



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritto romano e Diritto pubblico interno e sovranazionale

(Discipline romanistiche: Diritto romano e Diritti dell'antichità)

Dipartimento di Giurisprudenza

IUS/18 "Diritto romano e Diritti dell'antichità"

**LA BIGAMIA NELL'ESPERIENZA ROMANA:
PROFILI GIURIDICI E RIPROVAZIONE SOCIALE**

LA DOTTORANDA

Dott.ssa Fiorella Zabatta

IL COORDINATORE

Ch.mo Prof. Giuseppe Falcone

IL TUTOR

Ch.mo Prof. Settimio di Salvo

CICLO XXVI
Anno Accademico 2016/2017

INDICE

INTRODUZIONE

L'evoluzione del delitto di bigamia nella storia del diritto romano.....	pag. 4
--	--------

CAPITOLO I

MATRIMONIO E DIVORZIO QUALI PREMESSE AL *CRIMEN DELLE BINAE NUPTIAE*

1. Il matrimonio romano. Principali correnti storiografiche.....	pag. 17
2. Profili regolamentativi essenziali in tema di <i>divortium</i>	pag. 31

CAPITOLO II

LA RIPROVAZIONE DELLE *BINAE NUPTIAE*: DALLE *LEGES REGIAE* ALL'INFAMIA PRETORIA

1. Profili introduttivi.....	pag. 51
2. L'età arcaica.....	pag. 54
3. L'editto del pretore.....	pag. 79
4. L'equiparazione tra i <i>bina sponsalia</i> e le <i>binæ nuptiæ</i>	pag. 90
5. Gai 1.63.....	pag. 111
6. Punibilità della condotta alla luce di altre fattispecie criminali.....	pag. 121
7. Emersione del ruolo del dolo.....	pag. 127

CAPITOLO III

SVILUPPI POSTERIORI

1. Normazione del primo tardoantico.....pag. 132
 2. La bigamia tra Occidente e Oriente.....pag. 139
 3. Un caso particolare: Valentiniano I e la bigamia.....pag. 146
 4. La sistematica giustiniana.....pag. 166
-
- Bibliografiapag. 176
 - Elenco delle fonti.....pag. 190

INTRODUZIONE

L'evoluzione del delitto di bigamia nella storia del diritto romano

La storia del reato di bigamia a Roma non seguì un tracciato lineare e unitario, ma risentì delle diverse epoche e dei mutevoli contesti storici e sociali. Subì influenze etiche e religiose che ne mutarono, dal punto di vista giuridico, il sistema sanzionatorio.

A Roma prevalse la concezione del matrimonio monogamico al punto, come si è rilevato, «da rendere vuoto di ogni efficacia il divieto di bigamia»¹. L'accettazione del modello matrimoniale monogamico, come l'ideale di unione coniugale nella società romana, si fondava sul rifiuto della poligamia e della bigamia. Il divieto di quest'ultima, tuttavia, sembrerebbe di scarsa applicazione, in quanto, per gran parte della storia della civiltà romana, vigeva la libertà assoluta di dissoluzione del vincolo matrimoniale per mezzo del *repudium* o del *divortium*.

A sostenere il principio monogamico c'era l'interesse della *res publica Romanorum* che avrebbe dovuto far fronte ad una situazione di forte disordine e confusione sociale, qualora avesse reso possibile per i cittadini contrarre più unioni matrimoniali contemporanee. Ad essere tutelata, quindi, non era solo la *familia* e la sua stabilità, ma l'ordine sociale nel suo complesso.

Una testimonianza di Cesare nel *De Bello Gallico*² narra della poliandria³, come costume in uso tra gli antichi Bretoni, dove i fratelli, o a volte anche i

¹ S. RICCIO, *La bigamia* (Napoli 1934) 9.

² Caes. *De Bello Gallico*, Libro V.

³ La poliandria è il tipo di poligamia che si instaura tra un individuo di sesso femminile e due o più individui di sesso maschile. Il termine deriva dal greco. Si parla di poliandria fraterna

padri e i figli, avevano mogli in comune⁴. Un altro passaggio del *De Bello Gallico* narra invece della poligamia nel popolo dei Galli: Cesare descrive dettagliatamente le usanze galliche parlando esplicitamente del diritto di vita e di morte dei mariti sulle mogli, evidenziando, dunque, l'uso diffuso della poligamia. Continua poi raccontando le inchieste che venivano effettuate nei confronti delle coniugi nel caso in cui il marito morisse in condizioni sospette⁵.

Sono, infine, riportate incerte testimonianze in merito ad una legge, probabilmente promulgata da Cesare, che autorizzava la poligamia. Egli, nel periodo in cui ricoprì la carica di *dictator*, ordinò al tribuno della plebe Elvio Cinna, di predisporre tale legge che autorizzasse legalmente la più ampia forma di poligamia⁶. Nel passo di Svetonio si legge che fu lo stesso pretore a confidare

quando una donna è sposata con due o più fratelli. Attualmente si tratta di un costume particolarmente diffuso in alcune regioni del Tibet e del Nepal, dove rappresenta una pratica comune a livello sociale. Nel caso del Tibet, la diffusione del fenomeno è di più difficile interpretazione, dato che la poliandria è stata messa fuorilegge fin dall'inizio del controllo cinese sull'area. Sul punto cfr. N. E. LEVINE, *The Dynamics Of Polyandry: Kinship, Domesticity and Population On the Tibetan Border* (Chicago 1988).

⁴ Caes. *De Bello Gallico* Libro V, cap. 14: *Ex his omnibus longe sunt humanissimi qui Cantium incolunt, quae regio est maritima omnis, neque multum a Gallica differunt consuetudine. Interiores plerique frumenta non serunt, sed lacte et carne vivunt pellibusque sunt vestiti. Omnes vero se Britanni vitro inficiunt, quod caeruleum efficit colorem, atque hoc horribiliores sunt in pugna adspectu; capilloque sunt promisso atque omni parte corporis rasa praeter caput et labrum superius. Uxores habent deni duodenique inter se communes et maxime fratres cum fratribus parentesque cum liberis. Sed si qui sunt ex iis nati, eorum habentur liberi, quo primum virgo quaeque deducta est.*

⁵ Caes. *De Bello Gallico* Libro V, cap. 19: *Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant. Huius omnis pecuniae coniunctim ratio habetur fructusque servantur; uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. Viri in uxores sicuti in liberos vitae necisque habent potestatem, et cum pater familiae inlustriore loco natus decessit, eius propinqui conveniunt et de morte, si res in suspicionem venit, de uxoribus in servilem modum quaestionem habent, et si compertum est, igni atque omnibus tormentis excruciatas interficiunt. Funera sunt pro cultu Gallorum magnifica et sumptuosa; omnia quaeque vivis cordi fuisse arbitrantur in ignem inferunt, etiam animalia, ac paulo supra hanc memoriam servi et clientes, quos ab iis dilectos esse constabat, iustis funeribus confectis una cremabantur.*

⁶ C. MIDDLETON, *Storia della vita di Cicerone* (Venezia 1762) 260: «Erasi Cleopatra trattenuta in Roma, per accompagnar Cesare nel viaggio, che costui dovea fare in Oriente; e'l

di aver ricevuto i suddetti ordini da Cesare affinché quest'ultimo potesse sposare più donne e garantirsi, quindi, una discendenza. A conferma dei fatti, interviene anche un giudizio su Cesare di Curione padre, che in una sua orazione lo definisce: «il marito di tutte le donne e la moglie di tutti gli uomini»⁷.

Da notare che una parte della dottrina⁸ ha recentemente reinterpretato il passo di Svetonio, vedendo nella legge scritta da Elvio Cinna la volontà di

dono ch'ella aveva avuto sopra il di lui cuori, si conservava ancora in tutta la sua forza, poiché il Tribuno Elvio Cinna si ritrovava caricato di una legge da lui ricevuta (Cesare), per doverla pubblicar subito la di lui partenza, colla quale gli si accordava la facoltà, di potersi avvalere di qualunque numero di donne di qualsivoglia condizione, per poter da loro procrear figliuoli. Questo espediente fu, senza dubbio, pensato per risarcir l'onore di Cleopatra, e legittimare il di lei figliuolo, giacché la Poligamia, e'l matrimonio con una donna straniera, era proibito dalle leggi Romane». S. BARDETTI, *De' primi abitatori dell'Italia* (Modena 1769): «Si vuol discorrere allo stesso modo della poligamia. Non si truova divieto, che ne fosse fatto a' Romani né sotto i Re, né durante la Repubblica: ma supplì l'uso per tutti que' sette secoli: e quindi la legge, che per Cesare divenuto drudo di Eunoe Maura, e di Cleopatra Egiziana dovea portare al popolo il Tribuno Elvio Cinna, che gli fosse lecito d'ammogliarsi non solamente con straniere, ma con quante più gli piacesse: quindi la non mai interrotta pratica, per la quale poté dire Plutarco nella vita di Antonio, che qual Triumviro fu il primo ad avere insieme due mogli: quindi l'idea non mai deposta, come si può vedere dall'Editto Adrianeo, o Perpetuo citato nel Codice (95), che i Poligami fossero infami».

⁷ Suet. *Caes.* 52: *Dilexit et reginas, inter quas Eunoen Mauram Bogudis uxorem, cui maritoque eius plurima et immensa tribuit, ut Naso scripsit; sed maxime Cleopatram, cum qua et convivia in primam lucem saepe protraxit et eadem nave thalamego paene Aethiopia tenuis Aegyptum penetravit, nisi exercitus sequi recusasset, quam denique accitam in urbem non nisi maximis honoribus praemiisque auctam remisit filiumque natum appellare nomine suo passus est. Quem quidem nonnulli Graecorum similem quoque Caesari et forma et incessu tradiderunt. M. Antonius adgnitum etiam ab eo senatui adfirmavit, quae scire C. Matium et C. Oppium reliquosque Caesaris amicos; quorum Gaius Oppius, quasi plane defensione ac patrocinio res egeret, librum edidit, non esse Caesaris filium, quem Cleopatra dicat. Helvius Cinna tribunus plebis plerisque confessus est habuisse se scriptam paratamque legem, quam Caesar ferre iussisset cum ipse abesset, uti uxores liberorum quaerendorum causa quas et quot uellet ducere liceret. At ne cui dubium omnino sit et impudicitiae et adulteriorum flagrasse infamia, Curio pater quadam eum oratione omnium mulierum virum et omnium virorum mulierem appellat.*

⁸ E. VOLTERRA, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 3 (Napoli 1953) 139 ss., ora in *Scritti giuridici* 2. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 140 nt. 2.

Cesare di spingere i Romani a procreare quanto più possibile, dando loro l'incentivo di avere più mogli. Essa, inoltre, sostiene che il *dictator* avrebbe consentito un nuovo matrimonio solo dopo il divorzio e che, in tal caso, si sarebbe trattato di seconde nozze e non di bigamia.

Alle testimonianze appena riportate si aggiunge quella di *Flavius Vopiscus*, che in un passo dell'*Historiae Augustae* descrive tale periodo storico come fortemente caratterizzato dal proliferare di costumi disinibiti ed eticamente improbi, elencando tra questi ultimi anche la diffusione della bigamia, narrando di uno sposalizio con ben nove mogli⁹.

Una situazione in netta contrapposizione con la ferrea monogamia dei Germanici descritta da Tacito nell'opera *De Moribus Germanorum et De Vita Agricolae*. In questo importante contributo sulle usanze del suddetto popolo, l'Autore ne esalta il coraggio in battaglia, i costumi, il valore dell'ospitalità e, appunto, la monogamia, mettendo in contrasto il tutto con l'immoralità dilagante e la decadenza dei costumi romani¹⁰.

Negli stessi anni anche Plutarco ci dà testimonianza della dissolutezza degli usi dei romani, fino ad arrivare, in qualche caso, alla pratica della bigamia.

⁹ Flavius Vopiscus *Historiae Augustae*: *Vulgo urbis Romae, quasi populo Romano, bona Senatus promisit. Uxores ducendo ac rejiciendo novem duxit, pulsus plerisque praegnantibus. Mimis, meretricibus, pantomimis, cantoribus atque leonibus, Palatium implevit. Fastidium subscribendi tantum habuit, ut impurum quendam, cum quo semper meridie jocabatur, ad subscribendum poneret: quem objurgabat plerumque, quod bene suum imitaretur magistrum.*

¹⁰ Tac. *De Morib. Germ.* c. 19: *Ergo saepta pudicitia agunt, nullis spectaculorum illecebris, nullis conviviorum irritationibus corruptae. Litterarum secreta viri pariter ac feminae ignorant. Paucissima in tam numerosa gente adulteria, quorum poena praesens et maritis permissa: abscisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus ac per omnem vicum verbere agit; publicatae enim pudicitiae nulla venia: non forma, non aetate, non opibus maritum invenerit. Nemo enim illic vitia ridet, nec corrumpere et corrumpi saeculum vocatur. Melius quidem adhuc eae civitates, in quibus tantum virgines nubunt et cum spe votoque uxoris semel transigitur. Sic unum accipiunt maritum quo modo unum corpus unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium ament. Numerum liberorum finire aut quemquam ex agnatis necare flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.*

Nella sua opera ‘Demetrio e Antonio’, infatti, fa un chiaro riferimento alla bigamia di Antonio. Nel racconto, l’Autore pone i due personaggi non come modelli da imitare, ma da biasimare, poiché se le virtù furono alla base della loro grandezza, i vizi ne causarono la rovina; tra questi appunto, Plutarco cita la bigamia di Antonio¹¹. Lo storico, inoltre, riporta una legge del re Numa Pompilio emanata allo scopo di garantire la discendenza, ma al tempo stesso di rispettare il principio monogamico e di non incorrere in casi di bigamia. Si trattava della pratica della vendita o del prestito della moglie (*mancipatio liberorum quaerendorum causa*) molto diffusa a Roma in alcuni periodi storici e attuata al fine di garantire la continuità della stirpe¹².

Ad una testimonianza di Gellio (*N.A.* 4.3.3) si fa risalire la notizia che il re Numa avrebbe indirettamente contemplato la bigamia della donna, ribadendo la validità e l’importanza del principio monogamico. La *lex regia*, che la tradizione attribuisce all’arcaico *rex*, pur non vietando esplicitamente la bigamia, sembra stabilire un rapporto gerarchico tra la moglie e le altre donne (concubine) all’interno della stessa casa. Gellio, infatti, precisa quale era il ruolo della *paelex* nel *ius sacrum*: ella era la concubina di un uomo sposato che viveva all’interno delle mura domestiche in pacifica coesistenza con la moglie e si affiancava a lei in un rapporto gerarchico di subordinazione non conflittuale. Dal punto di vista formale, grazie a questa rigorosa distinzione giuridico-sociale, oltre che terminologica, era fatto salvo e sopravviveva il principio monogamico¹³.

¹¹ Cfr. Plut. *comp. Dem. et Ant.* 4.2 (sul quale si veda Plutarchus, *Le vite di Demetrio e Antonio*, a cura di Luigi Santini Amantini, Carlo Carena e Mario Manfredini [Milano 1995] 306 ss., in particolare 308).

¹² Cfr. sul punto da ultimo M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un’antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *AUPA*. 54 (2010-2011) 26 s.

¹³ A tal proposito si sono distinte due contrapposte opinioni della dottrina: alcuni autori (come P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato tra storia e propaganda* [Milano 1990] 147 ss.; L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *SDHI*. 63 [1997] 181 ss.; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato Divorzio Adulterio* 3 [Roma 2005] 18 ss.) ritengono che la legge di Numa non

Il presupposto per un *matrimonium iustum* era, quindi, fin dai tempi più antichi, l'assenza di una precedente unione matrimoniale, ma sembra che, almeno fino a tutto il periodo classico, non si trovino tracce di un espresso divieto, corredato da una sanzione esplicita, che colpisca direttamente le prime o le seconde nozze.

Ulteriori testimonianze confermano l'inesistenza di una sanzione di natura criminale tipizzata per il mancato rispetto del comando giuridico fino agli albori dell'età tardoantica: dall'età repubblicana fino al principato, come risulta confermato in D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*), le doppie nozze furono punite unicamente con la nota pretoria dell'infamia. La nota dell'infamia non fu considerata una vera e propria pena ma fu sentita soprattutto come un'affermazione di diminuita stima sociale, contenuta nella dichiarazione del pretore di escludere la persona dalla possibilità di *postulare pro alio*¹⁴. Kaser, nel suo celebre studio *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, sostenne l'impossibilità di fornire una definizione unica di infamia, in quanto quest'ultima aveva assunto varie connotazioni nelle diverse fasi dell'esperienza giuridica romana. Essa era utilizzata per sanzionare condotte molto differenti, ma tutte con la comune caratteristica di riguardare aspetti morali e sociali fortemente sentiti nella comunità di riferimento; tutte erano collegate alla stessa concezione di un'integra reputazione e di *honor* dal punto di vista morale e civile, non meno importanti di quello giuridico. La perdita della *publica aestimatio* rappresentava una condanna morale da parte della società che poteva tradursi in una successiva condanna anche giuridica.

avesse come scopo quello di vietare la bigamia, ma si limitasse a stabilire un rapporto gerarchico fra le donne conviventi nella medesima casa; altri (come R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² [Padova 2002] 2 ss.), al contrario, ritengono che la finalità della legge numaica sia stata quella di punire la concubina che aveva avuto comportamenti simili ad una moglie generando in tal modo confusione nella società sul suo ruolo all'interno della *familia* ed attentando in tal modo al principio monogamico.

¹⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* (Torino 1984) 732 ss.

La pena dell'*infamia* colpiva chi non rispettava il principio monogamico, in quanto questa condotta avrebbe generato confusione nella società circa la posizione giuridica dell'interessato. Quest'ultimo avrebbe in tal modo tratto in inganno con dolo la *res publica Romana* ed era pertanto necessario perseguire soprattutto la sua malafede. Il pretore sanzionava l'aver costituito, o anche solo l'aver tentato di costituire, due unioni stabili, continue e durature nello stesso tempo, in quanto non potevano essere considerate entrambe *iustae nuptiae*.

I pretori – probabilmente verso la seconda metà del II secolo a.C. – furono, pertanto, i primi a dotare il divieto di bigamia di una misura dissuasiva. Essi analizzarono le cause per le quali veniva stabilita l'infamia, sulla base degli antichi *mores*, assicurando e regolando la sua applicazione. Fu, in conclusione, la concezione etico-sociale che i romani avevano del matrimonio il principale motivo del collegamento tra la bigamia e l'infamia. Essi, infatti, inizialmente non regolamentarono il matrimonio in maniera sistematica in quanto era rappresentativo di uno *status* sociale, prima che giuridico, retto da norme innanzitutto etico-sociali.

Dall'analisi dei passi del Digesto, D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*) e D. 3.2.13.1-4 (Ulp. 6 *ad ed.*), emerge che incorreva nello stesso divieto e nella medesima sanzione chi concludeva contemporaneamente, a proprio nome o a nome di persona in sua potestà, non solo un duplice matrimonio, ma anche un duplice fidanzamento. A questo fine, quindi, la giurisprudenza e l'editto del pretore equipararono i due istituti¹⁵.

La *lex Iulia de adulteriis* sembra aver segnato un passaggio importante ai fini della repressione del *crimen* in quanto il *princeps* introduce, con tale legge,

¹⁵ Alcuni autori (in particolare A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» in D. 3.2.1, in *Iura* 26 [1975] 101 e C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?*, in *Iura* 27 [1976] 101), partendo dal presupposto che per tutto il periodo classico fosse impossibile la configurazione del reato di bigamia in quanto, in caso di doppie nozze, la seconda unione si sarebbe dovuta considerare, rispetto alla prima, o come concubinato (nel caso in cui nel primo matrimonio permanesse l'*affectio maritalis*), oppure come nuovo matrimonio che avrebbe *ipso iure* annullato il primo, hanno sostenuto che la sanzione editale riguardasse solo i *bina sponsalia* e che, pertanto, il riferimento alle *binae nuptiae* fosse il risultato di un'interpolazione giustiniana.

l'uso di determinate forme per divorziare (le fonti - D. 24.2.2.1 [Gai. 11 *ad ed. provinc.*], Plaut. *Amph.* 928 e *Trin.* 266 - riportano delle formule che furono da sempre adoperate per manifestare la volontà di divorziare, diverse dalle forme introdotte dalla *lex augustea*), anche se esse non furono mai vincolanti per i coniugi: infatti fino a tutta l'età classica prevalse la forma libera di cessazione del rapporto coniugale e fu sufficiente, quindi, qualsiasi esteriorizzazione per dimostrare la fine dell' *affectio maritalis* nel rapporto coniugale.

Ancora per tutta l'epoca del principato non si ebbe un vero e proprio reato di bigamia avente una connotazione autonoma, ma il *crimen* fu punito come adulterio per la donna e stupro per l'uomo.

Tra l'età del principato e l'età tardoantica, fino alla compilazione giustiniana, la legislazione imperiale apparve fortemente orientata ad affermare il tradizionale principio monogamico. Divieti di doppie nozze emergono, infatti, dai rescritti degli imperatori Valeriano e Gallieno del 258 e di Diocleziano e Massimiano del 285, che vietarono le doppie nozze (C. 9.9.18 [*Impp. Valerianus et Gallienus AA. et C. Theod.*] e C. 5.5.2 [*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Sebastianae*]). Le citate costituzioni del 258 e del 285 furono dei rescritti imperiali: Gallieno e Diocleziano risposero ai quesiti posti loro da due cittadine, rispettivamente Teodora e Sebastiana, probabilmente in una località d'Occidente, ed inviarono tale responso all'altro Augusto, rispettivamente Valeriano e Massimiano, in Oriente.

Sarà, infatti, Diocleziano il primo imperatore che, per la repressione della bigamia, istituirà una sanzione propria (ferma restando l'infamia pretoria), attribuendone al giudice la commisurazione, e che slegherà la bigamia (che ancora non aveva assunto una propria denominazione¹⁶) dai reati di stupro e di adulterio.

¹⁶ Il termine *bigamus* è di origine greca e compare per la prima volta nelle fonti ecclesiastiche del VI secolo: Isidoro di Siviglia, *Etymologiae* 9. 7.15: *bigamus autem, trigamus a numero uxorum vocatus, quasi duabus, vel tribus maritus*; Gregorio Magno, *Epist.* 141: *bigamis aperta fronte resistimus*..... Le *Glossae Cod. Sangall.* (C.G.L.

Nel corso dell'età imperiale, quindi, la bigamia ricevette una tutela autonoma tramite l'editto di Diocleziano, che la indica espressamente come *crimen extraordinarium*; ciò avvenne, probabilmente, per ovviare efficacemente alla diffusione della poligamia in alcune province dell'impero nel corso della sua espansione¹⁷. Della costituzione diocleziana sarà riportato nel *Codex giustiniano* soltanto il *principium*, affinché esso divenisse norma generale e astratta. Alcuni studiosi, come Volterra¹⁸, però, hanno attribuito agli imperatori dell'età del dominato più avanzata, e non a Diocleziano, l'evoluzione giuridica del reato. Secondo questa ricostruzione, infatti, la seconda parte del testo, che prevede la sanzione per la bigamia stabilita di volta in volta dal giudice, sembra essere stata introdotta dai compilatori giustiniani.

Un fattore decisivo per la criminalizzazione e la marginalizzazione dei bigami fu, infatti, l'influsso, sulla legislazione tardoantica, del pensiero dei Padri della Chiesa. La patristica dei primi secoli si occupò del matrimonio e della sua indissolubilità, cercando di demonizzare ad ogni occasione la legislazione pagana dell'età del principato, affinché si adeguasse ai precetti derivanti dalle Sacre Scritture e dalle interpretazioni ufficiali dei primi Concili Ecumenici. La bigamia, come il divorzio, l'adulterio e le seconde nozze delle vedove, fu oggetto di aspra critica. In particolare Tertulliano elaborò un ampio sermone di esaltazione della monogamia (*De Monogamia*). La lotta alla bigamia da parte dei Padri della Chiesa si basò innanzitutto sull'insegnamento evangelico della indissolubilità del matrimonio, ma anche sulla lettura degli Atti degli apostoli. In particolare della lettera di Paolo a Timoteo, in cui l'apostolo

4.586.7: *Bigamus qui duas habet uxores*) evidenziano che il termine bigamo indica chi contrae due matrimoni senza che il primo sia validamente sciolto.

¹⁷ Sulla diffusione della bigamia all'epoca si veda G. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei tempi di mezzo* (Palermo 1911) 194 ss.

¹⁸ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi in memoria di U. Ratti* (Milano 1934) 397 ss., ora in *Scritti giuridici 7. Diritto criminale e diritto dell'antico oriente mediterraneo* (Napoli 1999) 209 ss.

ritiene che il diacono debba essere marito di una sola moglie¹⁹ e nei passaggi in cui descrive le vedove degne di Dio coloro che non si sarebbero più sposate (Tertull. *De Monogamia* 3.5-3.6²⁰ e 3.11-3.12²¹). Sulla portata del principio paolino fu ampia la discussione nella patristica, oltre che in Tertulliano, in Origene, S. Girolamo, S. Ambrogio. Netto fu il pensiero di S. Giovanni Crisostomo (Om. 10 in Tim.), il quale si scagliò decisamente contro colui che aveva contratto nuove nozze senza aver nemmeno ripudiato la prima moglie con un legittimo motivo.

Nonostante l'influsso del pensiero dei Padri della Chiesa ed il severo divieto di Diocleziano, un'interessante contraddizione sembra emergere da una misteriosa legge di Valentiniano I del 370 d.C., ricordata in un passo dell'*Historia ecclesiastica* (4.31) di Socrate Scolastico. Tale provvedimento imperiale, evidentemente *ad personam*, nell'interesse stesso del monarca, avrebbe autorizzato le doppie nozze anche in costanza di valido matrimonio. La testimonianza apparirebbe come momento di rottura nel costante percorso di progressiva riprovazione della bigamia.

Interessante spunto di riflessione è il divieto, a partire dall'epoca di Costantino, di matrimoni misti tra romani ed ebrei: su questo argomento furono presi vari provvedimenti sia in ambito religioso, sia in ambito civile. Costantino in un editto del 329 vietò agli ebrei di prendere in *consortium turpitudinis suae* alcune categorie di donne e di sposare le donne romane: una costituzione che fu un miscuglio di elementi economici, morali e religiosi. Una chiara normativa (CTh. 3.7.2 [*Impp. Theodosius, Valentinianus, Arcadius AAA. Cynegio*]) contro

¹⁹ Tertull. *De Monogamia* 3.12: È degno di fede quanto vi dico: se uno aspira all'episcopato, desidera un nobile lavoro. Ma bisogna che il vescovo sia irreprensibile, non sposato che una sola volta...

²⁰ Tertull. *De Monogamia* 3.5-3.6: Quella poi veramente vedova e che sia rimasta sola, ha riposto la speranza in Dio e si consacra all'orazione e alla preghiera giorno e notte; al contrario quella che si dà al piacere, anche se vive, è già morta.

²¹ Tertull. *De Monogamia* 3.11-3.12: Le vedove più giovani non accettarle perché, non appena vengono prese da desideri indegni di Cristo, vogliono sposarsi di nuovo e si attirano così un giudizio di condanna per aver trascurato la propria fede.

i matrimoni misti si avrà nel 388 con un editto che li assimilerà all'adulterio ed esporrà alla denuncia *publicis quoque vocibus* qualsiasi matrimonio di ebrei con cristiane e viceversa (CTh. 3.14.1 [*Impp. Valentin. et Valens AA. ad Theodosium magistrum equitum*]). Il principio sarà ripetuto anche da S. Cipriano e da S. Agostino (rispettivamente nel *de lapsis* 6 P.L. 4.483 e nel *de coniug. adulterinis* 21). Probabilmente esso aveva lo stesso fondamento religioso della punizione, con la pena capitale, che veniva data ai provinciali che si sposavano con i barbari o con i *gentiles* (*cum barbara uxore* oppure *inter provinciales atque gentiles*). Con Teodosio I il principio monogamico fu ripristinato anche nella parte orientale dell'impero; vi dovevano sottostare tutti gli abitanti, compreso gli ebrei. L'imperatore proibì, inoltre, il matrimonio tra cristiani ed ebrei: allo stesso modo anche la religione ebraica vietava l'unione matrimoniale con chi non la professava. In Oriente la poligamia continuava ad essere praticata e pochi riscontri pare avesse avuto la proibizione diocleziana. Fu questo il motivo per cui nel 393 l'imperatore Teodosio dovette intervenire (C. 1.9.7 [*Impp. Theodosius, Valentinianus, Arcadius AAA. Infantio Comiti Orientis*]) ribadendo il divieto, per tutti i cittadini dell'impero, compreso gli ebrei, di contrarre più unioni coniugali contemporanee.

Con la legislazione tardoantica e giustiniana si raggiungerà la definitiva criminalizzazione della bigamia; probabilmente il carisma della patristica fu decisivo per il cambiamento dell'istituto del matrimonio e del divorzio. In tale periodo la bigamia sarà considerata come un atto criminale autonomo, perseguibile con una pena specifica.

Particolarmente interessante, ai fini dell'individuazione del regime sanzionatorio dell'illecito, appare la Parafrasi di Teofilo delle Istituzioni giustiniane. Nella prima, infatti, si legge, diversamente che nelle *Institutiones*, l'irrogazione della pena capitale per colui che commettesse il reato di bigamia. È rinvenibile, pertanto, una sensibile discrasia all'esame congiunto di I. 1.10.6 e del corrispondente luogo della Parafrasi di Teofilo. Al fine di comprendere le possibili ragioni dell'inserzione, si è ritenuto opportuno approfondire il rapporto tra la Parafrasi e le Istituzioni di Giustiniano che, è stato evidenziato nella

dottrina in materia, non si esaurisce nella traduzione dell'opera, ma va oltre, come testimoniano le non sporadiche ricapitolazioni, gli *excursus* storici e dogmatici e gli esempi inseriti per spiegare meglio il testo.

Apparentemente il passo della Parafrasi fa riferimento ad una pena ben precisa e diversa sia dalla sola infamia pretoria, vigente nel periodo classico, sia dalla pena prevista nella costituzione diocleziana. Le ipotesi sul perché del 'plus' teofilino, in realtà, potrebbero essere almeno due: si potrebbe pensare che la pena di morte, per la bigamia, esistesse solo in Oriente e questo spiegherebbe il motivo per cui solo la versione grecofona delle Istituzioni rechi questa precisazione; la seconda, più convincente, è che la considerazione conclusiva di Teofilo avesse solo uno scopo esplicativo o casistico, perfettamente in linea con quanto si legge, in più parti, nel *Codex* in ordine alla discrezionalità del giudice sulla commisurazione della pena che sarebbe potuta arrivare, quindi, nei casi più gravi, fino alla messa a morte del reo.

Questa seconda ricostruzione, non sorretta da testimonianze esplicite, potrebbe ad ogni modo trovare margini di plausibilità ove si consideri che già Diocleziano – nel suo tentativo di ripristinare quegli equilibri etico-familiari venuti meno soprattutto nel corso degli ultimi decenni dell'epoca classica – attribuì al giudice incaricato di esprimersi nei giudizi in parola con una discrezionalità piuttosto ampia, almeno astrattamente idonea a giustificare il ricorso – si ritiene, nei casi più gravi – anche alla pena capitale e ad aprire, dunque, di fatto il varco a un crescente irrigidimento sanzionatorio.

CAPITOLO I

MATRIMONIO E DIVORZIO QUALI PREMESSE AL *CRIMEN DELLE BINAE NUPTIAE*

1. Il matrimonio romano. Principali correnti storiografiche; 2. Profili regolamentativi essenziali in tema di *divortium*.

1. Il matrimonio romano. Principali correnti storiografiche

Nell'arco dei secoli il concetto di *matrimonium* ed il correlato concetto di *divortium* sono incorsi in profondi mutamenti che hanno influito anche sulla configurabilità della fattispecie criminale delle *binæ nuptiæ*. È importante, quindi, passare in rassegna gli orientamenti storiografici maggiormente significativi in tema di matrimonio – in particolare all'alternarsi, nel corso del secolo scorso, delle teorie dottrinarie del consenso iniziale e del consenso continuativo – e ad una preliminare messa a fuoco dell'istituto del *divortium*, e ciò in quanto, per la configurazione del *crimen* di bigamia, non era solo necessario che sussistessero due rapporti matrimoniali, o presunti tali, contemporanei ma era pure essenziale che il primo vincolo non fosse cessato. Pertanto era particolarmente rilevante l'individuazione delle modalità di scioglimento del primo matrimonio per escludere la sussistenza del *crimen*.

La dottrina della prima metà del secolo scorso²² ha incentrato la ricostruzione del matrimonio romano su un netto discrimine tra *matrimonium iustum* e *matrimonium iniustum*. Ha tracciato dei confini precisi tra ciò che

²² Si vedano R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano* 1 (Milano 1951) 177 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) 83 s.; M. SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana (Spunti per una ricerca)*, in *SDHI*. 51 (1985) 367 ss., poi in *Studi sul diritto del tardo Impero* (Padova 1986) 343 ss., ora in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana 7 convegno internazionale (Spello – Perugia – Norcia, 16-19 ottobre 1985)* (Perugia 1988) 49 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 131 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³ (Torino 1991) 391; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica: dall'età arcaica al principato*² (Torino 1992) 5 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*² (Palermo 2000) 391 s.; R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, in *Index* 38 (2010) 223 ss. In particolare si veda E. VOLTERRA, «*Iniustum matrimonium*», in *Scritti in onore di G. Scherillo* 2 (Milano 1972) 441 ss., ora in *Scritti giuridici* 3. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 177 ss., che ha condizionato in maniera rilevante tutti gli studi successivi.

Cicerone²³ definiva il ‘*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*’ e le unioni di fatto, come il concubinato, che non erano in grado di garantire né la stabilità della *res publica*, né una discendenza legittima e neppure la costituzione di una *familia* regolare, che avrebbe rappresentato la cellula base della *civitas* ed il nucleo portante della *societas* romana.

Tale ricostruzione sembra peraltro troppo rigida. Il sistema prospettato appare chiuso su se stesso e l’assunto che solo dal *matrimonium iustum* deriverebbero effetti tipici, innanzitutto per la legittimità dei figli, sembra non corrispondere alla realtà, decisamente più variegata, che affiora dalle fonti, il cui esame induce a riflettere con minore ‘disinvoltura’ su taluni effetti riconducibili alla figura del matrimonio cosiddetto *iniustum*.

Un approccio siffatto incontra del resto ulteriori complicazioni ove si ponga segnatamente l’accento sul periodo imperiale e sui rescritti dei principi, contraddistinti da una portata casistica e ripresi con le loro ‘oscillazioni’ dai giuristi, parimenti riluttanti a proporre quadri generali. Dallo spoglio delle fonti del Digesto, al di là di un riferimento ad un *liber singularis de ritu nuptiarum* di Modestino²⁴, non si trovano infatti ulteriori riferimenti a trattazioni monografiche in materia matrimoniale da parte di giureconsulti di età classica²⁵.

²³ Cic. *De off.* 1.17.54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia: id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

²⁴ Nel titolo II del libro 23 del Digesto si trova la definizione di matrimonio dato dal giurista: D. 23.2.42 pr. (Mod. *l. sing. de ritu nupt.*): *Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit. 1. Si senatoris filia neptis proneptis libertino vel qui artem ludicram exercuit cuiusve pater materve id fecerit nupserit, nuptiae non erunt*, riportato solo in parte in D. 50.17.197 (Mod. *l. sing. de ritu nupt.*): *Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.* Cfr. E. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, in *Studi in memoria di A. Albertoni* 1 (Padova 1933) 243 ss., ora in *Studi di diritto romano* 1. *Persone e famiglia* (Milano 1933) 179 ss.

²⁵ D. 23.2.1 (Mod. *l. 1 reg.*): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.* Più concreta, specie nell’ultima parte, è una definizione di Ulpiano in D. 1.1.1.3 (Ulp. *1 inst.*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae*

Orbene, è proprio la mancanza di un'elaborazione sistematica a spiegare la varietà delle ricostruzioni dommatiche dell'istituto tentate dagli studiosi moderni. Anzitutto quella cosiddetta contrattualistica, incline a ritenere il matrimonio un vero e proprio contratto, in cui aveva importanza solo il *consensus* iniziale, che faceva sorgere il vincolo coniugale tra l'uomo e la donna²⁶, accostando, quindi, il *consensus matrimonialis* al consenso che le parti si scambiavano nella conclusione di un contratto.

A partire dalla fine dell'Ottocento vede tuttavia la luce una nuova tesi²⁷, propensa invece a rimarcare come per l'esistenza del *vinculum* non fosse

in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer. Si veda sul punto, tra gli altri, G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto* (Torino 2003) 168. Anche Giustiniano in I. 1.9.1 (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*) riporta un'altra definizione di matrimonio altrettanto celebre probabilmente ascrivibile ad Ulpiano o a Fiorentino. Il tratto comune ad entrambe le definizioni è la centralità dei concetti di *consortium omnis vitae* e di *individua consuetudo vitae* che sono alla base della nozione di matrimonio per i due giuristi.

²⁶ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 18 ss.

²⁷ Cfr. ad esempio C. MANENTI, *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio* (Siena 1889) 40 ss; C. FERRINI, *Manuale di Pandette* (Milano 1908) 869; C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli 1910) 266; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano II. Le istituzioni del diritto privato* (Torino 1910) 630; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano* (Torino 1926) 457; E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 62 (Milano 1929) 808 ss., ora in *Studi di diritto romano 1. Persone e famiglia* (Milano 1933) 409 ss.; ID., *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi in onore di A. Ascoli* (Messina 1931) 153 ss., ora in *Studi di diritto romano 1. Persone e famiglia* (Milano 1933) 213 ss.; E. BETTI, *Diritto romano* 1 (Padova 1935) 231; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1 (Paris 1935) 341; B. BIONDI, *Corso di Istituzioni di diritto romano 3. Diritto di famiglia, Diritto ereditario, Donazioni* (Milano 1936) 25; G. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *SDHI.* 5 (1939) 34; S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*² (Milano 1939) 154; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* (Milano 1946) 141; G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*² (Roma 1953) 13; M. GARCIA GARRIDO, «*Minor annis XII nupta*», in *Labeo* 3 (1957) 76 ss.; C. GIOFFREDI, *Per la storia del matrimonio romano*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano* (Roma 1980) 137; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma* 4. *Caratteri e morfologia* (Torino 1989) 566; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³ cit.

sufficiente la volontà iniziale delle parti – nonostante essa dovesse perdurare per tutta la durata del rapporto –, ma fosse indispensabile anche la convivenza degli sposi. All'elemento spirituale (*affectio maritalis* o *consensus*) si affiancava dunque, con pari valore, un elemento materiale, la convivenza, senza la quale veniva meno il legame. E sulla scorta di ciò si profila un indirizzo incentrato sull'inquadramento del matrimonio come *res facti* alla luce del concorso dell'elemento spirituale con quello materiale, alla stessa stregua del possesso.

Quanto alla ricostruzione di tipo contrattualistico, Orestano ipotizza che il matrimonio sia stato accostato ai contratti per ragioni più contingenti che non speculative. I Compilatori si sarebbero cioè ispirati al modello dei *digesta* classici, a loro volta modellati sull'editto pretorio, e avrebbero inserito anche il *iudicium rei uxoriae* nel novero dei *bonae fidei iudicia* , in adiacenza dunque ai contratti²⁸.

Numerose sono le fonti, contenute nei *Digesta* , che affermano il principio *consensus facit nuptias* , che cioè il matrimonio si costituisce sulla base del consenso iniziale dei coniugi. Fra queste tre noti passi ulpiane:

D. 50.17.30 (Ulp. 36 *ad Sab.*): *Nuptias non concubitus, sed consensus facit;*

D. 24.1.32.13 (Ulp. 33 *ad Sab.*): *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit;*

391; A. GUARINO, *Diritto privato romano* ¹² (Napoli 2001) 557; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* ² cit. 222.

²⁸ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 32 s.

e

D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Cui fuerit sub hac condicione legatum 'si in familia nupsisset', videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

Ulpiano, in questi tre passi, chiarisce che anche in mancanza di coabitazione il matrimonio si considerava valido ed i coniugi tali. Era importante che nella coppia ci fosse l' *affectio maritalis*, perché era il consenso, e non obbligatoriamente anche la coabitazione, a determinare l'esistenza del matrimonio²⁹.

Al dato testuale ulpiano si aggiungono le anteriori testimonianze di

D. 24.1.66 pr. (Scaev. 9 *dig.*): *Seia Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere;*

e

D. 49.15.14.1 (Pomp. 3 *ad Sab.*): *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recepit: sed consensu redintegratur matrimonium.*

²⁹ In aggiunta ai passi ulpiani: D. 23.2.65.1. (Paul. 7 *resp.*): *Idem eodem. Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.*

Il primo frammento è di Scevola che, argomentando sulla donazione di Seia a Sempronio, al quale era promessa sposa, nel giudicare la validità della donazione fatta prima che fosse condotta in casa del futuro marito e della sottoscrizione delle tavole dotali, individua come momento iniziale del matrimonio né la *deductio in domum mariti* né la summenzionata sottoscrizione, ma solo la manifestazione del consenso. Nel caso specifico tale manifestazione era avvenuta prima degli altri due atti³⁰.

Il secondo frammento, invece, è di Pomponio e riguarda il *matrimonium del captivus*. Qui viene trattato il caso del prigioniero che ritorna in patria: egli potrà ‘ripristinare’ il matrimonio solo con il *consensus*³¹.

Nel prendere le distanze dai fautori della tesi possessoria, Volterra³² insiste su tali brani per sostenere che il matrimonio si basava, fin dai tempi più antichi, unicamente sul *consensus* e che il *ius civile* aveva riconosciuto a tale rapporto, via via con il passare del tempo, sempre di più degli effetti giuridici. Anzi, rimarca altresì come Gaio nelle sue Istituzioni, quando tratta delle persone *in manu*, menzioni le tre forme di *conventio* e non citi mai il matrimonio: ciò dimostrerebbe che il *ius civile* ignorava l’istituto. Solo con l’introduzione dell’*usus*, a parere dello studioso, sarebbe stato dato valore giuridico al matrimonio e, di conseguenza, gli sarebbero stati riconosciuti sempre maggiori effetti giuridici, in special modo per quanto concerne la filiazione.

³⁰ Bonfante ritiene che questa parte del passo sia interpolata in quanto nel periodo classico, a parere dell’Autore, il matrimonio aveva inizio con la *deductio in domum mariti*. Si veda sul punto P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (Roma 1925) 258.

³¹ Vedremo più avanti come tale frammento verrà utilizzato come argomento a favore anche dai fautori della tesi contraria.

³² E. VOLTERRA, *La conception du mariage d’après les juristes romains* (Padova 1940), ora in *Scritti giuridici* 2. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 39; ID., s.v. «Matrimonio», in *ED.* 25 (1975) 726 ss., ora in *Scritti giuridici* 3. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 223 ss.

Tra gli studiosi moderni appartenenti al filone del matrimonio-contratto rientra anche l'Albertario³³, il quale considera presupposto necessario del matrimonio, per il diritto classico, la *deductio in domum mariti*³⁴. Per effetto dell'influenza della dottrina matrimoniale elaborata dai Padri della Chiesa, nel periodo giustiniano, invece '*nuptias non concubitus sed consensus facit*' e '*non coitus matrimonium facit sed maritalis affectio*'.

Anche Orestano è sostenitore della tesi contrattualistica, e rimarca adeguatamente l'importanza dell'elemento del consenso. Degna di nota in particolare la sua interpretazione alla condizione del *captivus* che ritorna in patria sulla scia del rilievo che il matrimonio in questione si scioglieva non per mancanza di convivenza, ma per l'impossibilità di «quella volizione giuridicamente efficiente la cui continuità costituiva la base del matrimonio³⁵».

Volgendo a questo punto lo sguardo all'alternativa ricostruzione formulata per la prima volta da Carlo Manenti nel 1889³⁶, e tesa ad accostare il

³³ E. ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*, in AG. 106 (1931) 21 ss., ora in *Studi di diritto romano 1. Persone e famiglia* (Milano 1933) 231 ss.

³⁴ Come dimostrato in: D. 23.2.5 (Pomp. 4 *ad Sab.*): *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*; D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): il cui testo è stato già riportato *supra* a p. 8; D. 24.1.66.1 (Scaev. 9 *dig.*): *Virgini in hortos deductae ante diem tertium quam ibi nuptiae fierent, cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, id est nuptiae celebrentur, optulit decem aureos dono: quaesitum est, post nuptias contractas divortio facto an summa donata repeti possit. Respondit id, quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci*; C. 5.3.6 (Imp. Aurelianus A. *Donatae*). *Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum et in ambiguo possit venire, utrum a sponso an marito donatum sit, sic distinguendum est, ut, si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio, quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit: uxor enim fuisti*.

³⁵ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 14.

³⁶ C. MANENTI, *Della inopponibilità* cit. 40 ss., secondo il quale: «A costituire il matrimonio era essenzialmente necessaria la *individua vitae consuetudo*, il *consortium omnis vitae*, ossia lo stabilimento di fatto della comunanza di vita, il quale si compiva di ordinario con la

matrimonio al possesso, l'aspetto predominante è rappresentato dal perdurare della volontà dei soggetti di vivere insieme, indicativo quindi di una volontà non 'istantanea', bensì continuativa³⁷.

Il Manenti osservò che, seppure si voleva considerare il matrimonio come un contratto, il consenso iniziale non poteva essere uguale a quello manifestato solitamente per tutti i contratti, ma doveva avere la caratteristica della perpetuità, doveva trattarsi di «un accordo di volontà non istantaneo, ma continuato»³⁸. Nacque, quindi, la teoria del 'consenso continuativo' (diversa da quella del 'consenso iniziale') del matrimonio romano.

Su questa premessa si susseguono le opinioni di altri studiosi che approfondiscono e sviluppano l'intuizione del Manenti, le cui riflessioni sfoceranno nell'elaborazione di una nuova teoria del matrimonio, come 'rapporto di fatto'.

Alla convivenza dei coniugi, alla loro coabitazione, quindi, viene riconosciuto il valore di requisito essenziale per la costituzione ed il mantenimento del vincolo³⁹, elemento di tipo materiale, insieme al *consensus*,

introduzione della sposa, come moglie, nella casa dello sposo e conseguentemente con la libera volontà di entrambe le parti di entrare nello stato matrimoniale ... Lo entrare degli sposi nella effettiva comunanza della vita faceva sorgere il rapporto giuridico del matrimonio senza che vi fosse bisogno della dichiarazione espressa del consenso».

³⁷ C. MANENTI, *Della inopponibilità* cit., a pagina 42, in particolare: «... questo *consensus*, che *facit nuptias*, non è da considerarsi nel senso ordinario della parola di consenso, accordo momentaneo di due volontà produttore un vincolo obbligatorio perenne, che si conserva tale anche se quelle volontà divengono poi discordi, come nei contratti in generale, i quali hanno appunto per precipuo scopo quello di assicurare lo scambio dei servizi umani contro la mutabilità dell'umano volere. Infatti quello richiesto per le *nuptiae* è un consenso consistente in un accordo di volontà non istantaneo, ma continuato, con effetto limitato nel tempo della sua stessa durata. È senza dubbio per questa continuità principalmente, che esso in concreto assume natura e nome di *effectus*, *affectio (maritalis, uxoris)*».

³⁸ C. MANENTI, *Della inopponibilità* cit. 25 ss.

³⁹ Rispetto al contenuto di alcuni fonti che attestano l'esistenza del matrimonio anche in mancanza di questo requisito, come nel caso degli assenti: D. 23.2.5 (Pomp. 4 *ad Sab.*) - il cui testo è stato già riportato *supra* a p. 10 nt. 13 - si è obiettato che il concetto di coabitazione è inteso in senso lato. Ha, infatti, un significato etico e sociale, non meramente

all'*affectio maritalis*, elemento spirituale. Questa teoria, in base alla quale il matrimonio si fonda sui due elementi (materiale e spirituale) fu accolta e sviluppata da gran parte della dottrina⁴⁰.

Anche Bonfante⁴¹, accogliendo la tesi del Manenti, ritenne che il matrimonio romano non potesse essere considerato un contratto, in quanto, affinché il vincolo si perfezionasse, era necessario un accordo persistente nel tempo. L'Autore andò poi oltre, avanzando un confronto tra matrimonio e *possessio*. Il parallelo tra i due istituti comportava, dunque, una tendenziale analogia anche dei rispettivi requisiti costitutivi: come il matrimonio si fondava sulla convivenza e sull'intenzione di essere marito e moglie (la *coniunctio* o meglio la *individua consuetudo vitae*), così il possesso si basava sull'insistenza materiale e sull'*animus* o *affectio possidendi*.

Il ragionamento si fonda ancora una volta su D. 49.15.14 (Pomp. 3 *ad Sab.*) e sulla falsariga del matrimonio del *captivus* che, come rileva gran parte della dottrina, verrebbe meno al momento della cattura in quanto interveniva la *capitis deminutio*, la quale implicava la perdita del *connubium*. Come il possesso non si riacquistava al rientro in patria in base al diritto di postliminio, allo stesso modo anche i coniugi avrebbero dovuto contrarre nuove nozze, se avessero voluto tornare ad essere marito e moglie; anche i tempi per usucapire un bene si facevano partire *ex novo*, come se si trattasse di un nuovo possesso,

realistico, che include qualsiasi forma del vivere assieme, anche nel caso in cui mancasse l'elemento fisico, in qualunque modo manifestato. Ciò era rappresentato dall'espressione *honor matrimonii*.

⁴⁰ G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano* II cit. 636; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 256; V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (Corso universitario 1911-1912)* (rist. Roma 1934) 227 ss. A pagina 280 in particolare, lo studioso definisce il matrimonio romano come «...la convivenza dell'uomo e della donna con l'intenzione di essere marito e moglie, cioè di procreare ed allevare figliuoli e di costituire altresì tra i coniugi una società perpetua ed intima sotto tutti i rapporti. Tale intenzione è detta dai Romani *affectio maritalis*». C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. 141 s.; G. LONGO, *Diritto di famiglia*² cit. 13.

⁴¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 257 ss.

nel caso in cui la persona rientrasse a Roma⁴². Lo scioglimento del matrimonio, infatti, era sì dovuto alla perdita del *connubium* in seguito alla *capitis deminutio*, ma altresì la causa era da rinvenire nella mancata convivenza⁴³.

