalia* si concretizzava nella sola promessa del *pater familias* della fanciulla. Pertanto il regime descritto da Varone (*ling. Lat.* 6.70-72) sarebbe antecedente rispetto a quello descritto da Servio e attestato in Gellio (*noct. Att.* 4.4), per cui, diversamente, le promesse sarebbero scambiate reciprocamente tra *pater* della fanciulla e futuro sposo; si vedano MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit., p. 246, e VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 495 e nt. 10, nonché CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, cit., p. 1165-1178, in particolare p. 1167 (= *Scritti scelti di diritto romano*, cit., p. 485-498, in particolare p. 487), e BRAMANTE, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto*, cit., p. 110; sulla applicabilità del regime descritto da Servio ai popoli laziali si veda A. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli, 1996, p. 57-62.

<sup>14</sup>) LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 1248, n. 1577. Sul passo A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, 1969, p. 123-127 (che si sofferma sulla libertà matrimoniale e propone una *comparatio* con C.I. 8.38.2, *Imp. Alex.*, una costituzione del 223 d.C.), P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, p. 173-174 (che affronta il passo nell'ambito della casistica relativa alla *stipulatio* con funzione illecita, tra le quali rientrano quelle che possono inficiare la libertà testamentaria e, appunto, quella matrimoniale), FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, cit., p. 23-28, SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, cit., p. 148-164 e in particolare p. 152-153 nt. 18, ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 43-51, e FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 55-58. Sulla tematica generale cfr. G. SACCONI, *Ricer-*

Paolo espone un caso complesso: Tizia, che aveva un figlio da un terzo, sposa Gaio Seio, il quale a sua volta ha già una figlia; durante queste nozze marito e moglie convengono (*consenserunt*) che la figlia di Gaio Seio si sarebbe sposata col figlio di Tizia e all'uopo viene predisposta una *sponsio* di fidanzamento (*desponderetur*), probabilmente registrata per iscritto (*instrumentum*) e supportata da un'ulteriore stipulazione penale ('*adiecta poena*'<sup>15</sup>), per il caso in cui uno di loro fosse stato di impedimento alle nozze. Successivamente, in costanza di matrimonio, Gaio Seio muore. Sua figlia non vuole più maritarsi: a questo punto il quesito verte sulla possibilità che gli eredi di Gaio Seio siano o meno tenuti in forza della stipulazione contratta fra lo stesso e la moglie. La risposta del giurista è molto chiara: la stipulazione è contraria ai buoni costumi e, se azionata, sarà opposta l'*exceptio doli*, dal momento che, secondo l'etica sociale comune, non è *honestum* che si costringa qualcuno ad un matrimonio sotto la minaccia di una somma a titolo di penale.

Astolfi<sup>16</sup> sottolinea la divergenza tra il diritto civile e quello onorario: se dopo il 90 a.C. in base al *ius civile* forse è ancora possibile per un po' di tempo agire *ex stipulatu* per far valere la promessa di matrimonio e la relativa clausola penale<sup>17</sup>, dal punto di vista del *ius honorarium* colui che agirà *ex stipulatu* per ottenere il pagamento della somma di denaro si vedrà inserire nella formula un'*exceptio doli*. La *ratio*, come sopra detto, viene esplicitata nella parte finale del frammento: '*quia inbonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*'.

E' opportuna a questo punto qualche osservazione. Nel caso descritto da Paolo c'è stato un accordo (*consenserunt*) tra coniugi relativo al matrimonio dei rispettivi figli, nati da precedenti *nuptiae*; tale accordo è confluito poi in una *sponsio* ufficiale (*desponderetur*), con la quale Gaio Seio prometteva la propria figlia al figlio di Tizia. Dal tenore del passo non è possibile evincere se lo *stipulator* dell'*obligatio verbis* sia direttamente il figlio di Tizia o Tizia stessa<sup>18</sup>,

---

che sulla *stipulatio*, in «AUCA» XXXIII, Napoli, 1989, p. 132-138; per le linee istituzionali sulla *stipulatio* illecita si vedano C.A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, p. 237-239, e BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit., p. 65-66, 56-57.

<sup>15</sup> Potrebbe trattarsi di una clausola penale di recesso, posta in essere con una seconda *stipulatio*, fatta accedere come clausola scritta (*adiecta*) alla *sponsio* di fidanzamento.

<sup>16</sup> *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p.42-43.

<sup>17</sup> Non vi sono elementi per escludere che, per un certo periodo di tempo, le *actiones* processuali fossero entrambe esperibili: l'*actio ex sponsu*, a contenuto indeterminato, finalizzata a far valere la promessa di matrimonio e la *condicio certae creditae pecuniae* volta ad ottenere il *quantum* oggetto della stipulazione penale.

<sup>18</sup> Più probabile, in quanto è lei ad essere menzionata dal giurista quale parte attiva del (previo) accordo ('*consenserunt*').

con l'assistenza del tutore. La *sponsio* in ogni caso è stata rafforzata, in quanto è stato preposto (*interpositum*) un *instrumentum*; la promessa è poi stata ulteriormente «rafforzata» da una *stipulatio poenae* («*adiecta poena*»), per il caso in cui qualcuno di loro fosse stato di impedimento alle nozze («*si quis eorum nuptiis impedimento fuisset*»). L'uso del plurale («*quis eorum*») induce a sospettare che la *stipulatio poenae* sia stata reciproca<sup>19</sup> e lo stesso «sospetto» potrebbe quindi ricadere anche sulla previa *sponsio* di fidanzamento<sup>20</sup>. Vera questa ipotesi, nei *libri Responsorum* paolini avremmo la descrizione della *sponsio* di fidanzamento a «doppia struttura»: una reciproca *sponsio* di fidanzamento avente ad oggetto il matrimonio futuro, assistita da una doppia stipulazione penale con la quale viene promessa una somma di denaro per l'ipotesi in cui la prima promessa non sia mantenuta. Paolo attesta uno schema che può essere ricavato da una lettura comparata di un passo ove Gellio<sup>21</sup> riporta il pensiero di Servio Sulpicio ([...] «*stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri*») con una testimonianza di Varrone<sup>22</sup> («*spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa: appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio*»). Il quesito al quale si risponde verte sulla possibilità di agire *ex stipulatione* contro gli eredi di Gaio Seio, in quanto costui è morto prima dell'inadempimento; ci si interroga quindi sulla legittimazione passiva della stessa *sponsa*, figlia di Gaio Seio. La risposta si concentra più che altro sulla liceità della stipulazione penale e non anche sulla validità della *sponsio* di fidanzamento: la stipulazione risulta dunque contraria ai «*boni mores*», tanto che all'*actio ex stipulatu* potrà contrapporsi un'*exceptio doli*<sup>23</sup>.

Di rilievo è poi la *ratio* esplicitata dal giurista: è *inonestum* che si costringa ad un matrimonio sotto il vincolo di una pena pecuniaria. A ben vedere qui si fa riferimento *expressis verbis* alla *stipulatio poenae* e non anche alla *sponsio* che l'ha preceduta. Astolfi<sup>24</sup> evidenzia che, se è contraria ai *boni mores* la *sti-*

<sup>19</sup>) SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 137.

<sup>20</sup>) Per le attestazioni relative alla reciprocità della *sponsio* di fidanzamento e relative alla stipulazione penale di garanzia si vedano Varr., *ling. Lat.* 6.70.71, Gell. 4.4.2-3, Serv. *ad Aen.* 10.79, e Isid., *etym.* 9.7.3-4; ampia la letteratura: si vedano per tutti VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 360-363, ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. e FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 50-51. Sul passo di Varrone cfr. BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit., p. 25-151.

<sup>21</sup>) *Noct. Att.* 4.4.2.

<sup>22</sup>) *Ling. Lat.* 6.70: si veda esaustivamente BARTOCCI, *Spondebatur pecunia aut filia*, cit., p. 25-151.

<sup>23</sup>) Sul tema cfr. P. CERAMI, *L'eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in «L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica», Padova, 2006, p. 139-168.

<sup>24</sup>) *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44.

*pulatio* con cui si promette una somma per l'ipotesi della rottura del fidanzamento, lo sarà a maggior ragione quella che l'ha preceduta e che vincola ad un matrimonio. L'osservazione è più che condivisibile: poniamo infatti il caso che Paolo volesse stigmatizzare la sola patrimonializzazione della promessa matrimoniale; ebbene, anche in tale ipotesi se ne dovrebbe dedurre l'illiceità della *sponsio* di fidanzamento: infatti, qualora non si pattuisse la penale, durante la fase arcaico-preclassica, quando la competenza a giudicare sull'inadempimento della *sponsio* di fidanzamento spetterà al pretore, l'attore potrà agire – come detto – ‘*ex sponsu*’ per ottenere il risarcimento del danno subito per la rottura ingiustificata del fidanzamento.

