

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
« VITTORIO SCIALOJA »

Quarta Serie Vol. I (2011)

Volume CV della collezione

(Estratto)

ROBERTO FIORI

LA STRUTTURA DEL MATRIMONIO ROMANO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-17315-X

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2011
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

ROBERTO FIORI

LA STRUTTURA DEL MATRIMONIO ROMANO*

I. PREMESSA

1. *Le teorie sulla struttura del matrimonio romano.*

La struttura del matrimonio romano è stata spiegata essenzialmente attraverso tre teorie.

a) La più risalente è la teoria cd. ‘contrattualistica’¹, certo condizionata dalla riconduzione del matrimonio alla categoria dei contratti, che come è noto si è affermata a partire dal Medioevo. Questa teoria ha attribuito grande rilievo al momento formativo del vincolo matrimoniale, probabilmente anche in dipendenza del parallelo svolgersi della teoria moderna del contratto che, in virtù della concezione canonistica della vincolatività della promessa, ha fortemente enfatizzato il momento iniziale della prestazione del consenso rispetto al vincolo obbligatorio².

Una tale enfasi — che in ambito contrattuale ha contribuito a privilegiare la risoluzione di fronte al mutare delle circostanze, a scapito del principio romano dell’adattamento del rapporto³ — si è legata, in campo matrimoniale, alla natura di sacramento delle *nuptiae*, determinando il principio della indissolubilità del rapporto così come fissato nell’atto celebrativo iniziale⁴.

* Testo della relazione tenuta al convegno *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell’età del Principato* a Copanello (CZ) il 6 giugno 2008, e destinata alla pubblicazione nei relativi Atti.

¹ La cui formazione storica è stata tracciata con cura soprattutto da R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, in «BIDR» 47 (1940) 166 ss.

² Mi sia permesso di rinviare, per brevità, a R. FIORI, *Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 169 ss.

³ R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, in «Roma e America» 22 (2006) 105 ss.

⁴ Si noti che però, almeno all’inizio, nelle fonti patristiche, la natura sacramentale sembrerebbe riferirsi più al rapporto che all’atto: cfr. Aug. *de nupt. et concup.* 1, 9; 1, 13; 1, 21, richiamati da ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., 169 nt. 28.

In questo senso, la frase ulpiana *consensus facit nuptias* è stata completamente riletta e reinterpretata.

b) Contro questa impostazione si è levata una critica assai netta. Dapprima, già nella scienza giuridica intermedia, sul piano puramente dogmatico. Poi, soprattutto a partire dagli studi di Carlo Manenti⁵, anche su quello storico della ricostruzione del diritto romano.

La nuova teoria — che, seguendo un uso invalso, chiameremo ‘possessoria’ — sostiene che ciò che conta, per i romani, è «lo stabilimento di fatto della comunanza di vita», potendo il consenso essere anche implicito; e che comunque la nozione di consenso rilevante per i romani nella fattispecie era non quello iniziale — come, sosteneva Manenti, accade nei contratti — ma invece un «accordo di volontà non istantaneo, ma continuato»⁶.

Queste affermazioni trovarono all’inizio accoglimento in particolare nella scuola di Vittorio Scialoja, cui Manenti apparteneva. Ne divenne sostenitore lo stesso Scialoja e dopo di lui Pietro Bonfante, per poi diffondersi nella romanistica, assumendo talora — come nel pensiero di Emilio Albertario — anche una articolazione storica: nel diritto classico sarebbe stato in primo piano il fatto della convivenza e sullo sfondo il consenso, che avrebbe trovato espressione oggettivata nell’*honor matrimonii*; nel diritto giustiniano, invece, il consenso avrebbe assunto un maggiore rilievo⁷. Peraltro è facile notare, in questi sviluppi, una forte analogia con il coevo e parallelo ripensamento, a partire dagli studi di Alfred Pernice e di Silvio Perozzi, della nozione di contratto⁸: ma l’istituto che offre il modello per il matrimonio è, come è noto, il possesso.

c) Anche la teoria possessoria è stata criticata, e qui è sufficiente ricordare i lavori di un altro erede della scuola di Scialoja, Edoardo Volterra. Quest’ultimo ha riportato l’attenzione sull’elemento della volontà, ma in una direzione molto diversa da quella della teoria contrattualistica: l’unico consenso rilevante sarebbe infatti quello che persevera nel tempo, non avendo invece alcuna importanza particolare il consenso iniziale espresso nelle cerimonie nuziali: la massima *consensus facit nuptias* dovrebbe essere spiegata appunto con l’essenzialità di un consenso durevole.

⁵ C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena 1889.

⁶ MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni*, cit., 40 e 43.

⁷ Il quadro di questi sviluppi è in ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., 206 ss.; cfr. anche E. VOLTERRA, *La conception du mariage d’après les juristes romains*, Padova 1940, 25 ss. = *Scritti giuridici*, II, Napoli 1991, 27 ss. L’ipotesi di uno sviluppo dal diritto classico a quello giustiniano è particolarmente sviluppata da E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in «RIL» 62 (1929) 808 ss. = *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 195 ss.

⁸ Cfr. FIORI, *Il problema dell’oggetto del contratto*, cit., 176 ss.

Nella stessa teoria di Volterra, tuttavia, la critica alla teoria possessoria non perviene a una completa rottura. All'idea del consenso durevole, infatti, si aggiunge un'altra convinzione — iniziata a profilarsi alla fine dell'Ottocento e affermata particolarmente nel secolo successivo — che tende a considerare il *iustum matrimonium* come l'unico matrimonio valido per il diritto romano⁹: i requisiti indicati dalle fonti come necessari per le *iustae nuptiae* sarebbero i requisiti necessari per ogni matrimonio valido. Tutte le unioni che non rispettano questi requisiti sarebbero irrilevanti giuridicamente, ed è proprio per questa via che si recupera una delle proposizioni fondamentali della teoria cd. possessoria, e cioè la definizione del matrimonio come una «situazione di fatto» che ha effetti giuridici solo quando ricorrano determinati elementi¹⁰.

