

## Diritto matrimoniale secondo le Novelle di Leone il Filosofo.

Col nuovo assetto dato all' istituto del matrimonio la legislazione novellistica di Leone VI segna la linea di demarcazione fra la concezione classica del matrimonio, che ormai tramonta, e quella canonica, che, prendendo le mosse dal diritto ultimo di Giustiniano, riesce ad affermarsi. Sebbene Zachariä di Lingenthal<sup>1)</sup> e Zhishman<sup>2)</sup> ne abbiano in gran parte trattato, non è forse soverchio ripigliar l' argomento, perchè la concisa esposizione di Zachariä parmi in qualche punto inesatta, e nella farraginosa opera di Zhishman le costituzioni di Leone sono talmente affogate e mescolate con altra materia, da perdersene spesso il concetto unitario e da dimenticare che son componenti di uno stesso sistema.

Incominciando col dare una scorsa alle prescrizioni relative agli sponsali, c' intratteremo sulla forma di celebrazione del matrimonio — allargando la ricerca nel diritto dell' Ecloga Isaurica — sui requisiti e sulle cause di scioglimento; per chiudere con un rapidissimo cenno sui rapporti patrimoniali fra coniugi.

Nel diritto giustiniano gli sponsali, ossia la *mentio et re promissio nuptiarum futurarum*<sup>3)</sup>, solevano precedere le *nuptiae*, senza esserne presupposto necessario.<sup>4)</sup> Per contrarli non si richiedeva una forma prestabilita, bastando il solo consenso<sup>5)</sup>; e, colla stessa facilità, potean sciogliersi per volontà delle parti.<sup>6)</sup> In correlazione, non derivava alcun obbligo giuridico alla effettiva conclusione del matrimonio, chè anzi consideravasi *inhonestum* stipulare una pena pel caso che uno dei fidanzati si sottraesse alle progettate nozze.<sup>7)</sup> Tuttavia i

1) Geschichte des griechisch-röm. Rechts<sup>3</sup> §§ 5—7, 13—5.

2) Das Eherecht der orientalischen Kirche. Wien 1864. *passim*.

3) Dig. 23, 1, 1.

4) V. e. g. Puchta Instit.<sup>10</sup> (1893) § 289 II p. 400—401.

5) Dig. 23, 1, 4 pr. e fr. 11.

6) Cod. 5, 1, 1 = Bas. 28, 1, 15.

7) Dig. 45, 1, 134 pr. Cfr. Dig. 45, 1, 19. •

contraenti usavano scambiarsi delle arre<sup>1)</sup>, contrassegno del concluso rapporto, aventi pure l'ufficio d'un blando costringimento all'esecuzione della promessa di matrimonio; talchè, in un certo senso, è lecito dire che l'arra va assumendo una leggera colorazione di penalità.<sup>2)</sup> Si debbono, però, tener distinti i concetti di *arrha sponsalicia* e di *stipulatio poenae*: questa è una convenzione accessoria in virtù della quale chi non esegue l'obbligazione principale è condannato a una prestazione determinata, quella d'ordinario consiste in oggetti mobili preziosi che si consegnano manualmente alla controparte. Giustiniano rigorosamente vieta la *stipulatio*, laddove permette lo scambio delle arre e ne regola la perdita.<sup>3)</sup>

Per l'Ecloga del 740<sup>4)</sup>, il Prochiro<sup>5)</sup> e l'Epanagoge<sup>6)</sup> gli sponsali potevano stipularsi ἀρχαίως o ἐγγράφως; vale a dire: collo scambio delle arre (δι' ἀρχαίωνων) o con istrumento scritto (δι' ἐγγράφων) comminante la pena in caso di soluzione. La *stipulatio poenae*, vietata dal diritto classico, è dunque permessa, e coesiste parallela allo scambio delle arre.<sup>7)</sup> Nella legislazione di Leone questo dualismo viene a cessare e gli sponsali si corroborano ormai tutti colla stipulazione di προστιμήματα, al cui esborso condannavasi la parte che rompeva la μνηστεία.<sup>8)</sup> Il πρόστιμον mira a mantenere intatti gli sponsali ed è preferito all'arra perchè, essendo di questa più grave, ha maggiore efficacia coattiva. Presupponendo poi un ἐγγραφον, più dell'arra conveniva al genio della popolazione greca, che solea stipularlo in moltissimi συμβόλαια<sup>9)</sup>, e, già da tempo, per συνήθεια, negli strumenti sponsalizii.

1) Dig. 23, 2, 38. V. Mitteis Reichsrecht u. Volksr. p. 266, 268 n. 1. Riccobono Arrha sponsalicia in Memorie off. a F. Pepere 1900. Cfr. Krüger in Ztschr. Sav.-Stift. 22 (1901) p. 52 ss., Hofmann, Über den Verlobungs- u. d. Trauring, in Sitzungsab. K. Akad. Berlin ph. Cl. Bd. 65 (1870) p. 836.

2) Mompherratos Πραγματεία περὶ προγαμίας δωρεάς Atene 1884 p. 29 e 121. Cfr. Ένοχλον δίκαιον to. I Atene 1902 p. 532 n. 3. — Sul carattere penitenziale o penale dell'arra, in relazione alla compravendita, cfr. il commento a Corpus Pap. Raineri I 19 (p. 70 s.).

3) Cod. 5, 1, 5. Cfr. Cod. Th. 3, 5, 6; 3, 6, 1. Bas. 28, 2, 1 e 3, sch. e. — Curiosa è la ragione che del divieto di stipular la pena darà più tardi Sanchez Disp. de S. Matrim. Sacramento lib. decem I 85 n. 2: „quia cum poena non statim tradatur, sed promittitur in futurum facile et incaute in magna quantitate promittitur etc.“ Cfr. ib. VI 1 n. 1. 4) I 1—2 ed. Zachariä = ed. Mompherratos.

5) I 2, II 1, 6, 9. 6) XIV 2, XV 1—2.

7) La formola d'uno di questi contratti muniti di *stipulatio poenae* fu pubblicata da Zachariä IGR. III p. XIV. 8) Coll. II. Nov. 18 (ed. Zachariä IGR. III).

9) V. Zachariä Geschichte § 70, Beiträge in questa rivista 2 (1893) p. 182. Mitteis Reichs. pp. 523—36. Braslloff Zu den Quellen der byz. Rechtsg. in

Per l'Epanagoge i *πρόστιμα* venivano esatti dal fisco, come pena della trasgressione ai canoni, quando si osassero benedire o incoronare i fidanzati prima che compissero il tredicesimo anno d'età, e, contemporaneamente, scioglievasi la *μνηστεία ἅμα τῆς δοκούσης συναφείας*.<sup>1)</sup> Ciò può forse significare che nei casi ordinarii di rottura degli sponsali il *πρόστιμον* si devolvesse alla parte non colpevole, come risarcimento.<sup>2)</sup> Leone non è esplicito in proposito, ma dalle espressioni della Nov. 18: *ζημία, καταβολή πρόστιμον, πρόστιμον εἰσπραξις* si può anche dedurre che tale *πρόστιμον* venisse dall'erario riscosso come una multa, di cui lasciavasi al beneplacito delle parti fissare l'entità<sup>3)</sup>; se non riscosso interamente, almeno in parte, come altre fonti più recenti ci fan credere.<sup>4)</sup> E infatti, funzione del *πρόστιμον* dovea essere, secondo la mente del legislatore, quella di cooperare alla indissolubilità degli sponsali<sup>5)</sup>, e non di concedere alla parte non responsabile della rottura, un risarcimento di assai difficile valutazione. Anche coll' introduzione del *πρόστιμον* gli sponsali non divenivano del tutto indissolubili ma si scioglievano dietro pagamento della pena, secondo le modalità stabilite nel documento.