Evidentemente, tanto nell'ipotesi di *actio ex sponsu* volta a far valere la mera promessa, quanto nell'ipotesi di *actio ex stipulatu*, finalizzata ad azionare in giudizio la stipulazione penale, il soggetto deluso, agendo per ottenere una somma di denaro, che in ogni caso vizierebbe la libertà matrimoniale, configurerebbe una situazione contraria ai *boni mores*.

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

A ben vedere quegli stessi *mores*, che imponevano la *sponsio* di fidanzamento quale assunzione di responsabilità giuridico-formale di fronte all'ordinamento, a scapito del *consensus* dei diretti interessati, ora ne sanciscono l'illiceità, tanto da legittimare il pretore a paralizzare la relativa *actio* con l'*exceptio doli*<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> P. VOICI, *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, p. 173, esamina il passo del giurista nell'ambito della sua disquisizione relativa all'illiceità della *stipulatio*; in particolare egli considera l'ipotesi descritta da Paolo un caso di *stipulatio* posta in essere al fine di conseguire indirettamente un risultato illecito: segnatamente, nel caso di specie, il mancato compimento dell'illecito costituisce la condizione da cui nasce il debito. L'illiceità quindi si concretizza nel fatto che un atto connotato essenzialmente da libertà, come quello matrimoniale, venga coartato da una stipulazione penale. Osserva l'autore che in siffatte ipotesi il diritto onorario offriva due rimedi: si decideva direttamente per la *denegatio actionis*, qualora il pretore si fosse immediatamente convinto dell'illiceità della *sponsio*, oppure si concedeva l'*exceptio doli*, se il magistrato prudentemente avesse ritenuto necessaria un'indagine istruttoria davanti al giudice privato. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 137, osserva che il passo paolino è l'unica fonte ad attestare l'*exceptio doli* quale strumento per paralizzare l'*actio* fondata su una *stipulatio* sottoposta a condizione illecita; dal frammento peraltro l'autrice evince la validità della stipula-

Dunque Paolo<sup>26</sup> testimonia la possibilità per il pretore di paralizzare l'*actio ex stipulatu* accordando un'*exceptio doli*<sup>27</sup>. Nel giurista rilevano i *boni mores* che, a quell'epoca, sono mutati in modo drastico, tanto da far considerare *inhonestum*<sup>28</sup> il fatto che matrimoni in essere o ancora da contrarsi fossero coer-

zione penale di fidanzamento per quanto attiene al *ius civile*. In simili fattispecie, è prevista talora la nullità (C.I. 8.38.2, *Schol. sin.* 2, D. 45.1.19, C.I. 5.1.5.6.), talora la *denegatio actionis* (D. 35.1.71.1, D. 45.1.97.2); ma si veda M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977, p. 94: alcuni testi prevedono l'*exceptio doli*, alcuni la *denegatio actionis*, altri ancora la nullità. In entrambi i casi (nullità o '*denegatio actionis*') la *stipulatio* sarebbe stata in ogni caso senza effetti. Dai ragionamenti della dottrina è possibile ipotizzare che, quanto meno inizialmente, il pretore abbia ritenuto necessario esaminare con cura le singole fattispecie, rimettendo la questione al *index privatus* previa concessione dell'*exceptio doli*; col tempo, radicatasi una prassi processuale che riconosceva la contrarietà al *ius honorarium* della *stipulatio poenalis* (e della stessa *sponsio* di fidanzamento), è ragionevole supporre che l'*actio ex stipulatu* de qua non riuscisse a spingersi oltre la fase *in iure*, subendo immediatamente una *denegatio actionis*; sul tema generale della *denegatio actionis*, si veda per tutti A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano, 1972. Come si deduce dall'impianto del contributo di SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 132-138, il *casus* descritto da Paolo può rientrare nell'ambito delle *stipulationes* invalide per illiceità dell'oggetto in materia di libertà matrimoniale; è qui opportuno evidenziare che sono molte le fonti che attestano la libertà matrimoniale (si rinvia per tutti a SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, cit., p. 147-164). Il principio espresso da Paolo sembra peraltro compatibile col tenore di un rescritto imperiale del 223 d.C., col quale Alessandro Severo sancisce l'invalidità dei patti e delle stipulazioni che prevedono sanzioni pecuniarie per chi divorzia, in quanto, come ricorda espressamente la costituzione, fin dall'antichità a Roma si è progressivamente consolidato il principio per cui i matrimoni devono essere liberi. Il contenuto del rescritto è in sintonia anche con una testimonianza di Pomponio (D. 45.1.19, Pomp. 15 *ad Sab.*: '*si stipulatio facta fuerit: si culpa tua divortium factum fuerit, dari?, nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa*'), per la quale la *stipulatio* avente ad oggetto il pagamento di una somma da parte di chi divorzia è nulla; nel commento a Sabino si afferma infatti che se la *stipulatio* prevede una pena inferiore o pari all'ammontare di quella prevista *ex lege* il negozio non è invalido; qualora le parti abbiano pattuito una sanzione superiore al disposto legislativo, questo comporta la nullità della *stipulatio*. Come osserva SCARCELLA, *Libertà matrimoniale*, cit., p. 154, in disaccordo con VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p. 174, la nullità della *stipulatio poenae* di cui al commento deriva dal fatto che la libertà di divorzio venga violata oltre i limiti di legge. Anche Celso nei suoi *Digesta* (D. 45.1.97.2: '*si tibi nupsero, decem dari spondes? Causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est*') prevede un caso di *stipulatio*, ove la promessa di pagamento in denaro è condizionata alla celebrazione del matrimonio: nell'ipotesi descritta il giurista è del parere che il pretore, *causa cognita*, possa *denegare actionem*; ma sembra trattarsi di un'opinione personale di Celso (*puto*).

<sup>26</sup> D. 45.1.134.pr. (Paul. 15 *resp.*).

<sup>27</sup> Dall'attestazione paolina si desume un indizio sulla natura di *stipulatio poenae* della seconda *stipulatio*: si veda VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 362.

<sup>28</sup> ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 2 ss., lo rende in modo molto efficace come «incivile».

cizzabili attraverso la minaccia di una sentenza di condanna<sup>29</sup>. Il convenuto può eccepire vittoriosamente la sussistenza del dolo nella stipulazione di un atto che, per Paolo, deve avvenire (solo) consensualmente. Tale consenso non deve sussistere solo al momento della promessa, ma deve perdurare costantemente, sorreggendo in modo incessante la condizione di fidanzamento. Qualora esso venga a mancare, priva lo stato di fatto di un elemento essenziale: il fidanzamento privo di *consensus* va considerato quindi *tamquam non esset*.

Gli *sponsalia* sono dunque una condizione dell'intimo e non possono essere imposti per esecuzione di un negozio formale; a tale assetto di sentimenti si aderisce moralmente e consensualmente e non si mantiene fede per effetto del timore di una conseguenza giuridico-processuale, a scapito della libertà.

Varie testimonianze contenute nei passi di giuristi classici e tardo-classici<sup>30</sup> nonché costituzioni imperiali attestano così un principio di libertà matrimoniale, entro il quale deve necessariamente includersi anche la libertà di fidanzamento<sup>31</sup>.

Muovendo da Astolfi<sup>32</sup>, è possibile sostenere che, nel corso dell'ultima fase del periodo repubblicano, vengano elise le conseguenze giuridiche della *sponsio* di fidanzamento e la conseguente responsabilità giuridica per il suo

---

<sup>29</sup>) Ma la parte finale '*quia inbonestum visum est*' viene da taluni considerata un'aggiunta da parte dei compilatori: si veda VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*, cit., p. 174, ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44 nt. 82 (che parla di interpolazioni per «ragioni formali»), ancora si veda FAYER, *La familia romana*, II. cit., p. 56 e nt. 140, e SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e 'stipulatio poenae'*, cit., p. 153 nt. 19; CERAMI, *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 163, esclude l'interpolazione, evidenziando (p. 163 e 167) la *ratio* sottesa ai principi espressi da Paolo. La testimonianza di Papiniano (D. 35.1.71.1, Pap. 17 *quaest.*), conferma l'esegesi paolina sopra esposta con un'efficace '*aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem aufferri*' e più drasticamente attesta il potere del pretore di denegare l'azione.

<sup>30</sup>) Ad esempio D. 45.1.97.2 (Cels 26. *dig.*), D. 45.1.19 (Pomp. 15 *ad Sab.*), D. 35.1.71.1 (Pap. 17 *quaest.*), e C.I. 8.38.2 (*Imp. Alex Sev.*); si veda SCARCELLA, *La libertà matrimoniale*, cit., p. 147-164.