Questa impostazione determina come esiti coerenti una serie di 'punti fermi' che, per l'influenza notevolissima esercitata da queste tesi sulla dottrina romanistica successiva, credo possano a buona ragione essere considerati *communis opinio*¹¹:

1) le cerimonie nuziali e la *ductio in domum mariti* non sarebbero altro che forme esteriori di manifestazione della volontà, del tutto inessenziali alla costituzione del matrimonio¹², anche perché relative al consenso iniziale, che non rileva quanto quello duraturo;

2) le unioni diverse dal *iustum matrimonium* sarebbero giuridicamente invalide, mere situazioni di fatto, e dovrebbe perciò essere respinta quella prospettiva — comune presso gli studiosi dell'Ottocento¹³, ma che nel

⁹ P. GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, in «NRHD» III^e s., 4 (1880) = *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien*, Paris 1885, 545 ss. 549 s. (che distingue solo tre situazioni: *iustum matrimonium*, *concubinatus*, *stuprum*); S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Roma 1928, 338 ss.; E. NARDI, *I requisiti del matrimonio romano*, in «Studi Saresi» 16 (1938) 173 ss.; e soprattutto Volterra, nei numerosi contributi in materia (cfr. per tutti E. VOLTERRA, *Matrimonio [diritto romano]*, in «ED» XXV, Milano 1975 = *Scritti giuridici*, III, Napoli 1991, 223 ss.).

¹⁰ Basti richiamare VOLTERRA, *Matrimonio*, cit., 229.

¹¹ Mi limito a rinviare ad alcuni manuali: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 439 ss. (il quale però riconosce che il *matrimonium iniustum* è pur sempre matrimonio [*ibid.*, 441] e definisce il concubinato sulla base dell'assenza dell'*affectio maritalis*: *ibid.*, 462); A. BURDESE, *Diritto privato romano*³, Torino 1987, 234 ss. (sul concubinato, *ibid.*, 246: «la convivenza stabile tra uomo e donna, che non configura legittimo matrimonio»); A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 553 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 215 ss. (cfr. in particolare, *ibid.*, 220 nt. 62: «si aveva pure concubinato, e non matrimonio, in difetto di alcuna delle condizioni per le *iustae nuptiae*»).

¹² VOLTERRA, *La conception du mariage*, cit., 41 e 51 ss.

¹³ Cfr. la letteratura citata in P. E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, 96 ss. e E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi E. Albertario*, II, Milano 1953 = *Scritti giuridici*, II, Napoli 1991, 286 ss.

Novecento, pur non essendo del tutto scomparsa¹⁴, ha subito un forte ridimensionamento — che li identificava con unioni comunque giuridicamente rilevanti, che la dottrina talora denominava *matrimonia iuris gentium*¹⁵;

3) tali unioni di fatto tendono a confondersi con il concubinato, che viene definito come «l'unione stabile dell'uomo e della donna, fra i quali non esista *conubium*, oppure che non abbiano la volontà continua ed effettiva di essere reciprocamente marito e moglie»¹⁶.

2. *La teoria e la storia.*

A prima vista, a tutte queste teorie potrebbe obiettarsi che esse hanno ricercato una nozione astratta di matrimonio romano, sostanzialmente avulsa dai concreti contesti storici entro cui l'istituto si è sviluppato. E la critica appare tanto più grave, se si considera che la moderna scienza romanistica è ormai pervenuta, nel complesso, a una distinzione abbastanza netta, almeno sul piano teorico, tra matrimonio e *conventio in manum*¹⁷: cosicché, se il matrimonio ha una sua configurazione autonoma sin dall'età arcaica, appare abbastanza difficile che esso non abbia subito, per secoli, trasformazioni, e si possa parlare indistintamente di 'matrimonio romano'.

Tuttavia occorre considerare che la ricostruzione della 'nozione' di matrimonio in diritto romano in un'epoca precedente l'età augustea è resa assai ardua dalla natura delle fonti a nostra disposizione: i testi letterari che ci informano sul periodo arcaico e repubblicano ci forniscono per lo più elementi sul concreto regime del matrimonio, ma non sulla costruzione teorica dello stesso. Per avere elementi in questa direzione, è necessario rivolgersi

¹⁴ C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano 1940, 159 ss.; J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, in «RIDA» 2 (1949) 309 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, 27; M. HUMBERT, *Hispania Faecenia et l'endogamie des affranchis sous la république*, in «Index» 15 (1987) 131 ss.; ID., *L'individu, l'état: quelle stratégie pour le mariage classique?*, in AA.VV., *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine*, Rome 1990, 183 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 154.

¹⁵ Cfr. la letteratura citata in CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, cit., 96 ss. e VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., 286 ss.

¹⁶ E. VOLTERRA, *Concubinato*, in «NNDI», III, Torino 1967, 1052; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1985, 675 ss.

¹⁷ L'ipotesi di E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in «RISG» 43 (1959-1962) 181 ss. — peraltro non priva di validi argomenti — di una indistinzione tra i due istituti è limitata alla *confarreatio*, e pertanto non pone in crisi la differenza teorica tra gli stessi. Il tentativo di U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1999, di rappresentare *usus*, *confarreatio* e *coemptio* come forme matrimoniali non può dirsi riuscito, soprattutto per la difficoltà — che l'a. rinuncia ad affrontare (cfr. *ibid.*, 171 s.) — di spiegare in questa direzione il regime dell'*usus*.

ai testi giurisprudenziali, che sono naturalmente concentrati sul periodo del principato.