I fautori dell'inquadramento di tipo 'contrattualistico', sulla base di significative testimonianze letterarie⁴⁴ e giurisprudenziali⁴⁵, ritengono che nella

⁴² Sull'argomento: D. 4.6.19 (Pap. 3 quaest.): *Denique si emptor, priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio*; D. 49.15.12.2 (Tryph. 4 disp.): *Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. Ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interruptitur usucapio, quia certum est eum possidere desisse. Eorum vero, quae per subiectas iuri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Iulianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona. Sed Iuliani sententiam sequendum est*; D. 41.2.23.1 (Iav. 1 epist.): *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit*. Sulla prima parte di questo frammento di Giavoleno, probabilmente oggetto di interpolazioni, si è lungamente dibattuta la dottrina; si veda in tal senso: G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, in *BIDR.* 30 (1920) 1 ss.; E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR.* 40 (1932) 5 ss.; R. AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminio*, in *SDHI.* 5 (1939) 202 ss.; A. GUARINO, *Giavoleno e il ius postliminii*, in *ZSS.* 61 (1941) 58 ss.

⁴³ M. ARIAS BONET, *Entorno a la reintegración 'iure postliminii' del matrimonio romano*, in *AHDE.* 25 (1955) 567 ss.; G. LONGO, *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, in *Annali dell'Università di Macerata a cura della Facoltà giuridica* 19 (Macerata 1955) 3 ss., ora in *Ricerche romanistiche* (Milano 1966) 269 ss.; C. GIOFFREDI, *Per la storia del matrimonio romano* cit. 113 ss.; G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 5 (Napoli 1984) 2357 ss.; ID., *Ancora sul matrimonio romano. A proposito del volume di Josef Huber*, in *SDHI.* 43 (1997) 459 ss. Di recente, P. GIUNTI, *Consortes vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica* (Milano 2004) 155 ss., ha sottolineato che la dottrina non dà una motivazione dello scioglimento irreversibile per il *captivus* del solo matrimonio e non anche degli altri rapporti giuridici che, al contrario, si ricostruivano automaticamente. La studiosa ritiene, quindi, che la spiegazione fosse ascrivibile all'impossibilità della prosecuzione della convivenza per il *captivus* – intesa sia come momento di genesi del rapporto, sia come durevole coabitazione – e che esistesse una differenza tra l'assenza della donna e quella dell'uomo. Paul. Sent. 2.19.8, il cui testo sarà riportato a p. 9; D. 23.2.6 (Ulp. 35 ad Sab.): *Denique Cinna scribit: eum, qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim perisset, ab uxore legendum responsum est*.

storia del matrimonio romano sia necessario distinguere due fasi: quella dell'età classica, in cui la persistenza o meno di un matrimonio era determinata dall'*honor*⁴⁶, dal perdurare dell'intenzione dell'uomo e della donna di essere marito e moglie e dalla sua esteriorizzazione, conformemente al costume sociale del tempo, per mezzo della convivenza; quella dell'età giustiniana, nella quale, invece, l'elemento decisivo era unicamente l'*affectio maritalis*. La conferma della tesi risiederebbe in particolare in uno dei tre passi di Ulpiano

⁴⁴ Esiste anche una testimonianza dell'età repubblicana che conferma l'importanza del *consensus* iniziale e non della convivenza: un passo dello *Stichus* di Plauto, infatti, narra di due sorelle, sposate con due fratelli, che da tre anni non avevano avuto più notizie dei mariti, partiti per un lungo viaggio in cerca di fortuna, dopo essere caduti in disgrazia. Le mogli si sentivano ancora tali ed il padre, invece, cercava di farle divorziare. Plaut. *Stichus* v. 31 ss.: *Quom ipsi interea vivant, valeant, ubi sint, quid agant, ecquid agant, neque participant nos, neque redeunt ... nam quo dedisti nuptum abire nolumus.*

⁴⁵ Cfr. in particolare: D. 50.17.30 (Ulp. 36 *ad Sab.*), cfr. *supra* p. 8 che qui nuovamente riporto per comodità del lettore : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*; D. 24.1.66 pr., il cui testo è stato già citato *supra* a p. 9 ma che riporto nuovamente per ragioni di comodità: D. 24.1.66 pr. (Scaev. 9 *Dig.*): *Seia Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere*; D. 49.15.14.1 il cui testo è stato già citato *supra* a p. 9 ma che riporto nuovamente per ragioni di comodità: D. 49.15.14.1 (Pomp. 3 *ad Sab.*): *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recepit: sed consensu redintegratur matrimonium*; D. 35.1.15, il cui testo è stato già riportato *supra* a p.8 ma che riporto nuovamente per ragioni di comodità: D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Cui fuerit sub hac condicione legatum 'si in familia nupsisset', videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

⁴⁶ L'Albertario sostenne che il passo ulpiano D. 24.1.32.13, più volte citato nel corso del capitolo e analizzato precedentemente, è utile ai fini di individuare le differenze tra il periodo classico e quello giustiniano nel determinare l'esistenza o meno del matrimonio. In caso di un lungo periodo di separazione tra i due coniugi, infatti, si poneva il quesito se il rapporto matrimoniale fosse ancora valido o fosse venuto meno a causa della mancata convivenza. Il Diritto classico, precisa l'Autore, avrebbe fatto riferimento, per rispondere a tale quesito, all'*honor matrimonii*, ovvero al comportamento dei due coniugi che, seppur separati, continuavano a comportarsi pubblicamente e visibilmente come marito e moglie; la dottrina giustiniana, al contrario, avendo una visione più legata all'interiorità, alla volta delle parti, del legame matrimoniale, avrebbe fatto riferimento all'*affectio maritalis* (e non all'*honor matrimonii*). E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis* cit. 197.

dinanzi riportati, vale a dire D. 24.1.32.13⁴⁷ che tratta il caso di due coniugi vissuti per lungo tempo separati; esso mostrerebbe con chiarezza il valore dato ai due elementi, nel periodo classico ed in quello giustiniano, per determinare l'esistenza del matrimonio.

Il giurista di Tiro afferma che spesso *inter consulares personas* se nel rapporto sussisteva l'*honor matrimonii*, nonostante la mancanza di coabitazione, la coppia doveva intendersi ancora sposata. Erano, pertanto, vietate le donazioni tra le parti, in quanto il matrimonio si doveva considerare esistente e valido ed i soggetti ancora sposati.

Fonti letterarie⁴⁸ e fonti giuridiche⁴⁹ dimostrano che, fin dai tempi della Repubblica, persisteva il matrimonio anche tra persone distanti, lontane tra loro ed assenti. L'assenza, però, poteva riguardare solo l'uomo, perché se non fosse stata presente la donna, mancando la *deductio in domum mariti*, elemento

⁴⁷ Cfr. in particolare: D. 24.1.32.13 (Ulp. 33 *ad Sab.*), cfr. *supra* p. 8 che qui nuovamente riporto per comodità del lettore : *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit.*

⁴⁸ Da un passo del *De oratore* di Cicerone (Cic. *De Orat.* 1.183) si può dedurre che già in epoca repubblicana l'assenza non era motivo di scioglimento di per sé del matrimonio. Il giurista narra di un cittadino, che si reca a Roma lasciando la moglie incinta in Spagna. Qui contrae nuovo matrimonio e, dopo aver generato un figlio con la donna romana, muore prematuramente senza aver lasciato testamento. Nasce una questione sulla legittimità della seconda unione, e quindi della possibilità che il secondo figlio possa essere considerato erede legittimo. Cicerone lascia insoluta la questione, ma nonostante ciò, il passo dà la possibilità ad Orestano di osservare che se la seconda unione avesse sciolto *ipso iure* la prima, il problema non si sarebbe proprio posto. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 111.

⁴⁹ D. 23.2.5, il testo è stato già riportato *supra* a p. 10 nt. 13 ma che riporto nuovamente qui per ragioni di comodità D. 23.2.5 (Pomp. 4 *ad Sab.*): *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.*

essenziale per la costituzione del matrimonio, esso non sarebbe potuto sorgere⁵⁰.

Paul. Sent. 2.19.8: *Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest.*

Dal testo risulta chiaro che il matrimonio tra assenti era possibile solo in caso di assenza dell'uomo; il quale, ove lontano, avrebbe dunque potuto fare ricorso ad un *nuntius*⁵¹.

Ricapitolando e concludendo, i sostenitori della teoria che considera fondamentale l'elemento della convivenza per la valida costituzione del vincolo matrimoniale ritengono che detto elemento sia rimasto tale, sia in epoca classica che in quella giustiniana, e che, quindi, la concezione del matrimonio romano non abbia subito cambiamenti, da questo punto di vista, nel corso dei secoli⁵². Coloro che ritengono invece il *consensus* come unico elemento fondante dell'unione coniugale, fanno una distinzione tra i due periodi storici⁵³. Nel periodo classico, infatti, tale *consensus* iniziale non vincolava le parti per tutta la durata del matrimonio, era, al contrario, necessario che la volontà si

⁵⁰ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 153 ss., in particolare 161.

⁵¹ Quanto alla donna, sarebbe dovuta entrare nel *domicilium matrimonii*: D. 23.3.69.3 (Pap. 4 resp.): *In domum absentis uxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viri sumptibus factis, ad exhibitionem uxoris promissas usuras reversus vir improbe petit.*

⁵² In particolare G. LONGO, *Affectio maritalis*, in *BIDR.* 46 (1939) 141; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. 146; G. LONGO, *Diritto di famiglia*² cit. 17 ss.; ID., *Il requisito della convivenza* cit. 3 ss.

⁵³ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 188; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. 143; G. LONGO, *Diritto di famiglia*² cit. 14; E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e 'conventio in manu'*, in *RISG.* 93 (1962) 182; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 130 ss.; E. VOLTERRA, s.v. «Matrimonio» cit. 732; ID., *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR.* 78 (1975), ora in *Scritti giuridici* 3. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 245 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Milano 1987) 150.

manifestasse giorno per giorno, in ogni momento dell'esistenza del vincolo coniugale; il matrimonio, quindi, in quest'epoca era considerato un rapporto di fatto, non legato a forme giuridiche ma basato sul *consensus continuus*⁵⁴. Nel periodo postclassico, invece, il matrimonio sorgeva per effetto del consenso iniziale, elemento costitutivo del matrimonio.

Accanto a queste ricostruzioni se ne staglia una terza⁵⁵ che considera quale elemento costitutivo del matrimonio il consenso iniziale, inteso quale manifestazione iniziale di volontà che crea il vincolo coniugale, non solo nel periodo postclassico ma già anche in quello classico, senza operare, quindi, alcuna distinzione tra i due periodi storici.

⁵⁴ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³ cit. 391; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*² cit. 222.

⁵⁵ P. RASI, *Consensus facit nuptias* (Milano 1946) e O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 133.

2. Profili regolamentativi essenziali in tema di *divortium*

Dopo la sintetica rassegna dedicata agli orientamenti storiografici maggiormente significativi in tema di matrimonio, sembra opportuna – ai fini di una corretta configurazione del *crimen* di *binae nuptiae* – una parimenti preliminare messa a fuoco della fattispecie *divortium*. Per aversi bigamia, infatti, non solo era necessario trovarsi al cospetto di due rapporti matrimoniali, o presunti tali, ma era pure essenziale che il primo vincolo non fosse cessato.

Rilevante ai nostri fini è l'individuazione delle modalità di scioglimento del primo matrimonio, poiché dobbiamo escludere la sussistenza della bigamia ogni volta che il secondo matrimonio interviene successivamente allo scioglimento del primo⁵⁶.

Vale la pena evidenziare, ma è una questione che verrà approfondita più avanti, come non sia rilevante la sorte della seconda unione, se essa cioè sia valida o invalida, dal momento che la bigamia, lo vedremo, si configura anche ove il secondo matrimonio fosse invalido, rilevando unicamente la volontà di una o di entrambe le parti di concludere un secondo matrimonio in costanza del primo⁵⁷ o comunque credendo il primo ancora valido.

Infatti quando il primo matrimonio non era stato sciolto in maniera corretta era soltanto l'esistenza di questo che determinava, in chi lo contraeva, l'obbligo di non aggiungerne un secondo: il soggetto, pertanto, restava legato alla prima moglie ed il secondo vincolo non sorgeva. In questo caso non gli poteva essere inflitta la sanzione prevista per colui che tentava di conseguire contemporaneamente due unioni matrimoniali stabili⁵⁸ perché egli, con il suo

⁵⁶ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* (Padova 2006) 160 ss.

⁵⁷ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano* cit. 397 ss.

⁵⁸ Cfr. D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*) e D. 3.2.13.1-3 (Ulp. 6 *ad ed.*) i cui testi saranno analizzati nel II capitolo ma che riporto qui per ragioni di comodità. D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): *Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in*

comportamento colposo, dimostrava di non aver voluto conseguire tale risultato⁵⁹.

In ragione di questo assunto e ponendosi dal punto di vista della cessazione degli effetti del primo matrimonio⁶⁰ occorre tenere presente

scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit'; D. 3.2.13.1-3 (Ulp. 6 ad ed.): Quid ergo si non ducere sit passus, sed posteaquam duxit ratum habuerit? Ut puta initio ignoraverit talem esse, postea scit? Non notabitur: praetor enim ad initium nuptiarum se rettulit. 1. Si quis alieno nomine bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi eius nomine constituat, quem quamve in potestate haberet: certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisse. 2. Quod ait praetor 'eodem tempore', non initium sponsaliorum eodem tempore factum accipiendum est, sed si in idem tempus concurrant. 3. Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia edicti punitur.

⁵⁹ D. 3.2.13.4 (Ulp. 6 ad ed.), il cui testo sarà analizzato *infra* capitolo II ma che riporto qui per ragioni di comodità: *Cum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est, erit notatus.*

⁶⁰ Tra le cause di scioglimento del matrimonio il divorzio è la prima che viene menzionata: D. 24.2.1 (Paul. 35 ad ed.): *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.* Quest'ordine si giustifica, probabilmente, in quanto il divorzio rappresentava la causa più frequente di cessazione del vincolo coniugale. Esso era praticato quando uno o entrambi i coniugi sentivano che era venuta a mancare quell'*affectio maritalis*, la voglia di vivere assieme come marito e moglie, che aveva costituito il presupposto per un *iustum matrimonium*. (L'*affectio maritalis* rappresenta il presupposto fondamentale per aversi *iustum matrimonium* e costitutivo dello stesso, anche per quella parte della dottrina che ritiene elemento fondante del vincolo coniugale la convivenza continua ed effettiva dei coniugi. Essi, infatti, ritenevano impossibile, nella quotidianità, che l'*affectio* durasse quando i coniugi non avevano più volontà di essere tali. Sul punto cfr. *supra* nel §; cfr., inoltre, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*² cit. 229 ss.). La libertà di divorziare era massima, non esisteva nessun vincolo penale e nessuna limitazione per i coniugi; i giuristi dell'epoca, infatti, testimoniano che era ritenuto inconcepibile l'obbligo di convivenza tra persone che non avevano più la disposizione d'animo adatta a tenere in vita un matrimonio. Anche in Quint. Decl. 347: *Matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius.* I retori ricordano solo due cause di scioglimento del matrimonio: il divorzio o la morte. Anche delle costituzioni imperiali lo testimoniano: C. 8.38.2 (*Imp. Alexander A. Menophilo*). *Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne*

l'emanazione della *lex Iulia de adulteriis*, emanata da Augusto nel 18 a.C., che, come testimonia Ulpiano, introdusse per il divorzio⁶¹ delle particolari forme⁶².

liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. PP. III non. Febr. Maximo II et Aeliano cons. [a. 223]; C. 5.4.14 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Titio). Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere. Ancora il giurista Paolo scrive del caso di Gaio Seio e di Tizia, entrambi con figli nati da precedenti unioni, che decidono di sposarsi e di fidanzare i propri figli. D. 45.1.134 pr. (Paul. 15 resp.): *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.* Il caso continua con un quesito in merito all'eventuale risarcimento, tramite il pagamento di una penale, a causa del rifiuto da parte della figlia di Gaio Seio a sposare il figlio di Tizia, successivamente alla morte di suo padre. La frase che qui interessa è l'ultima (... *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*), ove è affermata l'illiceità di ogni vincolo alla libertà personale di contrarre o non un matrimonio. Alcuni autori sostengono che quest'ultima frase sia stata aggiunta dai compilatori giustinianeî. Sulla libertà di divorziare si veda, in particolare: E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto* (Torino 1890) 177, in cui l'a. ritiene che sia il divorzio e non la morte di uno dei due coniugi la prima causa di fine di un matrimonio, già ai tempi di Plauto; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio 1* (Milano 1969) 174; C. VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'*, in *Iura* 41 (1990) 43 ss.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ (Padova 1994) 44 nt. 82; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e 'stipulatio poenae'*, in *SDHI*. 66 (2000) 153 s.

⁶¹ La dottrina dominante sostiene che i Romani adoperavano la parola *divortium* per indicare lo scioglimento del matrimonio consensuale, quando, cioè, avveniva di comune accordo tra i coniugi, invece *repudium* era il divorzio unilaterale, che consisteva in una dichiarazione unilaterale recettizia (che avveniva tramite un *nuntius* o *per litteras*), utilizzata indipendentemente dal marito o dalla moglie. Non mancano, però, studiosi che hanno una diversa opinione dell'utilizzo dei termini *repudium* e *divortium*. Si veda sul punto C. FAYER, *La familia romana* cit. 58 ss.

⁶² Il riferimento alla *lex Iulia de adulteriis* ha fatto ritenere in dottrina che le formalità previste da tale legge in caso di divorzio fossero riferite unicamente alla procedura per la repressione dell'adulterio e, quindi, per evitare che gli ex coniugi, contraendo altri matrimoni, potessero incorrere nell'accusa di adulterio. Volterra ha esposto le teorie, a suo parere, più rilevanti sull'argomento, in E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 397 ss. L'a. ha, inoltre, formulato in proposito una sua tesi: egli ritiene che la *lex Iulia de adulteriis* abbia introdotto, appunto, delle formalità per il divorzio unicamente per non far

D. 38.11.1.1 (Ulp. 47 *ad ed.*): *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. Sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in huiusmodi speciebus procedit. Liberta ab invito patrono divortit: lex Iulia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono. Item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.*

Prima di Augusto, infatti, il divorzio era del tutto scevro da formalità ed il *contrarius consensus*, rispetto alla prima unione, poteva essere manifestato semplicemente contraendo un nuovo matrimonio⁶³. Vale la pena sottolineare che, nonostante non fosse prevista alcuna formalità per lo scioglimento del matrimonio, le fonti riportano, tuttavia, delle formule che venivano adoperate

incorrere nel reato di adulterio il marito e la moglie. Di conseguenza tali formalità avevano ‘efficacia esclusivamente per quanto riguarda gli effetti penali attribuiti dalla legge al divorzio: per gli effetti civili del divorzio, invece, la legislazione augustea non avrebbe innovato nulla, e a sciogliere validamente il matrimonio sarebbe bastata, come già al tempo di Cicerone, la semplice cessazione di volontà di essere marito e moglie, la quale, come dimostrano gli esempi fornitici dalle fonti, può manifestarsi sotto varie forme’. Cfr. ancora E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 397 ss. ed in particolare 413.

⁶³ La concezione del divorzio era la diretta conseguenza di quella del matrimonio: essendo quest’ultimo basato sull’ *affectio matrimonialis*, cioè sulla volontà continua e duratura dei coniugi di essere marito e moglie, se essa cessava si scioglieva anche il vincolo matrimoniale. Non era, pertanto, necessario che esistesse una specifica volontà di divorziare ma era sufficiente che esistesse, e venisse palesata in maniera inequivocabile, la volontà della cessazione della vita matrimoniale. Il *divortium* si deduceva, quindi, o da comportamenti incompatibili con l’ *affectio* oppure da una dichiarazione unilaterale recettizia di *repudium* che solitamente veniva trasmessa o tramite un *nuntius* o *per litteras*. Sul punto cfr., tra gli altri, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 570; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 55 s.

per manifestare la volontà di divorziare, che solitamente erano rivolte dal marito alla moglie ripudiata⁶⁴.

Con la riforma augustea vennero richieste per lo scioglimento del vincolo coniugale talune formalità⁶⁵.

Da un passo di Paolo sembrerebbe emergere la obbligatorietà delle forme prescritte affinché il divorzio fosse valido.

D. 24.2.9 (Paul. 2 *de adult.*): *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui a patre avo proavo et ceteris susum versum manumissus sit*⁶⁶.

⁶⁴ La formula usata più frequentemente era ‘*tuas res tibi habeto*’ che si rinviene sia in fonti giuridiche (si veda per tutti D. 24.2.2.1 [Gai. 11 *ad ed. provinc.*]: *In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: ‘tuas res tibi habeto’, item haec: ‘tuas res tibi agito’*) sia in fonti letterarie (si veda per tutti Plaut. *Amph.* 928: *Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas*; Id., *Trin.* 266: *Tuas res tibi habeto*). A tal proposito, inoltre, il Brini, in G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano. Parte terza* (Bologna 1889) 69., ha sottolineato che l’uso di tali formule fosse condizione essenziale di un divorzio valido; la dottrina successiva, invece, è giunta alla conclusione che, nonostante tali formule fossero entrate nella consuetudine dei divorzi, esse non furono mai considerate necessarie per divorziare. L’opinione dominante, infatti, non le considera come delle ‘solennità giuridicamente necessarie’ e infatti Gaio (in D. 24.2.2.1, con testo già riportato in nota) ne parla come di *verba comprobata*, cioè di ‘parole approvate dagli usi, conformi agli usi’. Sul punto, ed in particolare sulla dottrina successiva al Brini, si veda C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 60 s.

⁶⁵ Le formalità introdotte da Augusto per il divorzio, così come affermato da molti studiosi, è una delle questioni più dibattute e più controverse in dottrina. Esse sono confermate da numerose fonti sia giuridiche sia letterarie. Si veda sul punto C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 112 ss. ed ivi le note 227 e 228.

⁶⁶ Sempre Paolo sottolinea che si può parlare di *verum divortium* quando esso viene realizzato con l’intenzione di stabilire una separazione non provvisoria, ma che duri per sempre. D. 24.2.3 (Paul. 35 *ad ed.*): *Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur*. Come emerge dalla testimonianza paolina, il divorzio era considerato ‘*verum*’ se consisteva nella reale e duratura

In realtà è appurato che la giurisprudenza classica non apportò mai una completa regolamentazione del divorzio⁶⁷; infatti, nonostante l'affermazione contenuta nel frammento paolino, la dottrina dominante ritiene che l'espressione *nullum divortium ratum est* sia interpolata dai compilatori giustinianeî al fine di conformare la testimonianza di Paolo al diritto vigente ai loro tempi⁶⁸. Il divorzio, infatti, anche se privo di forme, avrebbe prodotto, fino a tutta l'epoca classica – a parere di questi studiosi – i suoi effetti giuridici. La manifestazione della volontà dei coniugi di porre fine al loro rapporto matrimoniale, in qualunque modo esternata, sarebbe stata, dunque, sempre sufficiente per raggiungere tale fine⁶⁹. Alla stregua di questa opinione, e sulla

separazione dei coniugi, tale da palesare inequivocabilmente la volontà, vera e non simulata (Isid. *etym.* 9.7.25: *Divortium est quotiens, dissoluto matrimonio, alter eorum alteras nuptias sequitur. Divortium autem dictum a flexu viarum, hoc est vias in diversa tendentes*) di porre fine all'unione matrimoniale; a differenza dell'allontanamento temporaneo dovuto ad ira, o ad un diverbio – *iurgium* (D. 23.3.31 [Pap. 4 *resp.*]: *Quod si non divortium, sed iurgium fuit, dos eiusdem matrimonii manebit*) - o ad un lieve dissenso - *frivusculum* (D. 24.1.32.12 [Ulp. 33 *ad Sab.*]: *Quod si divortium non intercesserit, sed frivusculum, profecto valebit donatio, si frivusculum quievit*) tra il marito e la moglie. L'affermazione è supportata anche da altre testimonianze contenute nel Digesto: D. 23.2.33 (Marcell. 3 *ad l. Iul et Pap.*): *Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras aut illa alii nupserit aut hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit*; D. 24.1.64 (Iav. 6 *ex post. Lab.*): *Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. Sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram.*

⁶⁷ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 415; C. VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'* cit. 30 ss.

⁶⁸ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 339. L'a. scrive che 'nel diritto giustiniano, ma solo nel diritto giustiniano, le forme si richiedono effettivamente in qualunque divorzio'. Sulla stessa scia C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. 212. Di contro R. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*⁴ (Padova 1996) 194.

⁶⁹ La libertà di contrarre e sciogliere il matrimonio è attestato anche dalle costituzioni di Alessandro Severo e di Diocleziano. Entrambe, già riportate *infra* nt. 39, che riscrivo qui per ragioni di comodità: C. 8.38.2 (*Imp. Alexander A. Menophilo*): *Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus*

scorta in particolare delle affermazioni del Volterra⁷⁰, le formalità enunciate nella *lex Iulia* sarebbero state previste al diverso scopo di permettere la repressione dell'adulterio e, dunque, il loro ambito applicativo era ristretto a 'situazioni suscettibili di rilevanza criminale'⁷¹, come provato dal fatto che vennero poste soltanto delle sanzioni a carico del coniuge che non avesse ottemperato alle formalità stesse.

Solo in età tardoantica, poi, il processo avviato verrà portato a compimento e così a fronte di un divorzio che non avesse la forma prescritta dalla legge, il primo matrimonio non si scioglieva ed il secondo era nullo.

In epoca tardoantica ed in età giustiniana, infatti, il regime classico del divorzio subì dei notevoli cambiamenti, volti a ridurre l'ambito di applicazione e l'uso, che non determinarono mai l'abolizione dell'istituto ma ne ridimensionarono notevolmente l'impiego⁷². Fu probabilmente l'influsso della Patristica la principale causa di tale contrarietà verso qualsiasi normativa che potesse agevolare lo scioglimento del vincolo matrimoniale⁷³. Fu opera di un imperatore cristiano, Costantino, l'avvio di un'aspra campagna contro il divorzio: in particolare egli contrastò, inizialmente, il divorzio unilaterale, il

poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. PP. III non. Febr. Maximo II et Aeliano conss. [a. 223]; C. 5.4.14 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Titio): Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere. Sul punto si veda O. ROBLEDA, *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* 2.14 (1982) 376 s.; C. VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'* cit. 30 ss., in particolare 41 s.

⁷⁰ Si veda *supra* nt. 41.

⁷¹ C. VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'* cit. 43.

⁷² F. DELPINI, *Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina della Chiesa fino al secolo V* (Torino 1956) 23 ss.

⁷³ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 570 s.; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 142 s.

repudium, ed arrivò a porre delle restrizioni sempre più forti al divorzio in generale⁷⁴.

Nell'età del dominato, essendo così tanto cambiato l'istituto del divorzio, le ripercussioni su istituti ad esso connessi furono inevitabili. Non poté più presentarsi il caso, frequente nel corso del periodo classico, di un matrimonio successivo che scioglieva *ipso iure* uno precedente o della stretta vicinanza tra due matrimoni, che poteva generare confusione sull'esatta posizione giuridica degli interessati⁷⁵. Furono emanate, a tal proposito, interessanti costituzioni che prevedevano delle pene per chi divorziava al di fuori dei casi delle *iustae causae* ed una celebre costituzione di Anastasio⁷⁶ sul divorzio *communi consensu*.

L'aspetto importante, come rilevato da Volterra⁷⁷, è che da queste costituzioni in poi nasce, per i coniugi divorziati, l'obbligo di non risposarsi o comunque di far trascorrere un determinato periodo di tempo prima di contrarre nuove nozze.

Nel 331 Costantino emanò una costituzione contro il ripudio che prevedeva che il secondo matrimonio, se contratto contro l'esplicito divieto, era comunque valido, ma dava diritto alla prima moglie di invadere la casa del marito e di impadronirsi della dote della seconda⁷⁸.

⁷⁴ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 349 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico* (Milano 1954) 172; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 265; E. VOLTERRA, s.v. «Matrimonio» cit. 792 s.

⁷⁵ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 571.

⁷⁶ Riportata *infra*, nel testo.

⁷⁷ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 435 s.

⁷⁸ Tale costituzione, del 331, è conservata solo nel codice Teodosiano, sotto il titolo *de repudiis*, e non fu riprodotta nel codice di Giustiniano.

CTh. 3.16.1 (*Imp. Constant. A. ad Ablavium pp.*). *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerit. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inflata. Dat. ... Basso et Ablavio cons. [a. 331].*

Con essa l'imperatore fissò precise *iustae causae* imputabili all'uno o all'altro dei coniugi, in base alle quali il *repudium* era lecito: al di fuori di questi casi previsti dalla legge, il *repudium* non era dichiarato nullo, ma era punito. Egli stabilì, inoltre, i *tria crimina* idonei a giustificare il divorzio unilaterale da parte dell'altro coniuge; essi erano diversi per l'uomo e per la donna e dovevano essere provati⁷⁹. Si tratta di una costituzione 'rivoluzionaria' sia

⁷⁹ Di questa costituzione è stata più volte sottolineata la caratterizzazione fortemente cristiana, evidenziandosi che le disposizioni in essa contenute rispondevano al pensiero degli scrittori dei canoni dei Concili, e della stessa si sono, inoltre, rintracciati i precedenti nella Patristica. In essa infatti, è riconosciuta liceità di ripudio non solo in caso di adulterio della donna ma anche quando uno dei coniugi sia *homicida*, *medicamentarius* (o *medicamentaria*), *sepulchrorum dissolutor*, *conciliatrix*. Cfr. sul punto B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 173. In realtà, andando oltre la forma, che risulta essere drastica e stringente, la costituzione nel contenuto mostra dei limiti dal punto di vista cristiano: essa, infatti, non dichiarerà mai l'eternità del vincolo matrimoniale e non abrogherà mai il divorzio, ma porrà soltanto dei limiti alla libertà di divorziare, andando contro le richieste tassative della Chiesa. Si veda R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 399 ss.

perché punisce il divorzio, sia perché fissa le *iustae causae* di ripudio, versandosi altrimenti in *crimina publica*, quindi non rimette all'autonomia delle parti ma che cadono sotto il controllo della *res publica*⁸⁰.

Gli imperatori successivi – fatta eccezione per Giuliano, durante il cui regno probabilmente la costituzione costantiniana fu formalmente abrogata⁸¹, o comunque non fu più menzionata – ripresero la lotta al divorzio e andarono oltre: nelle costituzioni emanate sul medesimo argomento dichiararono esplicitamente la nullità del secondo matrimonio, se contratto contro il divieto o senza rispettare il termine fissato dalla legge per il ripudio. *

Anzitutto una costituzione di Onorio, Teodosio e Costanzo del 421⁸².

CTh. 3.16.2 pr. (*Imppp. Honorius, Theodosius et Constantius AAA. Palladio pp.*). *Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus. Sin vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dotem viro donationem refundat, nullius umquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit, quae recedit, dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni*

⁸⁰ O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI*. 48 (1982) 289 ss.

⁸¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 351; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 172; E. VOLTERRA, s.v. «Matrimonio» cit. 730.

⁸² Tale costituzione, emanata a Ravenna nel 421, ed indirizzata al prefetto del pretorio Palladio, è riprodotta solo in parte nel codice di Giustiniano (C. 9.9.34). Anch'essa prende l'avvio dalla donna, nell'ipotesi che sia lei a provocare il divorzio.

adpetitione fecisse. 1. Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium. Si vero morum est culpa, non criminum, donationem recipiat, dotem relinquat, aliam post biennium ducturus uxorem. Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu nullisque vitiis peccatisque gravetur exclusa, et donationem vir perdat et dotem ac perpetuo caelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis moerore sustineat, mulieri post anni metas nuptiarum potestate concessa. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus cauta servari. Dat. VI Id. mart. Ravenna Eustathio et Agricola cons. [a. 421].

Se non si rispettava l'obbligo di attendere un biennio, o in alcuni casi un anno, prima di passare a nuove nozze era prevista la perdita del *connubium*. Solo nel caso in cui fosse stato vittima di un grave *crimen* commesso dalla moglie, il marito, dopo averla perseguita criminalmente, poteva risposarsi subito e senza dover attendere il tempo previsto dalla legge. Diviene, quindi, da questo periodo, impossibile il caso, frequente in età classica, di un secondo matrimonio che scioglieva *ipso iure* il primo e, per converso, il *crimen* di bigamia si profila in maniera più chiara.

In secondo luogo una costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 449⁸³, inserita nel Codice giustiniano, che ribadisce la nullità del matrimonio che non rispettava i termini stabiliti e che riconferma l'obbligo del ripudio formale per la validità del divorzio:

⁸³ La costituzione è riportata nel Codice giustiniano. Il *principium* di questa costituzione è formato riprendendo interamente la Novella 12 di Teodosio II, nella quale l'imperatore mitiga le norme della costituzione costantiniana ripristinando delle *veteres leges* e dei *responsa prudentium* in considerazione della moderazione delle antiche leggi.

C. 5.17.8 pr.-1 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hormisdæ pp.*): *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum. 1. Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus. Sicut enim sine iusta causa dissolvi matrimonia iusto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam, quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari. D. V id. Ian. Protogene et Asterio cons.* [a. 449].

Con questa costituzione si ritorna al sistema instaurato da Costantino e da Onorio, che proibiva lo scioglimento del matrimonio *sine iusta causa*, ma allo stesso tempo lo si mitiga introducendo un lungo elenco, tassativo, di *iustae causae* che legittimavano il ripudio, senza trascurare le sanzioni per i coniugi che compivano il divorzio al di fuori dell'elenco stesso⁸⁴.

Il provvedimento favorisce il divorzio, in quanto, avendo allungato notevolmente l'elenco delle *iustae causae repudii*, rende più facile lo scioglimento di qualsiasi matrimonio; ciò quantunque non sancisca il principio teso a consentire lo scioglimento del vincolo coniugale *sine iusta causa*. Anche questa costituzione comprende il solo caso di divorzio unilaterale e non fa riferimento a quello *mutuo consensu*, per cui è desumibile che nel caso in cui i coniugi fossero d'accordo la legge rispettava la loro volontà senza ulteriori prescrizioni.

Nella medesima prospettiva

⁸⁴ Rispetto alle sanzioni per ripudio *sine iusta causa* sancite da Onorio, Teodosio e Costanzo nel codice Teodosiano (CTh. 3.16.2) la costituzione di Teodosio II e Valentiniano III presenta un notevole affievolimento della loro asprezza, soprattutto per quanto concerne la donna che ripudia il marito senza riuscire a provare una colpa di lui: essa perde la dote ma dovrà attendere solo cinque anni prima di poter convolare a nuove nozze.

C. 5.17.9 (*Imp. Anastasius A. Theodoro*). *Si constante matrimonio communi consensu tam mariti quam mulieris repudium sit missum, quo nulla causa continetur, quae consultissimae constitutioni divae memoriae Theodosii et Valentiniani inserta est, licebit mulieri non quinquennium expectare, sed post annum ad secundas nuptias convolare. D. XV k. Mart. Anastasio A. II cons. [a. 497].*

L'imperatore, probabilmente per rispondere ad una richiesta di estensione della costituzione di Teodosio e Valentiniano anche ad alcuni casi di divorzio bilaterale, dispone che tra il divorzio e le nuove nozze debba trascorrere un anno e non cinque.

Nel diritto delle *Novellae* la materia del divorzio riceve un nuovo assetto e viene completamente riordinata: il divorzio unilaterale viene proibito e punito, ma non dichiarato nullo. L'ostilità verso il divorzio, già manifestata da Costantino, e successivamente da Teodosio II e da Valentiniano III che la intensificarono, con Giustiniano aumenta gradualmente in maniera proporzionale al crescere degli interessi religiosi, sfociando in restrizioni – prevalentemente di natura patrimoniale⁸⁵ – e pene⁸⁶.

⁸⁵ S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II. Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa* (Milano 1991) 56 s., rileva che gli imperatori romani cercarono di limitare l'uso del divorzio e, non potendo colpire direttamente tale istituto, per non urtare i fondamenti della *societas* romana, cercarono di ostacolare il suo utilizzo in maniera indiretta: controllandone gli aspetti patrimoniali. In precedenza sul punto cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 347; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 587; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma 1961 rist. 1993) 672; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ cit. 157 ss.

⁸⁶ S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II* cit. 59, rileva che, nel periodo antegustiniano, sussiste la piena libertà di divorziare consensualmente: i vincoli posti a tale tipo di divorzio sono, infatti, di età più tarda e trovano la loro ragion d'essere sia nel prevenire conseguenze negative conseguenti un secondo matrimonio, come la *turbatio sanguinis*, sia ad impedire reati connessi alle *secundae nuptiae*, come l'adulterio o il concubinato. Tali vincoli, quindi, non sono posti dall'avversione verso l'istituto, come può

Nel 542 l'imperatore emana la Novella 117, con la quale viene a dare una sistemazione definitiva a tutta la materia del divorzio⁸⁷.

Nov 117.8 pr.-1-2: *Quia vero plurimas in veteribus et nostris invenimus legibus causas ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt, ea causa perspeximus ex his abscidere aliquas, quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt, et eas solum nominatim praesenti inserere legi, pro quibus rationabiliter potest sive vir sive mulier repudium mittere. Nunc autem causas ex quibus maritus repudium sine periculo mittere potest et dotem uxoris lucrari (servato in ea dominio ex eodem matrimonio filiis, aut filiis non extantibus frui etiam proprietate) has esse disponimus: 1. Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier aut etiam suo viro non iudicet. Si autem vir hoc a muliere denuntiaturum tacuerit, liceat mulieri: per quamcumque personam hoc declarare imperio, ut vir nullam ex hac causa repudii inveniat occasionem. 2. Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet, virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem, et ad haec, si filios non habet, tantum accipere ex alia uxoris substantia quantum dotis tertia pars esse cognoscitur, ut eius proprietati et dos et a nobis definita poena applicetur. Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, iubemus et dotem secundum de hoc leges aliamque mulieris substantiam filiis conservari, et ita adulterum legitime convictum una cum uxore puniri. Et si quidem habeat uxorem adulter, accipere eam et dotem*

riscontrarsi nel caso di divorzio unilaterale, sottoposto, con il passare del tempo, sempre a maggiori restrizioni.

⁸⁷ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 354; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 181; S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II* cit. 64 ss., l'a. sottolinea come l'anno 542 segni 'un netto discrimine rispetto al passato'. In quest'anno, infatti, Giustiniano prende una posizione autonoma sulla problematica del divorzio rispetto agli imperatori che lo hanno preceduto (ma non in antitesi con essi), cambiando nettamente rispetto al passato, anche nei confronti della sua stessa posizione. La Novella 117, a parere dello studioso, 'instaura una vera e propria stretta antidivorzista'.

propriam et propter nuptias donationem, ut si filios habent, solo usu mulier fruatur donationis proprietate secundum leges filiis servanda; aliam vero mariti substantiam eius filiis ex nostra largitate donamus. Filiis autem non existentibus antenuptialis quidem donationis proprietatem mulieri competere sancimus, aliam vero mariti omnem substantiam fisco secundum antiquas applicamus leges.

Restringe, quindi, il numero delle *iustae causae* di divorzio, abroga tutta la normativa precedente – compresa la sua – ed elenca ‘*nominatim*’ (tassativamente) i casi in cui l’uomo e la donna potevano ripudiare l’altro coniuge. Tutte le cause di ripudio, ad eccezione della congiura contro l’imperatore, hanno un fondamento morale e sono originate da comportamenti riprovevoli di un coniuge verso l’altro⁸⁸.

Qualche anno più tardi (nel 548) Giustiniano mette sullo stesso piano, dal punto di vista sanzionatorio, l’uomo e la donna che avevano inviato una dichiarazione di ripudio fuori dalle *iustae causae*, in quanto egli ritiene che ad uguale delitto doveva corrispondere uguale pena⁸⁹. Nel capitolo dieci introduce una norma del tutto nuova per il diritto romano: dichiara illecito il divorzio *ex communi consensu*. Con questa Novella, Giustiniano si spinge ben oltre i suoi predecessori nella lotta al divorzio, ma non arriva mai a dichiarare l’indissolubilità del vincolo matrimoniale⁹⁰.

⁸⁸ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 181.

⁸⁹ Nov. 127.4: *In delicto enim aequali proximas eis imminere poenas iustum putavimus esse.*

⁹⁰ Parte della dottrina è di opinione diversa. Cfr. fra tutti sul punto P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 354 ss.

Il divieto imposto dall'imperatore di porre fine al matrimonio per mutuo consenso ebbe vita breve e rappresenta il punto apicale della sua lotta al divorzio. Giustino II nel 566, infatti, dovette rimuovere tale divieto⁹¹

Nov. Iustini 140 praef.: ... *Propterea nuptiae ut contrahentibus ita felices sint exoptamus, ut numquam daemonis opus fiant, neve coniuges inter se separentur, cum iustam matrimonii solvendi causam non habeant*⁹².

Dopo aver ricordato l'importanza del matrimonio, il suo valore sociale, il desiderio che le unioni coniugali durassero felici⁹³, l'imperatore aggiunge che i coniugi non dovevano separarsi a meno che non sussistesse una *iusta causa*⁹⁴, tale da rendere difficile, e quindi infelice, una vita insieme. Giustino avrebbe voluto, verosimilmente, mantenere in vigore le norme del suo predecessore, ma fu costretto a reintrodurre il divorzio consensuale per le pressanti richieste dei

⁹¹ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (rist. Napoli 1989) 452 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. 674.

⁹² Giustiniano emana la Novella per far fronte ad una situazione sociale e familiare problematica. Essa appare non essere una soluzione di compromesso ma, piuttosto, l'imperatore in tal modo 'ripropone la massima: la *coniugalis affectio* e la volontà di convivenza crea il matrimonio; la sua cessazione e il consenso delle parti, determina lo scioglimento del vincolo. Come nel contrarre le nozze, anche per il divorzio, i coniugi riacquistano la loro indipendenza e la loro piena facoltà decisionale'. Così S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II* cit. 86 s.

⁹³ Nella prefazione della legge è contenuto qualche 'principio ideologico e di psicologia sociale'. Viene esposta, inoltre, la concezione, di ispirazione cristiana e comune a Giustiniano, del matrimonio come 'mezzo generazionale: perpetuazione della specie umana e della famiglia'. Nella parte centrale della prefazione viene fatto un breve *excursus* storico del divorzio consensuale. Cfr. sul punto: S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II* cit. 81 s.

⁹⁴ R. BONINI, *Il divorzio consensuale dalla Novella Iustiniani 117.10 alla Novella Iustini 140*, in *BIDR.* 74 (1972) 63 s. ed ivi nt. 51. L'a. evidenzia come sia frequentemente riscontrabile, sia da documentazione concernente atti di divorzio sia da fonti letterarie, che, in tale periodo storico, il divorzio fosse attribuito a cause demoniache.

cittadini che non sopportavano più limitazioni alla loro libertà di divorziare⁹⁵. Egli fu costretto ad abolire le pene introdotte da Giustiniano⁹⁶ contro questo tipo di divorzio; mantenne, però, tutte le altre disposizioni giustinianee sul matrimonio, sul trattamento della prole e sul divorzio⁹⁷.

Dopo la lunga *praefatio* vennero, quindi, nel paragrafo uno, ristabilite le procedure del diritto antico per i divorzi consensuali ed infine furono confermate tutte le altre disposizioni giustinianee sull'argomento⁹⁸.

Queste norme furono emanate da imperatori fortemente influenzati dal Cristianesimo e dai Padri della Chiesa nella loro lotta contro il divorzio e le seconde nozze⁹⁹. Il sermone di S. Agostino¹⁰⁰ dimostra che si sta operando in

⁹⁵ C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 175.

⁹⁶ S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II* cit. 84 s., L'a. sottolinea che, consequenzialmente alle forti pressioni esercitate sull'imperatore Giustino II affinché ripristinasse il divorzio consensuale e nonostante i suoi tentativi – sia con mezzi persuasivi, sia con minacce – di far ritornare i coniugi sui loro passi, la Novella dispone il ritorno al regime antegiustiniano, ripristinando il divorzio consensuale che diventa libero, e richiede, come unico vincolo a carico delle parti, il rispetto delle formalità del ripudio.

⁹⁷ Come si rileva dai paragrafi successivi alla *praefatio* della Novella Iustini 140.1-2: *Haec igitur cum a temporibus nostris alineae esse iudicavimus, ad praesentem sacram legem animum attendimus, per quam sancimus, ut secundum pristinum ius matrimoniorum solutiones ex consensu fieri liceat, neu amplius poenae valeant constitutione patris nostri de iis qui ex consensu matrimonia contrahunt statuta. Nam si mutua affectio matrimonia contrahit, merito eadem contraria sententia ex consensu solvit, repudiis missis quae eam declarent. manifestum autem est reliqua omnia, quaecumque legibus ac potissimum divinis patris nostri constitutionibus de nuptiis et liberis et causis, ex quibus matrimonium solvere permissum est, vel etiam ubi sine causa nec tamen ex communi sententia, quemadmodum praesens nostra sanctio constituit, hoc faciunt, et de poenis in illos statutis praecepta sunt, per praesentem quoque legem nostram valitura esse et per omnia propriam vim habitura.*

⁹⁸ R. BONINI, *Il divorzio consensuale* cit. 41 ss.

⁹⁹ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 571; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 134 ss.

¹⁰⁰ August. Serm. 392.2 (P.L. 39. 1710): *Audite, carissimi, membra Christi et matris Catholicae filii. Quod dico competentibus, audiant fideles; quod dico fidelibus, audiant competentes; quod dico competentibus et fidelibus, audiant paenitentes; quod dico fidelibus et competentibus et paenitentibus, audiant catechumeni, audiant omnes: omnes timeant, nemo contemnat. Sit mihi in consolationem vester auditus, ne sit vobis in testimonium dolor meus. Competentibus dico: Fornicari vobis non licet. Sufficiant vobis aut uxores aut nec*

questo periodo una transizione del concetto giuridico del matrimonio romano classico, ancora affermato nella legislazione giustiniana, ma via via sempre più in evoluzione ed oggetto di profonde innovazioni, ad opera della dottrina divulgata dai Padri della Chiesa¹⁰¹. Tali norme muteranno profondamente il concetto classico di matrimonio. A tutto ciò va aggiunto che nell'età del dominio per il divorzio si richiederà una precisa e chiara volontà di sciogliere il vincolo matrimoniale: a differenza del periodo classico, quindi, non sarà più sufficiente il venir meno dell'elemento obiettivo¹⁰².

L'influenza dei principi cristiani fu tale che da Costantino in poi il principio monogamico divenne un punto talmente centrale della legislazione matrimoniale che egli arrivò a vietare la possibilità di avere una concubina a colui che aveva già una moglie¹⁰³.

L'introduzione dell'obbligo della forma scritta per il divorzio contribuì a dare ancora più certezza al diritto ed a ridurre i dubbi sui casi di bigamia.

uxores: concubinas vobis habere non licet. Audiat Deus, si vos surdi estis; audiant Angeli eius, si vos contemnitis. Concubinas vobis habere non licet. Et si non habetis uxores, non licet vobis habere concubinas, quas postea dimittatis, ut ducatis uxores; quanto magis damnatio vobis erit, si habere volueritis et concubinas et uxores? Non vobis licet habere uxores, quarum priores mariti vivant; nec vobis, feminae, habere viros licet, quorum priores uxores vivunt. Adulterina sunt ista coniugia, non iure fori, sed iure caeli. Nec eam feminam quae per repudium discessit a marito, licet vobis ducere vivo marito. Solius fornicationis causa licet uxorem adulteram dimittere: sed illa vivente non licet alteram ducere. Et vobis, feminae, nec illos viros a quibus per repudium discesserunt uxores eorum, maritos habere conceditur; non licet: adulteria sunt, non coniugia. Contemnitur Augustinus, timeatur vel Christus. Nolite imitari turbam malorum, infidelium, filii mei: nolite sequi vias latas, quarum finis ad interitum ducit. Qui baptizatus fuerit, aut continentiam Deo voveat, aut permaneat cum uxore sua, aut si non habet, ducat uxorem.

¹⁰¹ E. ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino* cit. 231 ss.

¹⁰² E. LEVY, *Der Hergang dre römischen Ehescheidung* (Weimar 1925) 93 ss.

¹⁰³ E. ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino* cit. 235 ss.

Conseguenzialmente alle numerose innovazioni introdotte, ed alle modifiche di precedenti leggi, che si sono susseguite, soprattutto per mezzo di risposte a casi concreti presentati agli imperatori, il diritto del dominato, e ancor di più quello giustiniano, sono caratterizzati dall'impossibilità che un soggetto già unito ad un altro con un matrimonio legittimo possa unirsi ad una terza persona, senza aver prima sciolto il precedente vincolo.

CAPITOLO II

LA RIPROVAZIONE DELLE *BINAE NUPTIAE*: DALLE *LEGES REGIAE* ALL'INFAMIA PRETORIA

1. Profili introduttivi; 2. L'età arcaica; 3. L'editto del pretore; 4. L'equiparazione tra i *bina sponsalia* e le *binae nuptiae*; 5. Gai 1.63; 6. Punibilità della condotta alla luce di altre fattispecie criminali; 7. Emersione del ruolo del dolo.

1. Profili introduttivi

Le riflessioni circa la natura del matrimonio romano ed il relativo momento di perfezionamento del vincolo sono centrali per il corretto inquadramento del concetto stesso di bigamia.

Se il primo matrimonio veniva meno *ipso iure* con il sorgere del secondo, unico dotato di *honor* e di *affectio*, come poteva configurarsi il reato di *binæ nuptiæ*? Il rilevante ruolo dell'*affectio* nell'istituto matrimoniale sembra costituire in questo senso un elemento di disturbo nell'enucleare una teoria della fattispecie della bigamia.

Non è un caso che la storia delle *binæ nuptiæ* a Roma non seguì un tracciato lineare e unitario, risentendo dei mutevoli contesti storici e sociali delle diverse epoche. Subì influenze etiche, sociali e religiose che ne mutarono, dal punto di vista giuridico, il sistema sanzionatorio.

Il termine bigamia, di origine greca¹⁰⁴, è sconosciuto al lessico latino, che si avvale di perifrasi (come *binæ nuptiæ* appunto) per descrivere la condizione di colui che si unisce in matrimonio con altra donna senza sciogliere il precedente vincolo coniugale; il vocabolo '*bigamus*' compare per la prima volta nel VI secolo d.C.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Nel lessico greco troviamo testimonianze dell'esistenza sia del sostantivo bigamia, *διγαμία*, sia del termine bigamo, *δίγαμος*, rinvenibile quest'ultimo in frammenti del poeta lirico greco Stesicoro (VI sec. a.C.) e dello storico e astrologo egizio Manetone (III sec. a.C.): cfr. Stesic. 74; Man. 5.291.