<sup>31</sup>) Saranno ancora due costituzioni imperiali, (C.I. 5.4.14 (*Imp. Dioclet. et Maximian.*): '*neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrabendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere*') e C.I. 5.1.5.6 (*Imp. Leo et Anthem.*): '*extra definitionem autem huius legis si cautio ponam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*'), di cui una molto tarda, del 472 d.C., a sancire il principio generale di libertà matrimoniale e di divorzio.

<sup>32</sup>) *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 2 ss.

inadempimento. Stando alle precedenti precisazioni di Volterra<sup>33</sup>, è probabile che per il *ius civile* la possibilità di accostare una *stipulatio poenae* alla promessa di matrimonio fosse ancora legittima e che, quindi, sia stato il pretore, in virtù del *ius honorarium*, a impedire la patrimonializzazione della promessa. E' altresì probabile che il magistrato sia stato progressivamente influenzato dai giuristi che ponevano alla sua attenzione nuove esigenze sociali, che rispecchiavano un evidente cambiamento dei costumi e di mentalità. A poco a poco tali esigenze hanno trovato tutela attraverso la struttura dell'*exceptio doli*; più correttamente tale *exceptio*, creata come rimedio processuale generale nell'ultimo secolo della repubblica<sup>34</sup>, venne sempre più frequentemente applicata anche contro la stipulazione penale di fidanzamento.

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

Probabilmente residua la prassi di inserire queste stipulazioni nell'atto di fidanzamento ancora nel II-III sec. d.C. E' ipotizzabile che, in fase classica, dopo il 90 a.C., dapprima sia venuto meno l'obbligo di attuare il fidanzamento con una *sponsio* e che in seguito sia stata negata la tutela processuale pretoria relativa all'*actio ex sponsu*, in quanto giudicata immorale, ed alla fine, sempre in via di prassi, il fidanzamento venne attuato in assenza di forme giuridicamente vincolanti<sup>35</sup>.

Forse le parti private anche in fase classica sono ancora solite fidanzarsi con una *sponsio*, tentando di garantire la promessa con una «penale», ma ben presto saranno consapevoli di non poter più trovare soddisfazione in sede giudiziaria. Questo tipo di pattuizione subisce dunque una censura dovuta al mutamento dei *mores* che, sul piano giuridico, si traduce nella doppia possibilità di paralizzare l'*actio*: conseguentemente ad una *exceptio doli* e, dunque, ad istanza di parte convenuta, o, addirittura, attraverso un potere pretorio d'ufficio, che si concretizza nella *denegatio actionis*<sup>36</sup>. Il divieto si riferisce dapprima alla sola *cautio* e, progressivamente, alla *sponsio* stessa<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup>) VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 506.

<sup>34</sup>) Si veda in particolare VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 371, e ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 506. Cfr. *supra*, nt. 21.

<sup>35</sup>) La *sponsio* di fidanzamento e la relativa *stipulatio poenae* persistono in via di prassi e sono ancora valide sotto il profilo del *ius civile*, mentre iniziano ad incontrare le resistenze da parte del diritto onorario: così anche SCARCELLA, *Libertà matrimoniale*, cit., p. 151.

<sup>36</sup>) Si vedano in proposito VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 506, ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 45 s. e 50 s., e FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 58 e nt. 145.

<sup>37</sup>) FAYER, *loc. ult. cit.*

Sulla base del testo paolino esaminato è possibile ricostruire il progressivo mutamento della disciplina: conformemente al principio di ‘*libertas matrimonii*’, che caratterizza il periodo successivo al 90 a.C., dapprima fu la *stipulatio poenae* a non ricevere più alcuna tutela processuale e poi col tempo la stessa *sponsio* di fidanzamento, non più obbligatoria, venne abbandonata in quanto inutile<sup>38</sup>.

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

Sino al I sec. a.C. il ruolo del consenso trova dunque limitazioni soggettive ed oggettive: conta ed è sufficiente il *consensus* dell'avente potestà. L'adesione soggettiva attiene principalmente alla *sponsio* di fidanzamento, nella quale il *promissor* si obbliga a rinnovare il consenso al momento delle *nuptiae*. I diretti interessati, la *filia* e il *filius alieni iuris*, subiscono passivamente la decisione genitoriale: gli *sponsi* non sono ancora protagonisti del loro atto di fidanzamento ed in particolare la volontà della ragazza sembra essere evanescente<sup>39</sup>.

Con l'evoluzione di periodo classico, se per il *ius civile* le stipulazioni di fidanzamento continuano forse ad essere valide, il pretore avvia la prassi di concedere l'*exceptio doli* – di epoca tardo-repubblicana – ogni qualvolta si tentasse di farle valere<sup>40</sup>, secondo un più generico principio consensualistico che connota una sempre più marcata libertà matrimoniale.

In età classica le cose mutano e il *consensus* dei diretti interessati assume una rilevanza più che significativa: la fanciulla stessa può compiere questo «atto personalissimo» in prima persona; l'intervento paterno può semmai corroborare con autorevolezza l'atto, anche se condividiamo la lettura di chi ravvisa che l'ingerenza paterna persista in via di prassi, quale «usanza», scevra tuttavia di connotazioni formali-giuridiche<sup>41</sup>.

Alla fine dell'età repubblicana, e poi nel Principato, il rigore giuridico formale lascia dunque spazio al *consensus*<sup>42</sup> e i fidanzati sono quindi autori consapevoli dell'atto di fidanzamento e responsabili l'uno verso l'altro in

---

<sup>38</sup>) Cfr. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 506-507, che si sofferma anche sulla lettura di *Schol. Sin.* 2.4.

<sup>39</sup>) BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 307.

<sup>40</sup>) VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 371.

<sup>41</sup>) DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 8.

<sup>42</sup>) Nel più generico contesto dell'«individualisme et l'émancipation des membres de la domus, dans une société qui a dépassé les vieilles conceptions de la famille patriarcale», che caratterizza questa fase: cfr. Gaudemet, *La conclusion des fiançailles à Rome*, cit., p. 94.

prima persona, in relazione alle conseguenze giuridiche che caratterizzano il conseguente rapporto. In epoca «storica»<sup>43</sup> infatti gli *sponsalia* non obbligheranno più a contrarre il matrimonio, non costituendo più un vincolo giuridico, ma solamente un legame di tipo morale, tanto che gli *sponsi* saranno liberi di scioglierlo, unendosi in matrimonio con persone diverse da quelle a cui si erano promessi o erano stati promessi; con riferimento alle conseguenze del fidanzamento classico, Franciosi<sup>44</sup>, riprendendo le parole di Bonfante<sup>45</sup>, le definisce effetti «indiretti»<sup>46</sup>; indubbiamente contrarre il fidanzamento in età classica comporta esclusivamente l'assunzione della responsabilità relativa a tutte le conseguenze indirette e, di certo, di non secondaria importanza.

In epoca classica il fidanzamento determina quindi importanti effetti giuridici<sup>47</sup>: tra i due *sponsi* ed i loro parenti sorgono infatti rapporti di affinità<sup>48</sup>, che conseguentemente costituiscono una causa di impedimento matrimoniale, nonché una ragione di esenzione dall'obbligo di testimonianza reciproca<sup>49</sup>; il fidanzato peraltro gode della priorità nell'assunzione dei fasci con-

<sup>43</sup> Si adotta qui la terminologia di BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 301.

<sup>44</sup> *Famiglia e persone*, cit., p. 154.

<sup>45</sup> *Diritto di famiglia*, cit., p. 311.

<sup>46</sup> Sebbene l'autore si esprima anche in termini di «effetti secondari».

<sup>47</sup> E' concorde la dottrina risalente: VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, cit., p. 87-168, in particolare p. 89 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 339-420 e p. 341) dà conto delle posizioni di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Roma, 1928, I, p. 356-361, e di BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 311-312, che si soffermano sugli effetti degli *sponsalia* classici; è di rilievo la terminologia di Silvio Perozzi, laddove egli evidenzia come l'«effetto» principale «degli sponsali è di stabilire un rapporto personale tra i fidanzati simile a quello matrimoniale»; una terminologia recepita dalla letteratura più recente: cfr. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 111 e *passim*, e FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 141 e *passim*.