Parrebbe dunque doversi concludere che siamo in condizioni di rispondere solo all'interrogativo circa la nozione del matrimonio romano nell'età del principato. E in effetti, a stretto rigore, è così. Ma è impossibile non notare che le fonti giurisprudenziali a noi pervenute per lo più sono a commento della legislazione augustea; e che questa consiste in larga misura in un tentativo di riaffermazione dei *mores maiorum*¹⁸. È dunque estremamente probabile che il quadro rappresentato dalle fonti giurisprudenziali per il principato possa offrire soluzioni in linea di principio compatibili anche con la realtà repubblicana e addirittura monarchica. E questa probabilità appare rafforzata — come vedremo — dagli esiti della ricerca, che individuano nella nozione di matrimonio, quale emerge dalle fonti giurisprudenziali del principato, tratti di notevole arcaismo.

II. UN 'CATALOGO' DELLE UNIONI
IN ULP. 2 *DE ADULT.* D. 48, 5, 14 (13)

Mi sembrerebbe utile verificare innanzitutto la sostenibilità della teoria che identifica il *iustum matrimonium* con l'unico matrimonio giuridicamente valido, per poi valutare il rapporto con il concubinato e il ruolo delle cerimonie nuziali e della *deductio in domum mariti* come elemento qualificante del matrimonio rispetto alle altre unioni non matrimoniali.

Partirei da un testo molto interessante, tratto dal secondo libro *de adulteriis* di Ulpiano, nel quale si compiono una serie di distinzioni, all'interno del reato di adulterio, sulla base della condizione della donna e del tipo di rapporto con essa contratto: sono tutti casi in cui si può accusare *iure extranei*, ma non *iure viri*¹⁹.

3. *Concubina*.

Ulp. 2 *de adult.* D. 48, 5, 14 (13) pr.: *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non*

¹⁸ Sulla volontà di Augusto di porsi in una linea di continuità con i *mores maiorum*, cfr. *Res gest.* 8, 5: *Legibus novi[s] m[e] auctore l[at]is m[ulta e]xempla maiorum exolescentia iam ex nostro [saeculo] red[uxi] et ipse multarum rer[um] exempla imitanda pos[teris] tradidi*; cfr. anche Cass. Dio 56, 2, 1-9, 3; D. NÖRR, *The Matrimonial Legislation of Augustus: An Early Instance of Social Engineering*, in «The Irish Jurist» 16 (1981) 350 ss.; E. BALTRUSCH, *Regimen morum. Die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, München 1988, 180 ss.

¹⁹ Di problemi relativi all'*accusatio iure viri* si inizia a parlare a partire dal § 6 del frammento.

fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.

Se la donna adultera non è una *uxor* bensì una *concubina*, non può ipotizzarsi una *accusatio adulterii iure mariti*, anzi non può parlarsi neanche di adulterio²⁰. Tuttavia si fa un'eccezione per la liberta *concubina* del patrono, rispetto alla quale si permette l'*accusatio iure extranei*, affermando che a questa si riconosce anche il *nomen* di *matrona*²¹.

La testimonianza di Ulpiano è confermata da altri testi giurisprudenziali, nei quali si afferma che la liberta *concubina* del patrono è come se fosse *nupta*²² e dalle risultanze epigrafiche, che attestano che per questa particolare *concubina* non si usano mai i nomi — meno onorevoli — di *hospita* o *amica*²³.

Tuttavia, per essere compreso fino in fondo, il frammento deve essere posto in relazione anche con altri testi, nei quali si afferma che alla *liberta concubina* del patrono — ma solo a lei — spetta l'*honestas* di una *materfamilias*²⁴, e che tuttavia è più onorevole (*honestius*), per il *patronus*, tenere presso di sé la liberta come *concubina*, piuttosto che come *materfamilias*²⁵ — sempre che il patrono non fosse di rango senatoriale, altrimenti il matrimonio sarebbe stato non solo meno onorevole, ma addirittura interdetto²⁶. In questi passi, infatti, si testimonia che la preoccupazione dei romani è quella di bilanciare le *dignitates* dei soggetti coinvolti nel rapporto: da un lato è il *patronus*, la cui *dignitas* sarebbe diminuita dal prendere la liberta come *uxor*; dall'altra è la *liberta* che, accettando di legarsi al proprio *patronus*

²⁰ Marcian. 12 *inst.* D. 25, 7, 3, 1: *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.*

²¹ Il testo è spiegato assai chiaramente in P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma 1925, 233 e P. MEYER, *Der römische Konkubinatus nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig 1895, 78 e 84.

²² Valen. 5 *fideicom.* D. 38, 1, 46: *liberta si in concubinatu patroni esset, perinde ac si nupta eidem esset...*

²³ MEYER, *Der römische Konkubinatus*, cit., 82.

²⁴ Marcell. 26 *dig.* D. 23, 2, 41, 1: *et si qua in concubinatu alterius quam patroni tradidisset, matris familias bonestatem non habuisse dico.*

²⁵ Ulp. 2 *leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1 pr.: *... quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere.* Sulla genuinità del testo cfr. R. FIORI, *Materfamilias*, in «BIDR» 96-97 (1993-1994) 490 ss.