¹⁰⁵ Il termine *bigamus*, ignoto ai giuristi romani, si trova solo in fonti tardive e in glosse, talvolta nel senso di 'binubo'. Si veda, in particolare, nelle fonti ecclesiastiche Isidoro di Siviglia, *Etymologiae* 9. 7.15: *bigamus autem, trigamus a numero uxorum vocatus, quasi duabus, vel tribus maritus*; Gregorio Magno, *Epist.* 141: *bigamis aperta fronte resistimus*..... Le *Glossae Cod. Sangall.* (C.G.L. 4.586.7: *Bigamus qui duas habet uxores*) evidenziano che il termine bigamo indica chi contrae due matrimoni senza che il primo sia validamente sciolto.

Secondo un autorevole orientamento¹⁰⁶ sia la bigamia, sia alcune forme di divorzio del diritto romano sorsero in età avanzata, fino a quel momento, dunque, il matrimonio sarebbe stato un rapporto di mero fatto; solo successivamente, infatti, si sarebbe tramutato in negozio giuridico, diventando un puro *vinculum*.

In età tardoantica il matrimonio fu certamente un vincolo contrattuale, e non un mero rapporto di fatto; ciò è sostenuto da gran parte della dottrina, facendo leva sugli interventi giustinianeî, come approfondito nel capitolo precedente¹⁰⁷.

In particolare Volterra¹⁰⁸, seguito poi da altri studiosi¹⁰⁹, ha ritenuto molto tarda, giustiniana o degli imperatori dell'epoca cristiana, l'introduzione del crimine di bigamia.

Altri hanno attribuito la nascita del *crimen* di *binæ nuptiæ* a Diocleziano¹¹⁰.

Quello che è certo è che, a lungo, l'uomo che contraeva contemporaneamente due matrimoni poteva, sulla base della teoria dell'*affectio*, essere considerato un adultero, ma non un bigamo; la bigamia, come reato a sé, infatti, presupponeva un *vinculum iuris* nel matrimonio. Il *crimen*, quindi, sorse

¹⁰⁶ Cfr., per tutti, E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389 ss., in particolare 434, in adesione al quale G. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio* cit. 28 ss. Cfr., inoltre, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² 569 ss.; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 68 s.

¹⁰⁷ Si veda *supra* capitolo I.

¹⁰⁸ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389.

¹⁰⁹ G. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio* cit. 28 ss.; P. RASI, *Consensus facit nuptias* cit. 71 s.; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* (Napoli 2012) 123 ss.

¹¹⁰ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 701; P.E. CORBETT, *The Roman Law of marriage* (Montreal 1930) 143.

quando il matrimonio non fu più considerato un mero rapporto di fatto, fondato sull'*honor* e sull'*affectio*, ma diventò un contratto¹¹¹.

¹¹¹ Così S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in AA.VV. *Le relazioni affettive non matrimoniali* (Roma 2014) 143 ss. Secondo l'a. «il matrimonio romano non richiedeva (certamente a partire da una certa epoca) particolari formalità costitutive per la sua esistenza, bastando essenzialmente una convivenza stabile accompagnata dall'intenzione (*affectio*) dei coniugi (*cives e con ius conubii*) di essere uniti in matrimonio».

2. L'età arcaica

Sin dai tempi più antichi, una certa tendenza verso la monogamia sembra essere stata il presupposto per un *matrimonium iustum*. Tuttavia nel mondo romano esistevano unioni stabili tra un uomo e una donna diverse dal matrimonio. Le forme matrimoniali arcaiche prevedevano la possibilità per un romano di avere contemporaneamente più donne. Esse erano collocate, come vedremo, (proprio al fine di non tradire il principio monogamico) su piani giuridici e sociali diversi¹¹². A tal proposito Cristaldi sostiene che «l'esistenza di unioni stabili fra un uomo e una donna, diverse dal matrimonio, è conosciuta, già in antico, in tutta l'area mediterranea ed è documentata nelle fonti di età più risalente¹¹³».

Il primo riferimento ad una relazione di questo tipo è riportato in una *lex regia* che la tradizione attribuisce al re Numa Pompilio¹¹⁴. La *lex regia*, fonte di *ius sacrum*, che la tradizione fa risalire a Numa, pur non vietando esplicitamente la bigamia, sembra stabilire un rapporto gerarchico tra la moglie e le altre donne (concubine) all'interno della casa. Queste ultime rimanevano tali anche se nella casa non c'era una moglie. Le distinzioni di posizione sociale e giuridica tra la figura della moglie e quella della concubina nel tempo si accentuarono sempre di più¹¹⁵. Le due donne avevano quindi, un ruolo molto diverso nella *familia*, pur vivendo sotto lo stesso tetto. Alcune pratiche familiari e sociali potevano essere esercitate soltanto dalla moglie: la legge vietava, ad esempio, che la concubina praticasse il culto di Giunone o toccasse l'altare della

¹¹² Cfr. L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti* cit. 181 s.

¹¹³ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 144.

¹¹⁴ Si veda, in particolare, Gell. *N.A.* 4.3.3.; Fest. *s.v. pelices*, Lind. 248; D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*), tutti esaminati *infra*, in questo paragrafo.

¹¹⁵ Diversamente, come vedremo più avanti, L. PEPPE, *Pelex e spurius*, in *Mélanges de droit romaine et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain* (Paris 1998) 343 ss.

dea; se lo faceva la offendeva e per placarne l'ira doveva espiare la sua colpa¹¹⁶. Il testo della legge è riprodotto da Gellio, il quale formalizza il ruolo della concubina sotto il profilo giuridico, ed allo stesso tempo precisa il culto dedicato a Giunone e la relativa sanzione in caso di suo mancato rispetto: per calmare l'ira della dea, infatti, la concubina doveva sacrificare in suo onore un'agnella. Tale pratica doveva essere svolta con i capelli sciolti, in quanto solo le donne ammogliate avevano la possibilità di portarli raccolti in trecce, tipica acconciatura delle spose¹¹⁷:

Gell. N.A. 4.3.3: *'Paelicem' autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus: 'Paelex aedem Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito'. 'Paelex' autem quasi pallax (πάλλαξ), id est quasi pallakis (παλλακίς). Ut pleraque alia, ita hoc quoque vocabulum de Graeco flexum est.*

La *paelex* (denominata anche *pellex* o *pelex*) era, dunque, nella legge di Numa la concubina di un uomo sposato. Il rapporto che ella aveva con quest'ultimo si caratterizzava per la comunanza di vita con lui (*quae iuncta consuetaque esset cum eo*): non si trattava, infatti, di un'amante occasionale, ma di una convivente stabile dell'uomo e di sua moglie. Ciò è precisato nel passo con le parole *in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret* che indicano proprio lo stato coniugale dell'uomo che ha acquistato potestà su sua moglie tramite il matrimonio contratto con essa¹¹⁸.

¹¹⁶ L. PEPPE, *Pelex e spurius* cit. 343.

¹¹⁷ L. PEPPE, *Pelex e spurius* cit. 344 ss.

¹¹⁸ L. PEPPE, *Pelex e spurius* cit. 345.

La *paelex* è definita, inoltre, *probrosa*: il termine è utilizzato per sottolineare ancora una volta la differenza con la moglie che viene onorata con il titolo di *materfamilias*¹¹⁹.

Gli aggettivi utilizzati da Gellio confermano, dunque, lo stato sociale e giuridico della *paelex* finora descritto: il termine *iuncta* sta a indicare un rapporto che si avvicinava molto a quello matrimoniale, mentre *consueta* segnala l'abitudine del suddetto legame.

Nell'ultima parte della testimonianza Gellio indica che la *paelex* può essere identificata con la concubina greca: il vocabolo, infatti, sembra mutuato direttamente dal greco, *πάλλαξ*¹²⁰, e indicava la compagna stabile dell'uomo in un rapporto durevole, anche se non matrimoniale, rientrando sotto il nome di concubinato¹²¹.

¹¹⁹ Gell. N.A. 18.6.9: ... *matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.*

¹²⁰ Si veda sul punto: C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano 1940) 10 s.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 144; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 15 s. Come osserva S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*. 37 (1971) 45 ss., in particolare p. 46: «come è noto a tutti nel mondo greco antico *παλλαξ* risponde ad una nozione precisa; propriamente, designa la donna che il signore assume, ponendola accanto a sé e in insidiosa concorrenza con la sposa legittima, al rango di concubina». Il termine trova, inoltre, un riscontro incontestabile in Gell. N.A. 4.3.3.

¹²¹ La dottrina si è ampiamente pronunciata sul *concubinatus*, come unione stabile ed eterosessuale, socialmente riconosciuta e distinta dal *matrimonium* in quanto non basata sull'*affectio* tra l'uomo e la donna, si vedano, tra gli altri: P. M. MEYER, *Der römische Konkubinat: nach den Rechtsquellen und den Inschriften* (Leipzig 1895) 5 ss.; J. PLASSARD, *Le concubinat romain sous le haut Empire* (Toulouse-Paris 1921) 23 ss.; B. RAWSON, *Roman Concubinage and Other de facto Marriages*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 104 (1974) 279 ss.; S. TREGGIARI, *Concubine*, in *Papers of the British School at Rome* 49 (1981) 59 ss. Particolare interesse ha suscitato la questione relativa al rapporto tra il concubinato e le altre relazioni extramatrimoniali perseguibili penalmente: parte della dottrina ha sostenuto che l'imperatore Augusto abbia avallato, e indirettamente favorito, la diffusione del concubinato, introducendo delle norme a suo sostegno nella sua legislazione matrimoniale. Si vedano sul punto: T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. 693 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 315 ss.; G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR*. 27 (1914) 55 ss., ora in *Scritti giuridici* (Milano 1923) 143 ss. Successivamente il dibattito si è sviluppato intorno alla

Il termine *paelex* è ascritto senza esitazioni a Numa Pompilio ed è ripetuto in maniera pressoché identica¹²² nell'epitome festina del *De verborum significatu* di Verrio Flacco:

Fest. s.v. *Pelices* (Lind. 248): *Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pellicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: 'Pelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iuninis crinibus dimissis agnum feminam caedito'.*

La glossa di Festo parifica la consuetudine di vita che lega la concubina all'uomo sposato, già sottolineata da Gellio, a quella esistente tra moglie e marito: la frase *antiqui proprie eam pellicem nominabant, quae uxorem habenti nubeat* spiega come gli antichi considerassero la *paelex* una sposa per colui che aveva già moglie. Ella era, però, una sposa solo di fatto e non di diritto perché il *ius sacrum* difendeva il matrimonio ed il principio monogamico; esso puniva (*poena constituta est*), infatti, colei che si comportava come sposa di un uomo che aveva già moglie. Quando la *paelex* tocca l'altare di Giunone e prega compie un atto che normalmente è riservato alle mogli, essendo Giunone la dea pronuba per eccellenza. È per questo motivo che viene punita e deve espiare la sua colpa sacrificando un'agnella con i capelli sciolti (ciò che la deve, ancora

configurazione giuridica del concubinato: C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 1 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 275 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 145; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 2 ss.; R. MARTINI, *Diritti greci* (Bologna 2005) 54; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 572 ss.; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 15 s.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana* (Milano 2010) 203; ID., *Diritto romano. Istituzioni e storia* (Milano 2010) 193; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 123 s.; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 144 ss.

¹²² L'unica variazione è il termine '*aedem*' che diventa '*aram*'.

una volta, distinguere dalla moglie, affinché non venga creata confusione sul ruolo delle due donne, è, come già detto, proprio l'acconciatura).

È, infatti, ipotizzabile che i capelli sciolti rappresentino l'*actus contrarius* dell'acconciatura delle donne nel giorno del loro matrimonio, che li avevano, invece, raccolti in sei trecce. Pertanto rappresenta un chiaro elemento differenziatore della concubina rispetto alla moglie¹²³.

Il termine *paelex* risultò sempre poco chiaro per cui nel tempo si susseguirono diverse interpretazioni e ne vennero date molteplici definizioni. Ad esempio Paolo ne esplicitò due, una tratta dai *memorialum libri* di Masurio Sabino, un'altra dal libro *de iure Papiriano* di Granio Flacco¹²⁴. Quest'ultimo, contemporaneo di Cesare, avrebbe attribuito al termine '*paelex*' ed alla legge di Numa lo stesso significato dato da Verrio Flacco e da Gellio:

D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*): *Libro memorialium Massurius scribit 'pellicem' apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακὴν Graeci vocant*¹²⁵.

¹²³ Cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 2 s.; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 155.

¹²⁴ Alcuni autori sospettano che la chiusa del frammento sia interpolata: essa, infatti, presenta delle incertezze grammaticali. Cfr. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 145 nt. 172.

¹²⁵ La fonte è ricca di letteratura. Si segnala in particolare: C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 13; R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 350; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 145 ss.; DE BERNARDI, *In margine a D. 50.16.144*, in G. Scherillo, *Atti del convegno Milano, 22-23 ottobre 1992* (Milano 1994) 72; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 3; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 14 nt. 16 e 16; A. ALBANESE, *Questioni di diritto romano arcaico: lex suffragia. Sulla legge di Numa a riguardo della paelex. Liv. 1.40.4 e la creazione della*

Granio, come Gellio, dava al termine *paelex* una connotazione più simile a quella della concubina greca. Tanto alla sua epoca (*nunc*) quanto in quella antica (*quosdam*), infatti, la concubina era colei che si univa ad un uomo sposato (*quae cum eo, cui uxor sit*). I suoi contemporanei, infatti, consideravano la *paelex* soltanto l'amante, colei che non aveva una consuetudine di vita con l'uomo sposato, al contrario degli antichi che, da questo punto di vista, la uguagliavano alla moglie, dando rilievo proprio alla consuetudine di vita comune (*quae uxoris loco ... in domo sit*); anche se tale non era in quanto non vi erano state nozze, essendo l'uomo legato ad altra donna da vincolo matrimoniale (*uxoris loco sine nuptiis in domo*).

Sabino, nella sua definizione della *paelex*, fu più generico. Il giurista si limita a ricordare l'opinione degli antichi che vi individuavano colei che, pur non essendo sposata (*uxor non esset*) tuttavia viveva con un uomo.

Emerge, quindi, dalle testimonianze di Sabino e di Flacco che la *paelex* era colei che viveva nella stessa casa pur non essendo moglie, e che veniva denominata concubina e paragonata alla *pallaké* greca.

Si possono, quindi, riscontrare due diverse interpretazioni di *paelex* rapportate ai tempi antichi¹²⁶: colei che non aveva comunanza di vita con un

prima coppia consolare, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 11 (Roma 2006) 52 nt. 5; S. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*» cit. 231; M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum* (Napoli 2012) 175 s.; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 150 nt. 27.

¹²⁶ Accertato che esistono due diversi significati del termine *paelex*, si pone il dubbio su quale dei due sia sorto prima. Tondo ritiene che ci sia stato un progressivo ampliamento del significato del termine; ipotesi respinta dal Castello. Le testimonianze di Verrio Flacco e di Masurio Sabino, riportate da Festo, e del giurista Paolo inducono a ritenere che si tratti di due significati esistiti nello stesso tempo; ciò comporterebbe che il vocabolo abbia rivestito quella polisemia testimoniata da Granio Flacco e che si sia sviluppata una nozione parallela e complementare di *paelex*. Cfr. C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 12 ss.; S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae* cit. 58.

uomo sposato e colei che, *cum uxor non esset*, conviveva con un uomo¹²⁷. In quest'ultimo caso non era dunque possibile ridurre la posizione della *paelex* ad un occasionale incontro di piacere, né poteva essere equiparato al ruolo della *nupta*: la *paelex* si collocava entro un livello intermedio, essendo una donna che viveva stabilmente *uxoris loco*¹²⁸, ma senza avere le caratteristiche giuridico-sociali spettanti alla moglie legittima¹²⁹.

Ella poteva unirsi lecitamente all'uomo già sposato, all'interno delle mura domestiche, in pacifica coesistenza con la moglie; infatti si affiancava a lei in un rapporto gerarchico di subordinazione non conflittuale. Si trattava nella sostanza di un regime poligamico, ma dal punto di vista formale il principio monogamico era fatto salvo e sopravviveva grazie a questa rigorosa distinzione giuridico-sociale, oltre che terminologica, tra lo stato della *uxor* e quello della concubina¹³⁰.

Cristaldi¹³¹ osserva come in Festo¹³² siano indicati due diversi significati del termine *paelex*. Il primo è relativo al suo tempo (espresso con il termine *nunc*), mentre il secondo a quello degli antichi (espresso con *antiqui*). Quello più recente è riferito a chi, non solo femmina ma anche maschio, ha relazioni sessuali (*succumbentes*) con coloro che appartengono ad altri (*alienis*). In questo caso lo studioso si sofferma a considerare come questa prima accezione sia particolarmente incentrata sull'aspetto fisico, indicando con il termine

¹²⁷ P. GIUNTI, *Aduterio e leggi regie* cit. 148 nt. 175.

¹²⁸ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 350 s. Nella definizione di Granio Flacco della *paelex*, come colei che '*quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit*', Orestano ha visto «una *uxor* posta nella casa senza solenne celebrazione del matrimonio».

¹²⁹ C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 12 ss.

¹³⁰ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 149.

¹³¹ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 144 ss.

¹³² Cfr. *supra* p. 45.

‘*succumbere*’ proprio il giacere insieme. Egli rileva, inoltre, che la persona con la quale la *paelex* si accoppia sia legata ad altra donna: infatti specifica che *alienis* è tutt’altro che un errore di trascrizione in luogo di *aliis*, piuttosto un termine che significa specificamente ‘che appartiene ad altri’ (come cioè il marito apparteneva alla sua *uxor*). Un’accezione ben diversa dal significato attribuito al termine all’epoca degli antichi: «mentre, infatti, l’inciso *uxorem habenti* corrisponde perfettamente all’*alienis* relativo al significato più recente, un discorso differente va invece fatto con riguardo al *nubeat* finale. *Nubere*, infatti, ha qui un significato atecnico che allude a una stabile convivenza e che rende il medesimo senso dell’espressione *iuncta consuetaque* utilizzata da Gellio qualcosa di più che una mera relazione sessuale». Alla luce, dunque, della testimonianza offerta da Festo, *apud antiquos* la *paelex*, anche per il Cristaldi, non è una semplice amante ma la compagna abituale dell’uomo sposato, la rivale della moglie in casa del marito. Solo per questo genere di *mulieres* Numa Pompilio avrebbe stabilito quella pena che ci viene ricordata pure da Gellio¹³³.

L’Autore prosegue osservando come il significato più recente (*pelices nunc... alienis succumbentes*) sia presente in Livio¹³⁴, Ovidio¹³⁵ e, più a ritroso nel tempo, in Plauto¹³⁶. Da qui egli arriva alla conclusione che, essendo

¹³³ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 147-148.

¹³⁴ Livio 39.53: *Dum ea in Peloponneso, a quibus deuertit oratio, geruntur, reditus in Macedoniam Demetrii legatorumque aliter aliorum adfecerat animos. Vulgus Macedonum, quos belli ab Romanis imminenti metus terruerat, Demetrium ut pacis auctorem cum ingenti fauore conspiciebant, simul et spe haud dubia regnum ei post mortem patris destinabant, nam etsi minor aetate quam Perseus esset, hunc iusta matre familiae, illum paelice ortum esse; illum ut ex uulgato corpore genitum nullam certi patris notam habere, hunc insignem Philippi similitudinem prae se ferre.* Il termine è utilizzato per indicare la donna che, unendosi carnalmente con Filippo, diede vita a Perseo.

¹³⁵ Ovidio *Met.* 1.622 ss.: *Paelice donata non protinus exiit omnem diva metum timuitque Iovem et fuit anxia furti, donec Arestoridae servandam tradidit Argo.* Qui Ovidio appella Io con il termine *paelex* dopo essersi unita con Giove.

¹³⁶ In Plauto il termine *paelex* compare in tre commedie: nella *Cistellaria* (vv. 36 e s.: «*Viris cum suis praedicant nos solere, suas paelices esse aiunt, eunt depressum*»), nel *Rudens* (vv.

l'accezione più antica ancora utilizzata sia da Gellio sia da Cicerone, è plausibile che vi sia stata un'età nella quale le due accezioni erano entrambe in uso¹³⁷.

È opinione diffusa che la legge di Numa non avesse come scopo quello di vietare la bigamia, ma si limitasse a stabilire un rapporto gerarchico tra la moglie e la concubina per consentire all'uomo di avere più rapporti stabili contemporaneamente¹³⁸.

Questa tesi affascinante e convincente sembrerebbe, però, avere un punto di debolezza: il divieto di culto parrebbe essere applicato anche nel caso in cui l'uomo non avesse moglie. In tal caso, infatti, alla sua concubina sarebbe ugualmente preclusa la possibilità di essere ammessa al culto di Giunone. Se la *lex Numae* volesse solo tutelare il rapporto gerarchico tra le due donne, non dovrebbe essere utilizzata nel caso in cui, mancando la moglie, non esisterebbe la necessità di tutelare i suoi diritti.

Al contrario, si è rilevato come alla *paelex* fosse proibito il culto della dea indipendentemente dalla presenza di una moglie, in quanto riservato solo alle donne sposate¹³⁹.

1045 e ss.: Dae «*Serio edepol, quamquam vobis quae voltis, mulieres, metuo, propter vos ne uxor mea me extrudat aedibus, quae me paelices adduxe dicet ante oculos suos. Vos confugite in aram potius quam ego*») e infine nel *Mercator* (vv. 689 s.: Syr. «*Ei hac mecum, ut videas semul tuam Alcumenam paelicem, Iuno mea*»). In tutti e tre i casi, *paelex* è colei che si unisce carnalmente a un uomo sposato.

¹³⁷ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 149.

¹³⁸ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 147 ss.; L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti* cit. 181 ss.; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 18 ss.

¹³⁹ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 4; ID., *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 125. Di contro S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 155, secondo il quale la disposizione numica non si riferisce espressamente alla celebrazione di un secondo matrimonio. La *demissio* dei *crines* non costituisce, a suo parere, un *contrarius actus* rispetto alla raccolta in sei trecce fatta per contrarre matrimonio. Egli, infine, cita Albanese sostenendo che, come quest'ultimo ha esattamente osservato «proprio in ordine a *demittere crines*, non si tratta di un atto autonomamente rilevante, bensì ... di un'acconciatura, questa volta nel tener sciolti i

Pertanto, non è peregrino pensare che lo scopo della legge fosse un altro: non già quello di stabilire un rapporto gerarchico tra donne che convivevano sotto lo stesso tetto (o almeno non solo questo), ma piuttosto quello di punire la concubina che aveva avuto comportamenti simili ad una moglie, generando, in tal modo, confusione nella società sul suo ruolo all'interno della *familia*. In tal modo viene preservato ancora una volta uno dei principi cardini della società romana, il principio monogamico e, seppur indirettamente, osteggiata la bigamia¹⁴⁰.

In questo avvicinarsi di tesi dottrinarie si inserisce un'ulteriore interpretazione del frammento che si distingue rispetto ai due filoni che negli anni si sono profilati. Leo Peppe, infatti, ritiene che la legge vada interpretata in un altro modo¹⁴¹: il verbo *nubere*, utilizzato da Festo, indicherebbe che l'uomo avrebbe, in tal modo, due rapporti matrimoniali validi (uno con la moglie, l'altro con la concubina). Ciò che li distinguerebbe è che quello con la *paelex* sarebbe di rango inferiore rispetto a quello con la moglie. In tal caso, quindi, la legge non solo non vieterebbe in maniera espressa la bigamia, ma addirittura per l'Autore la ammetterebbe; ciò che verrebbe punito è unicamente l'esercizio del culto di Giunone riservato unicamente alla moglie di rango superiore.

La tesi, secondo Astolfi¹⁴², non appare convincente. Quest'ultimo, interpretando in maniera diversa le fonti, sottolinea come Gellio¹⁴³ e Paolo¹⁴⁴

capelli, utilizzata nel corso del rito del sacrificio a Giunone». Pertanto, lo studioso sostiene che la disposizione intendeva unicamente «rimarcare pubblicamente ed ufficialmente la differenza di *status* tra moglie e *pelex*». Cfr. sul punto B. ALBANESE, *Questioni di diritto romano arcaico* cit. 54.

¹⁴⁰ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 6 ss.

¹⁴¹ L. PEPPE, *Pelex e spurius* cit. 344 s.

¹⁴² Si veda da ultimo R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 4.

¹⁴³ Gell. N.A. 4.3.3.

¹⁴⁴ D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*) si veda *supra* p. 8.

neghino alla concubina la qualifica di moglie e l'appellino con il termine *paelex*. Da ciò si potrebbe desumere che Festo abbia utilizzato il termine *nubere* per indicare un rapporto matrimoniale di fatto, del tutto diverso da quello instaurato con una moglie. Anche Granio¹⁴⁵ lo rimarca utilizzando le parole *quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit*.

La *paelex*, dunque, «vive solo fattualmente *uxoris loco*, senza rivestire gli attributi giuridico sociali della moglie legittima»¹⁴⁶, allo stesso tempo, però, ella aveva facoltà di unirsi all'uomo sposato in pacifica coesistenza con la moglie.

È proprio imponendo una prescrizione liturgica alla *paelex*, cioè il divieto di toccare l'altare di Giunone, che, secondo la Giunti, la legge di Numa introduce per la prima volta una disciplina della sessualità coniugale. Il riconoscimento legislativo della *paelex* è, quindi, chiara conseguenza di una più ampia regolamentazione del suo *status* personale: «allontanare la concubina dal culto della dea significava infatti discriminarla quanto alla dimensione coniugale e matronale che Giunone ipostatizzava; significava, in altre parole, formalizzare in negativo il suo ruolo domestico, distinguendolo da quello della *uxor* e ad esso coordinandolo in un regime di subalternità sociale e giuridica»¹⁴⁷.

Giunone era, infatti, la divinità pronuba per eccellenza, colei che tutelava le nozze, il parto e la *dignitas* del matrimonio.

Ovidio, utilizzando termini come '*matrona Tonantis / paelex*', contribuisce a ribadire la contrapposizione tra *Iuno* e *paelex* che la *lex Numae* aveva sancito sia dal punto di vista sacrale che giuridico-sociale:

¹⁴⁵ Riportato sempre da Paolo del decimo libro di commento alla *lex Iulia et Papia* in D. 50.16.144, si veda *supra* p. 8.

¹⁴⁶ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 148.

¹⁴⁷ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 153.

Ovid. *Fast.* 6.26.33-37: *Iunius a nostro nomine nomen habet... / si torus in pretio est, dicor matrona Tonantis, / iunctaque Tarpeio sunt mea templa Iovi. / an potuit Maio paelex dare nomina mensi, / hic honor in nobis invidiosus erit? / cur igitur regina vocor principesque dearum...*

La legge di Numa, riportata da Gellio e contenuta nella glossa di Festo, parificava la consuetudine di vita, esistente tra moglie e marito, a quella che legava la concubina allo stesso uomo; si trattava quasi di un rapporto matrimoniale, con l'unica differenza che il concubinato era un matrimonio di fatto¹⁴⁸. Secondo la Giunti¹⁴⁹ il sovrano sabino in tal modo sembra aver delimitato l'area delle relazioni legittime o, in ogni caso, tollerate, e di aver combattuto la bigamia. L'aver indicato delle precise regole comportamentali per distinguere il ruolo subalterno della *paelex* rispetto a quello principale della *uxor* è un chiaro segno della volontà di Numa di isolare le relazioni sessuali che non rientrano né nella categoria del matrimonio né in quella del concubinato e di aver ribadito, nei modi e nelle forme possibili, il principio monogamico¹⁵⁰.

Originariamente, la possibilità dell'uomo di avere più mogli si era probabilmente affermata per la difficoltà di generare prole¹⁵¹. Il legame tra la

¹⁴⁸ Il Perozzi scrive che «tutte le relazioni a scopo sessuale tra uomo e donna, che non fossero strette con intenzione maritale, avevano il carattere di mere unioni di fatto, che non originavano di per sé alcun rapporto giuridico tra le parti. Fra queste i romani ne distinsero *ab antico* una, cui diedero il nome di concubinato», in S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² 1. *Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso; Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni* (Milano 1924, rist. 1947) 371.

¹⁴⁹ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 153 s.

¹⁵⁰ Cfr. I. PIRO, *Unioni confarreate e «diffarreatio». Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index* 25 (1997) 272. L'a. sostiene che l'esigenza di differenziare i ruoli s'imponeva perché probabilmente alla *paelex* era consentito avere tutti gli atteggiamenti spettanti alla *uxor*, pertanto la legge numaica avrebbe unicamente stabilito una gerarchia tra donne che vivevano nella stessa casa.

¹⁵¹ Contro questa ipotesi ha argomentato parte minoritaria della dottrina pertanto a sostegno della propria tesi il caso – unico – di Carvilio Ruga, intorno al 230 a.C., che avrebbe

sterilità e la continuità della famiglia fu sempre presente nella *civitas* romana e ritornò costantemente nel tempo con diverse soluzioni: garantire dei discendenti era l'obiettivo primario delle unioni coniugali¹⁵². L'unione con la *paelex* inizialmente generava figli legittimi, per cui la discendenza poteva essere garantita anche attraverso l'unione con la concubina. Nel corso del tempo, però, le cose cambiarono¹⁵³. La condizione del figlio, infatti, seguì quella della madre, per cui quando, con Servio Tullio, la situazione della *paelex* cominciò a peggiorare, anche il figlio venne considerato in maniera diversa rispetto ai figli nati da nozze legittime, fino, poi, a costituire il modello dello *spurius*. Al fine di garantire la discendenza¹⁵⁴, quindi, vennero trovati, nel corso dei secoli, diversi

ripudiato la moglie, introducendo per la prima volta come motivazione la sterilità di lei. Sul punto si veda: L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti* cit. 185 nt. 247.

¹⁵² Da una testimonianza di Socrate Scolastico contenuta nella sua *Historia Ecclesiastica* sembra che Marina Severa, moglie dell'imperatore Valentiniano I, al fine di garantire un numero maggiore di discendenti (avendo avuto da lei un solo figlio), abbia selezionato per il marito la giovane Giustina, dalla quale l'imperatore ebbe tre figli. Sul punto si veda *infra* capitolo III § 3.

¹⁵³ C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 69. Tenzialmente, fino all'età repubblicana è emerso da numerose fonti giuridiche e letterarie l'uso, diffuso negli uomini appartenenti a famiglie di classi sociali disparate, di vivere in casa con una *paelex*, oltre che con la propria moglie. Come vedremo in seguito, l'adozione della *lex Iulia Papia Poppea* sotto Augusto costituirà lo spartiacque tra la situazione finora descritta e un'era caratterizzata da proibizioni più restrittive sulle unioni matrimoniali, in particolare per motivi sociali. Molti personaggi ragguardevoli e di specchiata onorabilità avevano una concubina; anche imperatori di ottima reputazione come Vespasiano, Antonino Pio e Marco Aurelio. Suet. *Vesp.* 3.3: *Post uxoris excessum Caenidem, Antoniae liberta et a manu, dilectam quondam sibi revocavit in contubernium, habuitque etiam imperator paene iustae uxoris loco.*

¹⁵⁴ Tale esigenza trovò fondamento in ragioni legate alle strutture sociali e giuridiche di quel tempo e sopravvisse almeno fino alla fine dell'età repubblicana, seppur con forme e con modalità radicalmente rinnovate. La cessione della moglie fondò la propria legittimazione nell'esigenza della procreazione di figli qualificabili, dal punto di vista giuridico, come *fili legittimi*: si trattava di procreare dei *liberi* che potessero, quindi, appartenere alla comunità del proprio *pater*, al fine di rafforzarla e di garantirne la sopravvivenza. Il clan, doveva, quindi, rimanere forte attraverso la nascita di discendenti. Se per l'esperienza precivica quasi nulla si conosce, per l'età arcaica, nella quale la *societas* si fondava sulla *familia proprio iure* e sul rispetto del principio monogamico, si può affermare con certezza che il presupposto di base, affinché un uomo potesse cedere la propria moglie ad un altro a fini procreativi, era il preventivo divorzio di entrambi dalle rispettive mogli (oltre che la moglie ceduta avesse già procrato diversi figli al marito e che fosse ancora fertile, e che l'uomo che la chiedeva

espedienti, come la «vendita», il «prestito» o la «cessione», fino ad arrivare all'*adrogatio* e, più tardi, all'*adoptio* per fare in modo, dunque, che anche coloro che non riuscivano a generare prole avrebbero potuto, cambiando moglie, riuscirci¹⁵⁵.

Proprio la pratica della vendita o il prestito, da parte del marito, della propria moglie ad un altro uomo, al fine di procreare figli¹⁵⁶, fu oggetto di un'altra legge di Numa, riportata da Plutarco, emanata allo scopo di garantire la discendenza nel rispetto peraltro del principio monogamico. Il *ius sacrum*, infatti, proibirebbe all'uomo di avere più mogli ed alla donna di avere più mariti. Questa legge di Numa consentiva al marito di utilizzare il *ius vendendi* attribuitogli dalla *manus* che aveva sulla moglie e di alienare quest'ultima ad un altro uomo, che la acquistava tramite *mancipatio*¹⁵⁷, per sposarla ed averne dei figli legittimi¹⁵⁸.

doveva essere già sposato ad una donna che non gli aveva dato dei figli). Cfr. sul punto M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie* cit. 26 s.

¹⁵⁵ E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia* (Milano 1996) 101.

¹⁵⁶ Su questo istituto si vedano i riferimenti in: J. GAUDEMET, *Observations sur la manus*, in *RIDA*. 2 (Milano 1953) 345 s.; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale* (Milano 1972) 98 s.; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano 1984) 71 ss.; A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia*, in *Studi Cesare Sanfilippo* 7 (Milano 1987) 380 ss.; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*⁴ (Napoli 1989) 171 s.; E. CANTARELLA, *La vita delle donne* cit. 590 s.; ID., *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma* (Ancona 1995) 251 ss.; ID., *Passato prossimo* cit. 98 ss.; ID., *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana. Una storia romana di amore coniugale*, in *SCDR*. 13 (2001) 21 ss., ora in *Storia delle donne* 1 (Firenze 2005) 116 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 87 ss.; I. PIRO, «*Usus* in *manum convenire*» (Napoli 1994) 93 ss.; U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti* (Roma 1999) 56 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 181ss.; ID., *Sintesi storica della bigamia a Roma*, in *SDHI*. 76 (2010) 282; M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie* cit. 9 ss.

¹⁵⁷ La cessione era, dunque, in età arcaica *liberorum quaerendorum causa*: realizzata, quindi, per garantire la continuità della stirpe; fu lo strumento attraverso il quale l'intera comunità – non quindi solo un singolo gruppo familiare – riuscì a preservare la propria forza e la propria

La bigamia sarebbe stata ancora una volta combattuta dal *rex* in quanto egli avrebbe stabilito che tale vendita poteva aver luogo solo a seguito di preventivo divorzio dell'alienante dalla moglie che era in procinto di vendere. Plutarco evidenziava la differenza tra il diritto di Licurgo e quello di Numa: essa consisteva nel prevedere, o non, un obbligo di divorzio in determinate circostanze. Da tale testimonianza emergerebbe che lo *ius vendendi* (facoltà che aveva il marito con *manus* di vendere la propria moglie a un altro uomo affinché la sposasse e ne avesse dei figli¹⁵⁹) era concesso – sotto il regno di Numa – solo a colui che prima della vendita avesse divorziato dalla moglie¹⁶⁰. L'obbligo per il marito di divorziare dalla moglie prima di esercitare il *ius vendendi* e, quindi, di concedere che ella si sposasse nuovamente con un altro uomo, dimostrerebbe ancora di più quanto l'arcaico *rex* combattesse la bigamia:

crescita. Essa fu, probabilmente, presente già nella *lex Iulia de maritandis ordinibus* e nella successiva *lex Papia Poppea* ed utilizzata in riferimento all'incentivazione dell'incremento demografico; quindi fu recepita dal Cristianesimo a proposito dei nuovi principi che sorreggevano la famiglia. Tale espressione, quindi, sembra invero avere avuto una linea evolutiva ed aver assunto diversi significati nel corso del tempo: in particolare, mentre per tutta l'età arcaica e per gran parte dell'età repubblicana essa rappresentò il fine di far sopravvivere e rafforzare la comunità di appartenenza degli uomini tra i quali si realizzava la cessione, attraverso la continuazione della stirpe; alla fine dell'età repubblicana, e per i primi decenni del principato, la richiesta di avere ceduta la moglie altrui sarebbe stata giustificata da un fine meramente politico, per creare o realizzare delle alleanze e mantenere dei delicati equilibri politici. Da qui deriva il cambiamento, non solo della struttura, ma soprattutto della funzione, dell'istituto. Cfr. sul punto M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie* cit. 32 ss.

¹⁵⁸ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 5.

¹⁵⁹ La legge prevedeva che il marito potesse vendere la moglie solo se sussistesse una giusta causa di vendita. Se il marito contravveniva al divieto imposto dal *ius sacrum* e la vendeva per futili motivi veniva immediatamente sacrificato agli dei inferi. Soltanto la morte del colpevole avrebbe potuto, infatti, placare l'ira della divinità. Un giusto motivo di vendita, che non sottoponeva alla pena di morte il marito, era la necessità dell'acquirente di avere dei figli legittimi (*mancipatio liberorum quaerendorum causa*). La *lex regia* che disponeva tale obbligo è attribuita a Romolo. In Plut. *Rom.* 22.3: Ἐθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς, ὧν σφοδρὸς μὲν ἔστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν· εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων· τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς.

¹⁶⁰ In aggiunta e nella stessa direzione: Plut. *Cato minor* 25.1-5.

Plut. *comp. Lyc. et Numae* 3.1-5: Τῆς δὲ περὶ τοὺς γάμους καὶ τὰς τεκνώσεις κοινωνίας τὸ ἀζηλότυπον ὀρθῶς καὶ πολιτικῶς ἐμποιοῦντες ἀμφοτέροι τοῖς ἀνδράσιν οὐ κατὰ πᾶν εἰς τοῦτο συνηνέχθησαν· 2. ἀλλ' ὁ Ῥωμαῖος μὲν ἀνὴρ ἱκανῶς ἔχων παιδοτροφίας, ὑφ' ἑτέρου δὲ πεισθεὶς δεομένου τέκνων, ἐξίστατο τῆς γυναικός, ἐκδόσθαι καὶ μετεκδόσθαι κύριος ὑπάρχων· 3. ὁ δὲ Λάκων, οἵκοι τῆς γυναικὸς οὔσης παρ' αὐτῷ καὶ τοῦ γάμου μένοντος ἐπὶ τῶν ἐξ ἀρχῆς δικαίων, μετεδίδου τῷ πείσαντι τῆς κοινωνίας εἰς τέκνωσιν. Πολλοὶ δ', ὥσπερ εἴρηται, καὶ παρακαλοῦντες εἰσῆγον ἐξ ὧν ἂν ἐδόκουν μάλιστα παῖδας εὐειδεῖς καὶ ἀγαθοὺς γενέσθαι. 4. Τίς οὖν ἡ διάκρισις τῶν ἐθισμῶν; ἢ ταῦτα μὲν ἰσχυρὰ καὶ ἄκρατος ἀπάθεια πρὸς γαμετὴν καὶ τὰ ταραττοντα καὶ κατακαίοντα ζηλοτυπίαις τοὺς πολλοὺς, ἐκεῖνα δὲ ὥσπερ αἰσχυνομένη ἀτυφία τίς, παρακάλυμμα τὴν ἐγγύην ἐφελκομένη καὶ τὸ δυσκαρτέρητον ἐξομολογουμένη τῆς κοινωνίας; 5."Ετι δὲ μᾶλλον ἡ περὶ τὰς παρθένους φυλακὴ κατέσταλται τῷ Νομᾷ πρὸς τὸ θῆλυ καὶ κόσμιον· ἡ δὲ τοῦ Λυκούργου παντάπασιν ἀναπεπταμένη καὶ ἄθηλος οὔσα τοῖς ποιηταῖς λόγον παρέσχηκε.

Plutarco sottolineava che Licurgo e Numa, nonostante avessero in comune l'emanazione di un provvedimento 'corretto ed utile alla *polis*' in merito alla comunanza dei matrimoni e delle filiazioni, si distinsero per un aspetto: mentre il secondo prevede che il marito romano, che decideva di concedere ad altro uomo sua moglie per procreare con quest'ultimo altri figli, avrebbe dovuto prima divorziare dalla moglie; per il primo, invece, era sufficiente che il marito spartano si accordasse con un altro uomo in merito al 'prestito' di sua moglie, per raggiungere il risultato concordato, senza necessità di separazione. Pratica che si diffuse per riuscire a generare figli forti e sani¹⁶¹.

¹⁶¹ Plutarco evidenzia, non solo che in materia di costumi e di moralità Licurgo fu molto liberale ed infatti al fine di selezionare e migliorare la razza rese lecita qualsiasi frequentazione extraconiugale (mentre Numa impose il massimo pudore), ma anche che il

Astolfi¹⁶² evidenzia che, se i testi di Plutarco riportano casi di prole o di moglie in comune, tali fonti non devono trarre in inganno, in quanto con questi termini venivano indicati i figli nati da una stessa madre, ma di due padri diversi (poiché la donna poteva essere stata venduta ad un altro uomo tramite *mancipatio*, in tal caso i figli erano dell'acquirente e non dell'alienante); oppure una donna che era stata moglie di due uomini diversi, ma mai simultaneamente, sempre uno dopo l'altro.

Il *ius sacrum*, inoltre, puniva i matrimoni tra parenti in linea retta maschile e femminile entro il terzo grado e in linea collaterale, sempre sia maschile che femminile, entro il sesto. La punizione, nel diritto antico, quando il *fas* non era ancora distinto dal *ius*, e la religione e il diritto non erano ancora diventati due concetti autonomi, arrivava fino alla pena di morte, facendo precipitare il reo dalla rupe Tarpeia¹⁶³. Probabilmente competenti a giudicare tale reato erano i pontefici che, tramite una *lex regia*, che la tradizione attribuisce a Tullo Ostilio,

legislatore spartano indusse le donne a sposarsi quando erano già mature e pronte a sostenere numerosi parti, al contrario delle donne romane che venivano maritate giovanissime per favorire il loro adattamento alla convivenza con il marito. In Plut. *comp. Lyc. et Numae* 4.1-3: Τῇ δ' ἄλλη τῶν παρθένων ἀγωγῇ καὶ τὰ περὶ τὰς ἐκδόσεις ὁμολογεῖ, τοῦ μὲν Λυκούργου πεπεῖρους καὶ ὀργώσας νυμφεύοντος, ὅπως ἢ θ' ὁμιλία, δεομένης ἤδη τῆς φύσεως, χάριτος ἢ καὶ φιλίας ἀρχὴ μᾶλλον ἢ μίσους καὶ φόβου παρὰ φύσιν βιαζομένων, καὶ τὰ σώματα ῥώμην ἔχῃ πρὸς τὸ τὰς κυήσεις ἀναφέρειν καὶ τὰς ὠδῖνας, ὥς ἐπ' οὐδὲν ἄλλο γαμουμένων ἢ τὸ τῆς τεκνώσεως ἔργον· 2. τῶν δὲ Ῥωμαίων δωδεκαετῆς καὶ νεωτέρας ἐκδιδόντων· οὕτω γὰρ ἂν μάλιστα καὶ τὸ σῶμα καὶ τὸ ἦθος καθαρὸν καὶ ἄθικτον ἐπὶ τῷ γαμοῦντι γίνεσθαι. 3. Δῆλον οὖν ὅτι τὸ μὲν φυσικώτερον πρὸς τέκνωσιν, τὸ δ' ἠθικώτερον πρὸς συμβίωσιν. Ancora Plutarco, nel mettere a paragone le vite di Demetrio e Antonio (sempre nella sua opera *Vite Parallele*), dà testimonianza della dissolutezza degli usi dei romani, fino ad arrivare, in qualche caso, alla pratica della bigamia e, a tal proposito, fa riferimento alla bigamia di Antonio. Nel racconto, infatti, pone i due personaggi non come modelli da imitare, ma da biasimare, poiché se le virtù furono alla base della loro grandezza, i vizi ne causarono la rovina. Sul punto cfr. *supra* nt. 14.

¹⁶² R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 5 s. ed ivi nt. 6.

¹⁶³ F. BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario* (Padova 2012) 116, in particolare nt. 102.

avevano il compito di purificare la città con riti e sacrifici da celebrarsi nel bosco sacro a Diana¹⁶⁴.

Ancora in base al *ius sacrum*, ed in particolare sempre per mezzo di una *lex regia* attribuita a Numa, era imposto alla vedova di attendere un tempo di dieci mesi lunari (*tempus lugendi*) dalla morte del marito defunto prima di contrarre un nuovo matrimonio¹⁶⁵ e che il futuro sposo fosse pubere¹⁶⁶, affinché fosse assicurata la procreazione.

Una larga parte della dottrina sostiene che il *tempus lugendi* imponesse un'interdizione temporanea al matrimonio esclusivamente in caso di lutto vedovile¹⁶⁷, escludendo dunque i casi di decesso di altre figure parentali.

Sui motivi dell'introduzione del *tempus lugendi*, la dottrina si divide in due posizioni: la prima lo inquadra entro una dimensione religiosa volta a sottolineare l'appartenenza della donna al proprio marito¹⁶⁸; la seconda lo interpreta come un'istanza volta ad evitare la *turbatio sanguinis*, garantendo quindi la legittimità della filiazione¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Gai 1.64; Ep. Ulp. 5.7; Tac. *Ann.* 6.19.1 e 12.8.1; Quint. *Inst. Orat.* 7.8.3; Cic. *De leg.* 2.9.22.

¹⁶⁵ Plut. *Numa* 12.3.

¹⁶⁶ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 396.

¹⁶⁷ P. RASI, *Tempus lugendi*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* 1 (Milano 1947) 395 s.

¹⁶⁸ J.F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society* (rist. London 1995) 53, l'a. afferma: «and later with a sense of the moral proprieties of what a loving widow ought to feel», e M. HUMBERT, *Le remariage à Rome* cit. 114, in cui l'a. sostiene che «c'est une obligation religieuse, qui découle du lien conjugal dont les effets se prolongent».

¹⁶⁹ E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 8 (1933) 187, ora in *Scritti giuridici* 1. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 449 ss.

Sembra condivisibile, secondo quanto affermato dalla Giunti¹⁷⁰, l'idea che le leggi emanate da Numa rappresentino nei loro contenuti un chiaro frutto della commistione fra religione e diritto, nel quale la trasgressione ad una precisa disposizione imponeva una pena equiparabile nella forma ad un'espiazione liturgica; ciò è dimostrato anche da un altro imperativo regio riportato da Plutarco.

Plut. *Numa* 12.3: Αὐτὸς δὲ καὶ τὰ πένθη καθ' ἡλικίας καὶ χρόνους ἔταξεν· οἷον παῖδα μὴ πενθεῖν νεώτερον τριετοῦς, μηδὲ πρεσβύτερον πλείονας μῆνας ὧν ἐβίωσεν ἐνιαυτῶν μέχρι τῶν δέκα, καὶ περαιτέρω μηδεμίαν ἡλικίαν, ἀλλὰ τοῦ μακροτάτου πένθους χρόνον εἶναι δεκαμηνιαῖον, ἐφ' ὅσον καὶ χηρεύουσιν αἱ τῶν ἀποθανόντων γυναῖκες. ἡ δὲ πρότερον γαμηθεῖσα βοῦν ἐγκύμονα κατέθυσεν ἐκείνου νομοθετήσαντος.

Nello specifico, se la donna contravveniva al divieto, sposandosi prima del decorso del *tempus lugendi*, e voleva che il matrimonio fosse valido, doveva sacrificare una vacca gravida alla dea Tellure, divinità che presiedeva la fertilità della terra e dei matrimoni¹⁷¹. La gravidanza della vacca era un chiaro richiamo alla fertilità femminile, così come, secondo alcuni, la durata dei mesi, dieci¹⁷²,

¹⁷⁰ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie cit.* 113 s.

¹⁷¹ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie cit.* 104 ss.

¹⁷² Per tutto il corso dell'età classica la durata del *tempus lugendi* vedovile fu di dieci mesi. Solo con una costituzione degli imperatore Graziano, Valentiniano e Teodosio nel 381 d.C. venne sancito l'obbligo della *vidua* di attendere un tempo maggiore (un anno dalla morte del coniuge) prima di contrarre nuove nozze. C.I. 5.9.2 (*Imp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp.*). *Si qua ex feminis perditio marito intra anni spatium alteri festinavit innubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus) ... D. III k. Iun. Constantinopoli Eucherio et Syagrio cons. [a. 381].* È importante sottolineare che una disposizione contenuta nella *lex Iulia de maritandis ordinibus* autorizzava la *vidua* a sposarsi senza rispettare il vincolo del *tempus lugendi* e senza essere colpita dalle sanzioni previste per i *coelibes*. La *lex Iulia*, infatti, imponeva ai

per garantire che trascorresse il tempo di un'eventuale precedente gravidanza¹⁷³; anche se Ovidio¹⁷⁴ li attribuì alla durata dell'anno nei tempi antichi¹⁷⁵. Certo è che il suddetto sacrificio imposto alla vedova è pratica pressoché atipica in quel dato periodo storico. A tal proposito, la Giunti¹⁷⁶ sottolinea come il sacrificio di vacche gravide fosse presente solo nel rito dei *Fordicidia*¹⁷⁷, festività dedicata per l'appunto a Tellure. Forse è questo il motivo per cui, la pena imposta per lo *scelus* vedovile prevedeva lo stesso tipo di sacrificio¹⁷⁸. La particolarità di tale

cittadini romani un generale dovere di sposarsi e di procreare al fine di rendere più stabili i legami affettivi a Roma e di procedere alla *reductio morum* auspicata dall'imperatore.

¹⁷³ Così come confermato sia dal *ius sacrum* in D. 38.16.3.12, sia dalle XII tavole in Gell. 3.16.12.

¹⁷⁴ Ovid. *Fast.* 1.33-36: '*Quod satis est, utero matris dum prodeat infans/ hoc anno statuit temporis esse satis./ Per totidem menses a funere coniugis uxor/ sustinet in vidua tristia signa domo*'.