<sup>48</sup> D. 38.10.6.1 (Ulp. 5 ad l. Iul. et Pap.: «generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item socii et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur»), e D. 48.9.4 (Marc. 1 de publ. iud.: «cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur»): si noti la terminologia di D. 22.1.38.1 (Paul. 6 ad Plaut.: «et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas ...»), nonché la portata del termine «adfines» in Vat. fr. 302 (Paul. 71 ad ed.: «excipiuntur et adfinium paersonae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa»). Sul tema si vedano BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit. p. 311, e ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit. p. 112. Tuttavia, anche in Plauto e, dunque, con riferimento al regime pre-classico, si trovano accenni espliciti al rapporto di affinità già in fase di fidanzamento: Trin. 1151-1152: («L. Charmidem socerum suom / Ly-siteles salutat») e 1164 («L. Ob salvete, adfines mei»).

<sup>49</sup> L'assunto è argomentabile per interpretazione che tenga conto anche di D. 38.10.8 (Pomp. 1 ench.: «Servius recte dicebat socii et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri») e D. 22.5.5 (Gai. 4 ad l. Iul. et Pap.: «in legibus, quibus excipi-

solari, così come il maschio coniugato, per applicazione estensiva della *Lex Iulia et Papia*<sup>50</sup>. E ancora: il compimento di altri *sponsalia* senza previo scioglimento dei precedenti determinano l'*infamia*<sup>51</sup>, anche se Bonfante<sup>52</sup> attribuisce tale conseguenza all'influenza cristiana, restringendone dunque la sfera temporale di applicazione; l'uccisione degli affini va a ricadere nella sanzione prevista dalla *lex Pompeia*; probabilmente l'uccisione della fidanzata comporta l'applicazione congiunta della *lex Cornelia de sicariis* e della *lex Pompeia de parricidiis*, come nel caso di uccisione della moglie, del marito, del genero e della suocera<sup>53</sup>. Inoltre lo *sponsus* può proporre l'*actio iniuriarum*<sup>54</sup> nel caso di offese rivolte alla fidanzata ed ad esso spetta l'*accusatio iure extranei* contro la *sponsa* e contro il terzo autore dell'illecito, in caso di tradimento<sup>55</sup>; la *sponsa* può beneficiare di alcuni privilegi dotali per interpretazione estensiva del regime previ-

---

*tur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patre*'). Ma gli *sponsi* non compaiono nell'elenco di D. 22.5.4 (Paul. 2 ad l. Iul. et Pap.: '*lege Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum generum, vitricum privignum, sobrinum sobrinam, sobrino sobrina natum, eosve qui priore gradu sint, item ne liberto ipsius, liberorum eius, parentium, viri uxoris, item patroni patronae: et ut ne patroni patronae adversus libertos neque liberti adversus patronum cogantur testimonium dicere*'): cfr. D. 48.9.4 (Marc. 1 de publ. iudic.): '*cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*'; si veda ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 113-114.

<sup>50</sup>) Gell., *noct. Att.* 2.15.4-5: '*sicuti kapite VII legis Iuliae priori ex consulibus fasces sumendi potestas fit, non qui pluris annos natus est, sed qui pluris liberos quam collega aut in sua potestate habet aut bello amisit. Sed si par utriusque numerus liberorum est, maritus aut qui in numero maritorum est, praefertur*'; sono convincenti le interpretazioni di ASTOLFI, *Il fidanzamento nella 'lex Iulia et Papia*', cit., p. 671-694, in particolare p. 674, con un richiamo ad Einneccio, *Ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam commentarius*, Venetiis, 1741, p. 143, e di CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati*, cit., p. 492, per le quali entro il novero di '*qui in numero maritorum est*' debbono essere ricompresi gli *sponsi*; si veda anche ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 3.

<sup>51</sup>) D. 3.2.1 (Iul. 1 ad ed.).

<sup>52</sup>) *Diritto di famiglia*, cit. p. 311-312.

<sup>53</sup>) D. 48.9.1 (Marc. 14 inst.: '*lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis. Sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare*'), e D. 48.9.3 (Marc. 14 inst.: '*sed sciendum est lege Pompeia de consobrinis comprehendendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propiore gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur*').

<sup>54</sup>) D. 47.10.15.24 (Ulp. 77 ad ed.) e D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 ad ed.).

<sup>55</sup>) Anche se una fonte sembrerebbe attestare la legittimazione all'*accusatio* privilegiata; infatti BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 312, riconosce la '*legittimatio iure mariti*' anche in capo al fidanzato sulla base di C.I. 9.9.7 (*Imp. Alex. Ser.*), del 223 d.C., e di D. 48.5.14.3 (Ulp. 2 de adult.), equiparando la gravità del tradimento della *sponsa* a quello della moglie.

sto per la sposa: si pensi, infatti, al divieto di alienazione del fondo dotale<sup>56</sup>; infine, anche i fidanzati e non solo i coniugi vengono sottratti al regime di ‘*incapacitas*’ previsto per i *caelibes*<sup>57</sup>. Più in generale si può poi affermare che molti divieti matrimoniali vengono estesi al fidanzamento<sup>58</sup>; a titolo esempli-

<sup>56</sup> D. 23.5.4 (Gai. 11 *ad ed. prov.*): ‘*lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito*’: anche se sussiste un’evidente antinomia con D. 23.5.13 (Ulp. 5 *de adult.*): ‘*dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur*’. Si veda già VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 150, che propone anche la lettura di C.I. 6.61.5.1.

<sup>57</sup> Cfr. per tutti ASTOLFI, *Il fidanzamento nella ‘lex Iulia et Papia’*, cit., p. 671-694, in particolare p. 672-674; ID., *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 94.

<sup>58</sup> D. 23.2.14.4 (Paul. 35 *ad ed.*: [...]) ‘*item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum*’), D. 23.2.12.1-3 (Ulp. 26 *ad Sab.*: ‘*inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum*’), D. 23.2.44.pr. (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*: ‘*lege Iulia ita cavetur: ‘qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. Neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptiae sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto*’), D. 23.2.27 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*: ‘*si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea condicione est, ut, si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat*’), D. 24.1.32.28 (Ulp. 33 *ad Sab.*: ‘*sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupillam vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? et putem etiam sponsalia improbanda et quasi ab indignis ea quae donata sunt ablata fisco vindicari*’; per un efficace commento alla fonte si veda ASTOLFI, *Il fidanzamento nella ‘lex Iulia et Papia’*, cit., p. 677-678); *Iust. inst.* 10.9 (‘*si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua, sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint*’). Sul tema dei divieti cfr. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali*, cit., p. 387-394, e per gli impedimenti ancora ivi, p. 400-404 e p. 404-414, e DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 15; in particolare, per i divieti introdotti dalla *lex Iulia de adulteris* destinati a uomini e donne appartenenti alle *familiae senatoriae*, cfr. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati*, cit., p. 492-493 e nt 31: l’Autore ritiene applicabili estensivamente al fidanzamento anche i principii dettati precipuamente per il matrimonio in D. 23.1.16 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*: ‘*oratio imperatorum Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inbibuit, de sponsalibus nihil locuta est. Recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest*’) e in D. 23.2.16 (Paul. 35 *ad ed.*: ‘*oratione Divi Marci cavetur, ut, si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent: quam et senatus consultum secutum est*’), passi dai quali «appare chiaro il lavoro compiuto dalla giurisprudenza per precisare quando costituzioni imperiali, come l’*oratio* di Marco Aurelio e Commodo, essendosi occupate soltanto di matrimonio, potevano essere applicate per interpretazione estensiva anche al fidanzamento». Non mancano le relative deroghe all’applicazione estensiva dei di-

ficativo si pensi ancora all'estensione giurisprudenziale del divieto sussistente per il tutore di sposare la pupilla<sup>59</sup>.

E' ora opportuno rilevare la tesi di Arangio-Ruiz<sup>60</sup> per il quale, con riferimento ai predetti rapporti giuridici, la parificazione tra coniugi e *sponsi* sarebbe avvenuta solo in età postclassica e giustiniana; di posizione antitetica è la dottrina più recente che ravvisa già in epoca repubblicana l'*incipit* del procedimento di equiparazione<sup>61</sup>.

Da tutto questo si coglie l'importanza del *consensus* del diretto interessato e della sua relativa manifestazione esterna, diretta alla controparte ed ai terzi.

E' presumibile che il fidanzamento al quale si riferisce Ulpiano in D.23.1.18 sia quello di evoluzione classica: lo dimostra la rilevanza della volontà dei diretti interessati, a scapito di quella dei loro aventi potestà.