²⁶ Paul. 1 *leg. Iul. et Pap.* D. 23, 2, 44 pr.; Tit. Ulp. 13, 1; Cels. 30 *dig.* D. 23, 2, 23; Paul. 35 *ad ed.* D. 23, 2, 16 pr.; C. 5, 4, 28 pr. (*Imp. Inst.*, a. 531 *vel* 532); cfr. anche Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 2, 44, 8.

come *concubina* per non diminuire la di lui *dignitas*, merita un particolare rispetto che si estrinseca nell'attribuirle comunque una *dignitas* analoga a quella che avrebbe ottenuto divenendo *uxor* (*perinde ac si nupta*), ossia l'*honestas matris familias*, negata a tutte le altre concubine²⁷.

L'*honestas* comporta però anche dei doveri: ecco perché il rapporto con questa particolare *concubina* può essere ricondotto ad *adulterium*, come attesta D. 48, 5, 14 (13) pr. Proprio perché assimilata alla *uxor*, la *concubina* del proprio patrono viene posta sullo stesso piano delle donne sposate e di quelle donne *ingenuae* con le quali un'unione extramatrimoniale costituisce, per il loro *status* sociale, *stuprum*. Ad essa dunque spettano l'*honestas* di *mater familias* e il nome di *matrona*, mentre tutte le altre concubine ricevono le denominazioni più spregiative di *hospita*, *amica*, e infine *focaria*, appena sopra la meretrice²⁸.

4. *Uxor iniusta*.

Ulp. 2 *adult.* D. 48, 5, 14 (13), 1: *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. οὐ μόνοι φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι.*

Naturalmente, prosegue Ulpiano, sia che la *uxor* sia *iusta*, sia che sia *iniusta*, il marito può esperire l'*accusatio*: Africano sosteneva infatti che la *lex de adulteriis* riguarda tutti i matrimoni, e citava i versi omerici (*Il.* 9, 340) con cui Achille, essendogli stata sottratta Briseide da Agamennone, afferma che non solo gli Atridi amano le loro donne.

Il problema principale posto dal passo è naturalmente l'identificazione della *uxor iniusta*. Sono state proposte al riguardo diverse soluzioni.

Una parte della dottrina l'ha identificata con la *concubina*, sul presupposto dell'identità tra *matrimonium iustum* e 'matrimonio'²⁹, e a tal fine si è rilevato

²⁷ Sull'uso del termine *materfamilias* per indicare la *uxor* in D. 25, 7, 1 pr., cfr. FIORI, *Materfamilias*, cit., 488 ss.: il termine pone l'accento sullo *status* socio-giuridico della *uxor* come archetipo della donna *honesta*, ossia della donna che vive conformemente al suo *honos*, secondo i *boni mores* (*ibid.*, 479 ss.).

²⁸ MEYER, *Der römische Konkubinats*, cit., 72, 74, 99, il quale anche individua un ruolo di particolare *honos* (pur se nel mero senso di «Ehre») per la *liberta concubina* del patrono (*ibid.*, 28; le sue argomentazioni non mi sembrano inficiate dalle critiche di B. KÜBLER, *Rec. Meyer*, in «ZSS» 17 [1896] 361). Cfr. anche J. GAUDEMET, *Union libre et mariage dans la Rome impériale*, in «Jura» 40 (1989) 9.

²⁹ G. RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis' (Pap. 1. *adult.* D. 48, 5, 6, 1 e *Mod.* 9 *diff.* D. 50, 16, 101 pr.), in «BIDR» 90 (1987) 187.

che Briseide, in quanto prigioniera di Achille, non poteva essere *uxor*³⁰. Tuttavia il passo, letto di seguito al precedente, mostra chiaramente un'opposizione tra la condizione della *uxor* e quella della *concubina*³¹: se quest'ultima può essere accusata di adulterio solo in ipotesi particolari, la *uxor* può essere accusata sempre (e, detto per inciso, considerando il valore ampio di gr. ἄλοχος — lett. 'compagna di letto', ma anche 'concubina' e 'sposa' — una volta estrapolata dal contesto la citazione omerica poteva riferirsi a ogni tipo di rapporto, e d'altronde, nello specifico, posto che Briseide era *captiva*, si sarebbe trattato piuttosto di *contubernium*).

D'altra parte, ammettendo la riconducibilità dell'*uxor iusta* e di quella *iniusta* alla medesima categoria generale '*uxor*', si pone il problema dell'apparente identità di soluzioni: dobbiamo desumerne la legittimazione del marito di un *matrimonium iniustum* all'*accusatio iure viri*³²? Ciò è esplicitamente contraddetto da un passo di Papiniano nel quale si afferma che al marito di una *peregrina sine conubio* non spetta l'*accusatio iure mariti* in caso di adulterio, bensì quella *iure extranei*, ma gli vengono riconosciuti alcuni privilegi³³, come il fatto che non gli venga opposta la qualifica di *infamis* o di *libertinus* (qualora non si possa vantare un patrimonio di almeno 30.000 sesterzi o il fatto di avere un figlio³⁴). La spiegazione di ciò è che il marito persegue — benché non possa agire *iure mariti* — una *propria iniuria*.

Pap. 15 resp. Coll. 4, 5, 1: *civis Romanus, qui sine conubio sibi peregrinam in matrimonio habuit*³⁵, *iure quidem mariti eam adulteram non postulat, sed ei non*

³⁰ F. STELLA MARANCA, *Omero nelle Pandette*, in «BIDR» 35 (1927) 33 ss., seguito da RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*', cit., 187.

³¹ Così anche MEYER, *Der römische Konkubinats*, cit., 58.

³² W. KUNKEL, *Mater familias*, in «RE», XIV, 2, Stuttgart, 1930, 2264; critico D. DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, in *Pepragménà toù IX dieitnoùs byzantinologikou syndriou*, II, Athenai 1955 = *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt a.M. 1991, 561.