¹⁷⁵ Già la storiografia antica aveva mostrato perplessità e rigettato il sistema calendariale romuleo. Le fonti letterarie – in particolar modo i racconti dettagliati di Plutarco – riportano la notizia di un calendario di dieci mesi creato da Romolo. Unica testimonianza dissonante è quella di Licinio Macro che la esclude.

¹⁷⁶ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 118 ss. La Giunti si sofferma sulla diversa natura dei due sacrifici citati: mentre nel caso dei *Fordicidia* l'immolazione dell'animale «assolve a una funzione liturgica nitidamente percepibile», il sacrificio comminato alla vedova risposatasi *intra legitimum tempus* acquisisce coerenza se interpretato nell'ambito del sacrificio sostitutivo «in cui l'entità sacrificata, catalizzando su di sé le valenze negative sprigionatesi dal comportamento illecito, ne consente in via simbolica quella ablazione che avrebbe altrimenti presupposto la soppressione fisica del colpevole». A questo punto la studiosa sottolinea come, in questa logica interpretativa, anche la scelta della specie animale sacrificata abbia un senso ben preciso, capace di andare oltre la mera associazione con la dea Tellure: non può essere un caso che il periodo di gestazione umano coincida quasi perfettamente con quello dell'esemplare bovino femmina. Al netto di tutto ciò, il sacrificio della vacca gravida pare «ritualizzare con impeccabile simmetria l'esecuzione della *vidua* incinta, colpevole di aver violato quel temporaneo divieto matrimoniale che in modo precipuo su di lei si appuntava in quanto preordinato a stornare il rischio di una *turbatio sanguinis*».

¹⁷⁷ Nella cerimonia dei *Fordicidia* c'è un evidente nesso simbolico tra la gravidanza della vacca e la fertilità della terra. Cfr. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 117, in particolare nt. 116 e nt. 117.

¹⁷⁸ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 115.

gesto si deduce anche da un confronto sia con la tradizione ellenica, che non ha mai previsto l'uccisione di vacche gravide¹⁷⁹, sia con esperienze religiose al di fuori del continente europeo, dove questa pratica era scarsamente diffusa¹⁸⁰.

Questo ci porta a trarre importanti conclusioni: da un lato il *tempus lugendi* si inserisce come elemento disciplinante dei coniugi, al fine di garantire «un ordinato e conveniente regime delle *secundae nuptiae* in vista di una filiazione legittima¹⁸¹»: dall'altro, il sacrificio della vacca gravida per l'espiazione dello *scelus* consente di non coinvolgere la donna colpevole e tantomeno di minare il nuovo rapporto coniugale, seppur formatosi prima del decorso dei dieci mesi previsti dalla legge.

Nel complesso, si tratta dunque di «una strategia di indubbio favore per l'istituto matrimoniale¹⁸²», come sarà sempre durante tutto l'arco dell'esperienza giuridica romana, che proseguirà nel tempo «irrogando pene personali e patrimoniali ai coniugi senza mai negare la validità civile del matrimonio concluso *intra legitimum tempus*»¹⁸³.

La testimonianza plutarchea ci dimostra, quindi, come l'imperativo umano sia sotteso alla protezione e al mantenimento del matrimonio in qualsiasi caso, anche quando è stato colpevolmente ignorato il *tempus lugendi*. È plausibile ritenere che le *leges regiae* emanate da Numa non abbiano voluto solo colpire chi infrangeva le disposizioni contenute nelle leggi stesse, ma siano andate oltre, intendendo tutelare il principio monogamico come presupposto per garantire l'ordine sociale. È opportuno sottolineare, dunque, che tutta

¹⁷⁹ M. TORELLI, *Lavinio e Roma. Riti iniziatici e matrimonio tra archeologia e storia* (Roma 1984) 86 ss.

¹⁸⁰ G.DUMÉZIL, *Rituels indo-européens à Rome* (Paris 1954) 11 ss.

¹⁸¹ G.DUMÉZIL, *Rituels indo-européens à Rome* cit. 11 ss.

¹⁸² G.DUMÉZIL, *Rituels indo-européens à Rome* cit. 11 ss.

¹⁸³ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 123.

l'esperienza giuridica romana è pervasa da un orientamento conservativo che ha sempre teso a salvaguardare il vincolo matrimoniale ed al rispetto del principio monogamico (ed indirettamente alla lotta alla bigamia): questi principi sono sottesi in tutta la legislazione romana, dalla sistematica edittale fino alla legge giustinianea. I coniugi devono subire tutt'al più pene personali o patrimoniali, ma si cerca di salvaguardare sempre il matrimonio, invalidandolo nel minor numero di casi possibile¹⁸⁴.

Inoltre, il *ius sacrum* disciplinava la posizione della moglie nella struttura religiosa della famiglia, regolamentandone anche i doveri; nonché stabiliva i correlativi poteri disciplinari del marito. La moglie aveva innanzitutto un obbligo di fedeltà; per l'adulterio la punizione del marito poteva arrivare, in caso di flagranza di reato, fino all'uccisione della donna¹⁸⁵.

Il termine 'adulterio' deriva dal verbo '*adulterare*' che significa 'falsificare, alterare, corrompere'; ad essere corrotta in genere era la donna romana¹⁸⁶, il soggetto attivo dell'*adulterare* era, invece, di solito, l'uomo.

¹⁸⁴ Così E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in *Scritti in memoria di A. Albertoni* 1 (Padova 1935) 403 ss., ora in *Scritti giuridici* 1. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 477 ss. L'a. contraddice l'opinione di parte della dottrina che annovera il mancato rispetto del *tempus lugendi* come motivo di nullità del matrimonio. Cfr. C. FADDA, *Corso di diritto romano. Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli 1910) 273; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 268.

¹⁸⁵ E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Scherillo* 1 (Milano 1972) 255 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 57 ss.; R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale in età arcaica*, in *SDHI*. 58 (1992) 320 ss.; A. GUARINO, «*Ineptiae iuris romani*»: X. 2. *Romolo e l'adulterio*, in *Labeo* 38 (1992) 319 ss.; ID., *Lui, lei e l'altro nel matrimonio romano*, in *Index* 21 (1993) 411 ss.; I. PIRO, «*Usu*» in *manum convenire* cit. 82 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 133 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*³. *Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea* (Napoli 2010) 31 ss.

¹⁸⁶ Svetonio scrive '*adulterare matronas*', ossia corrompere, inquinare la matrona romana: in Suet. *Aug.* 67.2. Cesare divorziò da Pompea quando sospettò che fosse stata trascinata in adulterio da Publio Clodio. Quintiliano narra di un povero con una moglie avvenente, trascinata in adulterio da un ricco vicino di casa; così era stato riportato dalla gente. Quint. *Decl.* 325: *Thema. Pauper et dives vicini erant. Pauperi uxor speciosa. Rumor erat, adulterari pauperis uxorem a divite, conscio viro ...*; D. 48.5.30.4 (Ulp. 4 *de adult.*): *...ut adulteretur uxor: sive enim saepius sive semel accepit, non est eximendus: quaestum enim de*

Poteva accadere anche il contrario; la donna, in ogni caso, aveva un ruolo anche attivo in quanto acconsentiva al rapporto¹⁸⁷.

Adulterium era il rapporto extramatrimoniale della donna sposata, *uxor* o *nupta*, con altro uomo, diverso da suo marito, in violazione delle *iustae nuptiae*.

Ai tempi del *ius sacrum*, quando la cessazione di un rapporto matrimoniale dipendeva unicamente dalla volontà delle parti che la manifestavano con comportamenti esteriori, quando cioè erano l'*honor matrimonii* e l'*affectio maritalis* gli elementi caratterizzanti il vincolo coniugale, era molto stretto il limite tra l'adulterio e la bigamia. Il confine tra le due fattispecie, in assenza di divorzio formale è molto sottile. Sembra, allora, plausibile che possa rinvenirsi in questo retaggio culturale il motivo per il quale in età classica la bigamia verrà punita come l'adulterio per la donna (e come lo stupro per l'uomo).

La donna che commetteva adulterio era, nei tempi antichi, punita con pene molto gravi, fino ad arrivare alla sua morte. L'adulterio della moglie comprometteva la legittimità della prole da lei generata. Non la comprometteva l'adulterio del marito. È questo il motivo per il quale il diritto arcaico persegue con pene molto più gravi l'adulterio della donna rispetto a quello dell'uomo.

A tal proposito, Dionigi di Alicarnasso, nel I secolo a.C., ci dà testimonianza di una *lex regia*, probabilmente attribuita a Romolo¹⁸⁸, che prevedeva l'uccisione della *uxor* rea di adulterio o di ubriachezza¹⁸⁹.

adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quondam genere.

¹⁸⁷ Catull. 113: *Consule Pompeio primum duo, Cinna, solebant / Maeciliam: facto consule nunc iterum, / manserunt duo, sed creverunt milia in unum / singula. Fecundum semen adulterio.* Ovidio narra di Pasife, moglie di Minosse, re di Creta, sottolineando che è lei ad ardere di amore per il toro: Ov. *ars am.* 1.295: *Pasiphae fieri gaudebat adultera tauri...*

¹⁸⁸ Di parere diverso dalla dottrina è P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 57 ss., che ritiene sia stato Numa Pompilio l'autore di tale legge per la repressione dell'adulterio, in quanto artefice, secondo la tradizione, di molte leggi inerenti il matrimonio e la famiglia. Tra gli

Dion. 2.25.6: Σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν, ὅνπερ καὶ ὁ ἀνὴρ, καὶ τελευτήσαντος ἀνδρὸς κληρονόμος ἐγίνετο τῶν χρημάτων, ὡς θυγάτηρ πατρός, εἰ μὲν ἄπαις τε καὶ μηδὲν διαθέμενος ἀποθάνοι πάντων οὔσα κυρία τῶν ἀπολειφθέντων, εἰ δὲ γενεὰν ἔχοι τοῖς παισὶν ἰσόμοιρος γινομένη. Ἀμαρτάνουσα δέ τι δικαστὴν τὸν ἀδικούμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας κύριον. Ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκάζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὃ πάντων ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλλήσι δόξειεν ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὗρεθείη πιοῦσα γυνή. Ἀμφότερα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος, ὡς ἀμαρτημάτων γυναικείων ἔσχιστα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς· καὶ μέχρι πολλοῦ διέμεινε χρόνου ταῦτ' ἀμφότερα Ῥωμαίοις ἀπαραιπήτου ὀργῆς.

Dalla testimonianza di Dionigi si deduce che, probabilmente, il marito potesse uccidere ‘impunemente’ la moglie nel caso in cui l’avesse scoperta in flagranza di reato; al contrario avrebbe dovuto giudicare il suo adulterio insieme ai *cognati*, i parenti (συγγενεῖς¹⁹⁰), all’interno del *consilium domesticum*¹⁹¹.

studiosi che ritengono la teoria priva di fondamento si veda A. GUARINO, *Intorno alle «leges regiae»*, in *Labeo* 38 (1992) 54 ss.

¹⁸⁹ Dionigi precisa che «Romolo permetteva di punire entrambe queste colpe con la morte... poiché considerava l’adulterio e l’ubriachezza fonti di follia», in A. GUARINO, *Intorno alle «leges regiae»* cit. 54; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis: studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum* (Bari 1997) 26 ss.

¹⁹⁰ Dionigi usa il termine ‘συγγενεῖς’ che da Paolo sappiamo corrispondere alla parola latina ‘cognati’. D. 38.10.10.1 (Paul. *l. sing. de grad. et adfin.*): *Nomen cognationis a graeca voce dictum videtur: suggeneis enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus.*

¹⁹¹ E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 85 (1948) 103 ss., ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 127 ss.

Anche Catone aveva riportato la notizia, confermando la condanna a morte della moglie adultera sorpresa in flagranza di reato: il marito in questo caso poteva ucciderla subito, senza consultare i *cognati*.

Cato *apud* Gell. N.A. 10.23.5: *In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares.*

Da sottolineare, infine, l'importanza delle *leges regiae* come fonti del *ius sacrum*, in particolare nella disciplina del *matrimonium* e della *manus*. Ciò permette di ritenere l'età monarchica l'epoca in cui il matrimonio si può definire un istituto di diritto sacro: un rapporto tra un uomo e una donna volto alla procreazione. A questi ultimi erano imposti l'endogamia religiosa (ovvero entrambi dovevano appartenere alla stessa comunità religiosa) e un sacrificio alla divinità che doveva essere comune alle due parti. Il *ius sacrum*, infine, li voleva non legati da vincoli di sangue, per non creare legami incestuosi.

3. L'editto del pretore

In origine, la nota dell'infamia non era considerata una vera e propria pena, ma veniva sentita soprattutto come un'affermazione di diminuita stima sociale, contenuta nella dichiarazione del pretore di escludere la persona dalla possibilità di presentare istanze al magistrato per altri (*postulare pro alio*)¹⁹².

Il concetto di infamia è stato oggetto di lunghi dibattiti in dottrina in quanto esso non è confinabile in limiti che riguardino unicamente la sfera giuridica di un soggetto. L'infamia nel mondo romano investiva anche il campo sociale e morale di un individuo.

Kaser¹⁹³, verso la metà del secolo scorso, ha sostenuto che era impossibile dare una definizione di infamia, in quanto quest'ultima aveva assunto connotazioni diverse nelle varie fasi dell'esperienza giuridica romana. Era utilizzata per sanzionare condotte molto differenti, ma tutte con la comune caratteristica di riguardare aspetti morali e sociali della comunità¹⁹⁴; tutte erano collegate alla stessa concezione di un'integra reputazione e di *honor* dal punto di vista morale e civile, non meno importanti di quello giuridico. La perdita della *publica aestimatio*, che poteva anche tradursi in una successiva condanna anche giuridica, aveva un'importanza tale, ed era sentita talmente dai cittadini romani, da essere, a volte, considerata una sanzione più temibile di quella prevista dalla legge.

Fu la concezione che i romani avevano del matrimonio il principale motivo del collegamento tra la bigamia e l'infamia. Essi, infatti, inizialmente

¹⁹² E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR.* 40 (1932) 87 ss., ora in *Scritti* 1. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 417.

¹⁹³ M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 73. (1956) 234 ss. Le conclusioni relative all'inesistenza di un concetto giuridico unitario di infamia, era stato precedentemente espresso anche da T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. 993 ss.

¹⁹⁴ T. MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (Paris 1907) 347 ss.

non lo regolamentarono in maniera sistematica in quanto era rappresentativo di uno *status* sociale, prima che giuridico, retto da norme innanzitutto etico-sociali. A sostenere il principio monogamico c'era, quindi, l'interesse pubblico a prevenire disordine e confusione sociale qualora si fosse reso possibile per i cittadini contrarre più unioni matrimoniali. Ad essere tutelata, quindi, non era solo la *familia* e la sua stabilità, ma l'ordine sociale nel suo complesso. La pena dell'*infamia* colpiva chi non rispettava il principio monogamico, in quanto questa condotta avrebbe generato confusione nella società circa la posizione giuridica dell'interessato. Quest'ultimo avrebbe tratto in inganno la *res publica* romana con dolo, pertanto era necessario perseguire soprattutto la sua malafede¹⁹⁵.

Non è facile stabilire una datazione precisa dell'emanazione dell'editto; l'argomento è stato, infatti, oggetto di ampie dissertazioni in dottrina¹⁹⁶. In

¹⁹⁵ Cfr. D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*) e D. 3.2.13.1-4 (Ulp. 6 *ad ed.*), esaminati *infra*, nel testo. Volterra sottolinea che il pretore punisce il soggetto con l'*infamia* non per punire la bigamia ma per sanzionare una condotta che creerebbe confusione all'interno della *societas* romana. Si vuole evitare, quindi, che vada a buon fine l'inganno, realizzato con dolo, in malafede, perpetrato da un soggetto nei confronti di altri, e soprattutto della società romana: E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 392. Al contrario altra parte della dottrina ritiene che non sempre sussiste l'inganno: la parte che tenta di contrarre più fidanzamenti o più matrimoni contemporaneamente potrebbe farlo in accordo con l'altra parte. Più donne, ad esempio, potrebbero essere al corrente che stanno per sposare lo stesso uomo. Quindi il pretore vorrebbe perseguire proprio la bigamia, cioè la causa che genera quell'incertezza e quella confusione di cui scrive Volterra. Sul punto si veda soprattutto A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» in D. 3.2.1 cit. 101 e C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?* cit. 101.

¹⁹⁶ Si veda soprattutto L. POMMERAY, *Études sur l'infamie en droit romain* (Paris 1937) 9 ss. e M. KASER, *Infamia und ignominia* cit. 226 ss., anche con riguardo all'uso dell'espressione tecnica *infamia* al posto di *ignominia*. Tale approssimazione terminologica è probabilmente dovuta sia al condizionamento degli studiosi moderni provocato dall'influenza giustiniana (come nel caso della notissima interpolazione di D. 3.2.1) sia alla comodità di linguaggio. A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» cit. 101 ss. in cui l'a. conferma la supposizione fatta da Kaser (M. KASER, *o.c.* 263 nt. 209) che la lista degli infami, presente nell'editto del pretore (e che terminava con coloro che avevano violato il *tempus lugendi* e con i bigami), fosse stata realizzata prima dell'emanazione della *lex Iulia de adulteriis*. Sul punto si veda anche E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 421 ss. e A. MAZZACANE, sv. «*Infamia. Diritto romano e intermedio*», in *ED.* 21 (Milano 1971) 385.

particolare di Salvo¹⁹⁷, che si è interrogato sulla datazione dei primi elenchi contenenti le categorie di infami¹⁹⁸ e sull'esistenza (fermo restando il carattere specifico delle diverse infamie) di un'elaborazione comune che abbia costituito un *prius* delle prime liste, ipotizza che nell'aggregazione delle fattispecie dei giudizi infamanti abbia influito l'elaborazione retorica dei *iudicia turpia: prius* sia degli editti *de postulando*¹⁹⁹ sia delle leggi municipali. Tali ipotesi prendono in considerazione unicamente l'infamia mediata, non anche quella immediata²⁰⁰.

La tesi di di Salvo prende le mosse dalla considerazione che un elemento utile ai fini della datazione è rappresentato dalle *leges publicae*, le quali, solo dalla metà del II secolo comminano incapacità varie e lo fanno sulla base di una tecnica legislativa dalla quale si ha l'impressione che la materia non sia stata trattata in maniera unitaria, in quanto le limitazioni previste dal diritto pubblico riguardano il singolo *crimen*. Da ciò ipotizza che, almeno fino alla *lex Acilia* (123-122 a.C.), non vi furono elenchi di infami nelle *leges publicae*, comprensivi di azioni pubbliche e private, da cui il pretore abbia potuto attingere²⁰¹.

Si potrebbe, a questo punto, supporre che gli elenchi in tema di *postulare*, alle prescrizioni relative alla funzione di *cognitor* e di *procurator* presenti nell'editto possano fornire elementi utili a definire una datazione certa del

¹⁹⁷ S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.* (Napoli 1979) 199 ss.

¹⁹⁸ S. DI SALVO, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni* (Torino 2013) 97, in cui l'a. precisa che «non sempre si tratta di infami in senso stretto, nella categorizzazione che verrà enucleandosi; ma anche di persone minori di diciassette anni, di sordi, di ciechi ad entrambi gli occhi, di donne, di omosessuali passivi e così via».

¹⁹⁹ O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³ (Leipzig 1927) 76 ss.

²⁰⁰ E cioè l'*infamia* scaturente da una sentenza, civile o criminale, e non quella derivante dall'esercizio di talune attività (ad esempio l'*ars ludicra* o il *lenocinium*): così S. DI SALVO, *Dal diritto romano* cit. 99 ed ivi nt. 18.

²⁰¹ Si veda sul punto S. DI SALVO, *Lex Laetoria* cit. 206 ed ivi nt. 346 e 347.

provvedimento pretorile. Tuttavia anche questa strada si rivela non risolutoria in quanto non esistono fonti che ci permettono di datare gli editti sul *postulare* e sul *cognitor*²⁰².

Pur non essendo possibile stabilire con certezza una collocazione temporale esatta degli editti in parola sembra essere plausibile che essi siano stati emanati nella seconda metà del II secolo. Questa ipotesi si basa su diverse considerazioni che sembrerebbero portare univocamente a collocarlo nell'arco temporale summenzionato. La principale sembrerebbe essere rappresentata dal fatto che, come accennato *supra*, uno dei fattori di formazione degli elenchi contenuti nell'editto sia conseguenza di una catalogazione dei *iudicia* sotto il profilo della loro *turpitudine*. Questa supposizione si fonda su alcuni possibili scenari: il pretore potrebbe aver attinto alla retorica – che si diffonde considerevolmente a Roma proprio nella seconda metà del II secolo – che, nel trattare l'infamia, basava la sua elaborazione sui concetti alternativi di *honestum* e di *turpe* (sarà Cicerone, successivamente, a qualificare come *turpia* i giudizi infamanti, diversi dagli altri proprio sulla base della loro *turpitudine*); oppure potrebbe essere stata la classificazione dei giuristi con l'obiettivo di mediare tra le finalità dell'editto e l'elaborazione retorica delle *causae turpes* a determinare tale catalogazione²⁰³; infine, essa potrebbe derivare da un pensiero giurisprudenziale slegato dalle categorie retoriche summenzionate e facente

²⁰² Gli editti *de postulando* e quello sul *cognitor* devono, comunque, essere presi in considerazione in quanto si tratta sempre di clausole edittali, e per di più esse sono tra le più antiche; la loro datazione, infatti, si pone, orientativamente, tra il 130 ed il 120. Così S. DI SALVO, *Lex Laetoria* cit. 208 ed ivi nt. 357.

²⁰³ Si vedano, a tal proposito, le osservazioni fatte da G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma: contributo al lessico economico dei giuristi romani* (Napoli 1978) 34, in cui l'a. sottolinea che «la figura dell'avvocato e dunque la pratica oratoria dovettero frequentemente costituire un momento di contatto molto vivo tra la cultura dominante e l'elaborazione del diritto».

riferimento a concezioni di presumibile matrice stoica, ovvero al concetto di *honestum* e al suo opposto, che è appunto *turpe*²⁰⁴.

Leggendo attentamente il testo dell'editto si noterà che il pretore non dava rilevanza, per individuare la fattispecie oggetto della sua previsione, unicamente all'effettiva esistenza giuridica di due matrimoni, ma puniva anche il solo tentativo di costituire nello stesso tempo due unioni matrimoniali; infrangendo, così, il principio monogamico:

D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): *Praetoris verba dicunt: 'infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit'*²⁰⁵.

²⁰⁴ Sul concetto di *honestum* e sul suo opposto, cioè *turpe*, M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, tr. it. di De Gregorio e Proto 1 (Firenze 1967) 535 ss., in cui l'a. evidenzia come la morale stoica abbia esercitato direttamente il suo influsso sulla giurisprudenza repubblicana.

²⁰⁵ La dottrina è concorde nel ritenere che le prime parole del frammento '*praetoris verba dicunt*' e l'espressione '*infamia notatur*' siano state interpolate. Tale intuizione risale al Lenel ed ha trovato concorde gli studiosi successivi che hanno condiviso e seguito la sua tesi. Egli le considera «una creazione compilatoria, ispirata all'intento di fornire un elenco dei casi di infamia (che peraltro non risulta completo). Un tale elenco, infatti, mancava in

Dal passo di Giuliano si evince che tra i comportamenti che il pretore considerava riprovevoli ed ai quali comminava, pertanto, l'infamia, c'era il fidanzarsi o lo sposarsi con una persona, essendo contemporaneamente legato ad altra dallo stesso vincolo. L'infamia colpiva anche colui o colei che aveva avuto solo l'intenzione di porre in essere tale condotta: se una persona aveva contratto due matrimoni (o due fidanzamenti) contemporaneamente e, successivamente, uno dei due era venuto meno per un motivo indipendente dalla sua volontà (ad esempio per un vizio), egli veniva ugualmente colpito dalla nota pretoria dell'infamia, in quanto era perseguita la sua volontà di porre in essere una condotta riprovevole, non necessariamente l'esserci realmente riuscito. Quindi anche se, successivamente, si fosse riscontrato che la persona non era riuscita a contrarre due unioni stabili contemporanee, perché il matrimonio o il fidanzamento non erano validi, era ugualmente dichiarata 'infame'. La società ed il diritto obbligavano i Romani ad avere una sola moglie e una sola fidanzata per volta. Il fidanzamento venne, in tal modo, equiparato nuovamente al matrimonio: si trattava di vincoli giuridici fra loro incompatibili²⁰⁶.

La dottrina²⁰⁷ ha lungamente dibattuto sulla possibilità che l'editto del pretore fosse rivolto solo a chi contraeva *bina sponsalia* e non anche alle *binae nuptiae*. Questo secondo caso sarebbe stato inserito dai compilatori giustinianeî al fine di completare la casistica enunciata nell'editto pretorile e di ribadire con

diritto classico». Sul punto cfr. O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in ZSS. 2 (1881) 56 ss. Concordi con la sua tesi: A. GUARINO, «*Salvus Iulianus*». *Profilo bio-bibliografico* (Catania 1945) 71 s., ora in *Labeo* 10 (1964) 400 s.; A. METRO, «*Binae nuptias constituere*» cit. 101 s. nt. 2. Ancora sul frammento giuliano, tra gli altri, si veda: E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 390; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 125; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote* 2 (Roma 2005) 178 s.

²⁰⁶ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit. 135.

²⁰⁷ Vedi *infra* § 4.

maggiore forza – come meglio si vedrà nel paragrafo successivo – il principio monogamico.

Tale condotta limitava la capacità processuale del marito o del *pater familias*, reo di aver acconsentito alle nozze²⁰⁸, consentendo di *postulare* per condotte riprovevoli solo per loro stessi e per poche altre persone: pertanto essi furono qualificati, dalla società e dai giuristi, come ‘infami’ e il loro comportamento considerato ignominioso.

L’infamia ricadeva, infine, sull’uomo e non sulla donna²⁰⁹ perché ella aveva già una più limitata capacità di presentare istanze al magistrato rispetto a quella dell’uomo colpito dalla nota pretoria: la donna poteva, infatti, *postulare* solo per sé²¹⁰.

²⁰⁸ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 173 nt. 137.

²⁰⁹ Volterra ritiene che l’editto punirebbe solo l’uomo perché egli inganna la donna. Al contrario altra parte della dottrina sostiene che non sempre vi è inganno. L’uomo può, ad esempio, non essere nelle condizioni di comunicare subito alla fidanzata l’intenzione di interrompere il fidanzamento ed avere fretta di sposarne un’altra, che potrebbe essere a conoscenza del precedente rapporto. Allo stesso modo non si può, a parere di questa parte della dottrina, escludere il caso che le due donne sappiano l’una dell’altra e siano ugualmente concordi nello sposare lo stesso uomo. Cfr. sul punto: E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389 ; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit. 135 ivi nt. 159 e 136; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 561.

²¹⁰ Cfr. D. 3.1.1.5 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto exceptit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto. Casum: dum caecum utrisque luminibus orbatum praetor repellit: videlicet quod insignia magistratus videre et revereri non possit. Refert etiam Labeo Publilium caecum Asprenatis Noni patrem aversa sella a Bruto destitutum, cum vellet postulare. Quamvis autem caecus pro alio postulare non possit, tamen et senatorium ordinem retinet et iudicandi officio fungitur. Numquid ergo et magistratus gerere possit? Sed de hoc deliberabimus. Exstat quidem exemplum eius, qui gessit: Appius denique Claudius caecus consiliis publicis intererat et in senatu severissimam dixit sententiam de Pyrrhi captivis. Sed melius est, ut dicamus retinere quidem iam coeptum magistratum posse, adspirare autem ad novum penitus prohiberi: idque multis comprobatur exemplis.* Sul testo si veda L. LABRUNA, *Un editto per Carfania?*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* 1 (Napoli 1964) 415 ss., ora in *Adminicula*² (Napoli 1991) 55 ss.

Da notare come, a differenza delle note censorie, la sanzione dell'infamia avesse carattere permanente. Solo il senato, l'imperatore o, in alcuni casi particolari, il pretore, avevano il potere di rimuoverla²¹¹.

Anche un noto passo ulpiano²¹², di commento alla disposizione editale appena analizzata,

D. 3.2.13.1-4 (Ulp. 6 *ad ed.*): 1. *Si quis alieno nomine bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi eius nomine constituat, quem quamve in potestate haberet: certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisse.* 2. *Quod ait praetor 'eodem tempore', non initium sponsaliorum eodem tempore factum accipiendum est, sed si in idem tempus concurrant.* 3. *Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia edicti punitur.* 4. *Cum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est, erit notatus.*

sottolinea che allo stesso modo era punito dall'editto del pretore colui il quale in nome di una persona in sua potestà stipulasse contemporaneamente due promesse di matrimonio (*quis alieno nomine bina sponsalia constituerit*) non simultanee ma che concorressero, perdurando, nel medesimo tempo²¹³. Era, infine, ugualmente colpito dall'infamia colui che si era unito contemporaneamente in fidanzamento o in matrimonio ad una persona nei riguardi della quale il matrimonio non era possibile o era vietato dal *ius* o dal

²¹¹ A. DE GIORGI, *Diritto romano* II (Padova 1957) 135.

²¹² Si veda da ultimo C. FAYER, *La familia romana* 2 cit. 179 e nt. 537.

²¹³ C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?* cit. 103 s. Lo studioso sostiene che non potesse configurarsi un illecito allorquando una persona avesse concluso *bina sponsalia* in nome di un estraneo poiché molto evidentemente questa promessa era priva di qualsiasi conseguenza giuridica.

*fas*²¹⁴. Ciò proverebbe che nel periodo classico fu l'*honor matrimonii*, il comportamento sociale dell'uomo e della donna, a distinguere se un'unione fosse da considerare matrimonio o concubinato. Alcuni autori²¹⁵ sostengono, infatti, che la *ratio* della sanzione dell'infamia non fosse l'esistenza, dal punto di vista giuridico, di due matrimoni contemporanei – che, tra l'altro, risultava a quel tempo giuridicamente inconcepibile – ma la malafede utilizzata nel presentare come lecite due unioni matrimoniali, ingannando dolosamente la società romana sul reale *status* giuridico di un soggetto.

Anche il giurista di Tiro, come il suo predecessore Giuliano, inoltre, evidenziava che il pretore sanciva il principio monogamico non solo nel caso di matrimonio, ma anche per il fidanzamento, equiparandoli²¹⁶.

²¹⁴ C. FAYER, *La familia romana* 2 cit. 179 ed ivi nt. 539. L'Autrice sottolinea che «desta qualche perplessità l'ultima ipotesi considerata da Ulpiano, nel § 4, in cui si fa il caso di uno che costituisce matrimonio con una persona nei riguardi della quale il matrimonio è vietato dal diritto o dal *fas*; non si comprende, infatti, come si possa, in questo caso, parlare di *iustae nuptiae*». Precedentemente, anche Solazzi aveva mostrato perplessità sull'argomento: «la congiunzione dei due sessi, che non sia un *iustum matrimonium*, sarà un concubinato, sarà un accoppiamento voluttuario e passeggero, sarà uno stupro, sarà un incesto, sarà quello che potrà essere, ma non è mai un matrimonio e i figli sono *vulgo concepti*. A Roma non esisteva un matrimonio giuridicamente riconosciuto che non fosse *iustum*». Così S. SOLAZZI, *Attorno ai «caduca»*, in ANA. 61 (1942) 71 ss., ora in *Scritti di diritto romano* 4 (Napoli 1963) 265 ss. Cfr. sull'argomento anche E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 422; A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» cit. 105 s.

²¹⁵ M. KASER, *Infamia und ignominia* cit. 234.

²¹⁶ Da ricordare che era in uso presso i Romani, soprattutto se appartenenti a classi elevate, di far precedere il matrimonio da un periodo di 'fidanzamento', gli *sponsalia*, che indicavano una promessa di future nozze. La dottrina ha dibattuto molto per capire se questa necessità fosse dipesa da ragioni sociali o giuridiche. Il passo di Cassio Dione 59.12.1 pone diversi dubbi sul tema. Lo storico narra la vicenda dell'imperatore Caligola che sposò Lolliia Paolina dopo aver costretto suo marito a fidanzarla a lui, per non sposarla senza fidanzamento, violando in tal modo le leggi. Si tratta di una testimonianza isolata che lascia presupporre che si trattasse di motivi di ordine sociale e non giuridici in quanto nel periodo classico il fidanzamento non era un presupposto giuridico obbligatorio del matrimonio. Cfr. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 339; di contro E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali* cit. 351 nt.2. Inizialmente, gli *sponsalia* erano caratterizzati da formalità che si attuavano mediante la *sponsio*: da questo termine deriva etimologicamente la parola '*sponsalia*'; ciò è confermato da fonti giuridiche e letterarie. Si vedano tra tutti: D. 23.1.2 (Ulp. *l. sing. de sponsal.*): *Sponsalia autem dicta sunt a*

È interessante osservare come, in ambito di parificazione tra fidanzati e coniugi, già nel 204 a.C., quando fu emanata la *lex Cincia de donis et muneribus*, si possono riscontrare i primi cenni di equiparazione dei due *status*²¹⁷. In base a tale legge, erano proibite le donazioni smodate tra estranei, sia che avessero carattere di liberalità al solo scopo di arricchire il beneficiario, sia se fossero motivate da doveri impegnativi sul piano sociale. Non era proibito, quindi, a coloro che avevano dei rapporti di affinità di farsi reciprocamente donazioni *ultra modum*²¹⁸: la legge conteneva, infatti, un elenco di *exceptae personae* in cui erano presenti, oltre ai coniugi, anche i fidanzati. Il giurista Paolo, dunque, nell'illustrare la suddetta legge afferma in

Fragm. Vat. 302: Excipiuntur et adfinium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.

spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras e Gell. N.A. 4.4.2: Qui uxorem inquit 'ducturus erat', ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat, 'sponsa' appellabatur, qui spoponderat ducturum, 'sponsus'. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecuniam aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui spoponderat, ei qui stipulatus erat, condemnabat.

²¹⁷ Volterra ritiene non veritiera la notizia ed interpolata la fonte da cui essa deriva. Cfr. E. VOLTERRA, s.v. «Sponsali», in *NNDI*. 18 (1971) 34 ss. in particolare 36.

²¹⁸ Modestino definisce l'*adfinitas* e gli *adfines* in D. 38.10.4.3 (Mod. 12 *pand.*): *Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniugendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.*

Egli precisa che sono eccettuate dal divieto di donazione anche questo elenco di persone, denominate affini²¹⁹. Allo stesso modo è riscontrabile anche dalle commedie di Plauto e di Terenzio che, nel III-II sec. a.C., il fidanzamento creava tra i soggetti e le rispettive famiglie dei rapporti di parentela analoghi a quelli generati dal matrimonio, ossia di *adfinitas*²²⁰.

²¹⁹ Per molto tempo la dottrina ha dibattuto sulla *ratio* di questa legge (votata nel 204 a.C. su proposta del tribuno M. Cincio Alimento, con l'autorevole appoggio di Q. Fabio Massimo) per trovare una giustificazione alla presenza tra le *exceptae personae* dei coniugi, considerata l'esistenza del divieto di donazioni tra loro. La tesi più accreditata è che ai tempi della *lex Cincia* era ancora possibile che i coniugi si facessero donazioni reciproche. Sul punto cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 289 s.; A. GUARINO, *Adfinitas* (Milano 1939) 46 s.; ID., *Diritto privato romano*¹² cit. 374 s. ed ivi nt. 31.4.1; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² cit. 728 ed ivi nt. 2; E. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli 1960) 63 ed ivi nt. 34; A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, in *Labeo* 37 (1991) 342 ss.

²²⁰ Plaut. *Aulularia* 473: *sed Megadorus meus affinis eccum incedit a foro...*; 526: *sed eccum adfinem ante aedis...*; 612: *nunc lavabo, ut rem divinam faciam, ne affinem morer*. ID. *Trinummus* 442: *Meus gnatus me ad te misit, inter te atque nos adfinitatem ut conciliarem et gratiam. tuam volt sororem ducere uxorem*; 505: *Quom adfinitate vostra me arbitramini dignum, habeo vobis, Philto, magnam gratiam*.

4. L'equiparazione tra i *bina sponsalia* e le *binae nuptiae*

Dai summenzionati passi del Digesto, D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*) e D. 3.2.13.1-4 (Ulp. 6 *ad ed.*), sembra, quindi, che incorresse nello stesso divieto e nella medesima sanzione chi concludeva contemporaneamente, a proprio nome o a nome di persone in sua potestà, non solo il duplice matrimonio, ma anche il duplice fidanzamento; la giurisprudenza e l'editto del pretore, a questo fine, avrebbero equiparato i due istituti²²¹.

Invero alcuni autori hanno sostenuto che la sanzione edittale riguardasse solo i *bina sponsalia*²²² partendo dall'assunto che per tutto il periodo classico fu impossibile che si manifestasse il reato di bigamia in caso di doppie nozze, potendosi configurare la seconda unione, rispetto alla prima, o come un concubinato – nel caso in cui nel primo matrimonio permanesse l'*affectio maritalis* – oppure come nuovo matrimonio, che avrebbe automaticamente annullato il primo²²³. La previsione delle '*binae nuptiae*' sarebbe, quindi, un'aggiunta dei compilatori giustiniane, a seguito dell'introduzione del reato di bigamia.

Questa tesi²²⁴ è stata sostenuta anche da Metro, sulla scia di alcune

²²¹ Funditus R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit. 134 ss.

²²² Così, ad esempio, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 268; P.E. CORBETT, *The Roman Law of marriage* cit. 16; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴ (Milano 1972) 140; C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano alla fine della repubblica e del principato*, in *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias III* (Madrid 1988) 1169 s., ora in *Scritti scelti di diritto romano. 'Servi filii nuptiae'* (Torino 2002) 485 ss., R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*³ cit. 135 s.

²²³ Così E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389 ss. L'Autore sostiene la tesi che per tutto il periodo classico fosse impossibile che si configurasse la fattispecie della bigamia.

²²⁴ A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» cit. 101 ss. Sia Metro sia Sanfilippo espungono dal passo (D. 3.2.1) il riferimento al matrimonio e riscrivono la frase sostituendo *constituta* al plurale femminile *constitutas*. *Contra* Astolfi, il quale ritiene, tra l'altro, che l'accusativo

perplessità rilevate da Volterra²²⁵, e condivise da Sanfilippo²²⁶.

Volterra, non persuaso dal riferimento dell'editto alle *binæ nuptiæ* e considerando il concetto stesso incompatibile con coeva concezione del matrimonio, aveva interpretato la perifrasi come riferita ad unioni matrimoniali di fatto (non obbligatoriamente due unioni che giuridicamente potevano essere considerate come *iustæ nuptiæ*). Il pretore, per questa via, avrebbe punito il solo fatto di costituire, o tentare di costituire, due unioni stabili, che avrebbero determinato incertezza sull'esatta posizione giuridica dei soggetti.

Metro condivide le perplessità di Volterra, ma ritiene che non sia possibile interpretare l'editto del pretore in maniera talmente estensiva da andare contro il dettato edittale. La frase *binas nuptias constitutas* non lascia, a parere dello studioso, adito a dubbi circa il suo tenore letterale che appare chiarissimo.

Entrambi gli studiosi mostrano perplessità anche nei confronti del commento ulpiano all'editto ed in particolare all'ipotesi considerata da Ulpiano nel frammento D. 3.2.13.4, precedentemente analizzato. Anche su questo punto essi, però, si differenziano nelle conclusioni. Volterra ritiene che il passo confermi ulteriormente la portata, non necessariamente istituzionale, dei due rapporti, Metro, invece, sottolineando come costituire un matrimonio vietato dal *ius* o dal *fas* sia una contraddizione in termini²²⁷, conclude, ancora una volta, per l'interpolazione.

plurale femminile *constitutas* sia genuino: cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit. 157 nt. 110.

²²⁵ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 421.

²²⁶ C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?* cit. 101 ss.

²²⁷ Metro, infatti, mutuando le parole del Solazzi, scrive che «è una contraddizione in termini riferirsi a chi costituisce matrimonio ... con una persona, nei riguardi della quale il matrimonio è vietato». A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» cit. 105 ed ivi nt. 12. Solazzi, come già riportato *supra* nt. 181, riteneva che a Roma non esistesse un matrimonio giuridicamente riconosciuto che non fosse *iustum*. S. SOLAZZI, *Attorno ai «caduca»* cit. 355 ss.

Gli argomenti, che, a parere di Metro, inducono a ritenere che l'originaria previsione edittale riguardasse solo i *bina sponsalia* sono vari. Più precisamente egli fa notare che l'utilizzo del *constituere* riferito anche alle *nuptiae* non trova conforto nelle fonti e non è giustificabile dal punto di vista logico. I verbi più usati dai giuristi in questo caso (diversamente rispetto agli *sponsalia* per i quali di sovente si utilizza tale verbo) sono *contrahere* e *facere*; *constituere* è adoperato solo nei due passi citati, D. 3.2.1 e D. 3.2.13.4. È da aggiungere, inoltre, ed ancora a supporto di questa tesi, che negli altri passi ulpiane, sempre del sesto libro di commento *ad edictum*, e che precedono il frammento appena citato (D. 3.2.13.1-3), il giurista menziona per ben due volte i soli sponsali e non fa alcun riferimento alle *nuptiae*. Dall'ulpiano D. 3.2.13.3, inoltre, è possibile riscontrare un altro motivo che porterebbe a confermare l'interpolazione del giuliano D. 3.2.1, in quanto nel frammento summenzionato Ulpiano fa riferimento alla *sententia edicti* e non ai *verba*, ciò induce a riflettere sulla portata estensiva delle affermazioni del giurista rispetto alle parole dell'editto ed a pensare ancora una volta che quest'ultimo si riferisse solo agli *sponsalia*. Se, infatti, il pretore nel suo editto avesse compreso oltre ai *bina sponsalia* anche le *binae nuptiae*, la fattispecie menzionata da Ulpiano, che fa riferimento ad un matrimonio ed a uno sponsale, sarebbe potuta rientrare senza ombra di dubbio nei *verba edicti* ed egli non avrebbe potuto richiamare la *sententia edicti*. Metro, infine, porta un'ultima argomentazione, di tipo filologico, a supporto della sua tesi, che riguarda la concordanza di un predicato femminile, *constitutas*, con due sostantivi, uno neutro e uno femminile (*sponsalia* e *nuptiae*), che violerebbe, a suo parere, una regola sintattica latina.

A queste considerazioni di Metro si aggiunge Sanfilippo che ritiene sia improbabile che un *pater familias constituat nuptias* in nome e per conto di un figlio. Mentre ciò, a parere dello studioso, potrebbe ritenersi ipotizzabile per il caso degli *sponsalia*, altrettanto non può dirsi per la costituzione di un matrimonio²²⁸.

²²⁸ C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?* cit. 102.

La seconda tesi apre, quindi, anche a chi scrive, delle riflessioni particolarmente suggestive e che appaiono del tutto convincenti sia pure solo per il periodo antecedente alla legislazione matrimoniale augustea. Esse sono supportate, infatti, dalle seguenti ragioni logico-giuridiche e sociali.

Invero, analizzando il piano degli elementi costitutivi della fattispecie delle *binae nuptiae* o *bina sponsalia* era necessario che una persona sposata contraesse un altro matrimonio, senza aver sciolto il primo.

In epoca antecedente alla legislazione matrimoniale augustea, vigendo la libertà di forme per il divorzio, doveva però essere palese l'assenza di volontà di divorziare (essendo sufficiente per la configurabilità del divorzio anche la celebrazione di un successivo matrimonio): solo in tal caso, infatti, vi era bigamia ed il secondo matrimonio era nullo; altrimenti le seconde nozze avrebbero annullato *ipso iure* le prime ed il nuovo matrimonio sarebbe stato valido.

Volterra, come già evidenziato, asseriva l'impossibilità, in questo periodo storico, che in capo alla stessa persona potessero coesistere due rapporti matrimoniali: se fosse stato valido il primo, il secondo era concubinato, viceversa il problema non sarebbe esistito perché il secondo matrimonio avrebbe sciolto, *ipso iure*, il primo²²⁹. Determinante per differenziare le due unioni e per comprendere se ci si trovasse al cospetto di seconde nozze o di concubinato era la presenza dell'*honor* e dell'*affectio*; essi, infatti, sussistevano solo nel matrimonio, la loro assenza faceva configurare un concubinato²³⁰.

Da quest'asserzione deriva il forte legame tra il concubinato e la bigamia, legame sul quale si tornerà più avanti al fine di perimetrare l'ambito di applicazione della nostra fattispecie, in quanto la sussistenza del primo la

²²⁹ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389.

²³⁰ L'argomento inerente la sola presenza dell'*affectio maritalis* e dell'*honor matrimonii* affinché perdurasse il vincolo matrimoniale tra i coniugi è stato trattato più approfonditamente *supra* nel I capitolo.

escludeva del tutto. L'importanza di tracciare la linea di confine tra le due situazioni, tra l'altro, si renderà particolarmente determinante in progresso di tempo quando la pratica del concubinato si diffonderà ampiamente, sia per reazione alle rigide leggi sulla morale emanate da Augusto, sia come espediente per non incorrere nella bigamia e ricevere la sanzione dell'infamia pretoria, prima, e la pena poi.

Con l'emanazione della *lex Iulia de adulteriis* vennero introdotte, come è noto, specifiche forme per porre fine ad un matrimonio (anche se, come precedentemente detto²³¹, per tutta l'età classica la volontà dei coniugi di porre fine al rapporto coniugale, in qualunque modo esternata, produsse sempre i suoi effetti e portò, quindi, sempre al divorzio dei due coniugi). Anche Cicerone, in un famoso passo del *De Oratore*²³², tratta la questione inerente le forme del divorzio: la risoluzione della controversia nel caso in esame dipendeva dall'interrogativo, di natura giuridica, se per divorziare fosse necessario, appunto, l'utilizzo di determinate forme ('*certis quibusdam verbis*') o se fosse sufficiente contrarre nuove nozze ('*novis nuptiis*').

Cic. *De Orat.* 1.40.183: *Quid? De libertate, quo iudicium gravius esse nullum potest, nonne ex iure civili potest esse contentio, cum quaeritur, is, qui domini voluntate census sit, continuone, an, ubi lustrum sit conditum, liber sit? Quid? Quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset, mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocrisne res in contentionem adducta est, cum quaereretur de duobus civium capitibus et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre, quae, si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum duceretur?*

²³¹ Si veda *supra* capitolo I § 2, in particolare note 41 e 48.

²³² C. FAYER, *La familia romana* 2 cit. 338 ed ivi nt. 40.

Cicerone narra, in questo passo, di un cittadino romano che aveva lasciato in Spagna la moglie incinta per ritornare a Roma. Qui, senza aver prima ripudiato la moglie, aveva sposato un'altra donna. Egli morì prima di aver redatto il testamento e prima della nascita del figlio. La questione che aveva creato dispute tra i giuristi dell'epoca, era inerente allo stato giuridico del figlio nato dalla seconda unione e della di lui madre: in sostanza verteva sulla natura del nuovo vincolo contratto dall'uomo²³³.

Nel caso in esame l'atto di divorzio era mancato; pertanto, se fosse vera la prima affermazione (che per divorziare era necessario l'utilizzo di determinate forme verbali), sarebbe stato valido il matrimonio contratto in Spagna e nullo il secondo (e la donna considerata una concubina); viceversa sarebbe stato il secondo matrimonio, quello romano, a prevalere (con la conseguenza che il figlio sarebbe potuto succedere al padre, essendo legittimo).

In questo testo di Cicerone, appare, sia pure solo *in nuce*, che, alla fine dell'età repubblicana, il secondo matrimonio, quando il primo era ancora efficace, era considerato nullo: infatti, quando il divorzio non era manifestato nei modi prescritti dalla legge, era il primo matrimonio a continuare ad essere valido; il secondo sarebbe stato nullo sulla base del principio monogamico.

Alcuni autori, invero, negano che Cicerone abbia considerato le doppie nozze come causa di invalidità del secondo matrimonio, egli ne avrebbe escluso la validità solo in quanto le considerava non sorrette da reale volontà; pertanto egli prospetterebbe solo le due ipotesi di divorzio dalla prima moglie o di

²³³ La questione, come precisato *infra* paragrafo, non era incentrata sulla configurazione della fattispecie della bigamia ma sullo stato giuridico del figlio nato dalla seconda unione, e della madre di lui. In particolare se questi ultimi avessero potuto concorrere nell'eredità con la prima moglie e con il primo figlio, lasciati in Spagna. La dottrina moderna, in particolare Castello, ritiene che fu proprio la disposizione emanata dal pretore nel suo editto (D. 3.2.1) a far cessare le dispute tra i giuristi del tempo. Così C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati* cit. 1169 s.

concubinato con la seconda²³⁴. Di contro, altra parte della dottrina ritiene che, essendo la nullità del secondo matrimonio determinata dall'insufficienza della manifestazione di una volontà propensa a voler sciogliere il primo, persistendo entrambi i rapporti, ciò che determinava la nullità del secondo era senz'altro il divieto di bigamia²³⁵.

Alla luce di quanto esposto non appare peregrino affermare che l'introduzione di forme determinate per divorziare ebbe delle ripercussioni determinanti sulla configurazione della fattispecie delle *binae nuptiae*²³⁶. Augusto, per mezzo della sua riforma, favorì indirettamente il divorzio non tacito: l'atto espresso di divorzio, da questo momento in poi, assunse rilevanza allorquando, in presenza di tali formalità, non fu più possibile che il secondo matrimonio annullasse *ipso iure* il primo. Esso era nullo perché la sua esistenza avrebbe leso il principio monogamico²³⁷.

Come evidenziato sopra non solo ragioni logico giuridiche inducono a vedere nella legislazione matrimoniale augustea un momento fondamentale per l'emersione più compiuta del divieto di *binae nuptiae*, ma anche spinte di natura sociale indotte dalla riforma.

Quando nel I secolo a.C., infatti, Augusto, nel tentativo di limitare il dilagante fenomeno della corruzione dei costumi, emanò la *lex Iulia de*

²³⁴ Così, accogliendo l'interpretazione di Volterra, G. LONGO, *Ancora sul matrimonio romano* cit. 469 ss.; S. DI SALVO, *Matrimonio e diritto romano*, in *Index* 2 (1971) 385 ss.

²³⁵ *Funditus* R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit. 159 e in particolare nt. 114.