---

vieti: D. 23.2.38.pr. (Paul. 2 *sent.*), D. 23.2.57 (Marc. 2 *inst.*), D. 24.1.3.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*), D. 34.9.2.1 (Marc. 11 *Inst.*), e D. 23.2.63 (Pap. 1 *def.*), che si occupa in particolare di ufficiali di grado elevato che prestano servizio in provincia; sul tema ancora CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati*, cit., p. 494-495 e nt. 37-38. Questi frammenti informano sui divieti matrimoniali destinati al governatore di provincia ed al di lui figlio maschio, al prefetto della coorte o della cavalleria, al tribuno con la donna provinciale, nonché sulla particolare ipotesi per cui il fidanzamento progressivo legittimerebbe le nozze dell'alto funzionario con la donna provinciale; in D. 23.2.38.1 (Paul. 2 *sent.*), più in generale è lo stesso *status* di fidanzamento ad essere lecito anche se contratto con la donna provinciale; per un commento delle fonti allegate in principio di nota si veda ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 114-117.

<sup>59</sup>) Prima che la stessa avesse compiuto 26 anni; il divieto è esteso anche al figlio del tutore, salvo che il padre avesse stabilito che alla sua morte si sarebbe fidanzato con essa, anche qualora costui avesse dovuto assumerne la tutela; il fidanzamento in tal caso prevale sull'ufficio tutelare, configurandosi un'ipotesi di *excusatio tutelae*. Se invece il fidanzamento avviene dopo la morte del *pater* senza che fosse stato lui a disporlo, *rectius* a darvi il consenso, gli *sponsalia* non sono validi: D. 48.5.7 (Marc. 10 *inst.*), D.23.2.66 (Paul. 2 *sent.*), e *Vat. fr.* 202 (Ulp. *de off. praet. tut.*). Si vedano al proposito le limpide considerazioni di CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati*, cit., p. 495-496, che peraltro intende superare le ipotesi interpolazionistiche di VOLTERRA, *'Sponsali'*, cit., p. 37. Sul tema anche ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 95. Per una efficace sintesi sull'equiparazione degli effetti del fidanzamento e del matrimonio si veda ivi, p. 55-56. L'interpretazione estensiva dei giuristi è ancora attestata da Paolo, D.23.2.60.5 (Paul., *l.s. ad orat. Div. Ant. et Comm.*): *'quamvis verbis orationis cautum sit, ne uxorem tutor pupillam suam ducat, tamen intellegendum est ne desponderi quidem posse: nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest: nam quae duci potest, iure despondetur'*. Ma la questione è controversa: si veda al proposito l'ampia trattazione di ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 88-110.

<sup>60</sup>) *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1927, p. 409 nt. 1, la cui tesi, riportata da VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, cit., p. 4, sembra poi abbandonata nell'edizione del 1952, p. 446-448, ove l'autore non si sofferma più sulla questione.

<sup>61</sup>) FAYER, *La familia romana*, II, p. 141 e nt. 408, ove si dà conto del contrasto dottrinario.

Stando alle informazioni contenute nel brano del commento *ad edictum* di Ulpiano, ci si può infatti fidanzare personalmente, con tre modalità: *coram*, tramite un intermediario, o per lettera; ma il fidanzamento può avvenire anche attraverso l'intervento di un'altra persona, la quale sembra persino disporre di una propria discrezionalità<sup>62</sup>. Diversamente opinando, non si spiegherebbe il bisogno di differenziare la modalità *'per internuntium'* da quella *'per alium'*. E' evidente come la scelta incida sul *modus* di manifestazione della volontà e del consenso.

La prima modalità presuppone quindi la compresenza dei fidanzati: i due soggetti sono infatti presenti personalmente e parlano direttamente alla controparte, ossia tra loro, manifestando – appunto – «direttamente» la propria adesione consensuale all'atto. L'interpretazione dell'avverbio *'coram'*<sup>63</sup> come «davanti» esprime il contatto diretto tra le parti contraenti, le quali debbono percepire reciprocamente con i sensi l'adesione volontaria all'atto di fidanzamento.

I futuri *sponsi* assumono così, personalmente, la responsabilità circa le conseguenze giuridiche che connotano il rapporto che si va instaurando. Se infatti nel fidanzamento arcaico è evidente la connotazione giuridica dell'«atto» – intriso di formalismo e necessario *ad substantiam* –, dopo circa il 90 a.C. la *sponsio* di fidanzamento inizia a cadere in desuetudine e l'atto di fidanzamento diviene informale. Tuttavia se la giuridicità e la formalità perdono terreno con riferimento al momento genetico, diversamente ne acquistano con riferimento al rapporto che ne scaturisce.

E' ragionevole supporre tuttavia che una particolare modalità conclusiva dell'atto assuma rilevanza sul piano probatorio. Questa potrebbe costituire una valida ragione che spinge i giuristi a soffermarsi sulle modalità di esternazione del consenso.

Ad esempio, il fidanzamento contratto personalmente *coram* può contare, generalmente, anche sulla presenza di testimoni, ivi compresi gli aventi potestà ed i parenti dei futuri *sponsi*.

Peraltro alla fine dell'età repubblicana il fidanzamento veniva celebrato pubblicamente e la cerimonia terminava generalmente con un banchetto al

---

<sup>62</sup> ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44.

<sup>63</sup> Attestato in uso tra i giuristi da «VIR.» I, Berlin, 1903, sv. *'coram'*, c. 1032-1033; per il significato di «davanti» si veda FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, I, cit., sv. *'coram'*, p. 867: «*coram* est adverbium, et significat in conspectu, e ragione, ante oculos, interdum etiam per colloquium, publice palam. ... est etiam praepositio, quae regit Ablativum personae, ante cuius oculos aliquis venit vel agit ...» (cfr. «Th.L.L.». IV, sv. *'coram'*, c. 942-947).

quale prendevano parte parenti ed amici<sup>64</sup>.

Al di là del fatto che il *'dies sponsalis'* mantenga un rilievo di carattere etico e sociale<sup>65</sup>, sembra che le modalità celebrative non assecondino solamente gli aspetti festosi ma anche un intento probatorio, in quanto parenti e amici intervenuti sarebbero stati testimoni dell'avvenuta celebrazione; in ogni caso, durante il Principato la prova del fidanzamento veniva fornita anche per iscritto, con *'tabulae nuptiales'* o *'sponsales'*<sup>66</sup>. E' netta la posizione di Astolfi<sup>67</sup>: con riferimento all'ultimissima fase della repubblica e, ancor più, nel corso del Principato, le prove del fidanzamento, anche qualora rappresentino un impegno sul piano affettivo e morale, non comportano implicazioni di carattere giuridico. Né tantomeno possono considerarsi requisiti formali per la validità del fidanzamento: pertanto, se mancano, non inficiano gli *sponsalia*; se vi sono, non comportano obblighi giuridici.

---

<sup>64</sup> Suet. *Aug.* 53.3: *'officia cum multis mutuo exercuit, nec prius dies cuiusque sollemnes frequentare desiit, quam grandior iam natu et in turba quondam sponsaliorum die vexatus'*. Si trattava tuttavia di una scelta discrezionale; non mancavano casi di *sponsalia* celebrati sobriamente nell'intimità di poche persone; il precedente storico riguarda Ottavia, la figlia di Claudio, come attestato ancora da Svetonio (*Claud.* 12.1): *'at in semet augendo parvus atque civilis praenomine Imperatoris abstinuit, nimios honores recusavit, sponsalia filiae natalemque geniti nepotis silentio ac tantum domestica religione transegit'*. Cicerone (*ad Quint. fr.* 2.4.2 e 2.6.1) vi fa riferimento utilizzando il verbo *'despondere'*. La stessa partecipazione al banchetto di fidanzamento era considerata talvolta un onere sociale (Plin. *nat. hist.* 9.117, Tert. *de idol.* 16.1); Plinio il giovane (*ep.* 1.9.4) attesta la frequenza di *sponsalia*, cui i suoi contemporanei dovevano assistere tra le varie futilità che ingombravano le loro giornate: *'hodie quid egisti? ... sponsalia aut nuptias frequentavi'*. Il banchetto era offerto dal padre della fidanzata: cfr. FAYER, *La familia romana*, II, cit. p. 68. La testimonianza di Paolo (D. 23.1.7, Paul. 35 *ad ed.*: *'in sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat'*) sembra invece riferirsi alla «prova» relativa alla *sponsio* del fidanzamento arcaico.

<sup>65</sup> FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 66: l'autrice lo evince anche dalla necessità di scegliere con ocularità il giorno del fidanzamento, così come il giorno del matrimonio, atteso che non tutti i giorni erano propizi.