Ora, prima di occuparci dell'uso invalso di benedire gli sponsali e delle conseguenze che ne derivavano, converrà brevemente intrattenerci sulla forma di celebrazione del matrimonio, secondo il diritto di Leone e quello immediatamente preleonino, pigliando, come punto di partenza, le Novelle di Giustiniano.

La mancanza di forma del matrimonio, che è la caratteristica del matrimonio consensuale romano<sup>6)</sup>, dovea portare i suoi tristi effetti allorchando si trattava di provare che l'unione era un vero matrimonio; ond'è naturale che il legislatore si studiasse di dargliene una. A ciò riesce soltanto Leone, che, accogliendo quella ecclesiastica,

Z. Sav. St. 25 (1904) RA. p. 302. Arangio-Ruiz La succ. test. secondo i pap. 1906 p. 112—3, 296 ss. Mompherratos 'Ενοχ. δίκ. p. 540 n. 1. Cfr. ad es. P. Fir. I 93, 28. Dittenberger Sylloge Inscript. gr. 893, 40.

1) Ep. XIV 11.

2) Tale è l'opinione di Mompherratos 'Ενοχ. δίκ. p. 552.

3) Cfr. Zachariä Gesch. n. 1039.

4) Coll. IV Nov. 24 c. 3: il *πρόστιμον* viene esatto dal Fisco κατὰ τὸ δόλοκληρον in casi determinati. Par quasi che di solito al Fisco ne andasse una parte. Gedeon Κανονικὰ διατάξεις I p. 332—3. V<sup>1</sup>. Zachariä Beiträge cit.

5) Coll. II Nov. 18 in med.: καὶ δοκεῖ μοι . . . τοῦτο (il *πρόστιμον*) πλεῖον ἔχειν ἰσχὴν εἰς τὸ μὴ ὡς ἔτυχε περτεύεσθαι τὰ μνηστεύματα.

6) V. e. g. Dimaras 'Ιστορία καὶ εἰσηγήσεις τοῦ ζώμ. δίκ. <sup>3</sup> § 533, Rcszbach Unters. über die röm. Ehe p. 42 ss. Ferrini Man. di Pandette <sup>3</sup> n. 709.

fissa in modo unico e impreteribile la forma di celebrazione del matrimonio. Anche Giustiniano lo avea tentato<sup>1)</sup>, ma, dopo l'ondeggiamento sensibile del suo diritto ultimo, avea ristretto l'obbligo di redigere *προικῶν συμβόλαια* ai magistrati maggiori, agli altri permettendo il matrimonio *ἐκ μόνης διαθέσεως*, per *solum affectum* diremmo colla frase tradizionale, che giustamente il Mitteis trova alquanto oscura e indeterminata.<sup>2)</sup> Si ha pertanto un dualismo fra il matrimonio contratto *ἀγράφως* (*διαθέσει ψιλλῇ*)<sup>3)</sup>, rispondente alla concezione classica romana, e quello *μετὰ προικῶν συμβολαίων*, che trova il suo presupposto in correnti estranee al diritto romano.<sup>4)</sup>

L'antitesi nella forma di celebrazione sussiste anche per l'Ecloga del 740, che dice espressamente: *Συνίσταται γάμος χριστιανῶν, εἴτε ἐγγράφως εἴτε ἀγράφως*.<sup>5)</sup> Il primo modo è all'altro anteposto dal legislatore, che particolareggiatamente descrive il contenuto obbligatorio del *προικῶν συμβολαίου*<sup>6)</sup>; il secondo, quale forma sussidiaria, è, d'ordinario, riserbato ai nullatenenti.<sup>7)</sup> Il matrimonio contratto *ἀγράφως* non ha, a differenza di quello *ἐγγράφως*, assunto una forma di celebrazione fissa e prestabilita, come si rileva dal seguente importantissimo passo dell'Ecloga<sup>8)</sup>:

*Εἰ δὲ κατὰ στένωσιν ἢ διὰ ταπείνωσιν μὴ δυνηθῇ τις εὐπρολήπτως καὶ ἐγγράφως ποιῆσαι γάμον, καὶ ἀγράφως συνίσταται γάμος ἀδόλως συναινέσει τῶν συναλλασσόντων προσώπων καὶ τῶν τούτων γονέων, εἴτε ἐν ἐκκλησίᾳ τοῦτο δι' εὐλογίας ἢ καὶ ἐπὶ φίλων γνωρισθῇ. ἀλλὰ καὶ οἰοσθήσποτε ἐνοικιζόμενος εἰς γυναικα ἐλευθέραν καὶ καταπιστεύων αὐτῇ τὴν τοῦ ἰδίου οἴκου διοίκησιν καὶ ταύτῃ σαρκικῶς συμπλεκόμενος ἄγραφον συναλλάσσει πρὸς αὐτὴν γάμον.*

Questo luogo parmi si possa interpretare in un duplice modo. Anzitutto secondo le tradizioni classiche. L'essenza del matrimonio contratto *ἀγράφως* sta nel consenso reciproco dei contraenti di essere marito e moglie, e nella convivenza in comune comportandosi tra loro maritalmente. Le forme *δι' εὐλογίας* e l'altra *ἐπὶ φίλων* non sono le uniche imposte dal legislatore; più che forme di celebrazione sono soltanto mezzi di prova della richiesta *συναίνεσις*, come chiaramente attesta l'Ao. *γνωρισθῇ*. Nè sono assolutamente necessarie per con-

1) Novv. 74, 117 c. 4.

2) Archiv f. Papyrusforsch. I p. 346.

3) L'espressione: *ἀγράφως συνιέναι* ricorre anche nella Nov. I. 74 c. 4 § 3 *in f.*

4) Cfr. Mitteis Reichs. p. 225 ss., De Ruggiero Studi pap. sul matr. in Bull. Ist. D.R. 14 (1902) p. 257 s. 5) II 1. 6) Ecl. II 3 = M. 4.

7) Ecl. II 8 = 9 *in pr.* Cfr. Brassloff Zur Kenntnis des Volksr. 1902 p. 79.

8) Ecl. II 8 = 9. Riporto il testo di Zachariä.

trarre il matrimonio *ἀγάφως*. Il secondo periodo, trascurato da Zachariä trattando della conclusione del matrimonio secondo l'Ecloga<sup>1)</sup> e sul quale altrove si fonda per sostenere erroneamente che ogni concubinato mutavasi *ipso jure* in matrimonio<sup>2)</sup>, può farci ammettere che il matrimonio *ἀγάφως*, nel senso di matrimonio libero alla romana, privo di qualsiasi forma, continui a sussistere. Infatti, i legislatori dicono: *ολοσδήποτε*, vale a dire *qualunque*, appartenente a qualsivoglia classe sociale e quindi anche se ricco, fosse pure in caso di redigere gli strumenti dotali, quando conviva con una donna libera, le affidi il governo della famiglia e usi maritalmente con lei, contrae con quella donna un matrimonio non scritto. In tal caso non esiste una forma di celebrazione del matrimonio; unica differenza col matrimonio libero romano si è che la *maritalis affectio* è una vera e propria presunzione legale, allorquando la convivenza assume quelle peculiari caratteristiche.<sup>3)</sup> Per questa interpretazione, che è forse la più ovvia, si deve ammettere l'unicità del matrimonio, *γάμος χριστιανῶν*. Sarebbe cioè inaccettabile il contrapposto fra *ἐγγάφως γάμος* e *ἀγάφως γάμος* nel senso tecnico che la scuola del Mitteis attribuisce alla espressione nelle fonti papirologiche.<sup>4)</sup> L'*ἐγγάφως γάμος* e l'*ἀγάφως γάμος*, per l'Ecloga, altro non sarebbero che designazioni diverse di un rapporto sostanzialmente eguale, di identico contenuto giuridico; designazioni che solo si riferiscono al differente modo di conclusione, *ἐγγάφως* e *ἀγάφως*. E certamente, in Ecl. II 1, II 10 (M. 11) *in pr.*, II 8 1° comma (M. II 9 1° com.) questa è l'unica interpretazione ragionevole e possibile che può darsi all'espressione.