³³ Questa seconda parte è omessa nel commento che del passo offre E. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulteri iure mariti vel patris*, in «Studi Cagliari» 17 (1928) = *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 261 s., il quale si limita a rilevare che il *maritus* non può accusare *iure mariti*. Lo stesso a., in *La nozione giuridica del conubium*, cit., 300, ricorda i privilegi ma non ne fornisce spiegazione, comunque identificando il rapporto con un concubinato.

³⁴ Che la qualifica di *infamis* o di *libertinus* (nonché di minore di 25 anni) potessero costituire un ostacolo all'esperimento dell'accusa *iure extranei* risulta da Paul. *adul.* Coll. 4, 4, 2 (con rinvio a Pap. 15 resp. Coll. 4, 5, 1). Sulla rilevanza, per i libertini, dei requisiti di un patrimonio di 30.000 sesterzi e dell'averne un figlio, cfr. Liv. 45, 15, 2.

³⁵ La frase è resa dagli editori: *civis Romanus, qui civem Romanam sine conubio sive peregrinam in matrimonio habuit*, ma VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., 299 s., ha notato che l'aggiunta di *civem Romanam* e la modificazione di *sibi* in *sive* non trovano giustificazione in nessun manoscritto.

opponetur infamia vel quod libertinus rem sestertiorum triginta milium aut filium non habuit, propriam iniuriam persequenti.

Potrebbe allora seguirsi l'ipotesi che dopo 'vir' sia caduto 'iure extranei' (intendendo la frase così risultante non nel senso che il *maritus* di una *iusta uxor* non potesse accusare *iure viri*³⁶, ma) nel senso che, passato il termine entro cui esperire l'accusa privilegiata, il marito potesse anche agire *iure extranei*³⁷.

Vi è però anche una soluzione interpretativa che permette di spiegare il passo mantenendone la genuinità: riconoscere valore giuridico al *matrimonium iniustum* e, conseguentemente, ammettere un'opposizione tra *maritus* e ogni altro *extraneus*. Limitiamoci per adesso a concedere questa possibilità come ipotesi di lavoro, salvo verificarla in seguito. Dai testi sin qui riportati dovremmo desumere che al marito è sempre attribuito un regime peculiare: la piena *accusatio viri* se unito a una *iusta uxor*, un'*accusatio iure extranei* 'rinforzata' — quella descritta da Coll. 4, 5, 1 — se *maritus* di una *uxor iniusta*³⁸.

Un dato rilevante e certo è però che le ipotesi di reato relative a un *matrimonium iniustum* non solo sono ricondotte all'*adulterium*, ma parrebbero prevedere l'estensione, al marito, di alcuni privilegi spettanti al *maritus* di un *ustum matrimonium*, negati a chi accusi *iure extranei*³⁹. E ciò è sufficiente per

³⁶ È questa la critica di DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, cit., 561 e di RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium', cit., 188 nt. 74.

³⁷ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1899, 932, seguito da CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., 162. La possibilità per il marito di *accusare iure extranei* risulta da C. 9, 9, 6 (*Imp. Alex.*, a. 223); Tryph. 3 *disp.* D. 4, 4, 37, 1; Scaev. 4 *reg.* D. 48, 5, 15, 2.

³⁸ Che tutto ciò fosse possibile all'epoca di Africano — richiamato in D. 48, 5, 14 (13), 1 — è certo; può discutersi se si tratti di un ampliamento dell'*interpretatio* giurisprudenziale (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 70; DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, cit., 562; RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium', cit., 188) oppure se il regime sia originario. Non mi sembra possa desumersi che «this rule was very recent when Africanus wrote» (DAUBE, *op. cit.*, 562) dal fatto che egli argomenti sul punto: più che argomentare, Africano fa una citazione dotta che probabilmente — per la sua curiosità — è anche la ragione del richiamo ulpiano. Certo è che Ulpiano non manifesta alcun dubbio (*plane*), e il rilievo che dopo la costituzione di Caracalla le unioni con *peregrinae* dovevano essere assai rare (ancora DAUBE, *op. cit.*, 563) non prova molto: innanzi tutto, nulla permette di circoscrivere a questa fattispecie il rinvio al *matrimonium iniustum*, in secondo luogo, potrebbe anche sostenersi l'inutilità di una simile estensione interpretativa, a fronte della scarsità di casi concreti.

³⁹ Mi sembra debba seguirsi l'impostazione di DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, cit., 561 ss.; H. ANKUM, *La sponsa adultera*, in *Estudios A. d'Ors*, Pamplona 1987, 170 s.; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari 1996, 340 ss., rispetto a quella di G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 191 nt. 87, il quale ritiene — sulla base di Paul. *adult.* Coll. 4,

escludere la congettura talora avanzata che si tratti in realtà di ipotesi di *stuprum* — in cui peraltro un'accusa *iure mariti* non sarebbe configurabile neanche in ipotesi⁴⁰.

5. *Uxor vulgaris*.

Il catalogo ulpiano prosegue con il caso della *uxor vulgaris*, ossia della moglie che abbia in passato esercitato il meretricio⁴¹. Contro l'adulterio di questa il marito può compiere l'*accusatio adulterii*, benché contro di lei sarebbe stato possibile commettere *stuprum* impunemente qualora non fosse stata sposata — a differenza di quanto avveniva con le normali *uxores*, le quali avevano anche da *viduae* uno *status* socio-giuridico tale da determinare *stuprum*.

Ulp. 2 *adult.* D. 48, 5, 14 (13), 2: *Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur.*

Anche questo passo è stato molto discusso.