²³⁶ Come già detto precedentemente da Augusto, e per tutta l'epoca classica, le formalità introdotte dalla *lex Iulia* non furono considerate vincolanti, pertanto i coniugi potevano manifestare in qualsiasi modo la loro volontà di divorziare. Si veda *supra* capitolo I § 2, in particolare note 41, 42 e 48. Parte minoritaria della dottrina tuttavia sostiene il contrario: la materia è, infatti, oggetto di approfondimenti. Si veda, ancora, *supra* capitolo I § 2, in particolare nt. 44.

²³⁷ G. RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis', in *BIDR.* 90 (1987) 355 nt.1.

*adulteriis coërcendis*²³⁸, per la prima volta si intervenne in maniera ferma e netta contro i crimini di natura sessuale: repressione che fino a quel momento era stata affidata all'iniziativa familiare e regolata all'interno dei singoli nuclei delle *familiae romanae*. Dal 18 a.C., con l'emanazione di questa legge, alcune fattispecie (tra le quali vedremo essere sussumibili anche comportamenti *lato sensu* riconducibili alla bigamia) vennero considerate *crimina publica* e, quindi, perseguite nelle *quaestiones perpetuae* (tribunali regolari e permanenti presieduti da un magistrato e formati da un determinato numero di giurati).

Successivamente, con la *lex Iulia et Papia Poppea*²³⁹, Augusto introdusse una serie di casi nei quali, per motivi sociali, era impossibile creare unioni matrimoniali: era vietato sposare schiave, mezzane, attrici, donne condannate in giudizi pubblici, adultere, meretrici, liberte e donne in *obscuro loco natae*. In tutte queste situazioni, o non era permesso, dalla legislazione augustea, il matrimonio per qualunque uomo, o, in determinate circostanze, non era consentito ai senatori.

Deve evidenziarsi che Augusto portò a compimento il processo non senza difficoltà: le implicazioni patrimoniali e il rigore delle sanzioni per le relazioni extraconiugali introdotte dalla legge fomentarono una larga frangia oppositrice, cavalcata e strumentalizzata da quei politici detrattori del *princeps* che vestivano «i panni della difesa delle libertà individuali»²⁴⁰. Tale circostanza è confermata dalla maggior parte degli studiosi, che ritengono la riforma matrimoniale augustea unica per l'impatto che ebbe nell'opinione pubblica. A

²³⁸ Funditus C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 212 ss. ed ivi note con bibliografia.

²³⁹ R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (Padova 1996) 32 ss.; C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 20 ss.

²⁴⁰ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 235.

tal proposito, la storiografia antica narra di due manifestazioni popolari contro l'adozione dell'assetto legislativo augusteo²⁴¹.

Furono tutte queste restrizioni, da un lato, e dall'altro le istanze dei detrattori, che probabilmente generarono, come conseguenza, sia una maggiore frequenza e diffusione della pratica del concubinato (per mezzo dei quali i soggetti non potevano essere accusati di aver commesso i reati di *stuprum* o di *adulterium*) sia l'atteggiamento di tolleranza nei confronti della pratica suddetta. Esso si diffuse, ad esempio, anche tra i governatori delle provincie ed i soldati che, nel corso del loro servizio, non potevano sposare donne del luogo. Anche in questi casi, quando il matrimonio era impossibile, si diffusero i rapporti concubinari. Quindi il concubinato, già frequente in età repubblicana, si diffuse, con Augusto in tutti gli strati sociali. Il processo investì in primo luogo i ceti più bassi della popolazione, per poi diffondersi al punto tale da essere praticato dagli stessi imperatori. Senza suscitare alcuno scandalo nell'opinione pubblica, Vespasiano, Antonio Pio e Marco Aurelio vissero con altre donne, pur non essendo legati a loro da vincoli matrimoniali, in seguito alla morte delle loro mogli legittime²⁴².

La dottrina moderna si è divisa sulle ragioni del perché il concubinato raggiunse la sua massima diffusione in epoca augustea. Cristaldi²⁴³ evidenzia

²⁴¹ Cass. Dio. 56.1.2; Suet. *Aug.* 34.1. La dottrina si divide sulla connotazione sociale dei detrattori della suddetta legge: taluni vedono nel ceto degli *equites* l'unico focolare del dissenso (Cfr. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les lois démographiques d'Auguste*, in *Revue Historique* 57 [1895] 266 s.; N.A. MASCKIN, *Il principato di Augusto* 2 [Roma 1956] 117 ss.), altri attribuiscono agli *equites* un ruolo portante, ma non li ritengono gli unici partecipanti alla protesta (Cfr. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 224; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* cit. 329. Non manca inoltre chi individua l'aristocrazia senatoria come protagonista dei movimenti. Cfr. sul punto: R. SYME, *La rivoluzione romana* [Torino 1974] 443 ss.).

²⁴² Suet. *Vesp.* 3.3. La tematica è stata oggetto di approfondimenti in dottrina. Si veda sul punto: E. VOLTERRA, s.v. «*Concubinato*», in *NNDI*. 3 (1959) 1052; L. SANDIROCCO, *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *Labeo* 50 (2004) 204 e nt. 43; C. FAYER, *La familia* 2 cit. 12 nt. 4.

²⁴³ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 163.

che una parte di essa attribuisce rilevanza al fatto che l'adozione della legislazione di Augusto avrebbe elevato il concubinato al grado di istituto giuridico²⁴⁴. In conseguenza di tutte le proibizioni introdotte con la sua legislazione matrimoniale, e con il diffondersi della pratica del concubinato, infatti, la giurisprudenza fu portata ad elaborare, dopo la legislazione augustea, l'istituto del concubinato²⁴⁵, che da semplice rapporto sociale divenne un istituto giuridico²⁴⁶. Un'altra parte della dottrina²⁴⁷ ritiene che la menzione del concubinato nella legge augustea sia stata prevista solo per «esentarlo dalle pene previste per lo stupro nella *lex Iulia de adulteriis* e per distinguerlo dal matrimonio nella *lex Iulia et Papia*»²⁴⁸. La componente maggioritaria della dottrina²⁴⁹ sostiene, infine, che la diffusione del concubinato sia stata indirettamente determinata dalle leggi matrimoniali introdotte dal *princeps*²⁵⁰.

²⁴⁴ F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano* I (Padova 1876) 22 s.; T. MOMMSEN, *Romisches Staarecht* cit. 430 nt. 2; B. GIL OSUNA, *Las uniones de hecho o convivencia more uxorio en el derecho romano*, relazione tenuta al Congresso Latino Americano de derecho romano (Buenos Aires 15-17 settembre 2004).

²⁴⁵ La frase '*concubinatus per leges nomen assumpsit*' non può essere interpretata in altro modo. D. 25.7.3.1 (Marcian. 12 *inst.*): *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit.*

²⁴⁶ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² cit. 572 s.

²⁴⁷ P. GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, in *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Vellèien*² (Paris 1885) 553; P.M. MEYER, *Der römische Konkubinat* cit. 29 ss.; E. COSTA, *Corso di storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustinianee* (Bologna 1903) 267 nt. 177; G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano. Parte prima* (Bologna 1886) 193 ss.; W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuraciòn de las uniones*, in AA.VV. *Le relazioni affettive non matrimoniali* (Roma 2014) 82.

²⁴⁸ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 164.

²⁴⁹ Tra questi G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea* cit. 55 ss.; J. PLASSARD, *Le concubinat* cit. 53 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 315 ss.; G. LONGO, *Diritto di famiglia*² cit. 68; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 126; C. NARDI, *Cenni storici del concubinato*, in *Archivio Penale* 19 (1963) 112; P. CSILLAG, *Il concubinato e la legislazione di diritto familiare dell'imperatore Augusto*, in *Accademia*

Nell'età classica il concubinato si caratterizzava sia per l'assenza dell'*affectio maritalis* e, quindi dell'*honor matrimonii*, sia per la presenza – caratteristica comune con il vincolo coniugale – della convivenza²⁵¹.

Per tutto questo periodo il concubinato non interessò la legge²⁵² e non fu considerato mai riprovevole nella coscienza sociale romana: per nessun uomo

d'Ungheria in Roma. Quaderni di documentazione IV (Roma 1963) 6 ss.; G.C. CASELLI, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *RSDI*. 37-38 (1964-65) 164; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 279; R. ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della "lex Iulia et Papia"*, in *SDHI*. 39 (1973) 192; F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Aalen 1992) 138; A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El concubinato en la experiencia jurídica romana*, in *Hominum causa omne ius constitutum est, Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.M. Díaz Moreno* (Comillas 2000) 1467 ss.; L. SANDIROCCO, *Il concubinato* cit. 202 s; C. FAYER, *La familia* 2 cit. 20 ss.

²⁵⁰ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 164. L'Autore: «La *lex Iulia de adulteriis*, elencando espressamente le categorie di donne in *quas stuprum non committitur*, di fatto indicava quelle donne con le quali era possibile una relazione concubinaria senza incorrere nelle pene previste per lo stupro; la *lex Iulia et Papia*, stabilisce taluni impedimenti di natura sociale, rendeva il concubinato l'unica pratica possibile». Lo stesso Autore propende per questa tesi, sottolineando il fatto che la legislazione augustea si inseriva a pieno titolo tra gli strumenti volti ad attuare un programma politico che mirava al risanamento morale della società. Su questo tema è intervenuta anche la Giunti che, oltre a convergere sull'opinione di Cristaldi, parla di «intonazione classista della legge» già evidente nella sua stessa definizione (*de maritandis ordinibus*). Cfr. sul punto: P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie* cit. 229 e nt. 41.

²⁵¹ S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 164. L'Autore evidenzia come parte della dottrina abbia tentato di sostenere la non coesistenza di matrimonio e concubinato. Sul punto si sono soffermati autorevoli giuristi: F. SCHUPFER, *La famiglia* cit. 25; C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* cit. 361; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 150 ss.; A. WATSON, *Captivitas and matrimonium*, in *RHD*. 29 (1961) 250; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 279 nt. 7 e 280. Cristaldi sposa la tesi contraria, specificando come successivo brano di Ulpiano non possa essere interpretato come prova a sostegno della suddetta incompatibilità. D. 24.2.11.2 (*Ulp. 3 ad. l. Iul. et Pap.*): *Proinde si patronus sibi desponderit aliam vel destinaverit vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptam: et si concubinam sibi adhibuerit, idem erit probandum*. Il brano specifica che, nel caso una liberta avesse divorziato dal proprio patrono (contravvenendo alla legge), nonostante il divorzio avesse effetto, la prima non potesse sposare o essere la concubina di altri. Una condizione che si sarebbe protratta finché il patrono avesse espresso la volontà di averla come moglie. Per l'autore il contenuto del brano si inserisce in un più ampio discorso e non è dunque possibile considerarlo una prova dell'incompatibilità tra matrimonio e concubinato.

era, infatti, indecoroso avere una concubina²⁵³. Si trattava della convivenza tra individui di nascita liberi e schiave, tra nati liberi e liberte, tra liberi e liberte; viceversa da documenti epigrafici di età repubblicana ed anche imperiale sembra del tutto assente, nelle iscrizioni di Roma, la menzione del concubinato fra uomo e donna *ingenui*; probabilmente perché, ove possibile, si preferiva istaurare un vincolo di tipo matrimoniale. Quando le differenze sociali rendevano il matrimonio impossibile, o quanto meno sconveniente, si conviveva in concubinato. Le concubine, infatti, erano quasi sempre di umili origini, ed i loro uomini di classi più elevate. Nel corso dei secoli il termine ha assunto diversi significati e ne sono state date disparate definizioni. Come già precisato precedentemente, il giurista Paolo ne esplicitò tre²⁵⁴.

²⁵² Nel normare il concubinato, si partì dalla necessità di delineare criteri distintivi che permettessero di differenziarlo dal matrimonio, per poi procedere gradualmente a regolarlo tramite l'attività di commento alla *lex Iulia et Papia* e alla *lex Iulia de adulteris*. Sul punto: C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 193; G. LONGO, *Diritto di famiglia*² cit. 68; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma* cit. 164.

²⁵³ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 125.

²⁵⁴ D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*), esaminato *supra* § 2. Si veda anche D. 25.7.1.1 (Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Cum Atilicinio sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*. La convivenza con più concubine è testimoniata inoltre da un passo di Plinio il Giovane, dove la presenza di più concubine nella scena dell'assassinio del *vir praetorius Larcius Macedo* viene descritta in modo del tutto naturale, lasciando dunque supporre che si trattasse di una prassi diffusa. Plinio *Epist.* III 14.2-3: *Repente eum servi circumstant. Alius fauces invadit, alius os verberat, alius pectus et ventrem, atque etiam (foedum dictu) verenda contundit; et cum exanimem putarent, abiciunt in fervens pavimentum, ut experirentur an viveret. Ille sive quie non sentiebat, sive quia se non sentire simulabat, immobilis et extensus fidem peractae mortis implevit. Tum demum quasi aestu solutus effertur; excipiunt servi fideiiores, concubinae cum ululatu et clamore concurrunt. Ita et vocibus excitatus et recreatus loci frigore sublati oculis agitatoque corpore vivere se (et iam tutum erat) confitetur*. Solo con Giustiniano verrà introdotto un divieto a questa pratica. Come testimonia Ulpiano era, invece, degno di rispetto, e non solo lecito, il concubinato della liberta con il proprio patrono; solo a lei, infatti, veniva riservato il *nomen* di matrona. D. 48.5.14 pr. (Ulp. 2 *de adult.*): *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinato se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit*. Ulpiano, ritenne, a questo proposito, immorale che tale liberta, concubina del proprio patrono, potesse successivamente esserlo del di lui figlio o nipote. D. 25.7.1.3 (Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel*

contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est. Marciano sostenne che la concubina poteva essere sia una liberta altrui, sia una prostituta, sia un'ingenua, anche se *in obscuro loco nata*. D. 25.7.3 pr. (Marcian. 12 inst.): *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. Sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* Se l'uomo preferiva, invece, per concubina una donna di onesta condotta e nata libera o doveva ricorrere ad una *testatio* o, in alternativa, se voleva unirsi a lei poteva farlo solo sposandola, altrimenti avrebbe commesso uno stupro. Ciò dimostra che Marciano, già in epoca classica, ammetteva (tramite la *testatio*) il concubinato con una donna non solo ingenua, ma anche di *honestae vitae*. Il testo viene, però, ritenuto interpolato in questa parte; soprattutto dal parallelo con il passo di Ulpiano sopra menzionato. Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 322; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² cit. 374 nt. 2. Allo stesso modo Modestino, che confermò il passo di Marciano, affermò che avrebbe commesso stupro chi avesse trattenuto una donna libera per avere con lei una relazione amorosa, non a scopo di matrimonio, ad eccezione della concubina. D. 48.5.35 pr. (Mod. 1 reg.): *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.* Parte del testo (*excepta videlicet concubina*) è considerato interpolato e non dell'età classica. La dottrina più recente ha messo in discussione questo convincimento della dottrina tradizionale, sostenendo che non sia stato Giustiniano il primo ad ammettere possibile il concubinato con donne *ingenuae et honestae*; rivendicando, quindi, la classicità dei frammenti. Cfr. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano* 1 cit. 363 ss. sul frammento papiniano nel quale viene menzionata una *mulier ingenua et honesta* che dimostrerebbe che già in epoca classica esistesse il concubinato con donna di liberi natali ed onesta. D. 34.9.16.1 (Pap. 8 resp.): *Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur, eius, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur. Idque in testamento Coccei Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique principes nostri iudicaverunt: cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitam apparuit.* Un elemento di transizione tra epoca preclassica e classica è costituito dal fatto che nella seconda il diritto romano riconoscerà alla concubina la capacità di *capere ex testamento*. Tra le fonti, infatti, si elencano attestazioni di legati o fedecommissi disposti in suo favore. D. 32.41.5 (Scaev. 22 dig.): *Concubinae inter cetera his verbis legaverat: 'fundum in appia cum vilico suo et contubernali eius et filiis dari volo': quaesitum est, an nepotes quoque vilici et contubernalis eius testator ad concubinam pertinere voluit. Respondit nihil proponi, cur non deberentur.* D. 34.9.16.1 (Pap. 8 resp.). Il testo è stato oggetto di un ampio dibattito della dottrina, non essendo del tutto chiara la condizione di Rufina, cioè la beneficiaria del legato. Una larga parte della dottrina la ritiene ingenua ma di bassa estrazione sociale: G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea* cit. 55 s.; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato* cit. 186 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² cit. 374 nt. 2; R. ASTOLFI, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, in *SDHI*. 31 (1965) 56 s.; M. HUMBERT, *La concezione giuridica del matrimonio romano, modello per il legislatore odierno?*, in *Diritto Romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano Copanella 3-7 giugno 2000* (2004) 314. Altri considerano invece Rufina *ingenua et honesta*: J. PLASSARD, *Le concubinat*

La lettura di altre fonti consente di immaginare che l'equiparazione dei due istituti delle *binæ nuptiæ* e dei *binæ sponsalia* sia stato oggetto di approfondimento proprio nell'età dei Severi.

Papiniano negava l'equiparazione tra il fidanzamento ed il matrimonio (considerando il primo solo una promessa) e, di conseguenza, non riteneva che il *pater* fosse infame e reputava valide le nozze. Il matrimonio, infatti, revocava, a suo parere, il precedente fidanzamento, e lo faceva in maniera informale, in quanto nessuna forma era prevista dalla legge.

D. 48.5.12.7 (Pap. *l. sing. de adult.*): *Quaerebatur, an iure mariti possit accusare vir eam feminam, quae, cum ei desponsa fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita. Respondit: novam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterii crimen obicere desiderat propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella a patre in matrimonium alii fuerit tradita.*

Il frammento, dunque, tratta l'ipotesi di una donna, già promessa in sposa ad un uomo, che, con il consenso del suo *pater*²⁵⁵, ne sposava un altro. Papiniano ritenne che non si commettesse adulterio sposando una donna promessa sposa ad un altro uomo, ma non ancora diventata sua moglie; egli negò, quindi, l'equiparazione, in questo caso, del fidanzamento al matrimonio, considerò valide le nozze della fidanzata e non ritenne infame il *pater familias* di lei che le aveva concesse. Il quesito che il giurista riporta può essere scisso in

romain cit. 73; C. S. TOMULESCU, *Justinien et le concubinat*, in *Studi in onore di G. Scherillo* 1 (Milano 1972) 305 e nt. 19. Per quanto riguarda i figli delle concubine, questi venivano considerati *spurii*. Conservavano il nome della madre e l'unica parentela che gli era riconosciuta con il genitore era la *cognatio*. Erano, inoltre, *sui iuris*: ciò era giustificato dall'impossibilità della madre di esercitare patria potestà, ma i figli potevano comunque essere adottati dal padre. Quest'ultimo non aveva nei confronti di tali figli alcun obbligo di alimenti, tantomeno vigeva un rapporto di successione tra le due parti. Era però possibile nominarli eredi testamentari.

²⁵⁵ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit. 169.

due parti: la prima già precedentemente considerata (se possa configurarsi il reato di adulterio, avendo la donna sposato un uomo diverso da quello a cui era stata promessa ed essendo parificato il fidanzamento al matrimonio)²⁵⁶; la seconda relativa alla possibilità per il fidanzato di proporre l'accusa *iure mariti* o, diversamente, *iure extranei*. La questione sembra essere stata posta da un orientale che era dell'opinione che se il fidanzamento era equiparato in tutto al matrimonio, la donna sarebbe stata adultera e il fidanzato poteva, pertanto, utilizzare l'accusa *iure mariti*²⁵⁷. Papiniano, però, ritenne questa equiparazione infondata, quindi, non rilevò, il reato di adulterio. Considerò il fidanzamento soltanto una promessa di matrimonio, che non aveva carattere vincolante, e, quindi, revocabile, in forma implicita, dalla celebrazione di un successivo matrimonio. Il giurista sostenne, infine, che era possibile, anche se normalmente improbabile, che una persona fosse legata contemporaneamente a due persone diverse, sia da un vincolo di fidanzamento, sia da uno di matrimonio.

Diversamente Ulpiano – come innanzi rilevato²⁵⁸ – riteneva che il fidanzamento fosse equiparato in tutto al matrimonio, e, quindi, che il padre fosse colpevole di aver dato in sposa la figlia ad un uomo diverso dal precedente fidanzato. Egli considerava il fidanzamento non revocato dal successivo matrimonio.

Il giurista, dunque, non solo parificò il fidanzamento al matrimonio, opinando che se una donna fosse stata promessa sposa ad uomo e maritata con un altro, ugualmente sarebbe dovuta essere punita dall'editto del pretore, ma punì, inoltre, il *pater* che, acconsentendo alle nozze, sposava la figlia ad un

²⁵⁶ Si veda *infra* paragrafo.

²⁵⁷ Sull'origine e sulla datazione del quesito posto a Papiniano, si veda H. ANKUM, *La «sponsa adultera»: problèmes concernant l'«accusatio mariti» en droit romain classique*, in *Estudios de derecho romano en honor de A. D'Ors* 1 (1987) 191 ed ivi nt. 94 e R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit. 130. L'a. sostiene: «probabilmente chi avanza il quesito è un orientale. Egli sembra dell'opinione che, se è adulterio sposare la fidanzata altrui, il fidanzato possa proporre l'accusa *iure mariti*».

²⁵⁸ Cfr. D. 3.2.13.2, su cui *supra* § 3.

uomo diverso da colui al quale l'aveva fidanzata.

Sull'argomento Pomponio e Ulpiano condividevano il pensiero espresso da Servio Sulpicio Rufo²⁵⁹, il quale riteneva che il fidanzamento creasse fra i parenti dei fidanzati un rapporto di *adfinitas* simile a quello generato dal matrimonio:

D. 38.10.8 (Pomp. 1 *enchir.*): *Servius recte dicebat socri et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri;*

D. 38.10.6.1 (Ulp. 5 *ad l. Iul. et Pap.*): *Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item socri et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur.*

I due giuristi ribadirono che con il termine '*adfines*' potevano essere indicati anche i fidanzati, in particolare i suoceri, i generi e le nuore che sarebbero stati così appellati sia in caso di matrimonio sia di *sponsalia*.

Sempre in un'opera di commento alla *lex Iulia et Papia*, anche Gaio adoperò in maniera estensiva i termini '*gener*' e '*nurus*', '*socer*' e '*socrus*'.

²⁵⁹ Il Volterra si è posto il quesito se Servio Sulpicio Rufo avesse soltanto voluto indicare una terminologia esistente ai suoi tempi ed adoperata nella società, o se la sua affermazione fosse da considerarsi un richiamo ad un preciso precetto giuridico che vedeva in epoca classica la totale parificazione del fidanzamento al matrimonio e che quindi faceva sorgere, già in epoca classica, un rapporto di affinità tra i fidanzati identico a quello che c'era tra i coniugi. La risposta al quesito, ammette lo stesso studioso, è difficile da dare, anche se egli propende maggiormente per la prima opzione. Cfr. E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali* cit. 347.

D. 22.5.5 (Gai. 4 *ad lex Iul. et Pap.*): *In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitatus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem.*

Come emerge dal passo il giurista, non solo considerò *adfines* anche i parenti del fidanzato e della fidanzata, ma li esonerava inoltre dall'obbligo di testimonianza reciproca nei processi riguardanti il rispetto delle norme previste dalla legislazione augustea²⁶⁰.

Paolo e Ulpiano, infine, trattarono degli impedimenti matrimoniali tra i fidanzati ed i reciproci parenti, ancora allo stesso modo degli sposi:

D. 23.2.14.4 (Paul. 35 *ad ed.*): *Nunc videamus, quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus, quas non liceat ducere. Quidam novercam per se patris uxorem et nurum filii uxorem et privignam uxoris ex alio marito filiam intellegunt: sed quod ad hanc causam verius est nec avi uxorem nec proavi duci posse. Duas ergo vel plures novercas ducere non poterit: non mirum, nam et is qui adoptivus est nec naturalis patris nec adoptivi uxorem ducere potest: sed et si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum. Itaque socrus appellatione non tantum uxoris meae mater, sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere possim. Nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intellegitur quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis, ut nullam earum ducere possim. item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum;*

²⁶⁰ A tal proposito l'Astolfi precisa in merito alle persone sottratte all'obbligo di testimoniare: «ma, si badi bene, non all'obbligo di testimoniare in generale, ma quello di testimoniare in ordine ai procedimenti celebrati per l'applicazione della *lex Iulia et Papia*». R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nella lex Iulia et Papia*, in *Studi in onore di E. Volterra* 3 (Milano 1971) 692.

D. 23.2.12.1 (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur.*

L'equiparazione dei fidanzati ai coniugi (e di conseguenza del tipo di relazione che si instaurava tra i rispettivi genitori) sia in merito all'esenzione dell'obbligo di testimonianza sia per quanto concerne gli impedimenti matrimoniali esistenti tra loro, fu un'altra conseguenza giuridica dell'assimilazione del fidanzamento al matrimonio. Il frammento paolino, in particolare, accenna alla parificazione, già operata da Augusto, della madre della fidanzata alla suocera, nonostante non ci fosse stato ancora il matrimonio. Tale equiparazione comportò conseguentemente il divieto per costei di sposare il fidanzato della figlia, già equiparato al genero²⁶¹.

Invero anche Giuliano aveva trattato di impedimenti matrimoniali tra i fidanzati ed i loro genitori. Il suo pensiero sull'argomento è riportato sia in un frammento ulpiano, sia nelle *Institutiones* di Giustiniano:

D. 23.2.12.3 (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam suscepit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis*

²⁶¹ La decisione di Augusto, presa per un caso particolare, sarebbe poi diventata legge con carattere generale, infatti la parificazione della fidanzata alla suocera sarebbe valsa per qualsiasi caso. Sul punto cfr. C. FAYER, *La familia romana* 2 cit. 149 e nt. 435. L'Autrice riporta sia la posizione della dottrina maggioritaria sull'argomento, sia la tesi contraria del Volterra. Quest'ultimo sostiene che la norma, che prevedeva il divieto di matrimonio tra la madre della *sponsa* e l'ex fidanzato, sarebbe stata per tutto il periodo classico una disposizione da riferirsi ad un singolo caso particolare, alla quale non venne riconosciuta nessuna conseguenza giuridica, e non assunse mai una portata generale di norma legale applicata in maniera generalizzata. Tale decisione di Augusto, quindi, ammesso che sia genuina, a parere dell'Autore, avrebbe avuto il valore di norma generale solo in età giustiniana. I compilatori le avrebbero conferito, quindi, il valore di norma generale, in conformità con il nuovo concetto di fidanzamento. Cfr. E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali* cit. 139 ss.

eius abstinendum;

I. 1.10.9: *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.*

Ulpiano riporta l'opinione di Giuliano in merito al caso in cui una moglie, dopo aver divorziato dal marito, sposava un altro uomo e, da questo secondo marito, aveva una figlia. In tal caso era fatto divieto a quest'ultima di sposare il primo marito della madre, pur non essendo ella figliastra. Anche Giustiniano richiamò Giuliano aggiungendo che neppure la fidanzata del figlio era nuora, né la fidanzata del padre era matrigna, ma nonostante ciò era giusto che queste persone si astenessero dal contrarre matrimoni tra di loro in quanto coloro che avrebbero evitato le nozze si sarebbero comportati più rettamente e più conformemente al diritto.

Al fidanzato, infine, fu concesso, come già poteva fare il marito²⁶², dalla giurisprudenza classica, di poter utilizzare l'*actio iniuriarum* contro colui che avesse arrecato offese alla fidanzata:

²⁶² D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.* Anche la moglie poteva proporre per suo conto l'*actio iniuriarum* ed un'azione non assorbiva l'altra. Se la moglie, inoltre, fosse stata una *filia familias*, l'azione – per un'unica offesa – poteva essere posta non solo dal marito e da lei stessa, ma che dal suo *pater*: le tre azioni penali concorrevano cumulativamente. Cfr. D. 47.10.18.2 (Paul. 55 *ad ed.*): *Si nupta filia familiae iniuriam acceperit et vir et pater iniuriarum agent, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnentur, si ea vidua esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. Et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat.*

D. 47.10.15.24 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.*

Precisamente fu Ulpiano che concesse quest'azione, che era di natura strettamente personale: dall'esame del passo si deduce, infatti, che l'editto del pretore non aveva preso in esame espressamente questo caso. Vi aveva, pertanto, provveduto la giurisprudenza per interpretazione estensiva²⁶³.

Nel caso in esame un'offesa fatta alla fidanzata o alla moglie ricadeva automaticamente sul fidanzato o sul marito, pertanto ognuno poteva agire per sé e le azioni si cumulavano. Ciò accadeva non solo per le *iniuriae* inerenti alla *pudicitia* – come si potrebbe dedurre considerato che Ulpiano sta commentando l'editto *de adtemptata pudicitia* – ma per diversi tipi di offesa.

Le testimonianze dell'età classica appena elencate sono portate, da una parte della dottrina moderna, a supporto della propria tesi. Esse rappresenterebbero l'avvio del percorso che porterà in progresso di tempo, alla totale parificazione tra fidanzamento e matrimonio²⁶⁴. Ciò dimostrerebbe che la presenza delle *binae nuptiae* accanto ai *bina sponsalia* nella testimonianza giulianea non sia frutto dell'opera dei compilatori, ma che sia originale.

Questa posizione escluderebbe la tesi, sostenuta da parte della dottrina²⁶⁵, che teorizza un'interpolazione giustiniana per giustificare l'esistenza della

²⁶³ Sul punto Volterra ritiene che la concessione dell'*actio iniuriarum* al fidanzato sia logica e normale in quanto gli sarebbe data in tal modo la possibilità di difendere se stesso. Castello ritiene che ciò non sia del tutto condivisibile il quanto l'uomo difenderebbe innanzitutto la fidanzata e solo in subordine il suo onore. Cfr. E. VOLTERRA, s.v. *Sponsali* cit. 35 ss.; C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati* cit. 1171 ed ivi nt. 22.

²⁶⁴ C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati* cit. 1170.

²⁶⁵ Si veda *supra* § 4.

locuzione *binae nuptiae* nell'editto pretorio.

5. Gai 1.63

Il principio monogamico, che sarà ribadito anche dalla giurisprudenza del principato, affonda, dunque, radici antiche. Un frammento del libro 20 della storia liviana²⁶⁶ attesta che, sulla base del principio esogamico, il *vetus mos* proibiva il matrimonio in linea collaterale entro il sesto grado²⁶⁷ (che coincideva con il limite del vincolo agnatizio). La violazione di tale prescrizione era considerata un *incestum*²⁶⁸, cioè una condotta contraria alla religione e alla morale; essa, pertanto, fu dapprima sottoposta alla giurisdizione pontificale e punita con il lancio dalla rupe Tarpeia e, successivamente, fu sottoposta al *iudicium populi romani*. Livio, riportando il caso del patrizio *Celius* che infranse il limite del terzo grado²⁶⁹, ci dà testimonianza che il matrimonio tra cugini (in quanto pare che Celio avesse sposato una *sobrina* o una *consobrina*, cioè rispettivamente una cugina seconda, parente di sesto grado, o una cugina

²⁶⁶ Precisamente, da un frammento del libro 20 della storia liviana, si apprende che «*P. Celius – o Cloelius – patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradus duxit uxorem*». Tale frammento è stato pubblicato da P. KRÜGER, *Anecdoton Livianum*, in *Hermes* 4 (1870) 371 s.

²⁶⁷ Cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit. 40, ove l'a. precisa che il divieto non presentava limitazioni di grado nella discendenza in linea retta; solo una prassi consolidata faceva sì che non potessero essere prese in considerazione le unioni entro il terzo grado per questioni di tipo naturale in quanto «una persona vive al massimo sino alla terza generazione».

²⁶⁸ Il termine *incestum*, così come quello di *stuprum* – come si evidenzierà nel prossimo paragrafo –, ebbe un significato parzialmente diverso da quello assunto nel corso dei secoli ed arrivato oggi a noi. In particolare l'*incestum* non era soltanto l'unione con un consanguineo, ma anche la semplice introduzione di un uomo in una cerimonia riservata alle sole donne, senza che essa fosse accompagnata dalla violazione di altri precetti. In tal senso celebre fu l'accusa fatta a Clodio, reo di essersi introdotto in casa di Giulio Cesare (nel 61 a.C.) nel corso delle cerimonie sacrificali in onore della dea Bona, e di averle, pertanto, profanate. Sul punto si veda Cic. *Pro Mil.* 22.59 e Val. Max. 8.5.5. In dottrina, inoltre, cfr. U. BRASIELLO, s.v. «*Incesto (diritto romano)*», in *NNDI.* 8 (Torino 1962) 499; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*⁴ cit. 137.

²⁶⁹ L'avvenimento può collocarsi verosimilmente negli ultimi decenni del terzo secolo in quanto il libro ventunesimo narra di avvenimenti accaduti tra il 241 e il 219 a.C. Cfr. A. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali*, in *AUPA.* 55 (2012) 200.

prima, parente di quarto grado) non solo non generava contrarietà nella società romana (sia per tutto il periodo della epubblica sia del principato) ma esso era, inoltre, non poco frequente²⁷⁰. Anche il senatoconsulto Claudiano del 49 d.C. confermò tale direzione autorizzando le nozze dell'imperatore Claudio con la nipote Agrippina²⁷¹.

Nonostante le frequenti eccezioni al divieto di sposarsi tra persone che avevano legami di parentela, nel periodo classico Gaio scrive un elenco, articolato e dettagliato, di rapporti che comportavano l'impossibilità tra i soggetti coinvolti di celebrare un matrimonio²⁷². La casistica riportata nel manuale gaiano fu da esempio e da modello per tutte le raccolte giuridiche successive.

Gaio nega, in particolare, la possibilità di due rapporti matrimoniali contemporanei sia per l'uomo sia per la donna (*neque eadem duobus nupta esse*

²⁷⁰ Cfr. sul punto E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano (Corso di lezioni per l'anno accademico 1960-1961)* (Roma 1961) 342.

²⁷¹ Era evidentemente un provvedimento *ad personam* che non aveva lo scopo di operare una variazione alla legge sui divieti matrimoniali a causa di vincoli di parentela, ma unicamente di permettere a Claudio di sposare sua nipote Agrippina. L'episodio è riportato sia in fonti storiche (Suet. *Claud.* 26.39.43; Tac. *Ann.* 12.5; Dio Cass. 61.31) che giuridiche (Gai. 1.62). In dottrina cfr., tra gli altri, C. FERRINI, *Manuale di Pandette* cit. 688; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 202; E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano* cit. 343; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 184 ss.

²⁷² Il divieto espresso da Gaio (1.58) di contrarre *nuptiae* tra i soggetti elencati in linea retta esisteva anche se il rapporto di parentela si fosse generato sulla base di un'*adoptio* e permaneva anche nel caso di scioglimento del vincolo parentale per *emancipatio*. Il linea collaterale, invece, il regime giuridico applicato era meno severo in quanto le nozze era illegittime solo '*quamdiu constat adoptio*'. Sul punto cfr. da ultimo: C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem, I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale* (Milano 1990) 398 ss. È interessante notare che nel passo 1.62 anche Gaio riferisce che – come abbiamo visto *supra* – l'unione tra lo zio paterno (*patruus*) e la nipote fu ammessa per autorizzare le nozze tra l'imperatore Claudio e la nipote Agrippina.

potest neque idem duas uxores habere), applicando il principio in parola alla matrigna e alla figliastra, alla suocera e alla nuora²⁷³.

Gai 1.63: *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam, quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere*²⁷⁴.

²⁷³ Il Volterra sottolinea come un precetto legislativo che nel diritto moderno è considerato un divieto assoluto al matrimonio, come la celebrazione del matrimonio tra ascendenti e discendenti, fosse, nel diritto romano presentato come mancanza di *conubium*. Sul punto E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di E. Albertario* 2 (Milano 1950) 361 nt. 48, ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 297 nt. 48. Le nozze tra parenti sono, inoltre vietate dal *fas* e definite perciò *nefariae*, costituite in disprezzo dei precetti religiosi e, quindi, chi le contraeva commetteva un incesto. Sull'argomento, da ultimo: S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano* (Milano 2001) 7 ss. Si trattava di nozze non valide; la condizione dei figli era, infatti, quella di *vulgo concepti*: non erano riconosciuti dal padre e seguivano la condizione della madre. Sul passo di Gaio 1.63 ancora: A. GUARINO, *Adfinitas* cit. 54 nt. 8; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 276; C. CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (Milano 1942); A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» cit. 102; C. FAYER, *La familia romana* 2 cit. 390 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 124 s.

²⁷⁴ Gai 1.58: *Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundem nuptiis abstinere debemus. 59. Inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem; et si tales personas inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae aut neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim. 60. Inter eas quoque personas quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. 61. Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis. 62. Fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit cum dius Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur.*

Il giurista degli Antonini, nel redigere il lungo elenco di persone tra le quali non era possibile sposarsi²⁷⁵, precisò che un uomo non poteva sposare né la zia paterna (*amita*) né la zia materna (*matertera*). Allo stesso modo egli non poteva unirsi in matrimonio con colei che un tempo (*quondam*) gli era divenuta suocera o nuora o figliastra (*privigna*) o matrigna (*noverca*), quindi a causa di un matrimonio precedentemente costituito ed ora sciolto. Nel passo Gaio precisa un «tempo», perché, se fosse ancora sussistito il primo matrimonio (*si adhuc constat eae nuptiae*), a causa del quale tali affinità erano sorte, il secondo matrimonio era impedito per altre ragioni: poiché né la medesima donna poteva essere sposata a due uomini, né lo stesso uomo poteva avere due mogli (*quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere*)²⁷⁶.

Alcuni Autori²⁷⁷ hanno interpretato le parole *alia ratione mihi nupta esse non potest* nel senso che il secondo matrimonio dovrebbe essere considerato nullo a causa dell'esistenza del primo. Quindi, contrariamente a ciò che sostiene

²⁷⁵ G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*⁴ cit. 154 s. L'a. evidenzia che il divieto di matrimoni incestuosi rappresenta una costante nella storia sociale e giuridica di Roma. Un punto di riferimento a tal proposito è dato dall'elencazione contenuta nel primo commentario delle Istituzioni di Gaio (Gai 1.58-64).

²⁷⁶ Il ragionamento esplicitato da Gaio porta una parte della dottrina a ritenere che per il giurista classico l'affinità costituisse un impedimento alle nozze anche quando il precedente matrimonio si fosse dissolto. Guarino, infatti, a tal proposito scrive che si tratta di un'eccezionale «ultrattività» dell'*adfinitas* nel campo degli impedimenti matrimoniali: A. GUARINO, *Adfinitas* cit. 77 ss.; ID., *Studi sull'«incestum»*, in ZSS. 63 (1943) 219 s., ora in *Pagine di diritto romano* 7 (Napoli 1995) 180 ss.; G. BRANCA, s.v. «Affinità (diritto romano)», in ED. 1 (Milano 1958) 691; S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 71 ss.

²⁷⁷ Si veda R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit. 155. Inoltre in ID., *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 125, lo studioso sostiene che Gaio applichi il divieto di bigamia nel modo seguente: «se sposo la figliastra, il matrimonio è nullo, ma la ragione è diversa a seconda che io sia ancora sposato a sua madre oppure no. Se non sono più sposato a sua madre, il matrimonio è nullo perché è incestuoso. Se lo sono ancora, il matrimonio è nullo, perché sono bigamo. Lo stesso è da dirsi se sposo la matrigna, la nuora o la suocera». In tutti i quattro casi citati è il secondo matrimonio che sarà nullo, rimanendo, quindi, valido solo il primo.

altra parte della dottrina²⁷⁸, per la quale il secondo matrimonio è valido e scioglie *ipso iure* il primo, essi ritengono che Gaio in questo passo non si sia limitato ad enunciare il principio monogamico, ma abbia inteso evidenziare che solo il rapporto coniugale sorto per primo è valido e non il secondo; negando, quindi la possibilità che possano coesistere contemporaneamente due unioni matrimoniali valide²⁷⁹.

Robleda²⁸⁰ ritiene che il testo di Gaio ribadisca il principio monogamico, sancendo, quindi, il divieto di bigamia e che in esso si evidenzia che il primo matrimonio non verrebbe sciolto dal sorgere del secondo, ma egli ritiene che tale «affermazione che un secondo matrimonio scioglie il primo non sia di Gaio»²⁸¹. Egli trova sostegno alla sua tesi nelle Istituzioni di Giustiniano, nelle quali viene ripreso il testo di Gaio: se esse vengono interpretate nel senso che la celebrazione di seconde nozze non comportano *ipso facto* lo scioglimento delle prime, tale ragionamento deve valere anche per il passo gaiano.

²⁷⁸ Ma più dettagliamente cfr. in proposito E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 413 s. e 440. G. Longo, nel recensire la monografia di Josef Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht*, del 1977, a proposito dell'interpretazione del testo gaiano, sosteneva che il punto sul quale sicuramente c'era accordo in dottrina era sulla natura monogamica del matrimonio secondo il pensiero classico, e per tale motivo Gaio afferma che non ci possono essere nuove nozze preesistendo un matrimonio ancora in atto. Ciò che vede contrapposta la dottrina è l'interpretazione della successiva parte. Longo, infatti, come Volterra, ritiene che il secondo matrimonio scioglie il primo. Scrive, infatti: «...che il secondo scioglie il primo ma sottintende puntualmente che un precedente matrimonio viene meno quando il secondo sia configurabile. Tale è l'ordine del pensiero gaiano. La volontà continuativa riguardo al primo matrimonio ovviamente veniva meno quando una seconda società coniugale si creasse. Perciò la dottrina, dallo Huber avversata, si rivela esatta». Cfr. G. LONGO, *Ancora sul matrimonio romano* cit. 469 ss.

²⁷⁹ Volterra evidenzia che nei passi elencati da Robleda nel suo «poderoso lavoro», *El matrimonio en derecho romano* del 1970, compreso quello di Gaio 1.63 viene prospettata la formazione di un secondo matrimonio senza accennare al compimento di un ripudio. E. VOLTERRA, *Precisazioni in tema di matrimonio classico* cit. 258.

²⁸⁰ O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale* cit. 139 ss.

²⁸¹ O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale* cit. 141.

Per quanto concerne le conseguenze giuridiche che una siffatta unione avrebbe prodotto il giurista si limitò a prevedere unicamente quelle privatistiche²⁸² che, pertanto, avevano degli effetti unicamente sul rapporto e sulla filiazione scaturente da tale unione. Egli, infatti, precisa, al paragrafo 59, che se tali nozze fossero state contratte, esse sarebbero dovute essere qualificate come nefaste²⁸³ ed incestuose²⁸⁴ (*si tales personas inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicunt*); più avanti, al paragrafo 64²⁸⁵, invece, sottolinea che, in tali casi, quando venivano celebrate nozze di questo tipo, non esisteva, sul piano giuridico, alcun matrimonio (*neque uxorem habere videtur neque liberos*). Dal punto di vista più strettamente repressivo della condotta criminale l'*incestum* era punito – come è desumibile dai passi dei giuristi classici²⁸⁶ – con la *poena*

²⁸² Il motivo per cui mancano nella costruzione gaiana dei riferimenti immediati al diritto penale non fu che non erano previste delle sanzioni penali per il *crimen* di incesto ma la motivazione sta nel «taglio privatistico delle sue Istituzioni», come sostiene, tra gli altri, S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 71.

²⁸³ Gaio considera incestuose le nozze tra ascendenti e discendenti: sul punto cfr. S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 7, in cui l'a. sottolinea che il giurista considera tale matrimonio un *nefas*, cioè «un'unione instaurata in disprezzo del precetto religioso, comportamento aberrante per il cui soggetto si sottrae all'imperativo morale. Gaio ripete il concetto successivamente nel frammento 1.64.

²⁸⁴ Sull'analisi del crimine di incesto nei periodi classico ed in quello giustiniano cfr. *amplius* S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 1 ss.

²⁸⁵ Gai 1.64: *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate eius sunt quales sunt hi, quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari, vel a Graeca voce quasi concepti, vel quasi sine patre filii.*

²⁸⁶ D. 48.5.12.1 (Pap. l. sing. de adult.): *Militem, qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterii poena teneri rectius dicitur*; D. 48.5.39.1 (Pap. 36 quaest.): *Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant*; D. 48.18.5 (Marc. 2 inst.): *Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit. denique hoc casu servi in personam domini torquentur*. Il punto è approfondito *infra* § 6 e 7.

*adulterii*²⁸⁷, oppure, nei casi più gravi di concorso con altri crimini²⁸⁸ (come l'*adulterium* o lo *stuprum*), come la *deportatio in insulam*²⁸⁹.

Le *Pauli Sententiae*²⁹⁰ ed i *Tituli ex corpore Ulpiani*²⁹¹ riproducono quasi fedelmente l'elencazione gaiana delle fattispecie in cui è proibito il

²⁸⁷ Anche questo aspetto della *lex Iulia de adulteriis* – come quello precedentemente analizzato delle forme previste da tale *lex* per il divorzio (si veda *infra* capitolo I § 2) – è stato fonte di indagine e di discussione in dottrina. Non è ancora del tutto chiarita, infatti, la questione se tale *lex* contemplasse la figura dell'incesto in maniera autonoma o se solo in connessione con i *crimina* di adulterio o di stupro. Per un'analisi complessiva della problematica cfr. S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 11 ss.; per l'opinione dominante – che ritiene l'incesto ricadere sotto la previsione della *lex Iulia* solo in concorso con lo *stuprum*, l'*adulterium* e il *lenocinium* – cfr. ad esempio C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (Milano 1902 rist. Roma 1976) 366; di contro cfr. A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»* cit. 189 ss.

²⁸⁸ A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, in *Ann. Univ. Ferrara* 1 (Ferrara 1987) 15 ss., in cui l'a. tratta, in particolare, il diverso regime giuridico nel caso di incesto scaturente dall'unione matrimoniale generata in violazione di una delle previsioni di parentela contenute nei passi delle *Institutiones* gaiane (1.58-64) appena analizzati – l'*incestum per illicitum matrimonium contractum* – dall'incesto associato ai crimini di stupro e di adulterio – *incestum cum adulterio* o *cum stupro* – che sarà trattato più nel dettaglio nel § successivo.

²⁸⁹ Secondo S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 71 ss. la pena per l'incesto per tutta l'età classica è di natura personale (anche se non arriva alla pena capitale) e si trattava della *relegatio in insulam* inasprita, nelle ipotesi di maggiore gravità (in caso di concorso con l'adulterio o con lo stupro), in *deportatio in insulam*: in quanto tali casi configurano per il diritto classico l'ipotesi di delitto complesso, di *duplex crimen*. Congiuntamente viene disposta l'inesistenza giuridica del matrimonio e, conseguentemente, la perdita della *patria potestas* da parte del genitore, l'illegittimità dei figli e la negazione nei loro confronti dello *status familiae*, perché equiparati agli *spurii*. Si vedano rispettivamente il passo di Marciano (D. 48.18.5) e il frammento di Gaio (1.64) già riportati *supra* in nota 252 e 251. L'a. sottolinea, inoltre, che le precisazioni appena riportate sulla consistenza della pena dell'incesto, che sembrerebbero essere in contrasto con quanto sostenuto, in precedenza nel testo, in merito alla *poena adulterii*, in realtà non lo sono in quanto «nonostante le fonti dimostrino una certa incostanza nell'uso della terminologia, per natura e consistenza *poena adulterii* e *poena incesti* sono simboli equivalenti, in quanto all'incesto, una volta raggiunta l'autonomia, si applica la stessa pena prevista per l'adulterio».

²⁹⁰ Paul. Sent. 2.19.3-5: 3. *Inter parentes et liberos iure civili matrimonia contrahi non possunt: nec filiam sororis aut neptem uxorem ducere possumus: proneptem aetatis ratio prohibet.* 4. *Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes ac liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.* 5. *Nec socrum nec nurum nec privignam nec novercam aliquando citra poenam incesti uxorem ducere licet, sicut nec amitam aut materteram. Sed qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta.*

matrimonium per motivi di parentela. In età tardoclassica, quindi, la casistica dei divieti matrimoniali è pressochè identica a quella vigente nel periodo classico. Anche una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano, del 295, recepita dal codice giustiniano²⁹², riporta quasi fedelmente l'elenco gaiano²⁹³. La legislazione tardoantica, infatti, si limitò ad apportare pochi cambiamenti rispetto al regime classico. Fu, quindi, ripristinato, da una costituzione teodosiana del 342, il divieto di nozze tra zio paterno e nipote; reintrodotta l'impedimento per i cugini di sposarsi tra di loro²⁹⁴, sanzionato *ex novo* il matrimonio tra affini in linea collaterale²⁹⁵. La dottrina dominante ritiene che tale ampliamento sia dovuto all'esigenza, sentita dal legislatore, di uniformare la normativa giuridica alle richieste della Chiesa²⁹⁶. Di contro altra parte della dottrina sostiene che la legislazione romana non sia stata influenzata, in maniera tanto determinante come spesso si crede, dalla dottrina cristiana. Quest'ultima, infatti, si trovava spesso in difficoltà nel dare delle direttive su

²⁹¹ Tit. Ulp. 5.6-7: 6. *Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus sint conubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint. Eam, quae noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit, uxorem ducere non possumus. 7. Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit: ideoque liberi in potestate eius non fiunt, sed quasi vulgo concepti spurii sunt.*

²⁹² C. 5.4.17 (*Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC.*). *Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia nepte pronepte, itemque matre avia proavia et ex latere amita ac matertera, sorore sororis filia et ex ea nepte, praeterea fratris filia et ex ea nepte, itemque ex adfinibus privigna noverca nuru socru ceterisque, quae iure antiquo prohibentur: a quibus cunctos volumus abstinere. D. k. Mai. Damasco Tusco et Anullino cons. [a. 295].*

²⁹³ CTh. 3.12.1: si tratta di una costituzione molto ampia sulla quale la dottrina si è spesso pronunciata. Si veda per tutti S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 156 ss. con una ricca bibliografia su tale costituzione diocleziana.

²⁹⁴ Con una costituzione di Teodosio I che non è conservata nelle raccolte legislative, ma è ricordata dalle fonti cristiane. Sul punto cfr. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 207 ed ivi nt. 35.

²⁹⁵ CTh. 3.12.2 [a. 355].

²⁹⁶ Cfr. A. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali* cit. 207 ed ivi nt. 37.

molti argomenti (in materia matrimoniale in particolar modo), in quanto doveva risolvere dei problemi di raccordo tra i precetti raccolti nelle Sacre Scritture. I Padri della Chiesa richiamarono, infatti, non di rado, per problemi concernenti il divieto di matrimonio tra consanguinei, la normativa civile²⁹⁷.