1) Zach. Gesch. p. 72.

2) Ib. p. 58. — Il concubinato può dunque sempre sussistere con una non libera, ed è anche concepibile con una libera quando l'uomo non le affidasse *τὴν τοῦ ἰδίου οἴκου διοίκησιν*. — Il concubinato fu abolito da Basilio il Macedone (Zachariä *ib.*, Zhishman Eher. p. 178 ss.) e da Leone Coll. II Nov. 91. Strano è il mutismo di Leone riguardo la precedente costituzione inibitoria di Basilio. Forse può spiegarsi pensando che il concubinato dovea esser esteso a preferenza tra i ricchi e potenti che stavano attorno all'imperatore. E questi finge d'ignorare che trasgrediscono la legge, per non esser costretto ad applicarla, e ricorre all'espedito di vietare l'abuso *ex novo*.

3) Brassloff invece, Zur Kenntnis p. 79, interpreta il periodo avversativo nel senso che il legislatore parli di una nuova forma di conclusione del matrimonio non scritto, cioè della *domum ductio* susseguita dalla copula e dalla consegna della direzione della famiglia. Ciò non mi pare accettabile. L'edizione Momph. dà tuttavia la lezione: *ἐσοικίζμενος γυναῖκα ἐλευθέραν*, non gli altri (C MSS. Cfr. Ecl. ed. Zach. p. 19 n. 89).

4) Ultimamente in Archiv f. Pap. I p. 345. V<sup>i</sup> la letteratura papirologica sul matrimonio enumerata dal Viereck in Bursian's Jahresbericht 181 (1907) III. Abt. p. 199 e segg.

Ma pel secondo periodo di Ecl. II 8 (M. 9), si può benissimo ammettere — ed eccoci alla seconda interpretazione — che il rapporto intercedente fra l' *ολοσδήποτε* e la donna *ἐλευθέρα* sia un *quid* diverso dal *γάμος χριστιανῶν* o, come si dirà altrove, dal *γνήσιος γάμος*<sup>1)</sup>; sia, in una parola, un *ἄγραφος γάμος*, in senso tecnico, da riconnettersi a quello dei papiri. Anche il periodo successivo di Ecl. II 8 (9 M.) può far accettare cotesta ipotesi. Ecco:

ἐὰν δὲ ἐξ αὐτῆς μὴ παιδοποιήσας πειραθῇ ἐκδιῶξαι αὐτὴν ἐκ τῆς πρὸς αὐτὸν συνοικήσεως αἰτίας νόμῳ ἐγνωσμένης ἐκτὸς, διδόναι αὐτῇ πρὸς τῇ ἀποκαταστάσει τῶν ὡς εἰκὸς εἰσενεχθέντων παρ' αὐτῆς πραγμάτων καὶ τὸ τέταρτον μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας.

Innanzitutto forse non è privo di significato che il legislatore, per designare il rapporto, adoperi il termine *συνοίκησις* quasi per indicare il fatto materiale della coabitazione.<sup>2)</sup> La separazione poi dalla donna perchè infeconda non è contemplata tra i casi di divorzio concessi altrove dall' Ecloga<sup>3)</sup>, e qui, sia pure con una determinata perdita pecuniaria, pare invece dal legislatore riconosciuta. Se ne potrebbe forse dedurre che la *συνοίκησις*, ossia l' *ἄγραφος γάμος* dell' Ecl. II 8 (9 M.) non è la *συζυγία*, il *συνοικέσιον* dell' Ecl. II 12—13 (M. 13—5); nè la *αἰτία νόμῳ ἐγνωσμένη* dell' Ecl. II 8 (9) è annoverata tra le *αἰτίαι* dell' Ecl. II 13 (14—5). Riassumendo: per l' Ecloga il *γάμος* si conchiude in duplice modo: *ἐγγράφως* o *ἄγραφως*. Accanto al *γάμος* sembra poi lecito ammettere un altro rapporto detto *ἄγραφος γάμος*. E nulla osta che l' *ἄγραφος γάμος* dell' Ecl. II 8 (9) fosse pure accompagnato da un strumento regolante il rapporto, diverso, ben s' intende, nel contenuto, dalla forma solenne dell' *ἐγγράφου προικίου συμβολαίου*, costituente l' *ἐγγράφος γάμος*, di cui Ecl. II 3 (4).

Il Prochiro di Basilio esplicitamente rimette in vigore il principio romano della *γαμικὴ συνάλυσις*.<sup>4)</sup> A prima vista, una modificazione sensibile sembra invece introdotta dall' Epanagoge, alla quale si deve ormai riconoscere effettivo valor di legge e non di semplice progetto.<sup>5)</sup> Questa, al luogo XVI 1, conosce soltanto due forme di celebrazione del matrimonio: quella canonica (*δι' εὐλογίας εἰτε διὰ στεφανώματος*) e

1) Sch. d in f. ad Epanag. XVI 27

2) Ciò può del resto essere fortuito. Il termine tecnico per indicare il matrimonio, e che ricorre anche nell' Ecloga, è *συνοικέσιον*. V<sup>1</sup>. ed. M. II, 7, 13. — Anche nei papiri il termine *συνοικέσιον* o *συνοικέσιον* designa il valido matrimonio, il *γάμος ἐγγράφος*. Cfr. Paul M. Meyer Papyrus Cattaoui in Archiv f. Papyrusf. III p. 70. V. anche P. Fir. I 93, 13. Oxy. 266, 11 nota.

3) II 13 (14—5 M.).

4) IV 14, 17.

5) Sokoljskij in Viz. Vrem. 1 (1894) p. 17 ss.

quella mediante strumento (*διὰ συμβολαίου*), evidentemente quest'ultima usata quando l'agiatezza dei contraenti lo permetteva, la prima quando gli sposi vi fossero ricorsi o per libera elezione o per povertà. Lo stesso scoliasta ci ammonisce che resta così abolito il *γάμος ἀπὸ μόνης γαμικῆς διαθέσεως* della Nov. 117 di Giustiniano, anche per i non *ἰλλούστριοι*. Ma, con buona pace del glossatore, altri passi della Epanagoge, ripetuti in via tralatizia, ci attestano che una dottrina ben fissa non s'era ancora formata.<sup>1)</sup>

Brassloff non pare di quest'opinione.<sup>2)</sup> Accostando l'Ep. XVI 1 con l'Ecloga ad Prochiron mutata XXVIII 8, da cui rilevasi che il padrone può regolarizzare il suo concubinato colla schiava, dalla quale ebbe dei figli, e mutarlo in matrimonio, emancipandola insieme ai figli e costituendole la dote<sup>3)</sup>, si crede autorizzato ad affermare che, in tal caso, le nozze δι' *εὐλογίας καὶ στεφανώματος* sono impossibili e ne vede la ragione nella mancanza di verginità della sposa; da tutto ciò trae la conseguenza che l'*ἄγραφος γάμος* dell'Epanagoge presuppone il requisito della verginità della sposa.<sup>4)</sup> Facendo poi un parallelo col Libro siro-romano, e generalizzando, sostiene che, tanto in Siria come nel rimanente impero bizantino, un *ἄγραφος γάμος* può solo conchiudersi quando la sposa sia vergine.