<sup>66</sup> Lo attesta Giovenale, che scrive durante il Principato, sotto i Flavi e gli Antonini, sino ad Adriano (*sat.* 6.200): *'si tibi legitimis pactam iunctamque tabellis / non es amaturus, ducendi nulla videtur / causa ...'*. Il passo è tutto incentrato sulla responsabilità personale e affettiva, che costituisce l'essenza della relazione e non può sfociare in alcuna formalizzazione giuridica qualora sia venuto meno l'*amor*, *rectius* il *'bene velle'*. Emerge qui la pregnanza personalistica del rapporto di fidanzamento: durante tale rapporto, il *consensus* è un presupposto giuridico, l'affetto invece è un elemento personalistico, entrambi strutturano l'ontologia dell'istituto-rapporto. Dal passo FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 59 nt. 151, deduce che Giovenale accenni alla piena libertà di sciogliere gli *sponsalia*; se così fosse l'istituto si reggerebbe quindi sul *'continuus consensus'* che, venuto meno, legittimerebbe lo scioglimento. Questo consentirebbe di dare maggiore credito alle posizioni dottrinarie più risalenti, che appunto fanno leva proprio sul *'continuus consensus'*.

<sup>67</sup> ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 67.

La prova in età classica resta dunque libera e facoltativa<sup>68</sup>, in quanto assente è qualunque onere di forma; ciò che conta quindi è la sostanza, ossia la volontà dell'atto, il *consensus*, che accompagna, sussiste e traspare nell'agire stesso. Le prove celebrative tuttavia consentiranno maggiore certezza con riferimento agli effetti giuridici che connotano il rapporto.

Detto in altre parole, se il fidanzamento è valido anche in assenza di celebrazione formale, quest'ultima sarà utile per accertare la sussistenza del rapporto e dunque per l'applicazione delle conseguenze giuridiche che connotano la responsabilità da fidanzamento. Occorre essere certi infatti del fatto che due soggetti siano legati da un rapporto di fidanzamento, al fine di poter riconoscere responsabilità significative, quali ad esempio quella per l'omicidio della fidanzata, per l'*iniuria* alla stessa o per il tradimento commesso dalla *sponsa* in danno del proprio fidanzato.

Il ricorso all'*epistula*, dal cui testo traspare una volontà previamente costituita, trova invece nella stessa forma scritta la '*probatio ad probationem tantum*'.

Occorre a questo punto soffermarsi sul ruolo dell'*'internuntius'*<sup>69</sup>. La narrazione del giurista severiano colloca la modalità '*per internuntium*' entro un inciso che racchiude anche la manifestazione '*coram*' e quella '*per epistulam*'; si tratta di tre modalità che integrano la categoria '*per se*'.

Se così stanno le cose, si è autorizzati a pensare che l'*internuntius* rechi seco una volontà ed un consenso che si sono già formati entro la sfera emotiva di chi sta per fidanzarsi e che necessitino solamente di una esteriorizzazione, appunto per il tramite di un terzo.

Nell'ultima ipotesi contemplata da Ulpiano – l'intervento dell'*'alius'*<sup>70</sup> – il soggetto terzo agisce frapponendosi tra il soggetto direttamente interessato e il destinatario della proposta. E' plausibile persino ipotizzare che costui possa disporre altresì di un arbitrio relativo alla scelta della controparte; se

---

<sup>68</sup>) Si interpreta *a fortiori* l'insegnamento di Paolo, presumibilmente riferibile al periodo arcaico, nel quale per concludere il fidanzamento era necessaria la *sponsio*: '*in sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat*' (D. 23.1.7.pr., Paul. 35 ad ed.).

<sup>69</sup>) Cfr. «VIR.», III.1, Berlin-New York, 1979, sv. '*internuntius*', c. 872, che, con un più generico riferimento ai *negotia*, ne attesta l'uso in Gaio (*inst.* 3.136: '*per internuntium aut (vel) per epistulam contrahuntur negotia*'); cfr. *Iust. inst.* 3.22.2: '*... per nuntium*', e, ancora, con riferimento ad una fattispecie successoria peculiare, in Ulpiano (D. 29.2.25.4, Ulp. 7 ad Sab.: '*... ut Gaius Cassius libro secundo iuris civilis scribit: et putat vel internuntium fieri posse vel per epistulam*').

<sup>70</sup>) Significativo è l'uso del '*per*' seguito dall'accusativo, che bene esprime la funzione strumentale di questo '*alius*', che agisce per conto dell'interessato, come fosse un suo «strumento».

così fosse, egli sembrerebbe persino dunque disporre di un «consenso in bianco», manifestato dall'interessato nei confronti dell' 'alius'; stando così le cose, l' 'alius' finalizzerebbe un atto ad oggetto determinabile, che ben potrebbe ravvisarsi proprio nel partner di fidanzamento. Infatti, se nell'ipotesi dell' *internuntius* il contenuto dell'impegno, *rectius* della proposta, è già tutto predisposto *ab origine* dal diretto interessato, nell'ipotesi dell' 'alius' costui può integrare il contenuto del negozio, in quanto la volontà di fidanzarsi è stata manifestata dal protagonista, ma nelle sole coordinate essenziali.

L' 'alius' potrebbe avere un ruolo di primo piano con riferimento alle «condizioni» di fidanzamento e, finanche, nella scelta della controparte affettiva stessa, pur tenuto a seguire le direttive generiche ed essenziali dettate dal futuro *sponsus*. Vera l'ipotesi, residua l'interrogativo sul come sia possibile accertare la sussistenza della *voluntas* e del *consensus* del diretto interessato.

Il comportamento concludente del fidanzando, ossia l'effettivo successivo matrimonio e, prima ancora, l'instaurazione dello *status* – del rapporto – di fidanzamento, potrebbero in effetti ben rappresentare gli effetti di una ratifica a posteriori dell'atto di fidanzamento precedentemente concluso dall' 'alius'. Stando a questa ricostruzione, l'atto di Tizio che dà effettivamente avvio al «rapporto» di fidanzamento con Caia – scelta però da Sempromio (*alius*) – seguito poi dal matrimonio, permette di ricostruire ed accertare *a posteriori* la sussistenza del consenso dato agli *sponsalia*. L'ipotesi è tuttavia molto teorica e la fonte effettivamente non consente di provarne la fondatezza; essa sembra tuttavia plausibile, soprattutto alla luce della teoria cosiddetta negoziale del matrimonio, della quale dà conto Astolfi<sup>71</sup>, commentando un frammento dell'*Epitome Ulpiani* in cui si trova una discussa definizione di '*matrimonium iustum*', che qui si riporta per completezza:

*Ep. Ulp.* 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

Se a questo punto si ipotizza che un fidanzamento possa essere concluso anche attraverso un mandato, mediante il quale il futuro fidanzato incarica un soggetto di assumere un impegno per suo conto con una «controparte», ad esempio il *pater familias* della futura fidanzata, al momento dell'attribuzione dell'incarico il mandante manifesta un duplice consenso: il primo ha ad oggetto il mandato stesso e conclude il negozio consensuale; il secondo ha ad

---

<sup>71</sup>) *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 11-12.

oggetto l'atto che dovrà compiere il mandatario, ovvero interagire con la controparte del fidanzamento, manifestando la volontà di contrarlo recando il consenso del mandante. Potrebbe accadere che il mandante-fidanzando incarichi il mandatario di scegliere la *puella*, con un evidente potere discrezionale; il mandatario dunque adempirà all'incarico seguendo i criteri e le direttive fornite dal mandante, facendo ad esempio ricadere la scelta su una data classe sociale o – persino – sulle connotazioni fisiche della futura *sponsa*. Perché si configuri questa fattispecie, l'incarico non dovrà risolversi in una mera manifestazione di volontà e consenso; se infatti il mandatario si comportasse da mero latore di *voluntas* e *consensus* precostituiti ed aventi un oggetto già ben definito, in base alla casistica ulpiana, ricadremmo nell'ipotesi dell'*internuntius*, in quanto la sua attività si limiterebbe ad un semplice *nuntius*, andandosi così più probabilmente a profilare una delle ipotesi che Ulpiano riconduce alla modalità *'per se'*<sup>72</sup>.

Va da sé che il mandato sia noto come contratto consensuale che, tra l'altro, obbliga il mandante ad assumere su di sé le conseguenze giuridiche che si producono tramite gli atti del mandatario. Ci si deve a questo punto domandare in che modo il mandante di un fidanzamento possa manifestare all'esterno l'intenzione di assumere su di sé tali effetti.

La questione è di certo rilevante: gli effetti diretti della promessa di fidanzamento di evoluzione classica non possono essere definiti giuridici, poiché la *sponsio* non solo non è più richiesta, ma è caduta in disuso in quanto immorale<sup>73</sup> e, ormai, progressivamente, priva di tutela processuale. Sono gli effetti che Bonfante<sup>74</sup> definisce indiretti e «secondari» ad avere una rilevanza giuridica e attengono tutti al sistema della responsabilità da fidanzamento: una sorta di responsabilità che si concretizza prima della costituzione di un nuovo nucleo coniugale.