La concezione di Gaio sarà ripresa, infine, anche da Giustiniano²⁹⁸, che sottolineerà lo stesso principio: se il matrimonio aveva reso queste donne affini ad un uomo egli non avrebbe potuto sposarle neppure con lo scioglimento del vincolo matrimoniale; in costanza di coniugio l'impedimento si giustificava con l'impossibilità di avere due mariti²⁹⁹.

Le conseguenze giuridiche di tale condotta criminale furono, dunque, nel periodo classico e tardoantico parzialmente diverse. Gaio prevede l'inesistenza giuridica del matrimonio – come accennato *supra* – e l'illegittimità dei figli con perdita della *patria potestas*. Le altre fonti, di età tardoimperiale, prevedono, come è stato precedentemente riportato, un regime criminale con pena personale: le *Pauli Sententiae* lasciano impunita la donna e comminano per l'uomo la *poena adulterii* con la *relegatio in insulam*; gli imperatori Diocleziano e Massimiano alludono, con la frase *digna severitate plectentur*, alla condanna capitale. Il regime successivo parrebbe confermare il regime diocleziano, anche se si potrebbe pensare anche ad una depenalizzazione che ricalcherebbe maggiormente il regime classico gaiano al quale più tardi Giustiniano si rifarà.

²⁹⁷ Cfr. sul punto, tra tutti, F. AMARELLI, *Cristianesimo e istituzioni giuridiche romane: contaminazioni influenze recuperi*, in *BIDR.* 100 (1997) 445. Da ultimo A. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali* cit. 209 ed ivi nt. 39, in cui l'a. sostiene che «ricostruendo il rapporto tra cristianità e normativa giuridica, si evidenzia l'insufficienza del modello tradizionale che era soliti rappresentare quel rapporto in modo 'unidirezionale', ignorando che invece all'interno di quella relazione vi fosse per converso 'una reciprocità di contaminazioni e di recuperi, piuttosto che un andamento rettilineo'».

²⁹⁸ Due passi delle *Institutiones* (I. 1.10.6-7) sanciranno, infatti, rispettivamente il divieto di sposare la figliastra o la nuora, in quanto *loco filiae*, e il divieto di sposare la matrigna o la suocera, in quanto *loco matris*; ciò che aveva previsto Gaio accorpando i quattro casi in un unico passo.

²⁹⁹ Sulla corrispondenza tra Gai 1.63 e I. 1.10.6 e 7 cfr. *infra* cap. III § 4.

Il diritto della Compilazione, infatti, segue la dottrina classica di Gaio (come già evidenziato) e prevede, in maniera esplicita, non la pena personale, ma la sanzione della inesistenza giuridica del matrimonio, con le relative conseguenze³⁰⁰.

³⁰⁰ I. 1.10.12: *Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelleguntur, cum his etiam incertus est: unde solent filii spurii appellari, vel a Graeca voce quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut et dissoluto tali coitu nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias coeunt, et alias poenas patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur.*

6. Punibilità della condotta alla luce di altre fattispecie criminali

I comportamenti astrattamente riconducibili alla bigamia, in alcuni casi e a certe condizioni, poterono essere sussunti in fattispecie criminali quali lo stupro o l'adulterio³⁰¹.

Quanto allo *stuprum*, esso indica qualsiasi condotta delittuosa costituita da una relazione sessuale al di fuori del matrimonio. Restano escluse l'unione con la *nupta* che costituisce il reato di adulterio e l'unione realizzata contro la volontà del soggetto passivo (lo stupro nel senso moderno) che nel diritto romano era compreso nell'ambito del *crimen vis*. Rispetto all'attuale stupro, l'antica fattispecie criminosa non richiedeva che il rapporto sessuale fosse estorto con la forza, ma riguardava semplicemente un rapporto illecito anche se con persona consenziente. Il termine in origine era sinonimo di *turpitude*, *impudicitia* (come testimoniato da Festo: *stuprum pro turpitudine antiqui dixerunt...*) e individuava le condotte sessuali conseguenti, a cui si affiancava un significato più sfumato di infamia, vergogna: tali comportamenti erano valutati negativamente anche dal punto di vista sociale in quanto violenti e sacrileghi, contrari alle regole basilari della convivenza civile. La *lex Iulia de adulteriis cöercendis*, emanata al fine di una *reductio morum*, reprime, insieme all'infedeltà della donna sposata, anche il rapporto sessuale con donna libera non sposata e l'incesto ed è la prima norma che sancisce lo stupro come reato, insieme a tutti gli altri reati a sfondo sessuale (ad esclusione, forse, solo della pederastia). Le varie ipotesi sono state indicate ora con il termine *stuprum* ora

³⁰¹ Così ritiene la dottrina dominante, si veda sul punto, tra i tanti, P.E. CORBETT, *The Roman law of marriage* cit. 143 ss. Altri, però, sostengono che la punizione per i bigami si limitasse alla nota pretoria dell'infamia: per tutti, E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389. Una dettagliata ricostruzione dottrinale sull'argomento è in S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 31 s. nt. 85 in cui l'a. fa un elenco degli storici più autorevoli e del loro pensiero in merito alla promiscuità dell'uso dei termini *stuprum* e *adulterium* nella *lex Iulia de adulteriis*, la loro interscambiabilità sebbene le due espressioni non abbiano lo stesso significato. Nella letteratura giuridica non si riscontra, infatti, una rigorosa distinzione terminologica tra i due vocaboli che arrivano a designare anche l'*incestum*.

con *adulterium*: i passi di Papiniano (D. 48.5.6.1, 1 *de adult.*)³⁰² e di Modestino (D. 50.16.101 pr., 9 *diff.*)³⁰³ attestano l'uso fungibile dei due termini. Solo in età severiana infatti l'adulterio indicherà la condotta colpevole della *nupta*, mentre lo *stuprum* l'unione con una *virgo*, una *vidua* o un *puer*¹. Fino alla *lex Iulia*, inoltre, la repressione del reato di *stuprum* era affidata al *iudicium domesticum* e non agli organi pubblici, pur essendo considerato nell'apprezzamento sociale uno dei più gravi illeciti. Una celebre testimonianza di Modestino (D. 48.5.35, 1 *reg.*)³⁰⁴ chiarisce, inoltre, non solo che lo stupro è qualsiasi unione sessuale al di fuori del matrimonio con donna libera non sposata, ma anche che il soggetto passivo del reato, quindi, poteva essere tanto una ingenua quanto una libertina, tanto una *virgo* quanto una *vidua*, non invece una schiava o una donna di condizione vile (come una meretrice)³⁰⁵.

A leggere tra le righe delle summenzionate testimonianze di Papiniano e di Modestino, la differenziazione dei termini *stuprum-adulterium-incestum* sembrerebbe essere avvenuta in un'epoca successiva all'entrata in vigore della *lex Iulia*: alla fungibilità dei suddetti termini si sarebbe sostituita la loro

³⁰² D. 48.5.6.1 (Pap. 1 *de adult.*): *Lex stuprum et adulterium promiscui et καταχρηστικώτερον appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod graeci φθοράν appellant.*

³⁰³ D. 50.16.101 pr. (Mod. 9 *diff.*): *Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*

³⁰⁴ D. 48.5.35 (Mod. 1 *reg.*): *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina. 1. Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur.*

³⁰⁵ Cfr. sul tema G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (Milano 1912) 445; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* (Napoli 1937) 227; E. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Cagliari* 17 (1928) 6 s., ora in *Scritti giuridici* 1. *Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 219 ss.; H. ANKUM, *La captiva adultera*, in *RIDA*. 32 (1985) 157 s.; L. GAROFALO, *La competenza a promuovere 'iudicia populi' avverso donne*, in *SDHI*. 52 (1986) 451 s.; G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR*. 89 (1986) 425 ss.; ID., 'Stuprum' e 'adulterium' cit. 355 ss.

specificità, inquadrando ognuno di essi delle fattispecie determinate e diverse tra di loro. Le radici della problematica affondano, quindi, nella *lex Iulia* ma essa acquista rilievo verso la fine dell'età classica, al tempo dei giuristi severiani. Papiniano sottolinea l'uso indifferenziato dei vocaboli, per cui dei *crimina* diversi vengono denominati allo stesso modo; Modestino precisa che *adulterium* è utilizzato, come già detto, per indicare l'infedeltà coniugale della *nupta*, mentre lo *stuprum* rappresenta il rapporto eterosessuale con la *innupta* (cioè con una *virgo*, una *vidua* o una libera, anche se divorziata) e la relazione omosessuale con un *puer* o con un *masculus*, cioè con un fanciullo o con uno schiavo³⁰⁶.

Le precisazioni fatte da Papiniano e da Modestino, e quindi chiare a tutti i giuristi dell'età severiana, inducono a ritenere che in quest'epoca l'uso dei termini analizzati non è più promiscuo, ma specifico, nel senso che viene adoperato un termine diverso per fattispecie criminali diverse³⁰⁷.

Quanto alla fattispecie dell'adulterio occorre evidenziare che per il diritto romano, infatti, era solo la donna che violava la fedeltà coniugale, compiendo un adulterio; al contrario il marito, se aveva rapporti con donne libere, *ingenuae et honestae*, non lo commetteva³⁰⁸. Quest'ultimo poteva anche uccidere la moglie adultera; viceversa lei non aveva il diritto di rivalersi in alcun modo sul marito fedifrago: c'era un'evidente disparità nelle conseguenze derivanti

³⁰⁶ S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 33.

³⁰⁷ Alla questione della fungibilità terminologica viene spesso associato il problema del concorso o meno dell'incesto con lo stupro. Sul punto cfr. S. PULIATTI, *Incesti crimina* cit. 34 che sostiene che «in dottrina si è escluso il cumulo dei due reati e si è sostenuta l'inammissibilità del loro concorso per essere l'incesto una forma di stupro, precisamente uno stupro qualificato dal rapporto di parentela esistente tra i soggetti. Sul punto anche A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»* cit. 186 ss.

³⁰⁸ Cfr. Plaut. *Merc.* 817 ss.: *Ecastor lege dura vivont mulieres multoque iniquiore miserae quam viri. nam si vir scortum duxit clam uxorem suam, id si rescivit uxor, impunest viro; uxor virum si clam domo egressa est foras, viro fit causa, exigitur matrimonium. utinam lex esset eadem quae uxori est viro; nam uxor contenta est, quae bona est, uno viro: qui minus vir una uxore contentus siet?*

dall'infedeltà coniugale dell'uomo e della donna³⁰⁹. E ciò nonostante che più fonti facciano leva anche sulla moralità dell'uomo.

Nemmeno il diritto classico riuscì ad eliminare questa iniquità: lo dimostrano testimonianze di giuristi del tempo e dell'apologeta Lattanzio.

Ulpiano, infatti, invitava il giudice, quando aveva davanti a sé un marito che accusava la moglie di adulterio, a procedere ad una verifica complessiva dei *mores* del marito accusatore, prima di emettere una sentenza³¹⁰.

D. 48.5.14.5 (Ulp. 2 *de adult.*): *Iudex adulterii ante oculos habere debet inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare.*

Se il marito aveva vissuto secondo i costumi e la morale, quindi pudicamente, e se era stato '*bonos mores colendi auctor*', ossia da esempio per lei affinché coltivasse i buoni costumi, poteva agire contro la moglie per adulterio. Perché altrimenti sarebbe stato molto ingiusto che il marito avesse potuto esigere da sua moglie un livello di moralità che egli stesso non aveva garantito e di cui non aveva dato prova in costanza di matrimonio.

Nelle commedie di Terenzio e di Plauto è sempre l'uomo ad essere infedele nei confronti della moglie³¹¹; egli poteva avere normalmente, anche

³⁰⁹ Gell. N.A. 10.23.5: *De iure autem occidendi ita scriptum: «In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est».*

³¹⁰ Sulla fonte si veda C. FAYER, *La familia romana* 2 cit. 192 s. ed ivi nt. 12. Cfr., inoltre, G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* 2 (Milano 1963) 45 s.

³¹¹ Solo nell'*Amphitruo* di Plauto l'Acmena fa eccezione in quanto è una donna che commette adulterio; anche se in realtà ciò avviene con l'inganno in quanto Giove si

all'interno delle mura domestiche, relazioni con le schiave, con le prostitute, con le donne di teatro, senza commettere adulterio³¹²:

Plaut. *Asinaria* 942 ss.: *Hic senex si quid clam uxorem suo animo fecit volup, neque novom neque mirum fecit nec secus quam alii solent; nec quisquam est tam ingenio duro nec tam firmo pectore, quin ubi quicque occasionis sit sibi faciat bene.*

Lattanzio, scrittore, retore ed apologeta romano di fede cristiana, nel sottolineare la differenza tra il diritto pubblico e la legge divina rimarcherà che, secondo quest'ultima, l'uomo e la donna erano un'unica cosa e nessuno dei due poteva rompere quest'unione.

Lact. *inst.* 6.23.23-25: *Ut cum quis habeat uxorem, neque servam neque liberam habere insuper velit, sed matrimonio fidem servet. Non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est quae habet alium, maritus autem, etiam si plures habeat, a crimine adulterii solutus est. Sed divina lex ita duos in matrimonium, quod est in corpus unum, pari iure coniungit, ut adulter habeatur quisquis compagem corporis in diversa distraxerit.*

trasforma in suo marito e ne assume le sembianze, per cui lei crede di non commettere adulterio.

³¹² Così lamenta San Girolamo *epist.* 77.3 (P.L. 22.691): *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi: aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit. Apud illos in viris pudicitiae frena laxatur, et solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur quasi culpam dignitas faciat, non voluptas. Apud nos, quod non licet feminis, aequae non licet viris.*

L'apologeta aggiungerà che era iniquo che il marito pretendesse da sua moglie ciò che egli stesso non riusciva a dare:

Lact. *inst.* 6.23.29: *Servanda igitur fides ab utroque alteri est, immo exemplo continentiae docenda uxor, ut se caste gerat. Iniquum est enim, ut id exigas quod praestare ipse non possis.*

7. Emersione del ruolo del dolo

Non si può concludere l'esposizione relativa al periodo classico senza evidenziare che, nelle fonti dell'età più avanzata compare come imprescindibile elemento costitutivo della fattispecie delle *binæ nuptiae* la volontà esplicita dei coniugi di contrarre un doppio matrimonio. Le parti dovevano aver agito con dolo e non per errore: se, infatti, uno dei due coniugi avesse creduto, erroneamente, morto l'altro e, sulla base di questa supposizione sbagliata, avesse contratto nuovo matrimonio, non sarebbe incorso nella bigamia, diversamente se fosse stato cosciente di essere legato ad altra persona da precedente vincolo non sciolto. Occorreva, quindi, nel coniuge, il dolo: cioè che sapesse di essere legato dal primo rapporto matrimoniale, e che intendesse comunque aggiungerne un secondo, non sciogliendosi dal primo con il divorzio.

L'argomento è confermato in due testi: un passo tratto dalle *Declamationes* dello pseudo Quintiliano ed una testimonianza riportata da Papiniano³¹³.

Quint. Decl. 347: *Uxor peregrinantis mariti mortem rumore cognovit. Heres inventa nupsit adulescenti cuidam et domum in dotem dedit. Supervenit maritus nocte, utrumque occidit. Reus et caedis ... Adulteros fuisse in matrimonio constat: nemo negat. Matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius. Neque repudiavi et certe vivo. Sed rumor de morte venit. Haec statim nupsit alii marito. Quid est hoc aliud quam improbius*

³¹³ I due passi in esame sono stati citati numerosissime volte da molti Autori moderni che si sono occupati della tematica, in quanto rappresentano dei casi emblematici per evidenziare la rilevanza dell'elemento volontaristico, in particolare del dolo, per configurare la fattispecie e soprattutto per la sanzionabilità della condotta. Sull'argomento da ultimo, R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 126.

adulterium? Legitimum porro matrimonium, nisi soluto priore, esse non potest. Meae igitur nuptiae manserunt, illae non fuere legitimae.

Il retore narrò la vicenda di una donna che si era risposata, a seguito di una falsa notizia, avendo creduto morto il primo marito. Quest'ultimo, al suo ritorno aveva sorpreso di notte nella sua casa (che la donna aveva portato in dote al secondo marito) ed ucciso entrambi i coniugi. Quintiliano lo ritenne colpevole degli omicidi. Il marito si difese sostenendo che la moglie e il secondo marito erano rei di adulterio in quanto il matrimonio non si era estinto in nessuno dei due unici modi consentiti dalla legge: non c'era stata né morte di uno dei due coniugi né divorzio³¹⁴. Pertanto le seconde nozze erano illegittime. Quindi, se l'avvenimento fosse accaduto prima dell'emanazione della *lex Iulia de adulteriis*, il marito non sarebbe stato colpevole in quanto avrebbe colto gli adulteri in flagranza di reato e in casa sua (non essendo valido il secondo matrimonio, infatti, quest'uomo non sarebbe stato il secondo coniuge, ma un amante e la donna sarebbe stata, quindi, rea di adulterio.); se, al contrario, fosse accaduto dopo la *lex Iulia*, il primo marito sarebbe stato responsabile di entrambi gli omicidi, così come asserito dal retore. Non sarebbe stato responsabile dell'omicidio dell'uomo (secondo marito) solo se fosse stato di rango sociale inferiore al suo; ed avrebbe avuto, nei confronti della moglie, in ogni caso, l'attenuante del *iustus dolor*. Lo pseudo Quintiliano considerò il marito colpevole e sostenne che la donna fosse caduta in errore, credendo realmente che le prime nozze fossero finite per morte del coniuge e che pertanto ella avrebbe potuto risposarsi liberamente, senza per questo commettere adulterio.

³¹⁴ Come è confermato dalla testimonianza dello pseudo Quintiliano, i retori ricordano solo due cause di scioglimento del matrimonio: il divorzio e la morte. Il divorzio viene quasi sempre elencato per primo, in quanto, probabilmente, indica la causa più frequente. Cfr. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano 1938) 229.

Anche in un testo di Papiniano, tratto dal *liber singularis de adulteriis*, si narra la vicenda di una moglie che, credendo morto il marito lontano, si era risposata:

D. 48.5.12.12: *Mulier cum absentem virum audisset vita functum esse, alii se iunxit: mox maritus reversus est. Quaero, quid adversus eam mulierem statuendum sit. Respondit tam iuris quam facti quaestionem moveri: nam si longo tempore transacto sine ullius stupri probatione falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore vinculo, legitimis nuptiis secundis iuncta est, quod verisimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta dignum videri potest: quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur praestitisse, cum hoc facto pudicitia laboretur, vindicari debet pro admissi criminis qualitate.*

In questo caso, a differenza di quello descritto da Quintiliano ed esposto precedentemente, non era presente la circostanza dell'omicidio, ed il problema giuridico da risolvere era se la donna, risposandosi, avesse commesso, o meno, adulterio. Il punto da capire è se quest'ultima avesse contratto nuove nozze, a seguito di un errore scusabile, oppure se si fosse avvalsa dolosamente delle false notizie e risposata sapendo che il suo matrimonio con il primo marito era ancora valido ed efficace.

Nel responso il giurista prospetta dapprima l'ipotesi in cui la donna avesse realmente creduto alle false notizie che le avevano riportato, unendosi in legittime seconde nozze; quindi espone la diversa circostanza in cui si verserebbe qualora ella avesse utilizzato la scusa delle false notizie ma in realtà, consapevole dell'esistenza in vita del marito, avesse agito con dolo.

Nella prima situazione prospettata, quindi, essendo stato il primo matrimonio esistente e valido, nel rispetto del principio monogamico, le seconde nozze erano nulle, ma non illecite (*nuptiae legitimae* anche se non

iustae) per la *lex Iulia de adulteriis*³¹⁵. La donna non poteva essere condannata per adulterio, non essendosi verificate le condizioni giuridiche per configurare tale reato³¹⁶. La *bona fides* avrebbe fatto venire meno un presupposto fondamentale affinché si configurasse il reato di adulterio, trattandosi di un errore scusabile.

Diversa situazione giuridica è quella esposta nella seconda ipotesi in cui la donna si era risposata in assenza del marito, ma senza essere caduta in errore. In questo caso il matrimonio sarebbe stato ancora una volta nullo, perché valido ed esistente il primo, ma la moglie, avendo agito con dolo, sarebbe stata perseguibile in quanto aveva commesso adulterio.

³¹⁵ Papiniano tratta della *lex Iulia* e del comportamento criminale della donna: '*nuptiae legitimae*' non indicano le nozze valide per il *ius civile*, quindi *iustae*, bensì nozze lecite, *legitimae* appunto, per la *lex Iulia de adulteriis*. Parte della dottrina, invece, ha sostenuto che l'aggettivo '*legitimae*' adoperato da Papiniano fosse da intendere nel senso di valide. Cfr. sul punto R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 126 e nt. 10.

³¹⁶ Le seconde nozze erano nulle, ma non illecite per la *lex Iulia de adulteriis*. Le *nuptiae* erano qualificate come *legitimae* anche se non *iustae*. Sull'espressione '*nuptiae legitimae*' cfr. R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 126 e nt. 10.

CAPITOLO III

SVILUPPI POSTERIORI

1. Normazione del primo tardoantico; 2. La bigamia tra Occidente e Oriente; 3. Un caso particolare: Valentiniano I e la bigamia; 4. La sistematica giustiniana.

1. Normazione del primo tardoantico

Ai tempi di Valeriano e Gallieno la bigamia era ancora punita come stupro per l'uomo ed adulterio per la donna; di lì a poco, con Diocleziano, essa avrebbe avuto una collocazione autonoma e sarebbe stata considerata un crimine pubblico.

Negli interventi di tali imperatori è interessante riscontrare un sottile ma continuo riferimento alla riprovazione sociale e morale, oltre che giuridica, che la fattispecie suscitava. Questo sentimento crescerà con il passare del tempo e troverà la sua piena affermazione con l'avvento del Cristianesimo, sotto l'influsso dei Padri della Chiesa³¹⁷.

Anzitutto

C. 9.9.18 (*Impp. Valerianus et Gallienus AA. et C. Theod.*). *Eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non iuris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur. 1. Verumtamen ei, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias in provincia reliquisset, sollicitavit ad nuptias, crimen etiam stupri, a quo tu remota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo sollemniter inferetur. 2. Certe res tuas omnes, quas ab eo interceptas matrimonii simulatione deploras, restitui tibi omni exactionis instantia impetrabis a rectore provinciae: nam ea quidem, quae se tibi ut sponsae daturum promisit, quomodo repetere cum effectu potes quasi sponsa? Accepta id. Mai. Antiochiae Tusco et Basso cons. [a. 258.],*

³¹⁷ Le due costituzioni hanno in comune un altro aspetto: sono entrambe, infatti, originate da un rescritto generale imperiale. Cfr., in particolar modo, E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 423 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 127 nt. 12.

dove si chiarisce preliminarmente che chi ha due mogli viene sicuramente punito con l'infamia. Ciò non solo alla luce del divieto per i *cives nostri* di contrarre più matrimoni, ma anche in forza della evidente intenzione del soggetto (*sed animi destinatio cogitatur*) di unirsi con più persone. Questa parte del testo è particolarmente importante in quanto sottolinea la rilevanza della volontà nella commissione del *crimen*³¹⁸. Per configurare la bigamia, infatti, non era sufficiente che la parte avesse contratto un secondo matrimonio, essendo il primo ancora valido, ma era necessario che lo avesse fatto con dolo.

La costituzione continua esplicitando il caso. Teodora, cittadina della *pars Occidenti*, era stata indotta a sposare un uomo che con l'inganno si era finto celibe, ma era già unito in vincolo matrimoniale con una donna della provincia. Orbene, pur non configurandosi a carico di lei alcun reato, in mancanza della volontà di sposare un uomo che aveva già una moglie, il matrimonio era comunque nullo, come anche il fidanzamento, e nulle erano, tra l'altro, le donazioni fatte anteriormente. Il rescritto continua precisando che l'uomo, oltre ad essere dichiarato infame, doveva essere accusato di stupro³¹⁹; non di adulterio Teodora, stante la sua 'buona fede', d'altro canto confermata dalle alienazioni di propri beni, promesse nel corso del fidanzamento ed effettuate in costanza di matrimonio. Teodora non poteva, invece, pretendere i doni che l'uomo le aveva promesso durante il fidanzamento.

Il codice di Giustiniano contiene una seconda, meno ampia, versione del rescritto di Valeriano e Gallieno:

³¹⁸ Già Papiniano, in D. 48.5.12.12 - cfr. *supra* capitolo II § 7, che qui nuovamente riporto per comodità del lettore (*Mulier cum absentem virum audisset vita functum esse, alii se iunxit: mox maritus reversus est. quaero, quid adversus eam mulierem statuendum sit. respondit tam iuris quam facti quaestionem moveri: nam si longo tempore transacto sine ullius stupri probatione falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore vinculo, legitimis nuptiis secundis iuncta est, quod verisimile est deceptam eam fuisse nihil vindicta dignum videri potest: quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur praestitisse, cum hoc facto pudicitia laboretur, vindicari debet pro admissi criminis qualitate*) - evidenziava come la volontà, di uno o di entrambi i coniugi, di contrarre doppie nozze rappresentasse un elemento determinante per la configurazione del reato di bigamia.

³¹⁹ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit. 161 ss. e nt. 118

C. 5.3.5 (*Impp. Valerianus et Gallienus AA. Theodora*). *Ea, quae tibi ut sponsae daturum se repromisit is, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias domi reliquisset, sollicitavit ad nuptias, petere cum effectum non potest, cum tu sponsa uxore domi posita non fuisti. Accepta XV id. Mai. Antiochiae* [a. 258],

dove si ripete e chiarisce proprio l'ultima parte di C. 9.9.18, relativa alla promessa di doni fatta dall'uomo a Teodora nel corso del fidanzamento: essendo esso nullo erano nulle anche le promesse. Causa di nullità del fidanzamento (e del matrimonio) di Teodora è anche qui l'esistenza di un precedente matrimonio. La costituzione è, quindi, geminata nel codice e forse rimaneggiata dai compilatori³²⁰.

L'osservata rilevanza dell'elemento volontaristico risalta ancor più ove si ponga a confronto il testo della nostra costituzione con quello – già esaminato – di Ulpiano D. 3.2.13.4³²¹. Nel frammento del giurista di Tiro, infatti, la pena comminata al bigamo si fonda più sull'*effectus iuris* che non sull'*animi destinatio*; viene, quindi, preso maggiormente in considerazione il fatto che sia stata effettivamente costituita un'unione stabile in costanza di altro matrimonio ed in minor misura la volontà della parte (o delle parti) di porre in essere una condotta giuridicamente sanzionata. Nella costituzione, al contrario, è la *voluntas* a prevalere, in linea con gli sviluppi registratisi *medio tempore*.

A configurare per la prima volta il reato di bigamia come autonomo crimine pubblico diverso dallo *stuprum* e dall'*adulterium* e a prevedere una

³²⁰ Sulla ricostruzione del testo originario cfr. E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 423 s.

³²¹ Sul passo ulpiano, qui riportato per comodità del lettore (*Cum autem factum notetur, etiam si cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est, erit notatus*), si veda *supra* capitolo II § 3.

pena che diventava la sanzione principale rispetto a quella accessoria dell'infamia³²², sembra sia stato Diocleziano nel 285, con l'esplicita imposizione del principio monogamico.

C. 5.5.2 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Sebastianae*). *Neminem, qui sub dicione sit Romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur. PP. III id. Dec. Diocletiano A. II et Aristobulo conss.* [a.285]

La richiesta proveniva da una tale Sebastiana, che poneva una questione simile a quella posta qualche decennio prima da Teodora. Richiamando – come del resto già Gallieno – l'autorevole precedente dell'editto pretorio che infliggeva automaticamente al bigamo la nota dell'infamia, l'imperatore impose al giudice di aggiungere una sanzione penale discrezionalmente determinata nell'ammontare³²³.

³²² Si è già detto che parte della dottrina, invece, non condivide questa teoria e ritiene non possibile la configurazione del *crimen* di bigamia per tutta l'età classica, che, quindi, sarebbe sorto successivamente, in età giustiniana. Il pretore punirebbe chi crea incertezza nella società romana contraendo più matrimoni, non la bigamia. Cfr. in particolare E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 432 s.

³²³ Entrambi i casi presi ad oggetto dalle costituzioni imperiali di Gallieno e Diocleziano sembrerebbero sottendere la *regula iuris* gaiana: '*simulatae nuptiae nullius momenti sunt*' contenuta in D. 23.2.30, che sancisce che le nozze simulate sono prive di valore. La regola ha rilevanza giuridica in quanto in questi casi è utile per dimostrare l'ignoranza (nel senso di non conoscenza) del precedente matrimonio da parte della donna. L'elemento interiore assume un grande valore per definire l'esistenza o meno del matrimonio. Il passo non è finora stato sospettato d'interpolazione; si discute, quindi, sull'interpretazione da dare al frammento e in particolare sulla possibilità di *nuptiae simulatae* in relazione alla struttura del matrimonio romano. Tre erano i casi in cui si poteva esser portati a fingere uno stato matrimoniale come esistente a cui non si accompagnava una reale volontà di costituirlo: o per sfuggire alle prescrizioni di Augusto contro il celibato, o per dare efficacia ad un raggiro rispetto ad un atto condizionato al matrimonio, oppure per non essere accusati di stupro. Delle tre ipotesi gli studiosi hanno considerato che solo la prima fosse più rispondente a ciò

Volterra³²⁴ ritiene la costituzione rimaneggiata dai compilatori, in quanto la risposta fornita a Sebastiana si sarebbe dovuta limitare ad una semplice conferma del principio monogamico; diversamente l'inciso da «cum» alla fine mal si accorda con la prima parte, e dà l'idea di una glossa interpretativa. A parere dell'autore, dunque, Diocleziano, si limitò a comminare l'infamia per chi avesse contratto doppie nozze simultanee, in quanto, se avesse voluto difendere il principio monogamico, prevedendo una sanzione aggiuntiva stabilita dal giudice (così come si legge nel provvedimento imperiale), lo avrebbe fatto dandone ben altra pubblicità e rilevanza. A ulteriore riprova, il fatto che la dichiarazione di infamia aveva come conseguenza giuridica solo la limitazione della capacità processuale, non anche l'impossibilità giuridica del doppio matrimonio; infatti, anche la donna che si risposava entro l'anno dalla morte del primo marito – non rispettando il *tempus lugendi* – era colpita dall'infamia pretoria, ma il matrimonio compiuto contro il divieto rimaneva valido³²⁵.

che riferisce il passo di Gaio. Nelle controversie che nascono intorno a ciascuno di questi casi è decisiva l'indagine sulla volontà. La valutazione dell'esistenza o meno di nozze simulate per tutto il periodo classico si fondava sull'accertamento di quell'unico elemento decisivo che era l'effettiva volontà delle parti di far nascere o continuare un'unione matrimoniale. Anche la ricerca della volontà interiore, però, deve necessariamente poggiarsi su elementi esteriori, perché il diritto, nella ricerca della volontà interiore, ha bisogno di criteri obiettivi su cui basarsi e su cui volgere le proprie indagini: se da qualsiasi elemento obiettivo, quindi, si fosse potuta provare l'esistenza dell' *affectio maritalis* il matrimonio era considerato valido e non simulato. Nel diritto giustiniano le cose mutarono: nacque la tendenza a preconstituire, sia per il matrimonio sia per il divorzio, una serie di mezzi probatori, che mentre da un lato resero più rigoroso il criterio obiettivo di indagine, dall'altro, proprio per il loro carattere probatorio e non sostanziale, facilitarono la possibilità di simulazione delle nozze. Anche Sant'Agostino ha espressamente condannato il comportamento della persona, che «sotto il manto dell'alleanza matrimoniale desidera raggiungere o realizzare un altro obiettivo». Presumibilmente se le prime o anche le seconde *nuptiae* sono simulate si dovrebbe ritenere che non si integri la fattispecie di bigamia; ma le fonti non danno certezza sul tema. Sul punto cfr. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, in *BIDR.* 371 ss. Sulla simulazione in generale: J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in *ZSS.* 42 (1921) 227 ss.; E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche* (Padova 1930) 175 ss.; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici* (Padova 1938).

³²⁴ Si veda in particolare E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 432 s.

³²⁵ Cfr. E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali* cit. 477 ss.

Ne deriverebbe in fin dei conti che in età diocleziana la bigamia non era ancora considerata quale *crimen* autonomo, ma comportava solo la sanzione dell'infamia a carico di chi, costituendo o tentando di costituire contemporaneamente più unioni stabili, avesse creato incertezze nei rapporti sociali.

L'inquadramento della bigamia come reato autonomo sembra invece perfettamente giustificato ove inserito in contesti storici successivi, sulla scia di visuali riconducibili alla lezione dei Padri della Chiesa.

In senso contrario a questa impostazione, altra letteratura³²⁶ ritiene che già Diocleziano abbia configurato la bigamia come *crimen* autonomo prevedendo una sanzione penale certamente più incisiva dell'infamia: l'imperatore non indica la tipologia di pena prevista per il reato, ma lascia – come già precedentemente accennato – che sia il giudice a deciderlo secondo la sua discrezionalità.

Diocleziano vietò la bigamia a tutte le popolazioni dell'impero: anche nelle province orientali, dove era praticata abitualmente la poligamia, egli aprì il varco ad un principio proprio del pensiero romano. Ciò, senza del resto sconfessare il caposaldo della sua azione politico-normativa rappresentato dall'idea di un recupero della tradizione quale unica via per tentare di ristabilire gli equilibri sociali smarriti nel recente passato.

Più nel dettaglio, a tale motivazione se ne aggiunge un'altra di ordine pratico: quella di dare maggiore rilevanza al reato onde porre un freno alla prassi che nei costumi sociali del tempo era ben radicata, soprattutto nelle classi più elevate, e che non era stata scalfita dalla sola riprovazione morale. Costantino, vedremo, cercherà infatti di prevedere anche gli eventuali raggiri

³²⁶ Da ultimo R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 128 ed ivi nt. 14.

alla legge vietando all'uomo sposato di avere una concubina, prassi che si era diffusa proprio per aggirare il divieto di bigamia³²⁷.

³²⁷ Così emerge da C. 5.26.1 [a. 326], per la quale vedi *infra* § 2, concordante con Paul. Sent. 2.20.1.

2. La bigamia tra Occidente e Oriente

Dopo Diocleziano anche Costantino dovette intervenire per porre rimedio al problema rappresentato dal non infrequente tentativo di aggirare il divieto ricorrendo all'alternativa del concubinato. Sul punto giova soffermarsi su

C. 5.26.1 (*Imp. Constantinus A. ad populum*). *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. PP. XVIII K. Iul. Caesareae Constantino A. VII et C. conss. [a. 326]*³²⁸

Il significato di questa costituzione non è, però, chiaro: secondo alcuni³²⁹ si tratterebbe di un divieto generale di concubinato; altri³³⁰ - talora senza omettere rilievi in ordine alla verosimile sunteggiatura del testo (che risulta di estensione alquanto ridotta rispetto a quello delle costituzioni costantiniane indirizzate *ad populum* o *ad senatum*)³³¹ - ritengono, invece, che si tratti di un divieto per l'uomo sposato di tenere la concubina presso di sé nella casa coniugale³³².

³²⁸ Il titolo 26 (*de concubinis*) del V libro del codice di Giustiniano riporta sotto la voce '*de concubinis*' una sola costituzione: quella di Costantino del 326.

³²⁹ Cfr. C. DUPONT, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV^e siècle. Les personnes* (Lilles 1937) 126; G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee* (Milano 1990) 185.

³³⁰ Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² cit. 172 ed ivi nt. 1; M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia* (Milano 1938) 265; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 131.

³³¹ Cfr. M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* cit. 177 ss.

³³² Le disposizioni di Costantino sul concubinato vennero confermate da molti imperatori che gli succedettero, tra cui anche Giustiniano: C. 7.15.3.2 (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*). *Omnibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua*

Sempre nell'ottica dell'intransigenza possono del resto leggersi altri due interventi dell'imperatore datati 336. Riportati nel codice Teodosiano sotto il titolo *de naturalibus filiis et matribus eorum*, essi colpiscono il concubinato comminando l'incapacità a carico dei figli nati da un'unione con una concubina e a carico della concubina stessa. Si tratta, più precisamente, anzitutto di

CTh. 4.6.2: ... *Ri fecit vel si ipsorum nomine comparavit, totum legitima suboles recipiat. Quod si non sint filii legitimi nec frater consanguineus aut soror aut pater, totum fisci viribus vindicetur. Itaque Liciniani etiam filio, qui per rescriptum sanctissimum dignitatis culmen ascendit, omnis substantia auferatur et secundum hanc legem fisco adiudicetur, ipso verberato compedibus vinciendo, ad suae originis primordia redigendo. Lect. III k. mai. Carthagine Nepotiano et Facundo cons. [a. 336].*

Vieppiù significativo il provvedimento contenuto in

CTh. 4.6.3 (*Imp. Costantinus A. ad Gregorium*). *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel flamonii vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive Romana facta seu Latina, vel scaenica vel scaenicae filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescribi, ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut*

iura nec nostra concedunt. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadiet Orestis vv. cc. [a. 531].

fratri aut sorori aut patri aut matri..., *Lecta XII k. Aug. Carthagine Nepotiano et Facundo conss.* [a. 336].

dalla cui lettura si deduce che erano puniti con l'infamia (e pare anche con la perdita di cittadinanza) i senatori, i *perfectissimi*, i membri dell'aristocrazia ed altre categorie di persone prestigiose che avessero tentato di legittimare figli nati da rapporti con donne di determinate categorie sociali come le liberte, le schiave, le attrici etc. La disposizione vietava, inoltre, qualsiasi tipo di elargizione in favore di questi figli.

Un'evidente contraddizione rispetto al regime reprimente fattosi strada a partire dello scorcio del III secolo sembrerebbe profilarsi alla lettura di un passo dell'*Historia ecclesiastica* (4.31) del bizantino Socrate Scolastico, dove si attesta l'emanazione, nel 370, da parte di Valentiniano I, di una misteriosa legge volta ad autorizzare le doppie nozze anche in costanza di valido matrimonio. Come meglio si vedrà più oltre³³³, l'imperatore, già sposato con Marina Severa, dalla quale aveva avuto un solo figlio, Graziano, avrebbe emanato un editto, fatto pubblicare in diverse parti dell'impero, con il quale autorizzava il matrimonio con più donne. Ciò, dietro consiglio della prima moglie, la quale sarebbe stata anche fautrice della scelta della seconda, Giustina, che, per continuare la dinastia, gli avrebbe dato altri quattro figli: Valentiniano il giovane e tre femmine. L'editto ad ogni modo ben presto perse vigore in quanto relativo ad una singola fattispecie e avversato in maniera recisa nella parte occidentale dell'impero, dove il principio monogamico era ben saldo e radicato³³⁴.

³³³ Cfr. *infra* § 3.

³³⁴ Sul singolare intervento normativo, palesemente *ad personam*, di Valentiniano I cfr. E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 389 ss.; ID., *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 3 (Napoli 1953) 139 ss., ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 139 ss.; A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 363 ss.; L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia*, in *SDHI*. 70 (2004) 165 ss.

In Oriente, al contrario, la poligamia continuava ad essere praticata e pochi riscontri pare avesse avuto la proibizione diocleziana. Fu questo il motivo per cui nel 393³³⁵ l'imperatore Teodosio dovette intervenire nuovamente ribadendo il divieto di contrarre più unioni coniugali contemporanee.

C. 1.9.7 (*Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Infantio comiti Orientis*). *Nemo Iudaeorum morem suum in coniunctionibus retinebit nec iuxta legem suam nuptias sortiaturs nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat. D. III k. Ian. Constantinopoli Theodosio A. III et Abundatio cons.* [a. 393].

Con Teodosio I il principio monogamico fu dunque riaffermato nella parte orientale dell'impero. L'imperatore proibì, inoltre, il matrimonio tra cristiani ed ebrei³³⁶: allo stesso modo anche la religione ebraica vietava l'unione coniugale con chi non la professava. La comunità ebraica si pose, infatti, in un isolamento

³³⁵ In arg. R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 130 nt. 21.

³³⁶ CTh. 3.7.2 (*Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Cynegio pp.*). *Ne quis christianam mulierem in matrimonium Iudaeus accipiat neque Iudaeae Christianus coniugium sortiaturs. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata. Dat. prid. id. mart. Thessalonica Theodosio A. II et Gynegio V. C. cons.* [a. 388]. Il matrimonio tra ebrei e cristiani non è solo proibito ma è considerato come adulterio, e l'accusa è pubblica (CTh. 3.14.1). Il principio è ripetuto anche da S. Cipriano e da S. Agostino (rispettivamente nel *de lapsis* 6 P.L. 4.483 e nel *de coniug. adulterinis* 21). Probabilmente aveva lo stesso fondamento religioso della punizione, con la pena capitale, che veniva data ai provinciali che si sposavano con i barbari o con i *gentiles* (*cum barbara uxore* oppure *inter provinciales atque gentiles*), di cui parlerò più dettagliatamente più avanti nel paragrafo. I termini '*barbari*' e '*gentiles*' indicano i pagani, la cui unione con i cristiani rappresentava una profanazione del sacramento del matrimonio. Inoltre i barbari non possono che essere i pagani, così come per le leggi cristiane '*barbari*' sono considerati coloro che vivono al di fuori della *civitas christianorum*, e non solo fuori dallo Stato romano. Sul punto cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 481 nt. 2.

sociale e religioso appoggiato e incentivato dallo Stato³³⁷. Il principio monogamico fu riconosciuto come principio fondamentale su cui poggiava il matrimonio, sia come istituto del diritto, sia, quindi, come elemento fondante della società. Il cristianesimo esaltava la monogamia e la diffuse ma Teodosio la impose agli ebrei soprattutto in quanto principio di diritto.

Un aspetto su cui porre l'accento è che nella costituzione di Valentiniano II, Teodosio ed Arcadio non è prevista una pena speciale per i bigami e che il reato non sembra fornito di connotazione autonoma. Ad ogni buon conto il precetto legislativo non pare abbia sortito effetti decisivi nella parte orientale dell'impero, dove la poligamia fu praticata dagli ebrei fino al Medioevo³³⁸.

Né in medesima prospettiva può poi sorvolarsi sul fatto che la mancanza di un'apposita sanzione riflette in maniera alquanto evidente come ancora nel IV secolo – e sicuramente sotto il governo dell'imperatore Valentiniano I e agli inizi dell'impero di Teodosio I – la poligamia non fosse vista come un grave illecito. E quanto osservato trova conferma nella circostanza che una costituzione del teodosiano dello stesso periodo, non recepita dal codice di Giustiniano, prevede una pena di gran lunga maggiore nel caso di unione tra barbari e romani:

³³⁷ Cfr. sull'argomento in particolare G. DE BONFILS, *Legislazione ed ebrei nel V secolo. Il divieto di matrimoni misti*, in *BIDR.* 90 (1987) 389 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio romano nel diritto postclassico e giustiniano* cit. 174 ss.

³³⁸ Anche Falchi sostiene che gli ebrei in Oriente continuarono a praticare la poligamia. Lo studioso pone, infatti, il divieto imposto per la prima volta da Teodosio (CTh. 3.7.2) nel 388 e la conseguente sanzione, in relazione a quest'uso e ritiene che la *ratio* specifica di C. 1.9.7 sia la medesima contenuta in CTh. 3.7.2. Rilevante è, infine, la trattazione sulla distinzione tra i 'Costantinidi' ed i 'Teodosii'; i primi tolleranti nei confronti dei matrimoni misti, i secondi assolutamente contrari. Cfr. G.L. FALCHI, *La legislazione imperiale circa i matrimoni misti fra cristiani ed ebrei nel IX secolo*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana 7 convegno internazionale (Spello – Perugia – Norcia, 16-19 ottobre 1985)* (Perugia 1988) 207.

CTh. 3.14.1 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Theodosium magistrum equitum*). *Nulli provincialium, cuiuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore coniugium, nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quod si quae inter provinciales atque gentiles adfinitates ex huiusmodi nubtiis extiterint, quod in his suspectum vel noxium detegitur, capitaliter expiatur. Dat. V kal. iun. Valentiniano et Valente AA. cons.*

La costituzione, dalla *subscriptio* incompleta, emanata verosimilmente tra il 370 e il 373, trattava delle unioni tra romani e barbari e comminava la pena capitale per chi contravveniva al divieto³³⁹.

Sulla scorta di quanto osservato balza all'evidenza il contesto disorganico su cui poggiano le previsioni imperatorie. Se, infatti, Valentiniano I con il suo oscuro editto sembra autorizzare – con riguardo ad un'ipotesi specifica – una deroga al divieto di bigamia; Teodosio, Arcadio e Valentiniano II emanano una costituzione volta ad estendere il principio monogamico a tutti gli abitanti dell'impero, inclusi gli ebrei, comminando da altra angolatura la pena capitale a chi abbia violato il divieto di matrimonio tra romani e barbari. Da qui l'idea che il principio monogamico, forse ben radicato in Occidente, fu di più difficile attuazione a Oriente³⁴⁰.

Nel 397 gli imperatori Arcadio e Onorio³⁴¹ riconfermarono in una costituzione la disposizione costantiniana in base alla quale i figli delle concubine erano incapaci a ricevere qualsiasi elargizione, fatta sotto qualsiasi forma, dai loro padri. Successivamente, nel 405, rettificarono le loro

³³⁹ L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 182.

³⁴⁰ L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 199.

³⁴¹ CTh. 4.6.5 (*Impp. Arcadius et Honorius AA. Petronio Vicario Hispaniarum*). *Legibus Constantini et genitoris nostri praeceptis edocti praecipimus, ut exclusis naturalibus filiis ad fiscum transferatur, quod ab ipsorum persona decedit, sin ci ... cipitur, et omne, quod legitimis competit, legis ... tia non negatur. Dat. IV k. mai. Mediolano Caesario et Attico cons. [a. 397].*

disposizioni, revocando la costituzione del 397, e decisero di applicare la disposizione di Valentiniano I, Valente e Graziano³⁴² del 371 che permetteva ai padri di elargire donazioni *inter vivos*, o per testamento, ai loro figli nati da unioni con concubine o alle donne stesse. In tal modo fu mitigata la rigidità della normativa costantiniana.

Tale disposizione fu poi ripresa, nel 428, da Teodosio II e Valentiniano III³⁴³.

³⁴² CTh. 4.6.4 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Ampelium p.u.*). *Placuit, manentibus ceteris, quae de naturalibus liberis Constantinianis legibus cauta sunt, haec tantummodo temperare, ut is, qui heredem heredesve filios ex legitimo matrimonio vel nepotes, qui filiorum loco habendi sunt, patrem quoque matremve dimittit, si ex consortio cuiuslibet mulieris naturales susceperit, unam tantum bonorum suorum et hereditatis unciam naturalibus vel mulieri donandi aut relinquendi habeat facultatem. Si quis vero nullo ex his, quos excipimus, superstite morietur, atque ex muliere, quam sibi adiunxerat, naturalem pluresve dimittet, usque ad tres tantum, si volet, uncias tam in mulierem quam in naturales, quo maluerit iure, transscribat. Dat. XVII kal. sept. contionaci, Gratiano A. II. et Probo cons. [a. 371].*

³⁴³ CTh. 4.6.8 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio pp.*). *Naturales liberi eorumque matres nec parentum arbitrio in successionibus ceterisque modis, quibus rei mobilis vel immobilis dominium confirmatur, passim et sine legis distinctione congrua permittantur, nec tamen legis, quae nuper lata est, asperitate premantur, cum satis sit eos secundum priorem constitutionem aut extantibus iustis liberis aut etiam non extantibus id tantum consequi, si patris deferatur arbitrio, quod per eam iusta moderatione decretum est ceteris, quae de eorum matribus libertis libertinisque per novam constitutionem decreta sunt, in sua manentibus firmitate. Dat. X kal. mart. Constantinopoli, Tauro et Felice cons. [a. 428].*

3. Un caso particolare: Valentiniano I e la bigamia

Nell'analisi della tematica merita una particolare attenzione un interessante intervento normativo che la tradizione attribuisce all'imperatore Valentiniano I. L'affermazione di un sistema rigorosamente monogamico del matrimonio romano parrebbe essere stato interrotto da questa misteriosa legge di Valentiniano I ricordata nella *Historia ecclesiastica* di Socrate Scolastico. Tale provvedimento imperiale, evidentemente *ad personam*, nell'interesse stesso del monarca, avrebbe autorizzato le doppie nozze anche in costanza di valido matrimonio.

Il racconto può essere concettualmente diviso in tre parti: la prima concerne la figura di Giustina, colei che diventerà la seconda moglie dell'imperatore, la seconda narra i rapporti tra l'imperatrice Marina Severa³⁴⁴ e la giovane Giustina, mentre la terza è incentrata sulle seconde nozze dell'imperatore, in mancanza di preventivo ripudio della prima moglie e, quindi, sull'analisi della legge sulla bigamia.

Socr. *Hist. Eccl.* 4.31: Ἰστέος δὲ ὅτι Οὐαλεντινιανῶ ἐγγέγονει οὗτος ἐξ Ἰουστίνης, ἣν ἐπέγημεν ζώσης αὐτοῦ τῆς προτέρας γυναιχὸς Σευήρας δι' αἰτίαν τοιάνδε. Ἰουστός ὁ τῆς Ἰουστίνης πατήρ, τῆς περὶ Πιχίνον ἐπαρχίας ἤδη πρότερον ἐπὶ τῶν Κωνσταντίου χρόνων ἄρχων καθεστώς, εἶδεν ὄναρ, ὡς ἐκ τοῦ δεξιοῦ μηροῦ ἀλουργίδα βασιλικὴν ἀπεχύρησε. Τὸ δὲ ὄναρ ἐν πολλοῖς λεχθὲν ἥκει καὶ εἰς τὰς ἀκοὰς Κωνσταντίου· ὁ δὲ συμβαλὼν τὸ ὄναρ ὡς βασιλέως ἐξ αὐτοῦ τεχθησομένου πέμψας ἀναιρεῖ τὸν Ἰοῦστον. ἡ δὲ αὐτοῦ θυγάτηρ Ἰουστίνα ἀπορφανισθεῖσα τοῦ πατρὸς ἔμεινεν παρῦενος οὔσα. Χρόνῳ δὲ ὕστερον τῇ τοῦ βασιλέως Οὐαλεντινιανοῦ Σευήρα γνωρίμη καθίσταται, καὶ συνεχεῖς ἐποιεῖτο πρὸς τὴν βασιλίδαν τὰς συντυχίας. ἐπεὶ δὲ ἐχρατύνθη ἡ συνήθεια, ἤδη καὶ συνελούετο αὐτῇ. Ὡς οὖν εἶδεν {αὐτήν} λουομένην τὴν

³⁴⁴ A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 363 nt. 2.