Queste conclusioni mi sembrano eccessive ed inaccettabili. Innanzi tutto è arbitrario usare il termine *ἄγραφος γάμος* pel diritto dell'Epanagoge, ed è pericoloso perchè a quest'espressione siamo abituati a connettere un significato tecnico tutto speciale che pel diritto dell'Epanagoge non parmi possa avere. Tutto il ragionamento di Brassloff si può ridurre al seguente sorite: Attesochè

l'*ἄγραφος γάμος* non si può usare per cambiare in matrimonio il concubinato colla schiava

e *ἄγραφος γάμος* = *εὐλογία* (*στεφανώσεις*)

e la *εὐλογία* (*στεφανώσεις*) è solo ammissibile quando la sposa sia vergine, ergo

l'*ἄγραφος γάμος* dell'Epanagoge è riserbato solo alla vergine.

Lasciando da parte la Siria, vediamo se il sillogismo regga pel diritto bizantino. Prima di tutto è una asserzione gratuita che l'Ecloga

1) Epan. XVI 11 = Proch. IV 14. Ep. XVI 12 = Proch. IV 17 = Dig. 50, 17, 80. Ep. XVI 27 = Nov. Just. 117 c. 4. Cfr. anche lo sch. d ad Ep. XVI 27.

2) Zur Kenntnis cit. p. 80 ss.

3) Ecl. ad Proch. mut. XXVIII 8: 'Ο ἐκ δοῦλης ἐσχνηκὸς παῖδα, καὶ ταύτην ὕστερον ἄμα τοῖς παισὶν ἐλευθερώσας καὶ προῖκα αὐτῇ ποιήσας, ταύτην μὲν νόμιμον ποιέτω γαμετήν καὶ τοὺς παῖδας γνησίους.

4) Brassloff o. c. p. 82.

ad Proch. mutata XXVIII 8 vieti le forme proprie al così detto *ἄγραφος γάμος* per regolarizzare la posizione della schiava, e permetta solamente la costituzione di dote. Una cosa non esclude l'altra. Inoltre è errato assimilare senz'altro *ἄγραφος γάμος* ad *εὐλογία* (*στεφάνωσις*), il che equivarrebbe dire che unica forma di conclusione di un matrimonio *ἄγραφος* è la canonica. Anche per l'Epanagoge ciò è discutibile. Ma per esser logici noi dobbiamo occuparci solo dell'Ecloga ad Proch. mutata, e questa, come già l'Ecloga II 8 (9), conosce più forme di contrazione del matrimonio *ἄγραφος*<sup>1)</sup>, dimodochè l'Ecloga ad Proch. mutata XXVIII 8 tutte le avrebbe proibite vietando il matrimonio *ἄγραφος* della concubina. E che ragione ci sarebbe di vietare, ad es., il matrimonio *ἐπὶ φίλων* della concubina? Forse la mancanza di verginità di essa? Non è ammissibile. È poi errato affermare che l'intervento ecclesiastico non avesse luogo che per la vergine.<sup>2)</sup> La verginità era solo un ideale lontano che i padri della chiesa richiedevano tanto per l'uomo come per la donna<sup>3)</sup>; però, all'atto pratico, col trascorrer dei tempi, non si andava tanto pel sottile ed anche i *δίγαμοι* venivano incoronati.<sup>4)</sup> La stessa Ecloga implicitamente viene ad ammetterlo.<sup>5)</sup> Osservo inoltre che solo *καταχρηστικῶς* si possono pigliare come sinonimi i termini *εὐλογία* e *στεφάνωσις* poichè tecnicamente indicano due cerimonie distinte.<sup>6)</sup>

Per questi motivi crollano le premesse e non accolgo la conseguenza dedotta dal Brassloff: presupporre l'*ἄγραφος γάμος* bizantino la verginità della sposa.

In conclusione, nessuna delle fonti prese in esame ci presenta una dottrina unica e definitiva sulla celebrazione del matrimonio, si assiste piuttosto alla lotta di opposte tendenze. Soltanto colla legislazione di Leone il matrimonio assume una forma impreteribilmente fissata dal legislatore, il quale altro non fa che accettare quella canonica, che vedemmo far capolino nell'Ecloga<sup>7)</sup> e nell'Epanagoge.<sup>8)</sup> Nella celebre

1) Ecl. ad Proch. mut. II 16 = Ecl. II 8 (9).

2) Brassloff o. c. p. 82 e n. 1.

3) Cfr. e. g. s. Agostino Sermo 288, 5 (ed. di Venezia del 1768 to. 16 col. 1436).

4) V<sup>1</sup>. ad es. Zhishman Eher. p. 415 e n. 3, Arch. Apostolo Christodoulos *Δοκίμιον ἐκκλησ. δικ.* p. 442—3. La corona diventa poi un simbolo V<sup>1</sup>. Gedeon *Καν. διατ.* I p. 405. 5) Ecl. II 10.

6) Potea, aversi la sola *εὐλογία* senza *στεφάνωμα*; così negli sponsali.

7) II 8 (9).

8) Oltre Ep. XVI 1 è pure importante a questo riguardo il passo XIV 11: „... εἰ ... τῆς μνηστείας γενομένης ἰσῶθεν τοῦ ἰγ χρόνον τολμήσει τις τοῖς μνηστευομένοις ἢ τὴν λεγομένην εὐλόγησεν ἢ τὸ στεφάνωμα περιθεῖναι, ... ἀτίκτα ἢ μὲν προελθοῦσα μνηστεία ἔμα τῆς δοκούσης συναφείας διαλύεται“.



Nov. 89 Leone dice che se gli antichi, permettendo che si stringessero i matrimoni (*συνοικεία*), καὶ διὰ τῆς νενομισμένης εὐλογίας, erano scusabili, non lo sono i suoi contemporanei; e subito soggiunge: „τὰ συνοικεία τῇ μαρτυρίᾳ τῆς ἱερᾶς εὐλογίας ἐρῶσθαι κελεύομεν“.

Prima di procedere nella trattazione osservo che non mi sembra esatta l'affermazione di Zhishman che, soltanto dopo le Novelle di Leone e di Alessio I Comneno, il matrimonio sia stato annoverato tra i sacramenti.<sup>1)</sup> Si verrebbe in tal modo ad ammettere una influenza del diritto civile su quello canonico, laddove il processo è stato inverso, essendo il diritto civile che, da Leone in poi, riconosce la competenza ecclesiastica in materia matrimoniale. È del resto una questione secondaria, e forse d'impossibile soluzione, fissare con sicurezza quando al matrimonio sia stata riconosciuta la sacramentalità dal diritto canonico, e in specie, da quello orientale; se davvero si possa far rimontare questo momento iniziale fino alla lettera II ai Corinti, come la dottrina più ortodossa assevera<sup>2)</sup>, o se il concetto della sacramentalità sia andato maturandosi a poco a poco. Quello che ci interessa è questo: che Leone, primo fra gli imperatori bizantini, riconosce esclusiva la competenza ecclesiastica in materia matrimoniale, imponendo ai suoi sudditi la ἱερὰ εὐλογία, come unica forma di celebrazione del matrimonio. La quale νενομισμένη εὐλογία, come si deduce dalla stessa espressione, non era imposta ai fedeli da speciali canoni che esplicitamente la ordinassero, ma usavasi impartire per consuetudine, secondo i dettami dell' ἄγραφος νόμος canonico.<sup>3)</sup>

Questa νενομισμένη εὐλογία, introdotta da Leone, non esauriva però tutta la forma canonica di celebrazione del matrimonio. La Nov. 89 infatti, da Leone promulgata, si connette ad altre, le integra e, solo dal loro insieme, emerge il sistema di celebrazione del matrimonio, che la posteriore legislazione di Alessio I Comneno altro non fa che riconfermare e dichiarare<sup>4)</sup>, e che in Oriente vige tuttora. Voglio alludere alle Novelle di Leone riguardanti gli sponsali, e così ritorno al punto dappprincipio abbandonato.