Con questa consapevolezza, analizziamo la soluzione proposta da Astolfi<sup>75</sup>: l'autore afferma che «è valido soltanto il mandato a contrarre un fidanzamento conosciuto dal mandante negli elementi che lo individuano e lo caratterizzano, i quali dipendono tutti dalla persona con cui ci si lega. Altrimenti il fidanzamento è invalido a meno che non venga ratificato dal rappresentato dopo averlo conosciuto e valutato. A maggior ragione sarà neces-

---

<sup>72</sup> Si veda D. 23.1.18 (Ulp. 6 *ad ed.*).

<sup>73</sup> Cfr. D. 45.1.134 (Paul. 15 *resp.*): '*... cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inbonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sine futura sine iam contracta*'.

<sup>74</sup> *Diritto di famiglia*, cit., p. 311.

<sup>75</sup> *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 69-70.

saria la ratifica se il rappresentante ha agito di sua iniziativa, come poteva avvenire nel caso di parenti o amici di fidanzati».

Dalle parole di Astolfi sembra potersi assumere che l'oggetto del mandato sia (sempre) definito in termini precisi e determinati. L'assunto dell'autore va valutato attraverso il confronto con una sua affermazione precedente, per la quale il mandatario «intermediario ha il potere di decidere se contrarre fidanzamento e con chi». Se infatti l'intermediario ha il potere di scegliere discrezionalmente l'*'an'* del fidanzamento e, *a fortiori*, la controparte, è chiaro che l'oggetto del mandato, al momento del conferimento dell'incarico, risulta determinato nei suoi aspetti essenziali, ma ancora determinabile nel suo contenuto peculiare. E' infatti predeterminata dal mandante proprio la volontà di fidanzarsi, ma il mandatario ha il potere di specificare con chi, integrando e completando l'oggetto del negozio. Stando al ragionamento di Astolfi, la mancanza degli elementi che «individuano» e «caratterizzano» il mandato renderebbero il contratto invalido.

Su quali siano tali elementi è ora opportuno soffermarsi. Consente di individuare un «mandato di fidanzamento» ciò che riconduce al mandante la volontà di conferire ad un soggetto estraneo al rapporto di fidanzamento il compito di interagire affinché gli *sponsalia* si compiano, nel proprio interesse. Costui dovrà tenere un comportamento che consista in un '*quid pluris*' rispetto alla mera relazione di volontà, altrimenti, come detto, si ricadrebbe nella prima ipotesi di Ulpiano, quella dell'*intermuntius*<sup>76</sup>.

Gli elementi costitutivi dell'oggetto del «mandato di fidanzamento» potrebbero così essere la scelta del fidanzato e le condizioni di fidanzamento. Infatti, il mandante potrebbe predeterminare la scelta della fidanzata, rimettendo alla discrezione del mandatario l'integrazione del negozio con le condizioni e con le eventuali clausole secondarie: dove, quando, con quali modalità, davanti a chi, con quali tipi di festeggiamenti.

Se questi elementi non sono predeterminati da chi intende fidanzarsi, ovvero quando non è possibile ricostruirli e ascriverli alla *voluntas* di quest'ultimo, Astolfi ritiene che il mandato sia valido solo in presenza della ratifica successiva.

E' opportuno interrogarsi a questo punto sull'esternazione di tale ratifica. Appare semplicistico ritenere che la ratifica del mandato di fidanzamento consista nel contrarre – poi – le nozze: la soluzione sarebbe infatti concettualmente errata e istituzionalmente incompatibile con l'interpretazione che vede fidanzamento e matrimonio quali atti e rapporti giuridici autonomi e

---

<sup>76</sup>) D. 23.1.18.

separati<sup>77</sup>.

Non si può infatti supporre l'esistenza di un fidanzamento solo per il fatto che venga successivamente contratto un matrimonio, atteso che è possibile contrarre le nozze anche in assenza di previ *sponsalia*, così come è possibile affermare che sia esistito un fidanzamento anche se poi non sia seguito il matrimonio. Prima ancora, occorrono elementi idonei a comprovare la predetta ratifica, anche e soprattutto ai fini dell'assunzione di responsabilità per il caso di mancata celebrazione delle nozze: se davvero il matrimonio fosse la prova di sussistenza di una ratifica al mandato di fidanzamento, la mancata celebrazione del matrimonio non potrebbe costituire un inadempimento alla promessa, quanto, piuttosto, la prova che la ratifica del fidanzamento non vi è stata e, dunque, che il mandato sia invalido o, addirittura '*tamquam non esset*'. Il ragionamento è tutt'altro che capzioso: il mancato matrimonio o costituisce prova di inadempimento alla promessa assunta al momento degli *sponsalia*, o rappresenta un elemento che attesta l'omessa ratifica del fidanzamento '*per alium*'.

La ratifica del fidanzamento non può neppure riscontrarsi nella convivenza *more uxorio* che si instauri successivamente al negozio interposto '*per alium*', dato che la stessa, sebbene orientata alle nozze, è eventuale e facoltativa e costituisce uno dei tanti modi di gestione di una relazione interpersonale di tipo sentimentale<sup>78</sup>.

<sup>77</sup>) Sul rapporto tra fidanzamento e matrimonio si vedano ad esempio ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio*, cit., p. 341-347, ed ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., *passim*; concordo con S. TAFARO, *Pubes e viripotens nell'esperienza giuridica romana*, Bari, 1988, p. 173, che analizzando D. 23.1.9 (Ulp. 35 *ad ed.*) e D. 24.1.32.27 (Ulp. 33 *ad Sab.*), riconosce la singolarità della visione del giurista Giuliano, che si colloca antitetica-mente rispetto alla «netta separazione concettuale, enunciata spesso dai giuristi del Principato, tra matrimonio e fidanzamento». Già VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 391, si era occupato della questione, tentando di giustificare la posizione dell'allievo di Giavoleno Prisco richiamando la prassi sociale di far precedere il matrimonio dal fidanzamento e di chiamare '*sponsa*' la donna che, unita al *vir*, non avesse i presupposti per poter essere ritenuta sua consorte. A sostegno della sua tesi l'autore riporta alcune testimonianze, stando alle quali i termini '*sponsus*' e '*sponsa*' sarebbero stati usati liberamente, e quindi in modo atecnico, nel caso di persone legate da un rapporto non matrimoniale: D. 27.6.11.3 (Ulp. 35 *ad ed.*: '*Julianus libro vicesimo primo Digestorum tractat, in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit. Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propensiore magis quam dolo malo id videri fecisse*'), D. 48.5.14.8 (Ulp. 2 *de adult.*: '*si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, max a pud eum aetatem excesserit coeperitque esse uxor, non poterit iure viri accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatum est*'), e D. 41.9.1.2 (Ulp. 31 *ad Sab.*: '*... sponsum hoc est qui nondum maritus est ...*').

<sup>78</sup>) Volutamente non si usa qui l'espressione '*deductio in domum*', che configura una

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

In un esempio narrato da Plauto<sup>79</sup> si attesta che, in età arcaica, quando un fratello, per esigenze straordinarie ed urgenti, 'spondebat' sua sorella al futuro marito, il negozio, poi, veniva reiterato e dunque ratificato dal *pater*, una volta ritornato alle redini della *familia*; l'atto paterno, solenne e formale, ratificava il precedente impegno, attraverso una manifestazione di volontà negoziale chiara e inconfutabile.

Ma il fidanzamento classico, come noto, non può contare sulla ratifica successiva 'per *sponsionem*' e deve impostare la propria prova di esistenza su altri elementi, di natura fattuale ed eventualmente etico-religiosa più che giuridica. Con questo assunto si ritorna così alla già accennata questione della prova del fidanzamento.

Tornando ad Astolfi<sup>80</sup>, l'autore evidenzia l'esigenza di una ratifica nel caso in cui il rappresentante abbia agito di sua iniziativa. Tale caso mi sembra però esorbitare dalla fattispecie contrattuale del mandato, venendo a mancare l'elemento costitutivo essenziale di questo contratto consensuale: l'attribuzione volontaria e consapevole dell'incarico<sup>81</sup>. Qualora un terzo, estraneo al rapporto di fidanzamento, prenda spontaneamente l'iniziativa di assumere un impegno di fidanzamento con una controparte, a vantaggio del diretto interessato, senza averne ricevuto mandato-incarico, al ricorrere di tutti i requisiti richiesti dall'istituto, potrebbe configurarsi piuttosto un'ipotesi – *sui generis* – di *negotiorum gestio*, ragionevolmente tutelabile sotto il profilo processuale, con un'*actio utilis*<sup>82</sup>.

---

situazione ben precisa.