La figura della *uxor vulgaris* è stata innanzitutto identificata con la *concupina*⁴², ipotizzando che le espressioni *uxor*, *maritus* e *adulterium* siano state usate in modo improprio. A me non sembra che una simile ipotesi possa essere condivisa. Dovremmo infatti ipotizzare un'opposizione *concupina*~*vidua* che dai testi giurisprudenziali non risulta, e svalutare l'opposizione, che invece è essenziale, con lo *stuprum*: sappiamo infatti che le *concupinae* erano tendenzialmente di bassa condizione sociale, ossia appartenevano proprio a quelle categorie di donne *in quas stuprum non committitur*.

Si è anche pensato a un *matrimonium iniustum*⁴³. Ma anche questa soluzione mi sembra da escludere, almeno con riferimento al senso in cui Ulpiano ha

4 — che l'infame e il libertino (nonché il minore di venticinque anni) non possano agire *iure mariti*, ma solo *iure extranei*.

⁴⁰ Così invece VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, cit., 266; ID., *La nozione giuridica del conubium*, cit., 299 s. Una versione mitigata di questa ipotesi è in RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., 192, il quale sostiene che, non essendovi *matrimonium iustum*, il reato non costituirebbe adulterio, ma a questa figura sarebbe ricondotto dall'*interpretatio* successiva; non appaiono però chiare le ragioni per cui si sarebbe dovuti pervenire a tale esito. Parla di estensione giurisprudenziale della disciplina sul *matrimonium iustum* anche a *matrimonium iniustum* e concubinato (ma escludendo che si trattasse in origine di *stuprum*) anche ANKUM, *La sponsa adultera*, cit., 171.

⁴¹ RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*', cit., 152 nt. 111.

⁴² E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, in *Studi P. Bonfante*, II, Milano 1930 = *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 318 s. e nt. 9.

⁴³ CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., 162.

parlato di *iniusta uxor* nel § 1, posto che a questa figura il giurista attribuisce, in quella sede, veste autonoma.

D'altronde mi sembra anche difficile riconoscere nell'unione con la *uxor vulgaris* un matrimonio 'pienamente' *iustum* (vedremo ora in che senso intendere questa espressione), posto che siamo in una parte del discorso ulpiano interamente imperniata sull'*accusatio iure extranei*, e poiché è difficile che la *lex Iulia de adulteriis* concedesse l'*accusatio iure mariti*⁴⁴ a chi avesse contratto nozze vietate dalla *lex Iulia et Papia* (che proibiva le *nuptiae* non solo con le prostitute ma anche con le ex-prostitute⁴⁵).

Infine, non mi sembra possibile neanche intendere questa unione come matrimonio nullo, posto che — come vedremo più avanti — a tale fattispecie Ulpiano dà rilievo autonomo nel § 4.

Probabilmente ci troviamo dinanzi a un matrimonio *iustum* rispetto ai *mores* — benché da questi forse bollato di infamia — ma *iniustum* rispetto alla *lex Iulia et Papia*. Questa, infatti (lo vedremo *infra*, § 7), doveva consistere in una *lex minus quam perfecta* e non intaccare la validità del matrimonio contratto in violazione della *lex*⁴⁶. Così come Ulpiano testimonia la distinzione tra *filii iusti secundum ius civile* e *filii iusti secundum leges*⁴⁷, allo stesso modo potremmo qui usare stipulativamente l'espressione 'matrimonio illegittimo' per indicare una unione contraria alle *leges*⁴⁸ ma non al *ius civile* (cosicché a questa unione non è corretto estendere i privilegi che Coll. 4, 5, 1 attribuisce al marito di una *uxor iniusta secundum ius civile* o addirittura della sola *peregrina sine conubio*).

6. *Sponsa*.

Il caso successivo è quello della fidanzata (*sponsa*), che sulla base di un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla può essere accusata, quasi fosse già moglie⁴⁹:

⁴⁴ Così invece DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, cit., 567 e 570.

⁴⁵ Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 2, 43 pr.-5, su cui VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, cit., 318 nt. 9; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, 194.

⁴⁶ Il regime originario mutò solo per le unioni che coinvolgessero membri dell'ordine senatorio: cfr. *infra*, § 7.5.

⁴⁷ Ulp. *de excus.* Vat. fr. 168, riportato *infra*, § 11.

⁴⁸ Non mi sembra invece opportuno parlare di *matrimonium illicitum*, che le fonti parrebbero usare in connessione con le nozze incestuose: cfr. Pap. 36 *quaest.* D. 48, 5, 39, 1; 3 e 7; Ep. Gai 1, 4, 2 (l'uso della locuzione non è chiaro in Pap. 32 *quaest.* D. 23, 2, 61 e in Scaev. 1 *resp.* D. 33, 2, 27).

⁴⁹ Sulle ipotesi di interpolazione del passo — che non sono minimamente necessarie — basti il rinvio ad ANKUM, *La sponsa adultera*, cit., 182 ss.

Ulp. 2 *adult.* D. 48, 5, 14 (13), 3: *Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur.*

Ritenere che nel testo ci si riferisca allo *stuprum*⁵⁰ in questo caso è chiaramente impossibile, perché rispetto alla *sponsa* ciò era senz'altro ammesso — in quanto *non nupta* — già prima del rescritto, che verrebbe svuotato di contenuto⁵¹. L'unica possibilità è allora che la costituzione dei Severi intendesse permettere l'*accusatio adulterii* anche nei confronti della *sponsa*⁵², sulla base della considerazione che occorreva tutelare allo stesso modo sia il matrimonio sia la *spes matrimonii* — il che, naturalmente, presuppone una differenza tra l'accusa di *adulterium* e l'accusa di *stuprum*⁵³, che non si esprime tanto in

⁵⁰ VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, cit., 320; M. A. DE DOMINICIS, *D. 48, 5, 12, 7. A proposito dell'accusatio adulterii della sponsa iure mariti*, in «AG» 170 (1966) 34 ss.