Sulla benedizione sponsalizia Leone promulgò due costituzioni. Nell'una ordinava che non si impartissero τὰς εὐλογίας, πρὶν ἂν ὁ

1) Zhishman Eher. p. 125 s.

2) Zhishman o. c. p. 124. Milasch Τὸ ἐκκλ. δίκ. τ. ὁρθ. ἀν. ἐκκλ. (trad. Apostolopoulos) Atene 1906 § 179. V<sup>l</sup>. Gedeon Καν. διατ. I p. 403. Cfr. Harnack Lehrb. der Dogmengesch. III <sup>1-2</sup> ed. p. 463 s., 522 s.

3) V<sup>l</sup>. Duchesne Origines du culte chrétien <sup>2</sup> p. 413.

4) Coll. IV Nov. 24, 31.

νόμιμος τοῦ γάμου συμφθάσῃ καιρός<sup>1)</sup>); nell'altra ribadiva: „μηδαμῶς συνίστασθαι μνηστεῖαν ἐπὶ χρόνοις ἐλάττοσι τῶν ἐπτά, μήτε . . . ἱεροτελεστείαις βεβαιουῖσθαι τὴν μνηστεῖαν τοῦ τρισκαιδεκάτου ἔτους ἐνδεούσης τῆς νύμφης, τοῦ δὲ νυμφίου τὸν τεσσαρεσκαιδέκατον μὴ διαμετροῦντος“.<sup>2)</sup>)

Leone adunque, fissa all'età idonea alle nozze il *dies* dal quale si può impartire la benedizione ai fidanzati. Questi sponsali *benedetti* sono indissolubili alla pari del matrimonio. Come già avea detto Alessio Comneno, risponderà più tardi Balsamone a Marco, patriarca d'Alessandria; „ὁ γὰρ οὕτω τελεσθεὶς ἀρρόφων ἐν πᾶσι τῷ νομίμῳ γάμῳ ταυτίζεται“.<sup>3)</sup>) All'età di 15 e, rispettivamente, di 13 anni gli sponsali potevano adunque benedirsi; ma sarebbe assurdo ritenere che i fidanzati si dovessero benedir tutti a quell'età, sarebbe come un voler fissare un'epoca obbligatoria pel matrimonio. Non è dunque esatto, sebbene forse qualche fonte apparentemente lo confermi, dire con Zachariä che gli sponsali senza benedizione possono ora stringersi soltanto nei ferrei confini del 14<sup>o</sup> e rispettivamente 12<sup>o</sup> anno di età<sup>4)</sup>. Leone non impone di benedire i fidanzati a quell'età, ma soltanto fissa a quell'epoca il momento iniziale dal quale gli sponsali si possono benedire. È logico che sponsali senza benedizione potevano sempre concludersi, incominciando dai 7 anni, solamente non avevano l'efficacia e le conseguenze degli sponsali accompagnati da benedizione. Erano insomma un contratto meramente civile, concluso con un *δεσμωτικὸν ἔγγραφον*<sup>5)</sup>, che, per consuetudine e per la Nov. 18 di Leone, si usava corroborare colla stipulazione di *πρόστιμα*. Più tardi Alessio Comneno dirà, con una frase che ha fatto fortuna, che questi sponsali non benedetti altro non valgono che ὡς ἀνθρώπων ἀρέσκειαι δι' ἐπερωτήσεων κατασφαλισμέναι e li denominerà *ἀτελὴς μνηστεία* per contrapporli alla *ἐντελὴς μνηστεία* che son quelli accompagnati dalla benedizione, impartibile solamente agli sposi che abbiano raggiunta l'età richiesta per contrarre il matrimonio.<sup>6)</sup> Si forma, in tal modo, un dualismo fra *ἀτελὴς μνηστεία* e *ἐντελὴς μνηστεία*, vale a dire fra sponsali meramente civili e sponsali canonici.<sup>7)</sup> Ma gli sponsali canonici (*ἐντελὴς μνηστεία*) soltanto inesattamente si dicono sponsali, perchè non sono punto una

1) Coll. II Nov. 74. La quale non parla esclusivamente di *ἐλόγια sponsalizia*.

2) Coll. II Nov. 109 *in med.*

3) *Σύνταγμα τῶν Θείων κ. ἱερῶν καν.* di Rhalli e Potli to. IV p. 453.

4) Geschichte p. 75 ll. 24 ss.

5) V. Balsamone ad Fozio Nomoc. XIII 4 (*Σύνταγμα* I p. 300) e ad Syn. Trull. c. 98 (*Σύντ.* II p. 541).

6) Coll. IV Nov. 24 c. 2 e Nov. 31.

7) Cfr. Zhishman Eher. p. 152 s.

*mentio et repromissio nuptiarum futurarum* in senso classico, cioè quella *μνηστεία*, la quale *οἱ νομοθέται δρῶνται μνήμην καὶ ἐπαγγέλλαν τῶν μελλόντων γάμων*.<sup>1)</sup> L' *ἐντελής μνηστεία* è soltanto un atto, un momento della forma canonica di celebrazione del matrimonio, come apparirà chiaramente in progresso di tempo<sup>2)</sup>; per dirla con Alessio Comneno è *ἡ πρώτη τῶν συμβαλλόντων συναρμογή*.<sup>3)</sup> Sarebbe dunque errato affermare che le *εὐχαὶ* della *μνηστεία* fossero sufficienti per la conclusione del matrimonio vero e proprio<sup>4)</sup>, perchè c'era bisogno di una ulteriore cerimonia, quella dello *στεφάνωμα*, per concludere definitivamente il matrimonio. Impartita la benedizione degli sponsali, i fidanzati son stretti da un rapporto che potremmo dire un *matrimonium initiatum*. È forse significativa l'espressione usata da Leone nella sua Nov. 89: „τὰ συνοικέσια τῇ μαρτυρίᾳ τῆς ιερᾶς εὐλογίας ἐρρῶσθαι κελεύομεν“, l' *ἐρρῶσθαι* forse accenna a un perfezionamento, a una riconferma di un rapporto già esistente, vale a dire di un *matrimonium initiatum*. Dunque l'atto della celebrazione del matrimonio si perfeziona in due momenti fondamentali che hanno eguale importanza giuridica e che sono egualmente necessari. Nella legislazione di Leone noi assistiamo al sorgere di questa nuova forma di conclusione del matrimonio, i due atti appaiono separati tra loro e, a prima vista, può forse sfuggire l'intimo nesso che tra l'uno e l'altro intercede. Col tempo tendono ad avvicinarsi finchè si fondono insieme e si unificano, come avviene oggigiorno.<sup>5)</sup> In conclusione è il diritto civile che si uniforma allo spirito di quello canonico e ne accetta le norme, onde parmi inesatto quello che Zachariä dice, parlando degli sponsali, che il diritto civile abbia seguito il canonico più che altro apparentemente.<sup>6)</sup> La vittoria del diritto canonico è completa e indiscutibile.