Ἰουστίναν ἢ Σευήρα, ἡράσθη τοῦ κάλλους τῆς παρθένου, καὶ πρὸς τὸν βασιλέα διεξήει περὶ αὐτῆς, ὡς οὕτως εἶη θαυμαστὸν ἔχουσα κάλλος ἢ παρθένος ἢ τοῦ Ἰούστου θυγάτηρ, ὡς καὶ αὐτὴν καίτοι γυναῖκα οὕσαν ἐρασθῆναι τῆς εὐμορφίας αὐτῆς. Ὁ δὲ βασιλεὺς ταμιευσάμενος τῆς γυναικὸς τὸν λόγον ἀγαγέσθαι τὴν Ἰουστίναν ἐβουλεύσατο, μὴ ἐκβαλὼν τὴν Σευήραν, ἀφ' ἧς αὐτῷ Γρατιανὸς ἐγγεγόνει, ὃν μικρὸν ἔμπροσθεν ἀνηγορεύκει βασιλέα. Νόμον οὖν ὑπαγορεύσας δημοσίᾳ προτίθησι κατὰ πόλεις, ὥστε ἐξεῖναι τῷ βουλομένῳ δύο νομίμους ἔχειν γυναῖκας. Καὶ ὁ μὲν νόμος προέκειτο, ὁ δὲ ἄγεται τὴν Ἰουστίναν, ἀφ' ἧς αὐτῷ γίνεται Οὐαλεντινιανὸς τε ὁ νέος καὶ θυγατέρες τρεῖς, Ἰούστα Γράτα Γάλλα. Ὡν αἱ μὲν δύο παρθελεύουσai διετέλεσαν, Γάλλαν δὲ ὕστερον βασιλεὺς ἔγημεν Θεοδόσιος ὁ μέγας, ἀφ' ἧς αὐτῷ Πλακιδία θυγάτηρ ἐγένετο· Ἀρκάδιον γὰρ καὶ Ὀνώριον ἐκ Πλακίλλης ἔσχεν τῆς προτέρας γυναικός³⁴⁵.

Mentre le prime due parti sono più discorsive e narrative, la terza ha un carattere più spiccatamente tecnico-giuridico. Riferisce, infatti, la notizia della promulgazione di una legge che consentiva ai cittadini di avere due mogli. A seguito di tale legge l'imperatore poté sposare Giustina e generare con lei Valentiniano *junior* e tre figlie, Giusta, Grata e Galla, due delle quali rimasero vergini, mentre la terza andò in sposa a Teodosio e con lei – già padre di Arcadio e Onorio (nati dal precedente matrimonio con Placilla) – generò Placidia.

Il provvedimento, che sarebbe stato emanato nel 370 d.C.³⁴⁶, autorizzava, quindi, chiunque lo volesse ad avere simultaneamente due mogli legittime: ciò

³⁴⁵ Sulla scia di L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 168 nt. 9, è stata preferita l'edizione ultima di G.C. HANSEN, *Sokrates Kirchengeschichte* (Berlin 1995), rispetto a quella di MIGNE, *Historia Ecclesiastica* (Turnholt 1720).

³⁴⁶ Astolfi ritiene che il provvedimento di Valentiniano sia stato emanato qualche anno prima del 370. Egli sottolinea, infatti, che il matrimonio dell'imperatore con la seconda moglie Giustina potrebbe essere avvenuto nel 368 o nel 369, in quanto uno dei quattro figli avuti da Giustina, Valentiniano II nacque il 2 luglio del 371, e fu preceduto, a quanto pare,

al fine di consentire all'imperatore di sposare una giovane donna, Giustina, senza aver ripudiato l'imperatrice Marina Severa.

La testimonianza di Socrate³⁴⁷ - nato intorno al 370 e dunque contemporaneo rispetto alla vicenda ed ai suoi protagonisti – ha tuttavia destato non pochi dubbi in ordine all'attendibilità giacché in aperto contrasto con la logica monogamica posta a monte del matrimonio romano, logica attestata dalle fonti già con riguardo all'età quiritaria e rimasta fondamentalmente inalterata nel corso dei secoli.

La notizia dell'emanazione di tale legge, tesa dal canto suo più a soddisfare un'esigenza dell'imperatore che non a riformare il concetto di *familia* ponendo in discussione il principio monogamico, è confermata un secolo più tardi da Cassiodoro³⁴⁸:

Cass. *Hist. Eccl. Tripart.* 8.2.3-8: *Is (scil. Valentinianus junior) enim natus est de Justina quam vivente Severa priore coniuge Valentinianus hoc modo*

dalla sorella Giusta. Pertanto lo studioso afferma che l'editto che permetteva la bigamia sia stato emanato qualche anno prima del matrimonio, quindi prima del 368. Cfr. R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 130.

³⁴⁷ È interessante individuare il contesto nel quale Socrate Scolastico inserì la notizia. Nel libro quarto della sua opera lo storico precisava alcune vicende concernenti la famiglia imperiale. Egli narrava di Valentiniano II, nato dall'imperatore Valentiniano I e da Giustina, figlia di Giusto, magistrato del Piceno, sotto il regno di Costanzo. La giovane rimase presto orfana di padre, fatto uccidere dall'imperatore Costanzo. Ella iniziò a frequentare l'imperatrice Marina Severa e a recarsi ai bagni pubblici con lei. Fu l'imperatrice stessa che, trascorsi dieci anni senza riuscire ad avere un secondo figlio, suggerì al marito di prenderla in moglie per avere da lei altri discendenti, oltre Graziano, già diventato Augusto. Sembra che la fanciulla fosse così bella che l'imperatrice si fosse invaghita di lei e che ella stessa la consigliò al marito per garantire una più numerosa successione al trono. L'imperatore non allontanò la prima moglie Marina Severa, e sposò in seconde nozze Giustina, dopo aver promulgato tale legge che consentiva di avere due mogli legittime.

³⁴⁸ Cassiodoro supervisionò, com'è noto, l'elaborazione dell'opera *Historia Ecclesiastica Tripartita*, lavoro compilativo realizzato, intorno alla metà del 500, su una traduzione latina delle opere di Socrate, Sozomeno e Teodoreto, che egli affidò a Epifanio, che ne decise il titolo.

duxisse probatur uxorem ... Posteriori vero tempore pervenit ad Severa notitiam, ad quam frequentius veniebat, et amabatur, ita ut etiam cum ea balneis uteretur. Cumque Severa secundum lavantem Justinam diutius inspexisset pulchritudine virginis obligata est et dixit imperatori, quia sic esset speciosa virgo Justina, ut etiam ipsa, licet esse mulier, eius tamen amore sit capta. Verum imperator, eius sermone concepto, Justinam ducere tractabat uxorem; non tamen Severam abiicere, ex qua Gratianus fuerat natus, quem paulo ante firmarat imperatorem. Legem itaque protulit publice per civitates proposita sancientem, ut liceret volentibus habere duas uxores. Cumque posita lex haberetur, Justinæ ipse coniunctus est ex qua natus est Valentinianus Junior et filiae tres, Justa, Grata et Galla; quarum duae quidem in virginitate manserunt, Gallam vero postea maior Theodosius imperator duxit uxorem; ex qua Placidia filia noscitur ei esse progenita, cui postea matris nomine Gallae cognomentum accessit; nam Arcadium et Honorium ex Placilla priori coniuge habuisse cognoscitur,

parimenti incline a raccontare della nascita di Valentiniano II (*‘Valentinianus junior’*), del rapporto di Marina Severa con Giustina e della legge che autorizzava le seconde nozze.

Nella tradizione bizantina medievale conferme in tal senso figurano anzitutto nell’opera di Zonara (XII secolo):

Annal. 13.15 (P.G. 134.1161): Εἶχε δὲ πρὸ τῆς βασιλείας υἱὸν χεκλημέου Γρατιαυδὸν, ὃς χυτῶ ἐκ τῆς γαμετῆς Σευήρας ἐγένετο· δυ καὶ ἀνηγόρευσευ αὐτοχράτορα. Ἐγημε δὲ καὶ δευτέραν γυναῖκα, ἔτι περιούσης καὶ τῆς προτέρας. Ἰουστίνα ἦν ἡ δευτέρα, ἐξ ἧς καὶ τὸν νέον ἐγείνατο Οὐαλεντινιανὸν, καὶ θυγατέρας Ἰούσταν, Γράταν καὶ Γάλλαν,

che peraltro non accenna alla legge, ma si limita ad affermare che l'imperatore si era unito in matrimonio con Giustina mentre era ancora in vita la prima moglie; quindi due secoli più tardi, in

Niceph. Call. *Hist. Eccl.* 11.33 (P.G. 146.689): Εἰδέναι μέντοι χρεῶν ὡς ὁ νέος αὐτος Οὐαλεντινιανὸς ἐξ Ἰουστίνης ἐγεγόνε τῷ μεγάλῳ Οὐαλεντινιανῷ ἐπέγημε δε ξώσης ἔτι τῆς προτέρας αὐτοῦ γυναικὸς, ἣ Σευήρα ἦν ὄνομα. Αἰτία δὲ τῷ γάμῳ τοιαύδε ἐγένετο· Ἰουστίνη ταύτη πατὴρ Ἰουστός ἐτύγγανεν ὢν, ὃς ἐπὶ τῶν Κωνσταντίου χρόνων τῆς περὶ Πικενον ἐπαρχίας τὴν ὑρχίαν ἔχων, ὄναρ ἰδεῖν λέγεται, ὡς βασιλικὴν ἀλουργίδα δεξιόθεν γεννήσοι. Τὸ δὲ ὄναρ ἀφελῶς ἔχεινω ρηϋέν, εἰς, πολλοὺς διεχύθη. Οὐ πολλῷ δ' ὕστερον καὶ τὰς Κωνσταντίου ἔφθανεν ἀχοζς. Ὁ δὲ συμβαλὼν τὸ ὄναρ ὡς βασιλέα γεννήσοι, πέμψας, ἔχεινον μὲν τῆς κεφαλῆς ἀφαιρεῖται· τὸ δὲ γ' ἔχεινον θυγάτριον Ἰουστίνα αὕτη, ὀρφανὴ πατρὸς γενομένη, δυστυχῶς μὲν εἶχε, παρθενίαν δ' ὁμῶς ἡσπάζετο. Ἐς ὕστερον δὲ καὶ γνώριμος τῇ τοῦ βασιλέως Οὐαλεντινιανοῦ γυναικὶ Σευήρα καθίσταται. Πυκνῶς δ' αὐτῇ παραβάλλουσα εἰς φιλίαν ἐκ τῆς συνεχοῦς δμιλίας αὐτῇ ἀνακίρναται. τῆς δὲ μακρᾶς κρατυνθείσης, ἥδη καὶ κοινωνὸς αὐτῇ καθίστατο τῶν λουτρῶν. Καί ποτε συλλουομένην ταύτην ἡ Σευήρα ἰδοῦσα, καίπερ οὔσα γυνή, ὁμῶς τοῦ χάλλους ἔχεινης ἠττάτο, καὶ ἐτὶ τόσον ὡς καὶ τάνδρῃ καὶ βασιλεῖ διεξιέναι περὶ αὐτῆς· ὅτιπερ τοσοῦτον περίεστι χάλλος τῇ θυγατρὶ τοῦ Ἰουστοῦ, ὥς καὶ αὐτὴν καίπερ οὔσαν γυναῖκα, τοῦ χάλλους ἐρασθῆναι τῆς παρθενίας. Ὁ δὲ βασιλεὺς τῆς Σευήρας τοῖς λόγοις τρωθεὶς, ταρ' ἑαυτῷ τὴν βουλήν ἐταμίευεν· ἐβουλεύσατο γὰρ καὶ τὴν Ἰουστίναν ἀγαγέσθαι, καὶ ἄμφω νομίμους ἔχειν γυναῖκας· καὶ νόμον δημοσίᾳ προὔτιθαι, παντὶ βουλομένῳ ἐξεῖναι δύο κατὰ ταυτὸν νομίμους ἔχειν γυναῖκας. Καὶ ὁ μὲν νόμος κατὰ πᾶσαν ἐχώρει πόλιν· ὁ δὲ καὶ τὴν Ἰουστίναν πρὸς τῇ Σευήρᾳ ἀνάγει πρὸς τὰ βασιλεία, καὶ τῆς ἱοῦς αὐτῷ τιμῆς μεταδίδωσιν. Ἐκ μὲν οὖν Σευήρας Γρατιανὸς πρότερον τῷ Οὐαλεντινιανῷ ἐγεννήϋη, ὃν ἔμπροσθεν καὶ βασιλέα τῆς ἐσπέρας ἀνειῖτεν· ἐκ δὲ Ἰουστίνης ταύτης τὸν νέον γεννᾷ Οὐαλεντινιανὸν, δν ὁ στρατὸς, ὡς εἴρηται, παρὰ γνώμην τοῖν δυοῖν βασιλέοιν, τοῦ τε ἀδελφοῦ καὶ ἱεῖου φημι, ἡξίωσεν

ἀναρρήσεως Ἐγένοντο δὲ ταύτη καὶ θυγατέρες τρεῖς· Τοῦστα, Γρατα καὶ Γάλλα·
ὧν αἱ μὲν δύο διὰ βίου τὴν παρθενίαν ἡσπάσαντο· τὴν δὲ Γάλλαν ἐς ὕστερον ὁ
βασιλεὺς ἔγημε Θεοδοσίος ὁ μῆγας, ἐξ ἧς αἱτῶ καὶ Πλαχιδία θυγάτηρ ἐγινετο.
Ex γὰρ τῶν προτέρων αὐτῶ σπερμημάτων, Ὀνώριον καὶ Ἀρχάδιον ἔσγεν, ἐκ
Πλαχιλλῆς τῆς προτέρας αὐτοῦ γυναικὸς ἣν πρὶν τὴν βασιλείαν ἀρχὴν
ἀναζώσασθαι, νομιμῶς ἡρμόσατο. Περὶ μὲν οὖν Θεοδοσίου καὶ τῶν υἱῶν
κατὰ χώραν λελέξεται.

Sul versante occidentale, a metà del VI secolo, troviamo l'interessante
messa a fuoco di Iordanes, il quale riporta invece anche la notizia del
provvedimento.

*Iord. de summa temp. vel orig. actibusque gent. rom. 310: Tunc Gratianus
Valentiniano fratre de Iustina secunda uxore natu in regno consortem adsumit.
Nam Valentinianus senior dudum laudante Severa uxore sua pulchritudine
Iustinae sibi eam sociavit in matrimonio legesque propter illam concessit, ut
omnes viri, qui voluissent, inpune bina matrimonia susciperent, quia ideo
populosas fore gentes, quia hoc apud eos solemne est et multarum uxorum unus
maritus auditur. Acceptaque ergo, ut diximus, Valentinianus Iustina edidit ex
ipsa quattuor filios, Valentinianum supra dictum imperatorem et Gratam
Iustamque et Gallam. De qua Galla dehinc Theodosius imperator Flacilla
defuncta, quae Archadium Honoriumque pepererat, Placidiam generavit, quae
mater fuit moderni Valentiniani iunioris imperatoris.*

Nell'evidenziare le ragioni giustificatrici della legge, lo storico di fede
cristiana, oltre ad insistere sulla portata sentimentale che caratterizzerebbe la
vicenda, si sofferma sull'esigenza di natura demografica. Ciò alla stessa stregua

del più tardo Landolfo il Sagace³⁴⁹, accanto al quale va ricordata la testimonianza di Paolo Diacono³⁵⁰.

In definitiva, pur senza trascurare la circostanza che la versione di Iordanes differisce da quella di Socrate Scolastico in quanto – mentre quest’ultimo riconduce alla legge l’effetto di accordare la facoltà del doppio, contemporaneo matrimonio - essa attribuisce piena efficacia alla celebrazione del secondo matrimonio, perdurando ancora il primo («*ut omnes, qui voluissent, impune bina matrimonia suscipere*»), resta comunque incontestabile la sostanziale identità di contenuti: il che corrobora la verosimiglianza della notizia, facente capo ad entrambe le tradizioni, occidentale ed orientale.

Sulla veridicità dei fatti narrati si registra un significativo dibattito che prende l’avvio dalle osservazioni formulate sullo scorcio del secolo XVI dal Cardinale Baronio nei suoi *Annales Ecclesiastici*³⁵¹.

³⁴⁹ Land. Sagax *Addimenta ad Pauli hist. Libr.* 12.10 (M. G. H., Auct. Ant. 2.343): ... *cumque Severa secum lavantem Iustinam diutius inspexisset, pulchritudine virginis obligata et amore capta, dixit imperatori quia sic speciosa esset virgo Iustina, ut etiam ipsa decet esse uxor imperatoris. Valentinianus vero eius sermone concepto, Iustinam ducere tractabat uxorem; non tamen Severam abiicere, ex qua Gratianus fuerat natus. Legem itaque protulit publice per civitates proposita, ut omnes, qui voluissent, impune bina matrimonia susciperent; (nam ideo populosas fore gentes), quia hoc apud eas sollemne est. Cumque posita lex haberetur, Iustinae ipse coniunctus est, ex qua natus est Valentinianus istae et filiae tres, Iusta, Grata et Galla. Quarum duae quidem in virginitate manserunt, Gallam vero postea maior Theodosius imperator duxit uxorem; ex qua Placidia eius filia noscitur esse progenita, cui postea matris nomine Gallae cognomentum accessit; nam Arcadium et Honorium ex Placilla proprii coniuge habuisse cognoscitur.*

³⁵⁰ Paul. Diac. *Histor. Rom.* 11.7 (Migne P.L. 95.931): *nam Valentinianus senior dudum laudante uxore sua pulchritudinem Iustinae sibi eam sociauit in matrimonio legesque propter illam concessit, ut omnes, qui uoluissent, impune bina matrimonia susciperent; nam ideo populosas fore gentes, quia hoc apud eas sollemne est. Accepta ergo, ut diximus.*

³⁵¹ BARONIUS, *Annales ecclesiastici* 4 (Romae 1593) 269 ss.: ... *at quantum re vera execrabilis fuerit Christianis Principibus eiusmodi polygamia, docuit Theodosius Imperator qui post Valentinianum cum Gratiano regnavit: nam eiusmodi scelus sic persecutus est, ut correxerit in externis: prohibuit enim Iudaeos duas simul habere uxores: quod multo magis emendasset in Christianos, si talibus invenisset sortibus inquinatos: quorum in numera tunc plane multitudo fuisset si, quod vult Socrates, Imperator lata per Orbem lege, carnis immunditiis laxasset habenas, immo et nefandae licentiae iusto praetextu viam aperuisset.*

Nell'insistere sulla probabile infondatezza della notizia riportata da Socrate, dopo aver accennato alla legge di Teodosio relativa al divieto di praticare la poligamia anche per gli ebrei³⁵², egli fece anzitutto leva sui costumi morigerati e sulle fedeltà ai principi cristiani di Valentiniano I³⁵³, quindi sulla impossibilità che Giustina fosse vergine essendo stata precedentemente sposata con l'usurpatore Magnenzio, come testimoniato da Zosimo³⁵⁴. Ma, al di là di ciò, il punto nodale dell'orientamento di Baronio è suffragato da argomenti *e silentio*, giacché né Ammiano Marcellino³⁵⁵, né i Padri della Chiesa, come

Sed et quem tunc opportuisset concitatum esse per universum Romanum imperium tumultum, cum abroga turpi lege a successoribus imperatoribus, quae secundo loco ductae erant exores, dimittendae fuissent? Cum tamen nulla de his vel levis memoria habeatur quod scilicet haec omnia falso essent asserta. Sed et quonam modo, quaeso, res toto Romano Imperio diffamata, non nisi uni, qui post haec tempora vixit, innotuit Socrati? Ex eo enim ceteri describere, Paulus Diaconus, Zonaras, qui uno eodemque tempore duas Valentinianum tradunt habuisse uxores atque Nicephorus, et si qui alii, qui inconsulte nimis praevium ducem caecum secuti sunt. Non haec Ieronymus, Orosius, non Severus, et alii plures Latini, qui his temporibus claurere scriptores, huius aetatis eventa scribentes: neque penes Graecos Sozomenus, vel Theodoretus, qui eiusdem Imperatoris res gesta persecuti sunt; qui de his ne verbum quidem vel nutum minimum edicere... Cesset igitur de infami lege suspicio, et de duarum simul uxorum coniugio sileat falso asserta calumnia, atque evanescat in auras qui summa levitate concinnatus et ab aliquibus acceptus est error. Duxit quidem Iustinam, sed post Severae prioris uxoris obtium, cuius nulla postea mentio prorsus habetur.

³⁵² Parte della dottrina ritiene che il provvedimento emanato da Teodosio non rappresenti una motivazione valida per escludere la notizia della legge con cui Valentiniano I autorizzava la bigamia, in quanto sarebbe potuta essere una norma eccezionale. Cfr sul punto Cfr., inoltre, E. VOLTERRA, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I* cit. 172 nt. 17. Inoltre, altro importante argomento è che alcuni imperatori pagani come Valeriano e Gallieno, e Diocleziano emanarono rescritti aventi ad oggetto le doppie nozze simultanee, volti a reprimere la bigamia. Cfr. sul punto: A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 365 nt.10.

³⁵³ BARONIUS, *Annales ecclesiastici* cit. 271: ... cesset igitur de infami lege suspicio, et de duarum simul uxorum coniugio sileat falso asserta calumnia, atque evanescat in auras qui summa levitate concinnatus et ab aliquibus acceptus est error ...

³⁵⁴ Zos. *Hist. Nov.* 4.19.1; 4.43.1; 4.53 ss.; cfr. anche Johan. Anthioc. fr. 187, in Müller, *Fragmenta historicorum Graecorum*, 4 (Paris 1851) 609.

³⁵⁵ Amm. *Res gest.* 30.9.2, ove, pur non menzionandosi espressamente il provvedimento di Valentiniano I, che avrebbe autorizzato la bigamia, si riporta la notizia delle due mogli dell'imperatore. L'autore ne parla in modo dispregiativo, le paragona, infatti, a due orse. Dà

Girolamo, Ambrogio ed Agostino, fanno mai cenno alla legge che legittimerebbe la bigamia. Più nel dettaglio, se il provvedimento fosse stato realmente emanato, Girolamo, autore filopagano spesso contrario a taluni principi cristiani, lo avrebbe riportato; e allo stesso modo ne avrebbero dato cenno Ambrogio ed Agostino, dal canto loro in aperto contrasto con la poligamia. Quanto invece a coloro che riportano la notizia, essi non sarebbero attendibili in quanto meri ‘replicanti’ delle informazioni date da Socrate.

In forza di questo ragionamento, Baronio ritenne, dunque, che Giustina fosse diventata moglie dell'imperatore solo alla morte di Marina Severa, e che pertanto un provvedimento sulla bigamia non avrebbe avuto ragion d'essere.

In linea con tale orientamento, Lenain de Tillemont³⁵⁶, seppure più cautamente incline a non escludere – sulla scorta dell'estrema ricchezza di particolari forniti da Socrate – che la notizia fosse del tutto infondata. A partire dalla metà del Settecento si registrò tuttavia un ritorno alla tradizione, con Alexander ab Alexandro³⁵⁷ secondo cui il provvedimento fu emanato allo scopo di incrementare demograficamente l'impero e di favorire, quindi, la procreazione; e – un secolo più tardi – con Geppert³⁵⁸, secondo cui la notizia riportata da Socrate era stata attinta da un'opera storiografica sui Valentiniani, andata perduta.

loro, inoltre, due soprannomi: ‘*Innocentia*’ (incapace di fare male) a Marina Severa e ‘*Mica aurea*’ (granello d'oro) a Giustina. L'opera *Res gestae* è stata completata poco dopo il 390 d.C. e tratta di avvenimenti accaduti tra il 96 e il 378 d.C.

³⁵⁶ L. DE TILLEMONT, *Histoire des Empereurs* (Paris 1720) 682 s. Cfr. anche E. VOLTERRA, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I* cit. 145 nt. 11.

³⁵⁷ ALEXANDER AD ALEXANDRO, *Genialium dierum libri sex, cum integris commentariis Andreae Tiraquelli, Dionysii Gothofredi, J. C. Cristophori, Coleri et Nic. Merceri* (Lugduni Batavorum – oggi Leida, NL - 1673) 185.

³⁵⁸ F. GEPPERT, *Die Quellen des Kirchenhistorikers Socrates Scholasticus, Studien zur Geschichte der Theologie und der Kirche* (Leipzig 1898).

Nella seconda metà del Novecento la questione è stata oggetto di approfondite ricerche da parte di studiosi italiani che si sono interrogati, al pari dei precedenti, sulla fondatezza della notizia e sulla possibilità che un siffatto provvedimento normativo fosse stato emanato in quel determinato momento storico. Escludendo Volterra³⁵⁹, il quale, nonostante una dettagliata analisi delle fonti, ha ritenuto opportuna una vera e propria ‘sospensione di giudizio’ in merito, va ricordato in primo luogo l’ampio saggio di Gualandi³⁶⁰. Egli, in ragione della convinzione che le testimonianze successive a quella di Socrate Scolastico appaiono fortemente influenzate da quest’ultima, concentrando dunque la sua attenzione solo sul referente testuale dello storico bizantino del IV secolo, ha incentrato l’indagine su due punti essenziali, vale a dire le nozze dell’imperatore e l’emanazione della legge che autorizzava la bigamia. Quanto alla notizia del duplice matrimonio, essa sembrerebbe vera, ma giacché il secondo fu preceduto da un ripudio, non integrerebbe un’ipotesi di bigamia, mancando la simultaneità delle due unioni. Quanto invece al provvedimento imperiale sulla bigamia, la notizia sarebbe non veritiera, in quanto troppo in contrasto con i principi vigenti all’epoca e con la realtà giuridica del tempo.

Alla fine del secolo scorso, tendenzialmente concorde con l’opinione di Gualandi, è intervenuto anche Manfredini³⁶¹. A sostegno della sua ipotesi, fautrice appunto dell’idea che Socrate avrebbe inteso parlare sempre di seconde nozze e mai di bigamia, oltre ad alcuni passi biblici, lo studioso richiama svariate fonti dell’epoca pagana e di quella cristiana allo scopo di dimostrare la sostanziale inconfigurabilità di fattispecie di bigamia e di contro la sistematica esistenza di un ripudio che precede il secondo matrimonio e si manifesta in forme diverse, laddove, con segnato riguardo alle testimonianze di Socrate e Iordanes, ritiene che la loro lettura – così come stratificatasi nella tradizione

³⁵⁹ E. VOLTERRA, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I* cit. 321 ss.

³⁶⁰ G. GUALANDI, *Intorno ad una legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di P. de Francisci* 3 (Milano 1956) 173 ss.

³⁶¹ A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 363 ss.

dottrinale – consenta di rinvenire un equivoco di fondo: quello cioè di avere inquadrato la fattispecie ivi contemplata alla strega di bigamia ‘simultanea’ e non semplicemente ‘successiva’, nel senso di coincidente con un’ipotesi di seconde nozze³⁶².

Suet. *Caes.* 52: *Helvius Cinna tribunus plebis plerisque confessus est habuisse se scriptam paratamque legem, quam Caesar ferre iussisset cum ipse abesset, uti uxores liberorum quaerendorum causa quas et quot vellet ducere leceret*³⁶³,

ove si fa menzione di un presunto disegno di Cesare di consentire la coesistenza di più vincoli matrimoniali al solo scopo di incentivare la procreazione³⁶⁴.

In analoga prospettiva³⁶⁵ deporrebbero i casi di Carvilio Ruga³⁶⁶, di Catone Uticense³⁶⁷, di Turia³⁶⁸: il primo si era rammaricato di dover ripudiare la

³⁶² Soltanto con i concili ecumenici saranno usati per la prima volta i termini ‘*bigamus*’ e ‘*digamus*’ ad opera soprattutto dei Padri della Chiesa, termini che in questo periodo indicano ancora coloro che sono passati a seconde nozze dopo aver sciolto il primo matrimonio. Per gli antichi, a differenza di oggi, non esisteva il caso della bigamia (o poligamia) simultanea, ma si trattava sempre di bigamia (o poligamia) successiva. Cfr. sul punto A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 374.

³⁶³ Il testo di Svetonio è riportato, in forma più completa, *supra* in nt. 40, dove è precisato che il *dictator* ordinò al tribuno della plebe Elvio Cinna di predisporre una legge che autorizzasse la poligamia al fine di garantirsi con maggiore certezza una discendenza legittima. Pare che Cesare avesse voluto, in tal modo, spingere i Romani ad assicurare la continuazione della stirpe, a rafforzare la comunità di appartenenza ed a strigare, in taluni casi, dei rapporti politici. L’argomento è trattato già *supra* capitolo II § 2 ed ivi in particolare note 133 e 136.

³⁶⁴ M. HUMBERT, *Le remariage à Rome* (Milano 1972) 97 nt. 26. L’a. collega l’iniziativa legislativa di Cesare al ruolo centrale che la procreazione, cioè la *liberorum quaerendorum causa*, ebbe nella concezione sociale del matrimonio dagli ultimi secoli della Repubblica in avanti.

donna che non era riuscita a dargli dei figli, spinto dai censori che lo obbligavano a tale passo; Catone, invece, prestò la propria moglie, di comprovata fertilità, all'amico Ortensio che non era riuscito ad avere figli da sua moglie, che, una volta raggiunto lo scopo, gliela restituì; Turia, infine, si

³⁶⁵ Sull'istituto della cessione della moglie allo scopo di procreazione e di garantire la stirpe si veda *supra* capitolo II.

³⁶⁶ Quello di Carvilio Ruga rappresentò verosimilmente il primo caso di divorzio, non sanzionato, di una moglie innocente. Così A. WATSON, *The divorce of Carvilius Ruga*, in *RDH.* 33 (1965) 38 ss.; M. HUMBERT, *Le remiariage* cit. 132 ss.

³⁶⁷ Catone Uticense cedette sua moglie Marcia all'amico Ortensio. È il 56 a.C., pertanto quest'istituto, di antiche origini, si conservò almeno per tutta l'età repubblicana. Un altro episodio in merito a tale prassi è riferito anche da Strabone nell'undicesimo libro della Geografia (Strabo, *Geog.* XI.9.1.10), in cui egli descrive l'Asia Minore. Nell'undicesimo paragrafo riferisce della prassi, in uso presso il popolo dei Tapiri, di dare le proprie mogli ad altri uomini affinché essi avessero da loro due o tre figli: tale episodio è narrato per ricordare il caso di Catone (il quale diede Marcia ad Ortensio che la richiedeva) noto ai suoi tempi. Lo stesso Plutarco in *Vite Parallele* riferisce tale circostanza in un brano denso di notizie: *Plut. Cat. Min.* 25.11-2 ed in particolare 25.4. Si veda, inoltre, la bibliografia citata *supra* capitolo II pagina 55. Esistono, infine, altri casi celebri di cessione della moglie, come quello di Ottaviano – futuro Augusto – che, nel 38 a.C., fece pressione su Tiberio Claudio Nerone affinché gli concedesse sua moglie Livia Drusilla. La notizia è riportata sia da Tacito sia da Svetonio: Tac. *Ann.* 1.10.5: *abducta Neroni uxor et consulti per ludibrium pontifices an concepto necdum edito partu rite nuberet*; Suet. *Aug.* 62: *ac statim Liviam Duisillam matrimonio Tiberi Neronis et quidem praegnantem abduxit dilexitque*. Ed ancora Suet. *Tib.* 4: *... cum quo brevi reconciliata inter omnis pace, Romam redit, uxoremque Liviam Duisillam, et tunc gravidam et ante iam apud se filium enixam, petenti Augusto concessit ...*. Ancora Tacito nell'opera *De Moribus Germanorum et De Vita Agricola* ci dà testimonianza della pratica del contrarre doppi matrimoni a Roma, in quanto nell'esaltare le usanze del popolo germanico, il suo coraggio in battaglia, i costumi, il valore dell'ospitalità e, appunto, la monogamia, mette in contrasto il tutto con l'immoralità dilagante e la decadenza dei costumi romani: sul punto si veda *supra* nt. 13.

³⁶⁸ *Laud. Turiae*, in CIL (*Corpus Inscriptionum Latinarum*) 6.1527.2.11.31-39 e 48-50. Sul testo da ultimo, L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 179 nt. 47. Si tratta di un'iscrizione funebre, databile tra l'8 e il 2 a.C., in cui marito di Turia, commosso nel rivocarla, pronuncia queste parole: «... dubitando della tua fecondità e desolato che io non abbia figli ... tu hai parlato di divorzio e tu hai vuotato i luoghi per lasciare la casa alla fecondità di un'altra, con nessun'altra intenzione, essendo nota la nostra concordia, che di cercare per me un degno partito; e tu affermavi che i futuri figli sarebbero stati in comune e che tu li avresti considerati come tuoi...». È, pertanto, l'*elogium* di un marito alla propria moglie nel quale si possono riscontrare interessanti elementi, utili ad un giurista, per la ricostruzione di diversi istituti. Cfr. M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie* cit. 35 s.

trovò costretta a convincere il marito, da lei molto amato e dal quale veniva ricambiata, a trovare una sposa che riuscisse ad assicurargli la discendenza che lei, purtroppo, non è in grado di garantirgli³⁶⁹.

L'esigenza di avere figli e di continuare la dinastia, avrebbe avuto, quindi, predominanza sull'*affectio maritalis*. Anche in taluni testi biblici i matrimoni sembrano dare spazio ad una seconda unione finalizzata a generare un maggior numero di figli, senza con ciò andare ad intaccare la validità del primo vincolo³⁷⁰. Già nella Genesi, ad esempio, è riportato il caso di Rachele, che suggerì a Giacobbe di unirsi ad un'altra donna, una serva, non riuscendo lei a procreare ed avendo a cuore le sorti della discendenza del marito:

Gen. 30.1-3: Allora ella rispose: «Rachele, vedendo che non le era concesso di procreare figli a Giacobbe, divenne gelosa della sorella e disse a Giacobbe: ‘Dammi dei figli, se no io muoio!’. Giacobbe s’irritò contro Rachele e disse: ‘Tengo forse io il posto di Dio, il quale ti ha negato il frutto del grembo?’. Allora ella rispose: ‘Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che essa partorisca sulle mie ginocchia ed abbia anche io una mia prole per mezzo di lei’³⁷¹».

Anche Sara invitò il marito Abramo ad unirsi con la propria schiava Agar per avere i figli che lei non poteva dargli:

³⁶⁹ Già M. HUMBERT, *Le remiariage* cit. 96 ss., aveva accostato le tre vicende sotto il profilo della *liberorum procreandorum causa*. Sull'istituto si veda *supra* capitolo II nota 136.

³⁷⁰ A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 365 s. Ancora sul punto si veda, inoltre, *supra* capitolo II nota 136.

³⁷¹ Attraverso il rito del parto compiuto sulle ginocchia, la moglie sterile diveniva madre del figlio del proprio marito. Sul valore di questo rituale si veda: R. DE VAUX, *Le Istituzioni dell'Antico Testamento*³ (Bologna 1977) 61; V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche*, in *Storia delle donne* 1 (Firenze 2005) 75 s.

Gen. 16.1-2: Sara disse ad Abramo: «Sarai, moglie di Abram, non li aveva dato figli. Avendo però una schiava egiziana chiamata Agar, Sarai disse ad Abram: ‘Ecco, il Signore mi ha impedito di aver prole; unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli». Abramo ascoltò la voce di Sara³⁷².

Tornando adesso per un momento al racconto di Socrate e di Iordanes, e sulla scorta di quanto fin qui osservato, stando a Manfredini, non appare chiaro se essi abbiano voluto riferirsi alla bigamia ‘simultanea’ o a quella ‘successiva’; manca, infatti una locuzione temporale che esprima una simultaneità o che la escluda. Quest’ultima è, invece, presente nella traduzione latina di Socrate compiuta nel XVII secolo da Valesius³⁷³:

... ita tamen ut Severam non repudiaret, ex qua filium habeat Gratianum, quem paulo ante Augustum nuncupaverat. Legem igitur a se dictatam publice per singulas, civitates proposuit, ut cuivis liceret duas simul uxores legitimas habere. Et lex quidem ita proposita est. Ipse vero Justinam duxit uxorem, ex qua Valentinianum juniorem suscepit, tresque praeterea filias: Justam, Gratam et Gallam³⁷⁴,

³⁷² A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia* cit. 383; V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche* cit. 75 s.

³⁷³ Henricus Valesius, anche detto Henri de Valois, è uno storico e filologo francese del XVII secolo. Nella sua famosa edizione di Socrate, *Σωκράτους σχολαστικοῦ καὶ Ἑρμείου Σωζομένου ἐκκλησιαστικὴ ἱστορία. Socratis Scholastici et Hermiae Sozomeni, Historia ecclesiastica* (Paris 1668), osserva: Huius legis Valentiniani nulla usquam fit mentio. Sed nec Ammianus Marcellinus, qui res Valentiniani accurate commemoravit, huius legis meminit in suis libris. Certa huiusmodi lex nequaquam convenire mihi videtur Valentiniano principi serio et Christiano. Tota igitur haec narratio de Justinæ conjugio dubiae fidei mihi videtur.

³⁷⁴ VALESIUS, *Hist. Eccl.* 4.31 (Migne P.G. 67.550).

ove sembra potersi cogliere uno snaturamento del testo greco originario.

In definitiva, ad avviso dello studioso ferrarese, il provvedimento di Valentiniano I – inserendosi in un contesto storico di grande fervore normativo che vede coinvolti anche Costantino, Onorio e Teodosio³⁷⁵ – dovette indurre ad

³⁷⁵ Come già anticipato nel capitolo I, § 2, nel 331 l'imperatore Costantino introdusse le giuste cause di divorzio unilaterale. Con questa costituzione egli fissò le *iustae causae*, imputabili ad uno o all'altro dei coniugi, in base alle quali il *repudium* era lecito. Essa stabilì che il divorzio unilaterale fosse ammesso solo per *tria crimina* che erano diversi per l'uomo e per la donna e che dovevano essere provati. CTh. 3.16.1 (*Imp. Constant. A. ad Ablavium pp.*). *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerit. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata. Dat. ... Basso et Ablavio cons. [a. 331].* La normativa costantiniana inizia dalla donna, e precisamente le pone come principio generale l'impossibilità di divorziare dal marito per cause non gravi, come l'essere dedito al vino, al gioco o essere un donnaiole (*ebriosus aut aleator aut muliercularius*). Ad ella era permesso ripudiare il marito solo in tre casi (i *tria crimina*): se riusciva a provare che il marito era un omicida, o una persona dedita ad attività di tipo magico o, infine, che fosse un violatore di sepolcri. Il marito, invece, poteva giustificare il ripudio di sua moglie nel caso in cui ella fosse stata un'adultera, oppure se fosse stata dedita ad attività di tipo magico o, infine, se la donna fosse stata una mezzana. Al di fuori di questi casi, che anche il marito doveva necessariamente provare, se egli avesse scacciato la moglie (non colpevole di questi crimini) avrebbe dovuto restituirle la dote e non avrebbe potuto prendere altra moglie. Se lo avesse fatto la prima moglie ripudiata poteva entrare in casa e appropriarsi di tutta la dote della seconda moglie. La donna che avesse ripudiato il marito al di fuori dei tre casi su esposti avrebbe dovuto lasciare in casa tutto *usque ad aucuculam capitis* e sarebbe stata deportata in un'isola. Anche se alla donna non venne imposto il divieto di un secondo matrimonio, di fatto, essendo deportata su un'isola, implicitamente anche per lei valeva l'impossibilità di risposarsi. Nel 421 gli imperatori Onorio, Teodosio e Costanzo stabilirono l'elenco dei *magna crimina* e delle *graves causae* che giustificavano il divorzio; al di fuori dei quali il ripudio continuava ad essere possibile ma veniva sanzionato. CTh. 3.16.2 pr. (*Imppp. Honorius, Theodosius et Constantius AAA. Palladio pp.*). *Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciiis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam*

una nuova giusta causa di divorzio, dipendente dalla sterilità del coniuge: la *quaerendorum liberorum*.

In questo senso autorizzerebbero a concludere due passi di Sant'Agostino, del 401³⁷⁶ e del 419³⁷⁷, nei quali si esclude potersi contrarre un nuovo matrimonio dopo avere sciolto il primo, anche per il caso di sterilità del coniuge, e si riconosce che una siffatta possibilità era ammessa solo «*lege ...*

*postliminii ius negamus. Sin vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dotem viro donationem refundat, nullius umquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit, quae recedit, dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni adpetitione fecisse. 1. Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium. Si vero morum est culpa, non criminum, donationem recipiat, dotem relinquat, aliam post biennium ducturus uxorem. Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu nullisque vitiis peccatisque gravetur exclusa, et donationem vir perdat et dotem ac perpetuo caelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis moerore sustineat, mulieri post anni metas nuptiarum potestate concessa. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus cauta servari. Dat. VI Id. mart. Ravenna Eustathio et Agricola cons. [a. 421]. La costituzione fu riprodotta solo in parte nel codice giustiniano e fu emanata a Ravenna e inviata al prefetto del pretorio Palladio. C. 9.9.34 (Imp. Honorius et Theodosius AA. Palladio pp). Si mulier repudii oblatione sine ulla legitima causa a se dati discesserit, ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. D. vi id. Mart. Ravennae Eustathio et Agricola cons. [a. 421]. Anche questa costituzione inizia elencando i casi in cui la donna a provocare il divorzio. Essa prevede innanzitutto due casi in cui la moglie abbia ripudiato il marito ma senza riuscire a provare in giudizio nessuna causa che le permettesse di divorziare, o che abbia allegato motivi futili per il *repudium*; il terzo caso contemplato è che la donna riesca a provare che ci sono gravi cause e *magna crimina* imputabili al marito, per cui il divorzio è lecito. I tre casi citati sono completati dalla previsione delle rispettive conseguenze: negative, nei primi due casi per la donna, e positiva nel terzo caso. Il testo continua elencando i motivi per i quali l'uomo può divorziare. I tre punti sono, in questa seconda parte, invertiti: sarà il primo a contemplare la possibilità che il marito riesca a dimostrare in giudizio che la moglie si sia macchiata di un *grave crimen*. È da notare che la costituzione distingue - senza specificarli o descriverli - le *graves causae* (o *gravia crimina*) ritenute *iustae causae* di ripudio, dai *morum vitia ac mediocres culpa*e che non consentono il divorzio.*

³⁷⁶ August. *Bon Coniug.* 7.7 (P.L. 40.378).

³⁷⁷ August. *Nup. et concup.* 1.10 (P.L. 44.420).

saeculi ... interveniente ripudio», *lex saeculi* da identificarsi, a parere di Manfredini, appunto con la costituzione di Valentiniano I.

L'ultimo studioso, in ordine temporale, che ha approfondito la tematica è stato Luigi Sandirocco³⁷⁸, propenso a ritenere la notizia veritiera e non eclatante né sconvolgente. Ciò, sulla scorta del presupposto che Socrate Scolastico era quasi contemporaneo dell'imperatore e che dunque, giacché bene a conoscenza dei fatti e dei particolari narrati, non avrebbe potuto ignorare l'influenza della Chiesa del tempo sulla legislazione imperiale, soprattutto in materia matrimoniale, e un'eventuale sua riluttanza nei confronti del provvedimento. Di conseguenza, per quanto legittimi, i dubbi di 'autenticità' della notizia non sembrano potersi spingere oltre un certo limite e andare a scalfire l'idea fautrice di un inquadramento della legge di Valentiniano I non alla stregua di «*monstrum* giuridico assolutamente inedito e inverosimile»³⁷⁹, bensì alla stregua di ragionevole eccezione che conferma la regola: un caso di bigamia, tra l'altro non isolato³⁸⁰, in un contesto generalizzato di monogamia, il che è sostanzialmente condivisibile in quanto la notizia dell'intervento si inserisce in un periodo storico in cui i principi della religione cristiana stavano, sì, penetrando nella legislazione romana, ma non erano ancora radicati ed influenti al punto tale da riuscire a condizionare in maniera rilevante la normazione imperiale.

³⁷⁸ L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 165 ss.

³⁷⁹ L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 210.

³⁸⁰ L'evoluzione storica di Roma conosce altri casi illustri di travalicazione del principio monogamico: come quelli, molto più antichi, di Cesare e di Antonio con Cleopatra, di Messalina con Claudio e Silio. Cfr. A. GUARINO, *In difesa di Messalina*, in *Labeo* 20 (1974) 25; E. VOLTERRA, *Precisazioni in tema di matrimonio classico* cit. 263 ss.; O. ROBLEDA, *Cic. de orat. 1.40.183; 56.283 y El divorcio de Mesalina*, in *SDHI*. 42 (1976) 624 ss.; ID., *Il consenso matrimoniale presso i Romani* cit. 101 ss.; ID., *Il divorzio in Roma prima di Costantino* cit. 347 ss.; E. VOLTERRA, *Ancora sul matrimonio di Antonio e Cleopatra*, in *On. Flume* (Köln 1978) 205 ss.; G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio* cit. 2382 s., ed ivi nt. 57; A. GUARINO, «*Ineptiae iuris romani*» cit. 319 ss.; ID., *Lui, lei e l'altro nel matrimonio romano* cit. 411 ss. Nei celebri casi riportati mancò l'elemento della legge che autorizzasse la bigamia ma di fatto la pratica era già esistita. Cfr. sul punto L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia* cit. 196 s.

Del resto il Cristianesimo diventa religione di Stato solo successivamente, nel 380³⁸¹, ad opera degli imperatori Teodosio, Graziano e Valentiniano II³⁸², e – nel calco di una svolta siffatta – solo a partire da quel momento è dato cogliere una sostanziale confluenza di intenti tra autorità politica e autorità religiosa, confluenza avallata pure dalla crescente attenzione dei Padri della Chiesa, come agevolmente riscontrabile, ad esempio, in

August. *De bono coniugali* Cap. 15 (P.L. 40.385): *Plane uxoris voluntate adhibere aliam, unde communes filii nascantur unius commixtione ac semine, alterius autem iure ac potestate, apud antiquos patres fas erat: utrum, et nunc, non temere dixerim,*

³⁸¹ L’editto di Tessalonica venne emesso il 27 febbraio del 380 dagli imperatori Graziano, Teodosio e Valentiniano II, che all’epoca aveva solo nove anni. Il testo venne preparato dalla cancelleria di Teodosio I e successivamente venne incluso nel codice teodosiano da Teodosio II e prevedeva che tutti i popoli sotto il dominio dell’impero romano professassero la religione cristiana e che seguissero l’insegnamento apostolico e la dottrina evangelica. Tali cittadini sarebbero stati chiamati cristiani cattolici, gli altri, invece, considerati eretici; questi ultimi sarebbero stati condannati innanzitutto dal castigo divino e inoltre dalla legge romana. CTh. 16.1.2 pr. (*Impp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Edictum ad populum urbis constantinopolitanae*). *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus. 1. Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendos. Dat. III Kal. Mar. Thessalonieae Gratiano A. Vx et Theodosio A. I cons. [a. 380].*

³⁸² Precedentemente, nel 313, i due Augusti dell’impero romano, Costantino per l’Occidente e Licinio per l’Oriente, avevo sottoscritto un accordo, detto editto di Milano (noto anche come editto di Costantino o editto di tolleranza) con il quale stabilirono che i cittadini delle due parti dell’impero potessero professare la loro religione. I due imperatori firmarono l’editto a Milano in quanto il *senior Augustus* era Costantino. Fu quindi concesso, da questo momento in poi, a tutti i cittadini, e quindi anche ai cristiani, la libertà di onorare le proprie divinità.

dove si ha un'ulteriore dimostrazione della gradualità con la quale la Chiesa cristiana inserisce i suoi precetti nella società romana. Nel passo, infatti, se da un lato si nega la validità canonica del ripudio della moglie sterile – consentito invece dal diritto civile –, in quanto contrario ai principi cristiani, dall'altro non si nascondono le difficoltà avvertite nel condannare un marito che aveva avuto figli da un'altra donna a causa della sterilità della moglie, poiché tale pratica era consentita dal Vecchio Testamento³⁸³.

Parimenti significativo

August. *De bono coniugali* Cap. 17.20 (P.L. 40.387): *Ita duobus seu pluribus maritis vivis nullam legimus servisse sanctarum; plures autem feminas uni viro legimus; cum gentis illius societas sinebat, et temporis ratio suadebat: neque enim contra naturam nuptiarum est,*

dove, pur non considerando contro natura – in quanto ammesso dal diritto positivo – l'unione di un uomo con più donne, si esclude in toto la possibilità per una donna di avere più mariti³⁸⁴.

E sempre nell'ottica di una graduale affermazione dei precetti religiosi sul terreno giuridico-sociale³⁸⁵ può leggersi l'*epistula* con la quale Papa Innocenzo

³⁸³ Gen. 16.1-16; 30.3-6.