⁵¹ DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, cit., 570.

⁵² Non mi sembra debba individuarsi un vero ostacolo in Paul. *de adult.* Coll. 4, 6, 1: *in uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam sponsam. Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt, che si limita ad affermare che può accusarsi iure mariti solo la uxor, e non anche la sponsa* (VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, cit., 314 s., seguito da ANKUM, *La sponsa adultera*, cit., 183 e 188 ss.).

⁵³ Come è noto, le fonti attestano che nella *lex Julia de adulteriis* i termini sono usati promiscuamente ed indifferentemente (Papin. 1 *de adult.* D. 48, 5, 6, 1: *lex stuprum et adulterium promiscuo et κατάχρηστικώτερον appellat. sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine; stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci φθοράν appellant; Mod. 9 diff.* D. 50, 16, 101 pr.: *inter 'stuprum' et 'adulterium' hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. sed lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*). È stato però dimostrato in modo convincente che tra i due termini vi fosse piuttosto un rapporto di *species a genus*: cfr. al riguardo RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*', cit., 355 ss., con una critica della tesi tradizionale circa la fungibilità dei termini *adulterium* e *stuprum* nella legislazione augustea (cfr. per tutti U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 227; H. ANKUM, *La captiva adultera*, in «RIDA» III^e s., 32 [1985] 157; Id., *La sponsa adultera*, cit., 163 e altra bibliografia in RIZZELLI, *loc. ult. cit.*); peraltro, occorre notare che tra l'accusa di adulterio e quella di stupro c'erano una serie di differenze strutturali — ben enucleate da ANKUM, *La sponsa adultera*, cit., 169, e che si riferiscono anche a rapporti diversi dal *iustum matrimonium* (*ibid.*, 177 s.) — che rendono difficile accettare l'ipotesi di una originaria confusione delle stesse. La promiscuità riguarda piuttosto una certa identità di presupposti, nel senso che la legislazione augustea tendeva a considerare in maniera unitaria tutte le ipotesi di relazioni extramatrimoniali, al fine di poter attribuire agli effetti dell'*adulterium*, tradizionalmente circoscritti all'interno della *domus*, una rilevanza tale da interessare l'intera comunità, così come avveniva per lo *stuprum*. Conseguentemente non si operò più alcuna differenziazione neanche fra *nupta* e *vidua* (quest'ultima intesa inteso non solo come 'vedova', ma in generale come 'non sposata', in opposizione a *nupta*: cfr. Iavol. 2 *post. Labeon.* D. 50, 16, 242: *viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisset, appellari ait Labeo*; cfr. anche Liv. 1, 46, 7 e Sen. *Herc. fur.* 245, su cui Th.

termini di pena⁵⁴, quanto rispetto ai limiti e alle forme in cui è consentita l'*accusatio*⁵⁵. Ma, naturalmente, ancora una volta, non era ammessa l'*accusatio iure mariti*⁵⁶.

7. *Incestum e matrimonio nullo.*

E veniamo all'ultima parte del catalogo:

Ulp. 2 *adult.* D. 48, 5, 14 (13), 4: *Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse.*

Sin d'ora può rilevarsi che anche in questo caso non è possibile pensare a uno *stuprum*⁵⁷, perché la precisazione che l'accusa è *iure extranei* è concepibile solo rispetto all'*adulterium*⁵⁸. Ma analizziamo le singole figure.

7.1. *Incestum matrimonium.*

La prima fattispecie non pone particolari problemi. Si allude chiaramente al matrimonio contratto tra parenti o affini (*incestum matrimonium*)⁵⁹.

È questa una ipotesi distinta dalle *iniustae nuptiae*. Gaio ne parla dopo aver ricordato che spesso si concede il *conubium* ai veterani che abbiano preso moglie⁶⁰, e precisa che tuttavia in alcuni casi non è ammesso *uxorem ducere*

MAYER-MALY, *Vidua*, in «RE», VIII, A, 2, Stuttgart 1958, 2098), ed entrambe furono dette *materfamilias*. Questo uso è esplicitamente attestato da Pap. 2 *adult.* D. 48, 5, 11(10) pr. (*mater autem familias significatur non tantum nupta sed etiam vidua*) e indirettamente da Marciano e Paolo, che mostrano come rispetto alla *materfamilias* potesse parlarsi tanto di *stuprum* quanto di *adulterium* (Marcian. 2 *adult.* D. 48, 5, 9 [8]; Paul. 3 *adult.* D. 48, 2, 3, 3; cfr. anche Tryph. 1 *disp.* D. 50, 16, 225; Gai. 3, 220; Inst. 4, 4, 1).

⁵⁴ ANKUM, *La captiva adultera*, cit., 159.

⁵⁵ ANKUM, *La captiva adultera*, cit., 170 ss.; ID., *La sponsa adultera*, cit., 161 ss.

⁵⁶ Lo afferma DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, cit., 567 ss. (sulla base di una versione del testo di Paul. *de adult.* Coll. 4, 6 in cui è sparita l'espressione *iure mariti*: cfr. *ibid.*, 567), il quale valorizza la frase *hoc idem vindicandum* e il legame con il precedente § 2; ma il rinvio può essere anche al solo *adulterium*, e non necessariamente all'*accusatio iure mariti* (ANKUM, *La sponsa adultera*, cit., 189).

⁵⁷ Così invece VOLTERRA, *La conception du mariage*, cit., 57.

⁵⁸ Lo nota, in generale, ANKUM, *La captiva adultera*, cit., 171.

⁵⁹ Particolari in ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 137 ss.