Per farsi un'idea della rigorosa applicazione del sistema di celebrazione, ora esposto, è assai interessante dare una scorsa a parecchi *πονήματα* dell' Arcivescovo Chomatianos<sup>7)</sup> e ad alcune *διατάξεις* raccolte da Gedeon.<sup>8)</sup> Il diritto civile e quello canonico si danno la mano seguendo lo stesso cammino.

1) V. Balsamone in *Σύντ.* II p. 540. 2) V. Zhishman Eher. p. 691 ss.

3) Nov. riportata in *Σύντ.* V p. 287.

4) Cfr. la *ἐρώτησις δευτέρα* a Niketa di Tessalonica e la corrispondente *ἀπόκρισις* in *Σύντ.* V p. 382—3.

5) Milasch *Δουίμων ἐκκλ. δικ.* § 182 in f. V. Zhishman Eher. p. 692.

6) Zach. Geschichte p. 75 ll. 20 ss.

7) *Πονήματα* IX, XIII, XIV, XV, CXXII, CXXVII, CXXXIV e CXXIV, XXI, LXXV (ed. Pitra Iur. eccl. Graec. selecta paralip., perchè quella di Heuschkel, annunziata da Krumbacher Geschichte<sup>2</sup> p. 610, sembra si faccia attendere).

8) V. ad es. *Καν. διατ.* I p. 24 ss., 209 ss., 211 ss. II p. 35. Si aggiunga: *ἀπό-*

Diversa via da quella della Chiesa orientale batte invece la Chiesa d' Occidente.<sup>1)</sup> Il parallelismo fra i due binomii *sponsalia de praesenti*, *sponsalia de futuro* e *ἐντελής μνηστεία*, *ἀτελής μνηστεία* è solo parziale. L' *ἀτελής μνηστεία* corrisponde perfettamente cogli *sponsalia de futuro* poichè entrambi altro non sono che una *mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. Ma gli *sponsalia de praesenti* non corrispondono all' *ἐντελής μνηστεία* perchè hanno maggior valore, più ampio contenuto giuridico. Essi esauriscono la forma canonica di celebrazione del matrimonio che, in un dato periodo, vigeva in Occidente<sup>2)</sup>; invece l' *ἐντελής μνηστεία* altro non è che un momento della celebrazione canonica del matrimonio. Dopo gli *sponsalia de praesenti* le due parti sono unite da un vero e proprio matrimonio, dopo l' *ἐντελής μνηστεία* da un rapporto che è molto vicino al matrimonio, ma che matrimonio vero e proprio non è. Giuridicamente, in un certo qual modo, la forma di celebrazione del diritto bizantino si può paragonare a quella del diritto germanico antico.<sup>3)</sup> Comè la *Verlobung* germanica, così l' *ἐντελής μνηστεία* è un componente essenziale dell' atto di conclusione del matrimonio; ma come alla *Verlobung* susseguiva la *Trauung* della fidanzata, per rendere perfetto il matrimonio, così alla *ἐντελής μνηστεία* seguiva la cerimonia dello *στεφάνωμα*.

Dopo esserci occupati della forma di celebrazione del matrimonio, è prezzo dell' opera considerare i requisiti che si richiedevano per contrarlo effettivamente. Sebbene la dottrina dei requisiti, secondo le costituzioni di Leone, si possa costruire solo frammentariamente, pure non è privo d' interesse tentarne una enumerazione.

Primo requisito si è che gli sposi abbiano raggiunta l' età richiesta. Quest' epoca è da Leone fissata in un luogo a quindici anni per l' uomo e a tredici per la donna<sup>4)</sup>, altrove, legiferando a proposito della benedizione degli sponsali, a quattordici e tredici anni rispettivamente.<sup>5)</sup> Non esiste deviazione dall' età classica<sup>6)</sup>, perchè tali anni — 12 e 14 — si richie-

σεις di Giovanni Citro in Σύντ. V p. 419—20, Xifilino π. μνηστείας Ib. p. 51—2, Kabasila ἐφώτ. XXVIII (ed. Pitra Sel. paral. col. 677 ss.).

1) Cfr. Brandileone Saggi sulla storia della celebrazione del matr. in Italia. Milano 1906 p. 580.

2) V<sup>1</sup>. Sohm Das Recht der Eheschließung 1875 p. 107 ss. specialmente p. 125. Esmein Le mariage en droit can. 1891 to. I p. 166 ss., Freisen Gesch. d. can. Eher. p. 179 ss., Friedberg-Ruffini-Trattato p. 618 s.

3) Brunner Deutsche Rechtsg. I<sup>2</sup> p. 97. 4) Coll. II Nov. 74.

5) Coll. II Nov. 109. Cfr. Coll. IV Novv. 24, 31 e Chomatianos πόν. 14, 15. Ecl. II 1. Gli anni si volevano compiuti.

6) Inst. 1, 10 pr.; 1, 22 pr.; Cod. J. 5, 60, 3.

devano compiuti. Degno di nota che il βασιλεύς s'era riservato il diritto di dispensa, e di permettere la contrazione del matrimonio anche prima degli anni fissati.<sup>1)</sup> La quale acquiescenza della Chiesa in materia matrimoniale dimostra, come ben osserva Zhishman, che la legislazione civile in proposito non si trovava punto in antitesi coi concetti fondamentali dalla Chiesa propugnati.<sup>2)</sup>

Quello che si richiedeva era la facoltà di generare tanto nell'uomo come nella donna, dalla legge presunta a quell'età. Come nel diritto giustiniano, gli impotenti non possono *ducere uxorem*.<sup>3)</sup> Gli eunuchi che tentano di contrar matrimonio sono sottoposti alla pena τῆς πορνεύσεως e il sacerdote che osi celebrarlo è rimosso dall'ordine.<sup>4)</sup>

Del consenso dei contraenti e di coloro nella cui potestà si trovano, quale requisito matrimoniale, Leone non parla. Pure, dal fatto ch'ei richiedeva come limite minimo per contrarre gli sponsali civili l'età di sett'anni, ossia l'età di ragione, in cui i contraenti potessero rendersi conto del passo che facevano<sup>5)</sup>, mi par lecito dedurne che tale consenso *a fortiori* si richiedesse pel matrimonio. Nemmeno del consenso dei genitori Leone parla espressamente; è tuttavia più che probabile che vigesse il precetto dell'Ecloga del 740 che in modo esplicito lo richiedeva.<sup>6)</sup>

Dell'impedimento al matrimonio derivante dalla parentela di sangue non si tratta nella legislazione di Leone. Egli solamente proibisce il matrimonio fra figli naturali e adottivi della stessa persona; tale unione è da lui considerata profanazione della τελευτῆς ἐκφᾶς costituente l'adozione.<sup>7)</sup>

La schiavitù, o di una sola delle parti o di ambedue, non è più, come nel diritto giustiniano<sup>8)</sup>, una causa d'impedimento al matrimonio. Il γάμος si contrae validamente, come più tardi verrà ripetuto da Alessio Comneno.<sup>9)</sup> Leone, che della schiavitù si occupò abbastanza ampiamente<sup>10)</sup>, sancisce che se una persona libera vuol contrar matrimonio con uno schiavo o con una schiava, lo possa fare o adattandosi la parte libera ad abbracciare essa pure lo stato servile, o sborsando il prezzo di liberazione della parte schiava.<sup>11)</sup> Nella prima eventualità

1) Coll. II Nov. 109 *in f.*

2) Zhishman Eher. p. 191. 3) Dig. 23, 3, 39 § 1; 40, 2, 14 § 1.