<sup>79</sup> *Trin.* 539-576.

<sup>80</sup> *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 69-70.

<sup>81</sup> D. 17.1.1.pr. (Paul. 32 ad ed.): '*obligatio mandati consensu contrahentium consistit*'.

<sup>82</sup> Utili per tali supposizioni sono le riflessioni di A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, I. *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, p. 204-208. Si veda la completa trattazione di G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, e *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006; in effetti però questi autori, che si occupano compiutamente di *negotiorum gestio*, non prendono in considerazione l'ipotesi di una gestione d'affari nell'ambito della rassegna ulpiana contenuta in D. 23.1.18. Sul tema e sulla storia dell'istituto e della relativa tutela processuale molto si è disquisito in dottri-

Vero è che la prassi del fidanzamento concluso da un terzo (dotato o

na: forse un'*actio negotiorum gestorum* con formula *in ius ex fide bona* esisteva già ai tempi di Quinto Mucio; sul tema e per un'ampia argomentazione anche a sostegno della predetta tesi si vedano i ragionamenti e le ricostruzioni di R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, in particolare p. 211-218; ma, prima, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, p. 179 (e più in generale, sul tema e sull'istituto, p. 174-207) attribuisce al maestro di Servio l'*incipit* del commento di Pomponio (D. 3.5.10, Pomp. 21 *ad ed.*): '*si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*'. L'Autore tuttavia precisa che Q. Mucio «non conosceva ancora la *neg. gestio* come istituto civilistico»; Voci ritiene che il maestro di Servio avesse noto il solo rimedio pretorio e che l'istituto «sia stato poi ricevuto nel *jus civile* nel periodo intercorrente tra Q. Mucio e il tempo in cui Cicerone scrisse il passo» 17.66 dei *Topica*. Parte della dottrina esclude l'esistenza – già ai tempi di Quinto Mucio – di un'*actio negotiorum gestorum* con formula *in ius ex fide bona*; così ad esempio G. NICOSIA, '*Gestione di affari altrui. A) Premessa storica*', in «ED.», XVIII, Milano, 1969, p. 628-643, in particolare p. 633 nt. 25, che osserva che nell'elenco dei giudizi di buona fede, contenuto in Cic. *off.* 3.17.70, e già noto a Quinto Mucio, il *iudicium negotiorum gestorum* non è compreso; ma in proposito CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»*, cit., 212, rileva come tale elenco non sia esaustivo. Sembra invece dell'avviso di Nicosia anche G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 664-666: l'autore appare critico sulla priorità storica dell'*actio in ius ex fide bona*, di elaborazione creativo-giuripsrudenziale, e dubita persino che, nella specie, sussistesse una qualunque tutela. Questo spiegherebbe peraltro la risposta di Servio al *quaesitum*: '*aequum esse in eum reddere iudicium*'; sul problema del rapporto tra le formule – *in ius* e *in factum* – e sul relativo dibattito dottrinario si veda D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, p. 55-56 nt. 151; per CENDERELLI, *La negotiorum gestio*, cit., 49 ss. e 166, l'editto '*de negotiis gestis*' e la formula *in factum* previsti per la gestione occasionale e spontanea risulterebbero alla fine del I secolo a.C., essendo infatti già noti a Labeone, mentre sarebbero ignote a Servio Sulpicio Rufo, che, infatti, in D. 3.5.20 (che riporta il famoso caso del rapimento ad opera dei Lusitani) non ricorre ad un'*actio negotiorum gestorum* tipica; FINAZZI, (*Ricerche in tema di negotiorum gestio*. I, cit., p. 168-169) riprende ancora la tesi di Nicosia osservando che nell'elenco di Cic., *off.* 3.17.70, non compare il *iudicium negotiorum gestorum* civile di buona fede, che dunque sarebbe sconosciuto a Quinto Mucio; l'autore propone il 76 a.C. quale termine successivamente al quale ci sarebbe l'introduzione del predetto *iudicium*. A sua volta corrobora la tesi osservando che, ad esempio, in D. 3.5.20, Servio è «costretto» a pensare ad un'*actio in factum*: qualora infatti fosse esistito il *iudicium negotiorum gestorum bonae fidei*, il giurista avrebbe suggerito, quale rimedio, un'azione civile diretta o, quanto meno, un'*actio utilis*, che, come osserva NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, cit., p. 666, presuppone comunque una tipizzazione dell'azione diretta. Per una più approfondita ricostruzione storica dell'istituto si vedano ancora *ex multis* J. PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio*, I, Heidelberg, 1913, G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Milano, 1915, M. TALAMANCA, *La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 217-244, e FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., p. 513 e nt. 48.

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

Che il fidanzamento tra assenti fosse una prassi invalsa è inoltre ancora confermato sia da Pomponio sia dallo stesso Ulpiano, anche nei loro commenti *ad Sabinum*:

D.23.1.5 (Pomp. 16 *ad Sab.*): Haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.

D.23.1.4.1 (Ulp. 35 *ad Sab.*): Denique constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri.

La lettura dei passi consente di cogliere un *'quid pluris'* rispetto alla mera assenza di requisiti formali, rilevata da Astolfi<sup>83</sup>. L'espressione *'et hoc cottidie fieri'* del secondo passo richiama l'*'et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur'* di D.23.1.18, visto in precedenza: entrambe le locuzioni dimostrano l'esigenza di Ulpiano di mettere bene in chiaro come la prassi del fidanzamento per intervento di terzi, o comunque tra soggetti assenti, fosse tipica e di uso quotidiano. Se tale prassi corrispondesse ad un modello giuridico ben definito ed inquadrato non è dato sapere con sicurezza; è però possibile presumere che l'ordinamento ammettesse tale modalità e si fosse preoccupato di assegnarle anche una tutela: forse un'*actio mandati* o, forse, *actiones* concesse in via utile.

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

Sembra quasi che Pomponio preannunci le modalità che sono elencate da Ulpiano in D.23.1.18; e non è allora un caso che la sistematica delle Pandette veda i brani susseguirsi immediatamente in un ordine determinato dal

---

<sup>83</sup>) *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 70. Entrambi i frammenti sono accolti da Lenel, ancorché in *loci* diversi, entro la sottorubrica *'solutio matrimonio'*, entro la rubrica *'De iure dotium'*: cfr. *Paligenesia*, cit., II, c. 123, n. 636, ove lo studioso, alla nt. 4, fa un esplicito richiamo a D. 23.1.6 (Ulp. 35 *ad Sab.*), e c. 115, n. 2821, ove si mette in risalto il ruolo della volontà della *puella*. Sui due passi, si veda per tutti FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 60.

contenuto; il *'si scientibus his qui absint sponsalia fiant'* contempla le tre modalità ulpianee, *'coram'*, *'per internuntium'* e *'per epistulam'*, le quali, come si è visto, sottendono tutte la piena consapevolezza e conoscenza del diretto interessato; al contrario il *'si postea ratum habuerint'* ben può richiamare il fidanzamento contratto *'per alium'*. L'*'alius'* potrebbe agire spontaneamente e nell'interesse del fidanzando che, traendone utilità, successivamente ratifica il *negotium* gestito da un terzo.

Astolfi<sup>84</sup> ritiene che questo *'alius'* abbia ricevuto incarico di contrarre «un» fidanzamento qualsiasi, non specificato. Sembra plausibile ribadire che, in questa ipotesi peculiare, questo *alius* in realtà, pur non avendo ricevuto nessun incarico, neppure generico, possa ugualmente agire *sponte et utiliter*, attivandosi per «fidanzare qualcuno», nell'interesse di quest'ultimo, anche se a sua insaputa. Il «fidanzato inconsapevole», assunte dunque le vesti giuridiche di un «gestito», ratificando in un momento successivo la scelta dell'*alius*, attribuirebbe così valore all'atto di fidanzamento compiuto dal *gestor*, andando dunque ad instaurare e legittimare il proprio «rapporto di fidanzamento».

Ecco come un fidanzamento contratto da un *alius* nell'interesse di un terzo che poi ne accetta le conseguenze sul piano non solo personale, ma anche giuridico, potrebbe configurare un'ipotesi peculiare di *negotiorum gestio*, sebbene applicata ad un aspetto e ad una scelta – che può definirsi «personatissima» - come il fidanzamento.

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

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

Resta evidente come i giuristi si interrogano sovente sulle modalità di

---

<sup>84</sup>) *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 70.

esternazione del consenso al fidanzamento. E questo spinge a concludere che l'ordinamento giuridico romano manifesti una esigenza di certezza del diritto in ordine a tutte le relazioni umane che possono altresì qualificarsi come «relazioni giuridiche», in quanto determinanti conseguenze e responsabilità.