³⁸⁴ Sulla stessa scia esistono testimonianze dello pseudo S. Agostino e di S. Gerolamo. Ps. August. *quaest. test. Il mixt. CXI* (Migne P.L. 35.2357): *Quaedam mulier fuit in urbe Roma, quam constat undecim maritos habuisse; et alius vir qui duodecim habuit uxores*; Hier. *Epist.* 48.18 (Migne P.L. 22.508): *...Non damno digamos, imo nec trigamos, et si dici potest, octogamos: habeas quilibet octavum maritum, et esse desinat prostituta.*

³⁸⁵ In questo senso depone, d'altro canto, anche il concilio ecumenico di Toledo svoltosi nel 400 a Toledo in occasione del quale furono emanate delle disposizioni inerenti tematiche collegate al matrimonio: contro gli adulteri, contro i matrimoni tra persone di diverse religioni, contro chi sposa cugini o cugine etc. Il Concilio di Toledo, infine, estese il

I – nel 404 – nega che possa entrare a far parte del clero colui che abbia già avuto una moglie (*mulier*, non *vidua*) e aggiunge che non ha importanza se ciò sia accaduto *ante* o *post baptismum*. Sull'argomento torna nella stessa epistola a proposito dell'ordinazione del bigamo: la soluzione adottata, sulla scia di quanto affermato da S. Girolamo, è che, se anche ci sia stato un matrimonio prima della conversione, il battesimo annullerà la prima unione:

Epist. ad Victric. c. 6 (Migne, P.L. 20 c. 474 ss.): *Ne is, qui secundam duxit uxorem clericus fiat ... ac ne ab aliquibus existimetur, ante baptismum si forte quis accepit uxorem, et, ea, de saeculo recedente, altera duxerit, in baptismo esse dimissum, satis erat a regula, qui in baptismo hoc putat dimitti: remittuntur peccata, non acceptarum uxorum numerus aboletur: cum utique uxor et legis praecepto ducatur in tantum, ut et in paradiso cum parentes humani generis coniungerentur, ab ipso Domino sint benedicti ... quam formam etiam sacerdotes omnes servare usus ipse demonstrat Ecclesiae. Satis enim absurdum est aliquem credere, uxorem ante baptismum non computari; cum benedictio, quae per sacerdotem super nubentes imponitur non materiam delinquendi dedisse, sed formam tenuisse legis a Deo antiquitus institutae deceatur. Quod si non putatur uxor esse computanda, quae ante baptismum ducta est, ergo nec filii, qui ante baptismum geniti sunt, pro filiis habebuntur.*

principio monogamico al concubinato, applicando il divieto, introdotto da Costantino, di avere più concubine contemporaneamente o, per un uomo già sposato, anche una sola concubina.

4. Sistematica giustiniana

Caposaldo palese della legislazione romana e – come più volte rimarcato nel corso della disamina – delle logiche figuranti a monte del pensiero cattolico, il principio monogamico costituisce anche nella temperie giustiniana un canone orientativo di primaria rilevanza. E ciò emerge in tutta la sua portata anzitutto con riguardo alla disciplina in tema di unioni concubinarie, considerate ormai stabili e, appunto, monogamiche: accettare che un uomo avesse un rapporto coniugale ed uno di concubinato contemporaneamente era come accettare che fosse possibile avere due unioni stabili simultanee, anche se qualificate in modo diverso e aventi autonome caratteristiche. Vennero, quindi, estesi al concubinato gli stessi limiti di parentela e di affinità esistenti per il matrimonio. Fu ammesso, in questo periodo, anche il concubinato con donna *ingenua* e onesta³⁸⁶, purché se ne facesse, preventivamente, una dichiarazione pubblica.

Stesso discorso in ordine alla legittimazione dei figli nati da concubinato lecito (cdd. *liberi naturales*): l'imperatore, infatti – sulla scia di una costituzione di Anastasio³⁸⁷, che rese stabile una norma transitoria di Zenone³⁸⁸, poi abrogata

³⁸⁶ La dottrina più recente ha messo in discussione l'opinione secondo cui sarebbe stato Giustiniano che per primo avrebbe ritenuto possibile il concubinato anche con donne *ingenuae et honestae*, ritenendo che si trattasse di un'innovazione del diritto classico. Cfr. C. FAYER, *La familia romana* 3 cit. 25 nt. 65.

³⁸⁷ Nel 517, l'imperatore Anastasio rese applicabile la *legitimatio per subsequens matrimonium*, anche ai rapporti di concubinato, con prole, sorti dopo l'emanazione della costituzione di Zenone. C. 5.27.6 (*Imp. Anastasius A. Sergio pp.*). *Iubemus eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimosque habere propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos si voluerint transferre, ab intestato quoque eorum ad hereditatem vocandos, nec aliquam quaestionis seu altercationis exercendae sub qualibet astuta subtilique legum vel constitutionum occasione super his vel agnatis seu cognatis genitoris eorum vel quibusdam aliis superesse facultatem in posterum: nihilo minus, quisquis huiusmodi mulierem uxoris loco dotalibus instrumentis confectis habuerit, pro eius subole similem eandemque formam custodiri, ne adimatur ei licentia sibi quodammodo per liberos proprios suum patrimonium adquirendi. 1. Filios insuper vel filias iam per divinos adfatus a patribus suis in*

adrogationem susceptos vel susceptas huius providentissimae nostrae legis beneficio et iuvamine potiri censemus. D. k. April. Anastasio et Agapeto conss. [a. 517]. Come sottolineato nella nota successiva, l'imperatore, invece, nel 477, aveva considerato la *legitimatio* una norma transitoria ed applicabile solo ai casi di prole nata prima, o in costanza, di emanazione della legge. Il padre poteva trasferire dei beni a questi figli sia per donazione sia per testamento, o per qualsiasi altro titolo ammesso dalla legge, ed i figli potevano succedergli *ab intestato*. Anastasio richiese, per il futuro, che il matrimonio fosse contratto con la redazione degli strumenti dotali. I figli nati da relazioni concubinarie con donne anche di condizione libertinaria, dunque, con l'intervento dell'imperatore, poterono essere legittimati con un matrimonio successivo alla loro nascita. Ciò dimostra che per la prima volta fu attuato un provvedimento concretamente a favore dei *naturales*, che denotava un atteggiamento di comprensione per il rapporto di concubinato, che, in questo periodo storico, fu sempre osteggiato. Sul punto cfr. G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit. 212.

³⁸⁸ Nel 477, l'imperatore Zenone emanò una costituzione, che fu successivamente accolta nel codice giustiniano (C. 5.27.5), nella quale trattò il caso delle *mulieres ingenuae* che vivevano in rapporto di concubinato con uomini, che, se avessero voluto, avrebbero potuto regolarizzare la loro posizione con tali donne, in quanto non erano né sposati durante il periodo di concubinato, né avevano prole legittima derivante da precedenti matrimoni. Se questi uomini avessero sposato le loro concubine avrebbero reso i figli legittimi (*sui et in potestate patris*), e titolati nel caso di successione paterna, sia *ex testamento* sia *ab intestato*, insieme ad altri figli legittimi nati da altre concubine, poi legittimate a seguito di matrimonio, ai quali venivano equiparati in tutto. La disposizione in oggetto – *legitimatio per subsequens matrimonium* – era valida unicamente per quelle unioni che già si erano formate ed avevano generato prole al momento dell'emanazione della legge; non era, invece, estensibile alle unioni formatesi successivamente: in tal caso il matrimonio doveva essere stato preventivo. Accadde però che tale limitazione rimase un puro intento, in quanto nella realtà dei fatti si avvantaggiarono della costituzione tutti. L'intenzione di Zenone fu, comunque, di rendere la legittimazione per successivo matrimonio di un rapporto una norma con portata limitata, in quanto la sanatoria avrebbe dovuto essere valida solo per i figli già nati da rapporto con concubina *ingenua*; se i figli fossero nati nel periodo successivo all'emanazione della costituzione, invece, era previsto che essi non potessero essere considerati legittimi, nemmeno in caso di trasformazione del rapporto di concubinato a seguito di regolare matrimonio. C. 5.27.5 (*Imp. Zeno A. Sebastiano pp.*). *Divi Constantini, qui veneranda christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et cum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam: pactis, quae matrimonii tempore super dotalibus vel*

da Giustino I³⁸⁹ – mostra chiaro intento di attuare, attraverso la sua legislazione, una trasformazione del concubinato in un'unione monogamica³⁹⁰, anche se diversa e alternativa al matrimonio³⁹¹. In questo modo egli tentò di rendere il concubinato una sorta di matrimonio, anche se di rango inferiore, con la caratteristica della stabilità e dell'univocità: per cui un uomo poteva, come già detto, avere una sola concubina per volta³⁹² e mai in aggiunta ad una moglie³⁹³.

ante nuptias donationis rebus subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus, ut una cum fratribus suis postea ex isdem parentibus forte progenitis, aut soli, si nullus alius sit procreatus, dotis et ante nuptias donationis pro tenore legum nec minus pactorum emolumenta recipiant. 1. Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimos filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare. D. x k. Mart. post consulatum Armati. [a. 477].

³⁸⁹ L'atteggiamento di favore e di comprensione nei confronti del rapporto concubinario, e dei figli naturali nati da tali unioni, mostrato da Anastasio terminò con l'avvento di Giustino. L'imperatore, infatti, nel 519, abrogò la norma che legittimava la prole nata da rapporti con una concubina *ingenua*, tramite la celebrazione di un matrimonio successivo. Face salvi i casi che fino a quel momento si erano verificati e si erano avvantaggiati della disposizione, ma escluse ogni beneficio a favore dei figli nati da unioni *incestae et nefariae*. C. 5.27.7 pr. (Imp. Iustinus A. Marino pp.). *Legem Anastasii divinae recordationis, quae super naturalibus filiis emissa est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque subsecuti sunt pro eiusdem legis tenore in matrimoniis tunc constantibus vel postea contractis, ita tamen, ut non aliunde progenitis subvenisse credatur quam non ex nefario nec incesto coniugio. D. v id. Nov. Constantinopoli Iustino A. et Eutherico cons. [a. 519].*

³⁹⁰ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 cit. 324; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 134 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* cit. 280.

³⁹¹ P. BONFANTE, *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, in *Scritti in onore di S. Perozzi* (Palermo 1925) 283 ss., ora in *Scritti varii* 4. *Studi generali di diritto – di legislazione – di scienze politiche* (Roma 1926) 567.

³⁹² Nov. 18.5; Nov. 89.12.4-5.

³⁹³ Già citata *supra* in nt. 269 ma che riporto qui per ragioni di comodità: C. 7.15.3.2 (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.). *Omnibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iura nec nostra concedunt. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadiet Orestis vv. cc. [a. 531].*

Si afferma³⁹⁴, infatti, che il concubinato, che in epoca classica era un mero rapporto di fatto tollerato dal diritto, diventò, in età tardoantica, un rapporto giuridico³⁹⁵, elevato da Giustiniano a rango di matrimonio, anche se di ordine inferiore³⁹⁶.

Per quanto concerne, poi, più dettagliatamente, la bigamia, il testo delle *Institutiones* giustinianee sembra riecheggiare la regolamentazione classica, come agevolmente evincibile dall'esame congiunto di:

<p>Gai 1.63: <i>Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.</i></p>	<p>I. 1.10.6: <i>Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Quod scilicet ita accipi debeat, si fuit nurus aut privigna: nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet. 7. Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod</i></p>
--	--

³⁹⁴ G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR.* 27 (1914) 55 ss.

³⁹⁵ G. LONGO, *Diritto di famiglia*² cit. 67 ss.; E. VOLTERRA, s.v. «*Concubinato*» cit. 1053.

³⁹⁶ P. BONFANTE, *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato* cit. 283 s.

	<p><i>et ipsum dissoluta demum adfinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc socrus est id est si adhuc filia eius tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiae, quia duas uxores habere non possis.</i></p>
--	--

Nella *lectio* giustiniana, come in quella gaiana, la bigamia non è enunciata in maniera centrale, essa è solo richiamata quale ulteriore ragione, si potrebbe dire, scontata – e questo mi sembra ne provi la sedimentazione – di taluni impedimenti matrimoniali. Sia le Istituzioni di Gaio che quelle di Giustiniano, infatti, si incentrano sul divieto di contrarre matrimonio con la figliastra o la nuora, in quanto *loco filiae*, e con la matrigna o la suocera, in quanto *loco matris*. La proibizione trovava la sua ragione nell'*adfinitas*, che non cessava, lo si deduce da entrambi i passi, neppure con lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

In costanza di coniugio, l'impedimento si giustificava *alia ratione*, ovvero sia per l'impossibilità di essere sposati due volte.

Dalla corrispondenza tra Gai 1.63 e I. 1.10.6-7 non è possibile dedurre alcuna innovazione giustiniana alla questione delle *binae nuptiae*: anzi, il *non potest* riferito alla possibilità di contrarre un doppio matrimonio, ribadito anche nella versione imperiale delle *Institutiones*, sembra ancora intriso di quella concezione tutta classica che non riusciva a concepire, sul piano della possibilità logico-giuridica, la contemporanea esistenza di due vincoli matrimoniali, più che consapevole della portata criminale della fattispecie che pure era stata già affermata per l'epoca giustiniana. Probabilmente la ragione

dell'evidente simmetria risiede nel già sottolineato rilievo marginale del richiamo alle *binæ nuptiae* nei passi esaminati, che, non occupandosi *ex professo* della questione, non si diffondono su essa in dettagli di disciplina.

Nella compilazione di Giustiniano contrarre doppie nozze fu considerato come un *crimen* indipendente dall'adulterio, anche se ancora senza una denominazione propria. Infatti la sua repressione fu affidata in alcuni casi all'arbitrio del giudice³⁹⁷, in altri casi fu punito con le pene previste per lo *stuprum*³⁹⁸. Il codice giustiniano, come abbiamo già visto, recepì sia la costituzione degli imperatori Valeriano e Gallieno del 258 – in una seconda versione³⁹⁹ che fu parzialmente diversa dalla prima - sia quella di Diocleziano e Massimiano del 285.

Innanzitutto, nella costituzione si riscontrano alcune espressioni del basso impero che sembrerebbero, quindi, non poter appartenere a Valeriano e Gallieno⁴⁰⁰, inoltre in essa compaiono norme e principi bizantini che mal si adattano al contesto storico degli imperatori. Il raffronto tra la costituzione in oggetto ed i passi di giureconsulti classici⁴⁰¹, come già evidenziato precedentemente, mostrerebbe allora la differenza tra il regime classico e quello giustiniano: nel primo, infatti, la pena che veniva comminata ai bigami si basava principalmente sull'*effectus iuris*; nel secondo, invece, fu l'*animi*

³⁹⁷ C. 5.5.2 (*Imp. Diocletianus, Maximianus AA. Sebastianae*) si veda *supra* pagina 111.

³⁹⁸ C. 9.9.18 pr. (*Imp. Valer., Gallien. AA. et C. Theod.*) si veda *supra* pagina 108.

³⁹⁹ La costituzione è stata analizzata *supra* pagina 110 ma si riporta nuovamente qui per ragioni di comodità: C. 5.3.5 (*Imp. Valerianus et Gallienus AA. Theodora*). *Ea, quae tibi ut sponsae daturum se repromisit is, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias domi reliquisset, sollicitavit ad nuptias, petere cum effectum non potest, cum tu sponsa uxore domi posita non fuisti. Accepta XV id. Mai. Antiochiae Tusco et Basso cons. [a. 258].*

⁴⁰⁰ Ad esempio l'espressione '*comitatur infamia*' è espressione delle tarde costituzioni imperiali. Sul punto si veda E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 426 e ivi nt. 3.

⁴⁰¹ Cfr. ad esempio D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*) e D. 3.2.13.4 (Ulp. 6 *ad ed.*) già analizzati *supra* capitolo II § 3.

destinatio, la reale volontà delle parti, e soprattutto l'aver agito con dolo, a far scattare la repressione. Ciò in coerenza con la tendenza dell'epoca giustiniana alla prevalente considerazione dell'elemento subiettivo rispetto a quello obiettivo: anche per la costituzione di un matrimonio, come già sottolineato precedentemente⁴⁰², veniva preso in considerazione l'*affectio maritalis* (elemento subiettivo) piuttosto che l'*honor matrimonii* (elemento oggettivo).

Come già anticipato, della costituzione diocleziana fu riportato nel *Codex* soltanto il *principium*, affinché divenisse norma generale e astratta. In essa, come è noto, fu specificato che la sanzione, disposta per la bigamia, doveva essere stabilita dal giudice. Questa seconda parte del testo sembra sia stato rimaneggiato dai compilatori giustiniani e che originariamente Diocleziano si sia limitato a ribadire il principio monogamico⁴⁰³.

Particolarmente interessante appare porre lo sguardo sul regime sanzionatorio dell'illecito indicato – non dalle *Institutiones*, ma – dalla corrispondente trattazione di

Theoph. *Paraphr.* 1.10.6: ... ἐὰν δὲ εἴπω τὴν ποτέ μου προγόνην ἔδειξα ὅτι ἐτελεύτησεν ἢ αὐτῆς μὲν μήτηρ ἐμὴ δὲ γαμετή. εἰ γὰρ ἔτι ἢ μὲν ἐστι νύμφη ἢ δὲ προγόνη, μείζονι κεκώλυμαι λόγῳ ταύτην ἀγαγέσθαι· εὐρίσκεται γὰρ ἢ ὁ ἀνὴρ δύο γαμετὰς ἢ ἡ γυνὴ δύο ἔχουσα ἄνδρας. ἐὰν γὰρ λάβω γυναῖκα τὴν μου νύμφην εὐρίσκεται ἐκείνη ἔχουσα τὸν ἐμὸν παῖδα καὶ ἐμέ· εἰ δὲ τὴν νῦν μου προγόνην, συμβήσεται με δύο γαμετὰς ἔχειν, τὴν νῦν γαμετὴν καὶ τὴν αὐτῆς θυγατέρα τὴν ἐμὴν προγόνην. Κεφαλικὴ δὲ ὥρισται τιμωρία κατὰ τῶν διπλοῦς γάμους συνιστώντων...7...εἰ δὲ τὴν νῦν μητροιάν, ἀποτελεσθήσεται ἐκείνη δύο προσώπων γαμετὴ τοῦ πατρός μου καὶ ἐμοῦ αὐτοῦ. ὁὖτος δὲ κεφαλικὴν εἶναι τὴν ἐπὶ τῶν διπλῶν τιμωρίαν,

⁴⁰² Si veda *supra* § 1.

⁴⁰³ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 423 ss.

dove si precisa che nel caso in cui un soggetto abbia contratto contemporaneamente due unioni matrimoniali stabili, egli sarà punito con la pena capitale⁴⁰⁴. Come appare evidente si tratta di una pena ben precisa e sicuramente diversa dalla sola infamia pretoria, vigente nel periodo classico, e della quale vanno, invece, indagate le relazioni con la sanzione, di cui alla costituzione diocleziana, irrogata dal giudice.

Circa i rapporti tra l'opera giustiniana e la corrispondente versione di Teofilo, deve premettersi che essi si atteggiavano, per larga parte, quali quelli tra un'opera e la sua traduzione; tuttavia è stato messo in rilievo come essi non si esauriscano in ciò⁴⁰⁵, considerate le non sporadiche ricapitolazioni, accanto alle

⁴⁰⁴ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia* cit. 439 s.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 480; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* cit. 132 s.

⁴⁰⁵ Sulla critica alla teoria, per lungo tempo dominante, di Ferrini e di gran parte della dottrina [C. FERRINI, *Opere* (Milano 1929); G. SEGRÉ, *Sulla questione se la Parafrasi greca alle Istituzioni giustiniane abbia avuto per fondamento il testo dei commentari di Gaio*, in *Il Filangieri* 12 (1887) 735, ora in *Scritti giuridici* 2 (Roma 1938) 1 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti Ferrini* (Milano 1946) 90 ss., ora in *Scritti di diritto romano* 4 (Napoli 1974) 10 ss.; C.A. MASCHI, *La Parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo e le glosse a Gaio*, in *Scritti Ferrini* (Milano 1946) 321; L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*³ (Palermo 1948) 463 ss.; P. DE FRANCISCI, *Saggi di critica della Parafrasi greca delle Istituzioni giustiniane*, in *Studi Biondi* 1 (Milano 1965) 1 ss.; B. SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in *SDHI.* 31 (1965) 171 ss.; V. GIODICE SABATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vaspasiano* (Bari 1993) 48; F. GORIA, *Contardo Ferrini e il diritto bizantino*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della sua morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo* (a cura di D. Mantovani) (Milano 2003) 126 e ntt. 49-51; R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*³ (Bologna 2006) 138], secondo la quale Teofilo, nel redigere la Parafrasi greca delle *Institutiones* giustiniane, avrebbe utilizzato un κατά πόδας delle Istituzioni di Gaio o comunque uno scritto greco di commento al manuale gaiano proveniente dalle scuole di Berito o di Costantinopoli, cfr. N. VAN DER WAL-J. H. A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*², *Les sources du droit byzantin de 300 à 1453* (Groningen 1985) 125; G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* (Palermo 1998) 306 ss.; ID., *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in *TR.* 68 (2000) 430 nt. 36; ID., *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici* (a cura di J. H. A. Lokin e B. H. Stolte) (Pavia 2011) 154. Questi autori sostengono che «i numerosi prestiti

quali vanno ricordati pure gli *excursus* storici e dogmatici e, soprattutto, gli esempi volti ad ampliare e ad esplicitare il più sintetico testo giustiniano⁴⁰⁶.

Così opinando, allora, le ragioni del ‘*plus*’ teofilino potrebbero essere almeno due, ed alternative. Si potrebbe pensare in prima battuta che la pena di morte esistesse per il bigamo solo in Oriente e che questo sia, pertanto, il motivo per il quale solo la versione grecofona delle Istituzioni reca questa precisazione. Ma in questa prospettiva lascerebbe invero stupiti l’assenza nelle costituzioni imperiali di una traccia di tale rilevante distinzione.

Più plausibile la seconda soluzione, ovverosia che la considerazione conclusiva di Teofilo avesse solo uno scopo esplicativo o casistico, perfettamente in linea con quanto si legge, in più contesti, nel *Codex* in ordine alla discrezionalità del giudice sulla commisurazione della pena. Non appare peregrino, infatti, che Teofilo stesse semplicemente dicendo ai suoi studenti che la bigamia potesse arrivare ad essere punita (o che qualche volta era già stata punita!) con la pena di morte.

gaiani che si rinvenivano nel testo della Parafrasi e dei quali non c’è traccia nel manuale imperiale, sono la naturale, logica conseguenza della diretta ed approfondita conoscenza che l’*antecessor* aveva della fonte classica, dell’abitudine a svolgere l’insegnamento di I anno proprio su quel testo, forse pure – come suggerisce Falcone – dell’utilizzazione del precedente materiale su Gaio di cui disponeva e, infine ma non da meno, dell’influenza che inevitabilmente tutto ciò aveva comunque esercitato sulla sua formazione culturale. Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo* (Torino 2016) 115 ss.

⁴⁰⁶ C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo* cit. 123 ss. L’a. sottolinea che «se si tiene conto di queste circostanze, io credo si possa ragionevolmente ipotizzare che, nel commentare lo spesso scarno dettato delle Istituzioni giustinianee, il Parafraste abbia abbondantemente attinto non solo a Gaio e al patrimonio culturale già acquisito nei lunghi anni di studio e di docenza condotti su quello e sugli altri testi utilizzati per l’insegnamento, ma anche e soprattutto al bagaglio di conoscenze che gli era derivato dalle esperienze appena concluse e, in maniera particolare, dalla partecipazione alla compilazione dei *Digesta*: che nella Parafrasi, cioè, convergano in realtà in tre “anime” di Teofilo, il docente, il *iuris peritus*, il compilatore, che essa sia cioè, in altri termini, la risultanza delle tre esperienze di vita e di lavoro vissute dall’*antecessor*. Che dietro la Parafrasi ci sia del materiale classico non confluito nelle *Istitutiones* è un fatto indubbio, una prima testimonianza assai significativa nella prospettiva qui considerata ci proviene ad esempio dal titolo V del I libro, dedicato ai libertini, e in specie da quel § 4, non presente nel *ρητόν*, aggiuntovi (secondo Ferrini) da Teofilo».

Optando per questa seconda soluzione, viene da chiedersi se, già ai tempi di Diocleziano, in casi particolarmente gravi di bigamia, la decisione del giudice potesse arrivare al punto di comminare la pena di morte: difficile potersi dire in assenza di una testimonianza in tal senso, si può solo ipotizzare, quanto meno, la plausibilità dell'ipotesi, se si tiene conto del pugno di ferro che l'imperatore adoperò per ristabilire l'ordine pubblico in un periodo storico di grandi minacce sovversive, non solo esterne alla *res publica* romana ma anche interne. La pena capitale, quindi, sarebbe stata una possibile scelta del giudice nel periodo giustiniano, plausibilmente percorribile già dai tempi degli imperatori Diocleziano e Massimiano.

BIBLIOGRAFIA

- A. ALBANESE, *Questioni di diritto romano arcaico: lex suffragia. Sulla legge di Numa a riguardo della paelex. Liv. 1.40.4 e la creazione della prima coppia consolare*, in *Minima epigraphica et Papyrologica* 11 (Roma 2006) 52;
- E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 62 (Milano 1929) 808 ss., ora in *Studi di diritto romano* 1. *Persone e famiglia* (Milano 1933) 409 ss.;
- E. ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*, in *AG.* 106 (1931) 21 ss., ora in *Studi di diritto romano* 1. *Persone e famiglia* (Milano 1933) 231 ss.;
- E. ALBERTARIO, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi in onore di A. Ascoli* (Messina 1931) 153 ss., ora in *Studi di diritto romano* 1. *Persone e famiglia* (Milano 1933) 213 ss.;
- E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR.* 40 (1932) 5 ss.;
- E. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, in *Studi in memoria di A. Albertoni* 1 (Padova 1933) 243 ss., ora in *Studi di diritto romano* 1. *Persone e famiglia* (Milano 1933) 179 ss.;
- ALEXANDER AD ALEXANDRO, *Genialum dierum libri sex, cum integris commentariis Andreae Tiraquelli, Dionysii Gothofredi, J.C. Christophori, Coleri et Nic. Merceri* (Lugduni Batavorum – oggi Leida, NL – 1673);
- F. AMARELLI, *Cristianesimo e istituzioni giuridiche romane: contaminazioni influenze recuperi*, in *BIDR.* 100 (1997) 445;
- R. AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminio*, in *SDHI.* 5 (1939) 202 ss.;
- H. ANKUM, *La captiva adultera*, in *RIDA.* 32 (1985) 157;
- H. ANKUM, *La «sponsa adultera»: problèmes concernant l'«accusatio mariti» en droit romain classique*, in *Estudios de derecho romano en honor de A. D'Ors* 1 (1987) 191;

- V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (rist. Napoli 1989);
- V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti Ferrini* (Milano 1946) 90 ss., ora in *Scritti di diritto romano* 4 (Napoli 1974) 10 ss.;
- W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuraciòn de las uniones*, in AA.VV. *Le relazioni affettive non matrimoniali* (Roma 2014) 82;
- M. ARIAS BONET, *Entorno a la reintegraciòn “iure postliminii” del matrimonio romano*, in *AHDE*. 25 (1955) 567 ss.;
- R. ASTOLFI, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, in *SDHI*. 31 (1965) 56 ss.;
- R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nella lex Iulia et Papia*, in *Studi in onore di E. Volterra* 3 (Milano 1971) 672;
- R. ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della “lex Iulia et Papia”*, in *SDHI*. 39 (1973) 192;
- R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale in età arcaica*, in *SDHI*. 58 (1992) 320 ss.;
- R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ (Padova 1994);
- R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴ (Padova 1996);
- R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² (Padova 2002);
- R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* (Padova 2006);
- R. ASTOLFI, *Sintesi storica della bigamia a Roma*, in *SDHI*. 76 (2010) 282;
- R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano* (Napoli 2012);
- V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche*, in *Storia delle donne* 1 (Firenze 2005) 75 s.
- S. BARDETTI, *De’ primi abitatori dell’Italia* (Modena 1769);
- U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell’esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti* (Roma 1999);
- F. BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario* (Padova 2012);
- E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche* (Padova 1930);
- E. BETTI, *Diritto romano* 1 (Padova 1935);

- B. BIONDI, *Corso di Istituzioni di diritto romano* 3. *Diritto di famiglia, Diritto ereditario, Donazioni* (Milano 1936);
- B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico* (Milano 1954);
- B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴ (Milano 1972);
- R. BONINI, *Il divorzio consensuale dalla Novella Iustiniani 117.10 alla Novella Iustini 140*, in *BIDR.* 74 (1972) 63 ss.;
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (Roma 1925);
- P. BONFANTE, *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, in *Scritti in onore di S. Perozzi* (Palermo 1925) 283 ss., ora in *Scritti varii* 4. *Studi generali di diritto – di legislazione – di scienze politiche* (Roma 1926) 567;
- P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Milano 1987);
- U. BOSCO, *Lessico universale italiano* 3 (Roma 1968);
- A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les lois démographiques d'Auguste*, in *Revue Historique* 57 (1895) 266 ss.;
- G. BRANCA, s.v. «Affinità (diritto romano)», in *ED.* 1 (Milano 1958) 691;
- U. BRASIELLO, *La repressione penale in Diritto Romano* (Napoli 1937);
- U. BRASIELLO, s.v. «Incesto (diritto romano)», in *NNDI.* 8 (Torino 1962) 499;
- G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano. Parte prima* (Bologna 1886);
- G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano. Parte terza* (Bologna 1889);
- B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano* (Torino 1926);
- E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e “conventio in manu”*, in *RISG.* 93 (1962) 182;
- E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Scherillo* 1 (Milano 1972) 255 ss.;
- E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma* 4. *Caratteri e morfologia* (Torino 1989) 566;
- E. CANTARELLA, *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma* (Ancona 1995) 251 ss.;
- E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia* (Milano 1996);

- E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana. Una storia romana di amore coniugale*, in *SCDR*. 13 (2001) 21 ss., ora in *Storia delle donne* 1 (Firenze 2005) 116 ss.;
- E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana* (Milano 2010);
- E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia* (Milano 2010);
- E. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli 1960);
- G.C. CASELLI, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *RSDI*. 37-38 (1964-65) 164;
- A. CASTÀN PÈREZ-GÒMEZ, *El concubinato en la experencia jurídica romana*, in *Hominum causa omne ius constitutum est, Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.M.Díaz Moreno* (2000) 1467 ss.;
- G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR*. 27 (1914) 55 ss., ora in *Scritti giuridici* (Milano 1923) 143 ss.;
- C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano 1940);
- C. CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (Milano 1942);
- C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano alla fine della Repubblica e del Principato*, in *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias III* (Madrid 1988) 1169 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano. "Servi filii nuptiae"* (Torino 2002) 485 ss.;
- L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*³ (Palermo 1948);
- M.A. COLACCI, *Il delitto di bigamia* (Napoli 1958);
- P.E. CORBETT, *The Roman law of marriage* (Montreal 1930);
- E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto* (Torino 1890);
- E. COSTA, *Corso di storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustinianee* (Bologna 1903);
- S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in *AA.VV. Le relazioni affettive non matrimoniali* (Roma 2014) 143 ss.;

- P. CSILLAG, *Il concubinato e la legislazione di diritto familiare dell'imperatore Augusto*, in *Accademia d'Ungheria in Roma. Quaderni di documentazione IV* (Roma 1963) 6 ss.;
- A. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali*, in *AUPA*. 55 (Torino 2012) 200;
- F. DELPINI, *Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina della chiesa fino al secolo V* (Torino 1956);
- G. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *SDHI*. 5 (1939);
- M. DE BERNARDI, *In margine a D.50.16.144*, in G. Scherillo. *Atti del convegno di Milano, 22-23 Ottobre 1992* (Milano 1994) 72;
- G. DE BONFILS, *Legislazione ed ebrei nel V secolo. Il divieto di matrimoni misti*, in *BIDR*. 90 (1987) 389 ss.;
- P. DE FRANCISCI, *Saggi di critica della Parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee*, in *Studi Biondi* 1 (Milano 1965) 1 ss.;
- A. DE GIORGI, *Diritto romano II* (Padova 1957);
- M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *AUPA*. 54 (2010-2011) 9 ss.;
- L. DE TILLEMONT, *Histoire des Empereurs* (Paris 1720);
- R. DE VAUX, *Le Istituzioni dell'Antico Testamento*³ (Bologna 1977);
- S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*² (Milano 1939);
- S. DI SALVO, *Matrimonio e diritto romano*, in *Index* 2 (1971) 385 ss;
- S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.* (Napoli 1979);
- S. DI SALVO, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni* (Torino 2013);
- G. DUMÉZIL, *Rituels indo-européens à Rome* (Paris 1954);
- C. DUPONT, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV siècle. Les personnes* (Lilles 1937);
- C. FADDA, *Corso di diritto romano. Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli 1910);
- C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli 1910);

G.L. FALCHI, *La legislazione imperiale circa i matrimoni misti fra cristiani ed ebrei nel IX secolo*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana 7 convegno internazionale (Spello – Perugia – Norcia, 16-19 ottobre 1985)* (Perugia 1988) 207;

G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* (Palermo 1998) 306 ss.;

G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in *TR.* 68 (2000) 430 nt. 36;

G. FALCONE, *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici* (a cura di J. H. A. Lokin e B. H. Stolte) (Pavia 2011);

C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote 2* (Roma 2005);

C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato Divorzio Adulterio 3* (Roma 2005);

P. FARINACCIO, *De delictis carnis*, q. CXL, 1;

C. FERRINI, *Manuale di Pandette* (Milano 1908);

C. FERRINI, *Opere* (Milano 1929);

G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*⁴ (Napoli 1989);

G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica: dall'età arcaica al principato* (Torino 1992);

G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche 7* (Napoli 1999);

G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto* (Torino 2003);

M. GARCIA GARRIDO, “*Minor annis XII nupta*”, in *Labeo* 3 (1957) 76 ss.;

J.F. GARDNER, *Women in roman law & society* (rist. London 1995);

L. GAROFALO, *La competenza a promuovere ‘iudicia populi’ avverso donne*, in *SDHI.* 52 (1986) 451 s.;

J. GAUDEMET, *Observations sur la manus*, in *RIDA.* 2 (Milano 1953) 345 s.;

F. GEPPERT, *Die Quellen des Kirchenhistorikers Socrates Scholasticus, Studien zur Geschichte der Theologie und der Kirche* (Leipzig 1898);

P. GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la legislation*

romaine, in *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et ne particulier sue le sénatus-consulte Velléien* (Paris 1885) 553;

B. GIL OSUNA, *Las uniones de hecho o convivencia more uxorio en el derecho romano*, relazione tenuta al *Congresso Latino Americano de derecho romano* (Buenos Aires 15-17 Settembre 2004);

V. GIODICE SABATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vaspasiano* (Bari 1993) 48;

C. GIOFFREDI, *Per la storia del matrimonio romano*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano* (Roma 1980) 137;

P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato tra storia e propaganda* (Milano 1990);

P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica* (Milano 2004);

F. GORIA, *Contardo Ferrini e il diritto bizantino*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della sua morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo* (a cura di D. Mantovani) (Milano 2003) 126 e ntt. 49-51;

G. GUALANDI, *Intorno ad una legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di P. de Francisci* 3 (Milano 1956) 173 ss.;

G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* 2 (Milano 1963);

A. GUARINO, *Adfinitas* (Milano 1939);

A. GUARINO, *Giavoleno e il ius postliminii*, in *ZSS.* 61 (1941) 58 ss.;

A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in *ZSS.* 63 (1943) 219 s., ora in *Pagine di diritto romano* 7 (Napoli 1995) 180 ss.

A. GUARINO, «*Salvus Iulianus*». *Profilo bio-bibliografico* (Catania 1945) 71 s., ora in *Labeo* 10 (1964) 400 s.;

A. GUARINO, “*Salvus Iulianus*”. *Profilo bio-bibliografico* (Catania 1945), ora in *Labeo* 10 (1964) 400 ss.;

A. GUARINO, *In difesa di Messalina*, in *Labeo* 20 (1974) 25;

A. GUARINO, “*Ineptiae iutis romani*”: X. 2. *Romolo e l'adulterio*, in *Labeo* 38 (1992) 319 ss.;

A. GUARINO, *Intorno alle «leges regiae»*, in *Labeo* 38 (1992) 54 ss.;

A. GUARINO, *Lui, lei e l'altro nel matrimonio romano*, in *Index* 21 (1993) 411 ss.;

A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² (Napoli 2001);

- G.C. HANSEN, *Sokrates Kirchengeschichte* (Berlin 1995);
- M. HUMBERT, *Le remiariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale* (Milano 1972);
- M. HUMBERT, *La concezione giuridica del matrimonio romano, modello per il legislatore odierno?*, in *Diritto Romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 3-7 giugno 2000* (2004) 314;
- M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 73. (1956);
- P. KRÜGER, *Anecdoton Livianum*, in *Hermes* 4 (1870) 371;
- L. LABRUNA, *Un editto per Carfania?*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 1 (Napoli 1964) 415 ss., ora in *Adminicula*² (Napoli 1991) 55 ss.;
- R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*³ (Bologna 2006);
- F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano 1938);
- O. LENEL, *Beitrage zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS.* 2 (1881) 56 ss.;
- O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³ (Leipzig 1927);
- N. E. LEVINE, *The Dynamics Of Polyandry: Kinship, Domesticity and Population On the Tibetan Border* (Chicago 1988);
- E. LEVY, *Der Hergang der romischen Ehescheidung* (Weimar 1925);
- C. LONGO, *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia* (Milano 1946);
- G. LONGO, *Affectio maritalis*, in *BIDR.* 46 (1939) 141;
- G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*² (Roma 1953);
- G. LONGO, *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, in *Annali dell'Università di Macerata a cura della Facoltà giuridica* 19 (Macerata 1955) 3 ss., ora in *Ricerche romanistiche* (Milano 1966) 269 ss.;
- G. LONGO, *Ancora sul matrimonio romano. A proposito del volume di Josef Huber*, in *SDHI.* 43 (1977) 469 ss.;
- G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 5 (Napoli 1984), 2357 ss.;

- G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee* (Milano 1990);
- C. MANENTI, *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio* (Siena 1889);
- A. D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia*, in *Studi Cesare Sanfilippo* 7 (Milano 1987) 363 ss.;
- A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, in *Ann. Univ. Ferrara* 1 (Ferrara 1987) 15 ss.;
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* (Torino 1984);
- A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, in *Labeo* 37 (1991) 342 ss.;
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*² (Palermo 2000);
- R. MARTINI, *Diritti greci* (Bologna 2005);
- C.A. MASCHI, *La Parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo e le glosse a Gaio*, in *Scritti Ferrini* (Milano 1946) 321;
- N.A. MASCKIN, *Il principato di Augusto* 2 (Roma 1956) 117 ss.;
- A. MAZZACANE, sv. «*Infamia. Diritto romano e intermedio*», in *ED.* 21 (Milano 1971) 385;
- G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma: contributo al lessico economico dei giuristi romani* (Napoli 1978);
- P. M. MEYER, *Der römische Konkubinat: nach den Rechtsquellen und den Inschriften* (Leipzig 1895);
- A. METRO, «*Binas nuptias constituere*» in *D. 3.2.1*, in *Iura* 26 (1975) 101;
- C. MIDDLETON, *Storia della vita di Cicerone* (Venezia 1762);
- T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899);
- T. MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (Paris 1907);
- R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1 (Paris 1935);
- C. NARDI, *Cenni storici del concubinato*, in *Archivio Penale* 19 (1963) 112;
- R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, in *BIDR.* 47 (1940) 371;

- R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano* 1 (Milano 1951);
- G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano II. Le istituzioni del diritto privato* (Torino 1910);
- J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in ZSS. 42 (1921) 227 ss.;
- L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano 1984);
- L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *SDHI*. 63 (1997) 181 ss.;
- L. PEPPE, *Pelex e spurius*, in *Mélanges de droit romaine et d'histoire ancienne. Hommage à la memoire de A. Magdelain* (Paris 1998);
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² 1. *Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso. Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni* (Milano 1924, rist. 1947);
- I. PIRO, «*Usu*» in *manum convenire* (Napoli 1994);
- I. PIRO, *Unioni confarreate e «diffarreatio». Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index* 25 (1997) 272 ss.;
- J. PLASSARD, *Le concubinat romain sous le haut Empire* (Toulouse-Paris 1921);
- M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, tr. it. di De Gregorio e Proto 1 (Firenze 1967);
- L. POMMERAY, *Études sur l'infamie en droit romain* (Paris 1937);
- G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici* (Padova 1938);
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³ (Torino 1991);
- S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II. Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa* (Milano 1991);
- S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano* (Milano 2001);
- R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, in *Index* 38 (2010) 223 ss.;

- P. RASI, *Consensus facit nuptias* (Milano 1946);
- P. RASI, *Tempus lugendi*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* 1 (Milano 1947) 395 s.;
- B. RAWSON, *Roman Concubinage and Other de facto Marriages*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 104 (1974) 279 ss.;
- S. RICCIO, *La bigamia* (Napoli 1934) 9;
- G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR.* 89 (1986) 425 ss.;
- G. RIZZELLI, 'Stuprum e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis', in *BIDR.* 90 (1987) 355;
- G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis: studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum* (Bari 1997);
- O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970);
- O. ROBLEDA, *Cic. de orat. 1.40.183; 56.283 y El divorcio de Mesalina*, in *SDHI.* 42 (1976) 624 ss.;
- O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale presso i Romani. Il mio punto di vista alla luce delle fonti*, in *Conferenze storico-giuridiche Perugia* (Perugia 1980) 139 ss.;
- O. ROBLEDA, *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* 2.14 (1982) 376 ss.;
- G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (Milano 1912);
- G. ROTONDI, *Possessio quae anino retinetur*, in *BIDR.* 30 (1920) 1 ss.;
- C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem, I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale* (Milano 1990);
- C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo* (Torino 2016);
- L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia*, in *SDHI.* 70 (2004);
- L. SANDIROCCO, *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *Labeo* 50 (2004) 204;
- C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?*, in *Iura* 27 (1976) 101;
- M.V. SANNA, *Matrimonio ed altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum* (Napoli 2012);

- B. SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in *SDHI*. 31 (1965) 171 ss.;
- M. SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana (Spunti per una ricerca)*, in *SDHI*. 51 (1985) 367 ss., poi in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana VII Convegno internazionale (Spello-Perugia-Norcia, 16-19 Ottobre 1985)* (Perugia 1988), 49 ss., ora in *Studi sul diritto del tardo Impero* (Padova 1986) 343 ss;
- M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, in *Studi sul Tardo Impero* (Padova 1986) 1 ss.;
- A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e 'stipulatio poenae'*, in *SDHI*. 66 (2000) 153 ss.;
- V. SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano (Corso universitario 1911-1912)* (rist. Roma 1934) 227 ss.;
- F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Aalen 1992);
- F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano I* (Padova 1876) 22 ss.;
- G. SEGRÉ, *Sulla questione se la Parafrasi greca alle Istituzioni giustinianee abbia avuto per fondamento il testo dei commentari di Gaio*, in *Il Filangieri* 12 (1887) 735, ora in *Scritti giuridici* 2 (Roma 1938) 1 ss.;
- S. SOLAZZI, *Attorno ai «caduca»*, in *ANA*. 61 (1942) 71 ss., ora in *Scritti di diritto romano* 4 (Napoli 1963) 265 ss.;
- T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus³. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea* (Napoli 2000);
- R. SYME, *La rivoluzione romana* (Torino 1974);
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990);
- G. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei tempi di mezzo* (Palermo 1911);
- S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*. 37 (1971) 45 ss.;
- M. TORELLI, *Lavinio e Roma. Riti iniziatici e matrimonio tra archeologia e storia* (Roma 1984);
- C. S. TOMULESCU, *Justinien et le concubinat*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo* 1 (Milano 1972) 305;
- S. TREGGIARI, *Concubine*, in *Papers of the British School at Rome* 49 (1981) 59 ss.;

- N. VAN DER WAL–J. H. A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*², *Les sources du droit byzantin de 300 à 1453* (Groningen 1985);
- O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperale del IV-V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI*. 48 (1982) 289 ss.;
- C. VENTURINI, *Divorzio informale e «crimen adulterii»*, in *Iura* 41 (1990) 43 ss.;
- A. VISCO, *Il soggetto passivo del reato nel diritto sostantivo e processuale* (Roma 1933);
- P. VOGLI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio 1* (Milano 1969);
- E. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Cagliari* 17 (1928) 6 s., ora in *Scritti giuridici 1. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 219 ss.;
- E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR*. 40 (1932) 87 ss., ora in *Scritti 1. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 417;
- E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 8 (1933) 187, ora in *Scritti giuridici 1. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 449 ss.;
- E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi in memoria di U. Ratti* (Milano 1934) 397 ss., ora in *Scritti giuridici 7. Diritto criminale e diritto dell'antico oriente mediterraneo* (Napoli 1999) 36 ss.;
- E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in *Scritti in memoria di A. Albertoni 1* (Padova 1935) 403 ss., ora in *Scritti giuridici 1. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 477 ss.;
- E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. il matrimonio romano (corso di lezioni per l'anno accademico 1960-1961)* (Roma 1961);
- E. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains* (Padova 1940), ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 3 ss.;
- E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 85 (1948) 103 ss., ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 127 ss.;

- E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di E. Albertario* 2 (Milano 1950) 361 nt. 48, ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 297;
- E. VOLTERRA, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 3 (Napoli 1953) 139 ss., ora in *Scritti giuridici 2. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 140;
- E. VOLTERRA, s.v. «*Concubinato*», in *NNDI*. 3 (1959) 1052;
- E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma 1961 rist. 1993);
- E. VOLTERRA, s.v. «*Sponsali*», in *NNDI*. 18 (1971) 36;
- E. VOLTERRA, «*Iniustum matrimonium*», in *Scritti in onore di G. Scherillo* 2 (Milano 1972) 441 ss., ora in *Scritti giuridici 3. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 177 ss.;
- E. VOLTERRA, *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR*. 78 (1975), ora in *Scritti giuridici 3. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 245 ss.;
- E. VOLTERRA, s.v. «*Matrimonio*», in *ED*. 25 (1975) 726 ss., ora in *Scritti giuridici 3. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 223 ss.;
- E. VOLTERRA, *Ancora sul matrimonio di Antonio e Cleopatra*, in *On. Flume* (Köln 1978) 205 ss.;
- A. WATSON, *Captivitas and matrimonium*, in *RHD*. 29 (1961) 250;
- A. WATSON, *The divorce of Carvilius Ruga*, in *RDH*. 33 (1965) 38 ss.

ELENCO DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

CODEX THEODOSIANUS

3.7.2
3.12.1
3.12.2
3.14.1
3.16.1
3.16.2
4.6.2
4.6.3
4.6.4
4.6.5
4.6.8
9.9.34
16.1.2

GAI INSTITUTIONES

1.58
1.59
1.60
1.61
1.62
1.63
1.64

TITULI EX CORPORE ULPIANI

5.6-7

PAULI SENTENTIAE

2.19.3-5

FONTI GIUSTINIANEE

CODEX IUSTINIANUS

1.9.7

5.3.5

5.3.6

5.4.14

5.4.17

5.5.2

5.17.8 pr.-1

5.17.9

5.26.1

5.27.5

5.27.6

7.15.3.2

9.9.18 pr.

9.9.18

9.9.34

DIGESTA

3.1.1.5

3.2.1

3.2.13.1-5
4.6.19
22.5.5
23.1.2
23.2.1
23.2.12.1
23.2.12.3
23.2.14.4
23.2.3
23.2.33
23.2.5
23.2.42 pr.
23.2.65.1
23.3.69.3
24.1.32.13
24.1.64
24.1.66
24.2.1
24.2.2.1
24.2.3
24.2.9
24.2.11.2
25.7.1.1-3
25.7.3.1
32.41.5.
34.9.16.1
35.1.15
38.10.4.3
38.10.6.1
38.10.8
38.10.10.1

38.11.1.1
41.2.23.1
45.1.134 pr.
47.10.1.1-3
47.10.15.24
47.10.18.2
48.5.6.1
48.5.12.1
48.5.12.7
48.5.12.12
48.5.14 pr.
48.5.14.5
48.5.35 pr.
48.5.39.1
48.18.5
49.15.12.2
49.15.14.1
50.16.101
50.16.144
50.17.30

INSTITUTIONES

1.10.6-7
1.10.9
1.10.12

NOVELLAE IUSTINIANI

18.5
89.12.4-5
117.8 pr-1-2
127.4

140 pr.

140.1-2

FONTI BIZANTINE

Theophili Paraphrasis (Ferrini)

1.10.6

1.10.7

FONTI LETTERARIE

Agostino

De bono coniugali

15

17.20

De coniugiis adulterinis

21

Ammiano Marcellino

Res gestae

30.9.2

Baronio

Annales ecclesiastici

4

Cassiodoro

Historia ecclesiastica tripartita

8.2.3-8

Cesare

De Bello Gallico

V

14 e 19

Cicerone

De officiis

1.17.54

De oratore

1.40.183

De legibus

2.9.22

Pro Milone

22.59

Cipriano

De lapsis

6

Crisostomo

Omelia 10 in Tim.

Cassio Dione

Histariae romanae

59.12.1

61.31

Dionigi di Alicarnasso

Antiquitates romanae

2.25.6

Festo Grammatico

De verborum significatu cum Pauli epitome [ed. Lindsay]

s.v. «*Pelices*»

248

Aulo Gellio

Noctes atticae

4.3.3

4.4.2

10.23.5

18.6.9

Gregorio Magno

Epistulae

141

Giordano

De summa temporum vel origine actibusque gentis romanorum

310

Girolamo (Sofronio Eusebio)

Epistulae

77.3

Isidoro di Siviglia

Etymologiae

9.7.15

Landolfo il Sagace

Addimenta ad Pauli historiam romanam

12.10

Lattanzio

Divinae Institutiones

6.23.23-25

6.23.29

Livio

Ab urbe condita libri

1.40.4

25.2.9

39.53

Niceforo Callisto Xanthopoulos

Historia ecclesiastica

11.33

Ovidio

Ars amatoria

1.295

Fasti

1.33-36

6.26.33-37

Metamorphoses

1.622 ss.

Paolo Diacono

Historia Romana

11.7

Plauto

Asinaria

942 ss.

Amphitruo

928

Aulularia

473

Cistellaria

36 ss.

Mercator

689 ss.

817 ss.

Stichus

31 ss.

Rudens

1045 e ss.

Trinummus

266

442

505

Plinio

Epistularum libri

III 14.2-3

Plutarco

Vitae parallelae

Cato Minor

25.1-5

comp. Dem. et Ant.

4.2

comp. Lyc. et Numae

3.1-3

4.1-3

Numa

12

12.2

Romulus

22.3

Pseudo Quintiliano

Declamationes

347

Quintiliano

Institutio Oratoria

7.8.3

Socrate Scolastico

Historia ecclesiastica

4.31

5.13

Svetonio

De vita Caesarum

Augustus

62

Caesar

52

Claudius

26.39.43

Tiberius

4

Vespasianus

3.3

Tacito

Annales

1.10.5

6.19.1

12.5

12.8.1

De moribus Germanorum

19

Tertulliano

De monogamia

3.5-6

3.11-12

Valerio Massimo

Factorum et dictorum memorabilium libri IX

8.5.5

Flavius Vopiscus

Historiae Augustae

Zosimo

Historia nova

4.19.1

4.43.1

4.53 ss.;

Zonara

Annales

13.15