4) Coll. II Nov. 98.

5) Coll. II Nov. 109. Cfr. Chomatianos *πov.* XIV *in med.*, XIX.

6) Ecl. II 1. 7) Coll. II Nov. 24.

8) V. Brugi Istituzioni II p. 246 n. 28. Cod. Th. 9, 9, 1. Cfr. Mommsen Röm. Strafr. p. 686 e n. 7.

9) Coll. IV Nov. 35. 10) Coll. II Novv. 29, 37—8, 49. 11) Coll. II Nov. 100.

Leone ammoniva i padroni di non mostrarsi inumani, e ordinava che alla morte del padrone i due coniugi fossero amendue liberati insieme alla prole. Nel caso poi che la parte libera non avesse disponibile il prezzo per la compera dell'altra, nè volesse dividerne insieme la schiavitù, secondo una congettura proposta da Zachariä<sup>1)</sup>, per supplire una immaginaria lacuna testuale, si dovrebbe intendere che fosse allora permesso alla parte libera di dare una caparra al padrone della parte schiava e ottenerne in tal modo la libertà. Ma tale interpretazione mi sembra improbabile. Basta mettere una virgola dopo la parola *δεήσει* della frase da Zachariä reputata lacunosa perchè il senso sgorgi nitido. La parte libera dà al padrone di quella schiava la propria persona, a mo' di caparra (*οἶον ἀρξάβωνά τινα*), e lavorando sotto lo stesso padrone seguirà a servire finchè basti per accumulare il prezzo dovutogli per la compera della parte serva.

Nel caso poi che di due servi insieme uniti da matrimonio (*γάμος*), ne venisse liberato uno, Leone, altrove, ordina che la parte liberata abbracci di nuovo la schiavitù oppur paghi il prezzo del coniuge schiavo, comminando, come pena, la schiavitù a chi usi la violenza per liberare la parte schiava.<sup>2)</sup>

Estendendo una proibizione del Codice Giustiniano<sup>3)</sup>, Leone vieta agli *ἡγεμονεύοντες* di ciascuna provincia *συναλλάγματα καὶ μνηστείας ποιεῖν* delle figlie, parenti e domestiche.<sup>4)</sup> Evidentemente pel timore della possibile violenza che il magistrato potea fare per la collocazione (*ἐκδοσίς*) delle sue donne, o che la parentela lo facesse prevaricare.<sup>5)</sup> La Novella di Leone esorbita in certo modo dai limiti della Cod. Th. 3, 6, 1 = Just. 5, 2, un. perchè la *μνηστεία*, se benedetta, non corrisponde agli *sponsalia*. Leone implicitamente, in tal caso, avrebbe anche proibito il matrimonio. E allora la sua Novella si deve riconnettere ad altre norme romane.<sup>6)</sup>

Anche il ratto della donna, giusta le norme canoniche, consideravasi un impedimento.<sup>7)</sup>

E similmente la vedovanza dalle seconde nozze. Nel diritto giustiniano coesto divieto non era contemplato; il secondo, terzo e seguenti matrimoni erano permessi; il legislatore si preoccupava soltanto dei figli del primo matrimonio.<sup>8)</sup> Ma ben presto in Oriente si fa sentire

1) IGR. III p. 200 n. 7. 2) Coll. II Nov. 101. 3) 5, 2 un. = Th. 3, 6, 1.

4) Coll. II Nov. 23. Cfr. Coll. IV Nov. 69 pr. Zachariä Gesch. n. 64.

5) Da un diverso concetto sembra ispirata la Coll. II Nov. 84 antitetica alle disposizioni giustiniane: Cod. 1, 53 un. Dig. 1, 16, 6 § 3; 1, 18, 18. Cfr. Bas. 6, 3, 51.

6) Dig. 23, 2, 57; 34, 9, 2 § 1—2; Cod. J. 5, 4, 6. Cfr. Mommsen Röm. Strafr. p. 686, 8. 7) V<sup>1</sup>. Zhishman Eher. p. 561 ss. 8) Cod. Just. 5, 9, 6.

l'influenza canonica<sup>1)</sup> e Leone, seguendo le orme de' suoi predecessori<sup>2)</sup>, v'ispira una sua costituzione.<sup>3)</sup> Ognun sa come poi Leone per suo conto l'applicasse.<sup>4)</sup>

Della diversità di religione, come impedimento alle nozze, Leone non tratta esplicitamente. Ma dal momento che il matrimonio era anche un sacramento, che somministravasi in una forma determinata, ne viene che solo potea concludersi tra fedeli.

Alcune cause sono da Leone espressamente riconosciute valide per lo scioglimento del matrimonio.<sup>5)</sup>

Come tale valeva il tentativo della moglie di contrar nuove nozze finchè il marito vive.<sup>6)</sup> Secondo Leone, Giustiniano in questo caso, dapprima avrebbe permesso il divorzio e più tardi l'avrebbe vietato. Infatti Giustiniano ai casi di ripudio ammessi dal Codice Teodosiano ne avea aggiunti altri tre, tra i quali se la moglie durante il matrimonio *πρὸς ἑτέρον περὶ γάμων ἑαυτῆς διαλέγοιτο*.<sup>7)</sup> Pochi anni dopo, enumerando i casi in cui il marito potea ripudiare la moglie, tralasciava quello in questione<sup>8)</sup>, onde a buon diritto Leone ne deduce esser la seconda legge contraddittoria alla precedente. In quanto alle pene di carattere patrimoniale, cui Leone accenna nella Novella, son probabilmente le stesse della Nov. 22 di Giustiniano, vale a dire la perdita della dote e della *προγαμιαία δωρεά*.

Anche la moglie che abortisce in odio al marito può essere ripudiata.<sup>9)</sup> Leone osserva che anche in tal caso Giustiniano ha seguito lo stesso metodo come nel precedente, ma che sembrandogli più utile la costituzione che propende pel divorzio crede opportuno rimetterla in vigore. Si tenga presente che Leone parla d'aborto procurato per far dispetto al marito e in odio a lui.<sup>10)</sup> Infatti l'antichità romana<sup>11)</sup> e il mondo orientale<sup>12)</sup> non considerarono mai il procurato aborto in se stesso come un delitto.

1) Zachariä Gesch. § 8. Zhishman Eher. p. 401 ss.

2) Coll. I Nov. 28. 3) Coll. II Nov. 90.

4) Zepernick Mantissa I § III in Beck de Novv. p. 220 ss., De Boor Vita Euthymii p. 161—4.

5) Cfr. Zachariä Gesch. n. 193. Zhishman *passim*. 6) Coll. II Nov. 30.

7) Nov. 22 c. 16 § 1 dell' a. 536. 8) Nov. 117 c. 8 in f. dell' a. 542.

9) Coll. II Nov. 31.

10) La Nov. di Leone fu accolta anche dal diritto canonico orientale. V. Zhishman Eher. p. 753—4 e 754 n. 4. Fozio Nomoc. 13, 10. Si noti che Balsamone ad Syn. Trull. c. 91 omette la frase *in odio al marito*, dimodochè è sforzato il senso della Novella di Leone.

11) V. Ferrini Diritto penale rom. in Encicl. Pessina n°. 317.

12) Zachariä Gesch. p. 347—8.

La prigionia di guerra non è causa di scioglimento. Il coniuge rimasto libero deve attendere quello prigioniero, qualunque sia la durata della cattività, anche se non ha ricevuta nessuna comunicazione; colla comminatoria d'essere sottoposto, in caso di trasgressione, alle pene della Nov. CXVII di Giustiniano.<sup>1)</sup> Leone adunque, anche per tal riguardo, si mostra umano coi prigionieri.<sup>2)</sup>

Anche la *μανία* considerasi *justa causa* di scioglimento. A Leone sembra inaccettabile ὁ νόμος, ὃς μετὰ τὴν μνηστείαν εἰς μανίαν τῆς μεμνηστευμένης περιπεσοῦσης, βιάζεται τὸν γαμέτην διὰ παντὸς τοιούτῳ συνεξῆχθαι κακῶ. Pertanto ordina che se la moglie diventa pazza l'uomo debba per tre anni sopportar la disgrazia; se trascorso questo tempo la donna non risana si permette il divorzio.<sup>3)</sup> Se la demenza colpisce il marito, nel caso che la malattia si manifesti dopo le nozze (μετὰ τὸν γάμον), per cinque anni i coniugi debbono restare uniti. Se passato questo periodo la situazione non muta, si permette il divorzio. Se il morbo scoppia il giorno stesso delle nozze (τοῦ γάμου), allora l'unione potrà sciogliersi immediatamente anche s'ebbe già luogo la ierologia. Tali disposizioni, ben s'intende, non si applicano a chi voglia altrimenti regolarsi.<sup>4)</sup>

In complesso non è forse azzardato riguardare le Novelle leonine sul divorzio come un'estensione del diritto dell'Ecloga isaurica.<sup>5)</sup> Leone stesso nella Nov. 110, parlando di una certa disposizione dell'Ecloga, dice che è da annoverarsi tra quelle ὅσα περὶ τοὺς γάμους εὐαγῶς τοῖς ἀρχαίοις προνοήσεται, accennando probabilmente a quel soffio cristiano che avea ispirato l'Ecloga in materia di divorzio.

Dei rapporti patrimoniali, che hanno origine dal matrimonio, è difficile ricostruire con sicurezza il sistema del diritto bizantino. Ciò

1) Coll. II Nov. 33. Cfr. Zhishman Eher. p. 768.

2) Nella Coll. II Nov. 36 contro le norme Cod. Just. 8, 51 (50), 1 e Ecl. V, 1 che trova inique, Leone permetteva l'adizione d'eredità al figlio d'un prigioniero o di ambo i genitori prigionieri. Nella Coll. II Nov. 40, contro Dig. 28, 1, 8 = Bas. 35, 1, 8, concedeva ai prigionieri la testamentifazione.

3) Coll. II Nov. 111. Notevole che Leone parli di *μνηστεία*. Gli sponsali *benedetti* eran quasi sinonimo di matrimonio. Pel diritto abrogato v. Dig. 23, 2, 16 § 2 = Bas. 28, 5, 16; Dig. 1, 6, 8 pr. = Bas. 28, 5, 6; Dig. 24, 2, 4; 24, 3, 22 § 7 = Bas. 28, 8, 22. Ecl. 2, 15 (M.). — Per le sanzioni di carattere penale pel caso che il marito sia responsabile del malanno della moglie v. il mio Diritto penale in Rivista Penale vol. LXVII, fasc. IV, per le disposizioni di carattere patrimoniale V<sup>1</sup>. Raktivan Περὶ τῆς μετὰ τὴν λύσιν τοῦ γάμου τέχνης τῆς προκίς Atene 1892 p. 233 s. — Su questo caso di scioglimento cfr. anche Gedeon Kan. διατ. I p. 245 ss.

4) Coll. II Nov. 112. 5) Ecl. II 13—5 M.



dipende dallo stato mutilo delle fonti e anche dal fatto, da Zachariä notato colla solita precisione<sup>1)</sup>, che simili rapporti erano in gran parte regolati dalla *συνήθεια*. Tutte infatti, le Novelle di Leone, che si riferiscono a tale materia, sono, per confessione esplicita del legislatore, riconoscimenti di uno stato di fatto, per consuetudine, preesistente. Le disposizioni di queste Novelle sono da Zachariä succosamente esposte, dimodochè una nuova esposizione sarebbe del tutto superflua.<sup>2)</sup> Dopo aver confrontato linea per linea quella di Zachariä con la parola delle Novelle si può con sicurezza affermare che tale esposizione vi corrisponde in modo scrupoloso. Per riuscire a risultati nuovi e più completi bisognerebbe ricorrere ad altre fonti. I papiri egizi dell'epoca tarda, immediatamente precedente la invasione araba, e i documenti dell'Italia Meridionale messi a confronto, porterebbero forse a delle conclusioni interessanti per la storia del diritto bizantino e per quella del diritto italiano.

Per ora finirò con una semplice osservazione.

Il termine *ὑπόβολον* non pare sia tecnico per designare la *προγαμιαία δωρεά*, tanto è vero che nell'Ecloga del 740 si usa come sinonimo di arra sponsalizia<sup>3)</sup> e che nelle fonti della Bassa Italia si scambia col *theoretro*.<sup>4)</sup> Per conseguenza si deve andar cauti nell'affermare che nel diritto bizantino fa la prima comparsa in una Novella di Costantino Porfirogenito.<sup>5)</sup> Ma prima non potrebbe essere fuso insieme coll' *ὑπόβολον*<sup>6)</sup>? Oppure, non devesi in qualche luogo interpretare il termine *ὑπόβολον* come *θεώρετρον*?

Aggiungerò per ultimo, che l'Epanagoge e la Nov. 20 di Leone ci fan vedere, come esattissimamente Zachariä osservava<sup>7)</sup>, che la *προβί* dell'Ecloga isaurica si deve intendere arrotondata dal suo aumento ossia *ὑπόβολον*.

Tregnago (Verona).

Giannino Ferrari.

1) Gesch. § 9 in pr.

2) Tali Novelle sono le seguenti della Coll. II: 19—22, 25, 32, 85, 106, 110. V<sup>l</sup>. Zachariä Gesch. pp. 94—5, 100, 101, 111, 113, 149 n. — V. anche la recente memoria di H. Monnier La Novelle XX de Léon le Sage, in *Mélanges Fitting* to. II p. 123 e seg.

3) Ecl. I 1. Sia pure in una glossa. Cfr. Zachariä Gesch. n. 224.

4) V<sup>l</sup>. Brandileone Studio sul *Prochiron Legum* in *Bullettino d. Istit. stor. it.* N.º 16 p. 104 ss. Cfr. ad es. Trinchera Syllab. graec. membr. N<sup>l</sup>. LXIII (a.º 1097), CLXX (a.º 1166), CCXL (a.º 1196), CCLXI (a.º 1211) in pr., CCCXXVII (a.º 1273), App. N<sup>l</sup>. VII (a.º 1191), XVI (a.º 1251). V<sup>l</sup>. De Gasparis Teoretro ed Ipobolo in *Studi e docum. di Storia e diritto* 7 (1886) p. 250—1. Cfr. Monnier o. c. p. 10 n. 3 (dell'estr.). 5) Zachariä Gesch. p. 98.

6) V<sup>l</sup>. Sathas *Μεσαιωνική Βιβλ.* VI p. 608 ll 24—24. Cfr. Raktiran *Περὶ τῆς τύχης* p. 343. 7) Geschichte n. 230.