⁶⁰ Gai. 1, 57: *Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani et in potestatem parentum fiunt.*

e occorre rinunciare alle *nuptiae*⁶¹. Ciò accade nel matrimonio tra parenti, naturali o per diritto, ossia tra persone tra le quali *nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est*⁶²: un'affermazione in cui — si noti — l'assenza di *conubium* sembra essere distinta dalla impossibilità di contrarre *nuptiae*⁶³, probabilmente perché si possono contrarre *nuptiae* (benché *iniustae*) anche in assenza di *conubium*.

Al di là del discusso problema delle sanzioni connesse al *crimen*⁶⁴, dall'incesto derivava per i figli una condizione che parrebbe peggiore di quella fissata per i nati da un *matrimonium iniustum*: non solo, infatti, i figli non entrano nella *potestas* del *pater* e seguono la condizione della *mater*⁶⁵, ma vengono detti spuri, quasi *vulgo concepti*⁶⁶. Parrebbe, cioè, che mentre nel primo caso si individui un padre, benché non nasca una *patria potestas* secondo il *ius Quiritium*, nel secondo si rifiuti addirittura l'individuazione di un genitore.

Sembrirebbe tuttavia doversi distinguere — nella riflessione dei *prudentes* — tra due tipi di *incestum*: l'incesto che si ritrovava anche presso altri popoli, detto *iure gentium*, e l'incesto proprio del *ius Quiritium*, detto *iure civili*. Il primo sembrerebbe coincidere con l'incesto fra parenti e affini in linea retta, il secondo con quello in linea collaterale⁶⁷; se nell'*incestum iure civili* l'errore era scusabile, ciò invece non avveniva nell'*incestum iure gentium*⁶⁸; e se l'imperatore può superare gli effetti giuridici negativi dell'*incestum iure civili*⁶⁹, lo stesso non accade per quelli dell'*incestum iure gentium*⁷⁰.

La frase *ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest* è di più difficile interpretazione⁷¹. Non può riferirsi genericamente al *matrimo-*

⁶¹ Gai. 1, 58: *nec tamen omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinere debemus.*

⁶² Gai. 1, 59: *inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est...*

⁶³ A differenza di quanto avviene ad es. in Ulp. *reg. Coll.* 6, 2, 1: *inter parentes et liberos, cuiuscumque gradus sint, conubium non est.*

⁶⁴ Sul problema S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001, 1 ss.

⁶⁵ Come testimonia Gai. 1, 78 rispetto al matrimonio con peregrini *sine conubio*: *ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur, iure gentium matris conditioni accedit.*

⁶⁶ Gai. 1, 64; Ulp. *reg. Coll.* 6, 2, 1-4; Tit. Ulp. 5, 7.

⁶⁷ Pap. 11 *quaest. D.* 12, 7, 5, 1; Pap. 36 *quaest. D.* 48, 5, 39, 1-4; Paul. *sent.* 2, 19, 5; *Coll.* 6, 3, 3.

⁶⁸ Pap. 36 *quaest. D.* 48, 5, 39, 2.

⁶⁹ Cfr. Marcian. *not. ad Pap.* 2 *adult. D.* 23, 2, 57a.

⁷⁰ Cfr. C. 5, 8, 2 pr. (*Imppp. Grat. Valent. et Theod.*, a. 380); CTh 3, 10, 1 (*Impp. Honor. et Theod.*, a. 409); cfr. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 327 nt. 64-65.

⁷¹ Non c'è motivo di pensare, con l'ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, cit., 206, a una sostituzione compilatoria di *uxoris animo a uxoris loco*, ipotizzata per ragioni pura-

nium non iustum, ossia a un matrimonio in cui vi è l' *affectio maritalis* ma non il *conubium*, benché alla presenza dell' *affectio maritalis* debba senz'altro essere riferito il periodo *ea, quae, quamuis uxoris animo haberetur*⁷², perché la specificazione sarebbe inutile, avendo già parlato dell' *iniusta uxor* nel § 2 — che peraltro era detta *uxor*.

A quali ipotesi si fa riferimento?

Verisimilmente ad altri casi di impossibilità assoluta di *nuptiae*. All'epoca in cui scrive Ulpiano, i casi potevano essere i seguenti.

7.2. Matrimonio della minore di dodici anni.

Il primo è quello della minore di dodici anni, che non è *nupta* ma *loco nuptae, quasi uxor*. (Non invece quello dell'impubere, perché Ulpiano parla di donna che si ha in moglie *uxoris animo*, facendo riferimento cioè all'atteggiamento psicologico del marito, all' *affectio maritalis*.)

È noto che la giurisprudenza classica fissava tendenzialmente — sono note le discussioni tra Sabiniani e Proculiani⁷³ — giudicavano *pubes* l'uomo al quattordicesimo anno e *viripotens* la donna al dodicesimo⁷⁴. Ma dalle testimonianze risultano matrimoni anche prima del dodicesimo anno di età della donna.

a) La prima fonte è Plutarco, che rileva come i Romani facessero sposare le figlie 'a dodici anni e ancora più giovani' (δωδεκαετείς και νεωτέρας)⁷⁵.

b) Poi le risultanze epigrafiche, che mostrano percentuali significative di matrimoni precoci: nella sola città di Roma, il 9,67% nelle unioni pagane tra il I e il III sec. d.C.⁷⁶ e il 6,46% nelle unioni cristiane tra la fine del III e l'inizio del VI sec. d.C.⁷⁷.

mente formali e attraverso un raccordo inesatto con D. 23, 1, 9: l'espressione *loco nuptae* in quest'ultimo contenuta si riferisce alla situazione giuridica oggettiva, che in D. 48, 5, 14 (13), 4 è espressa dalla frase *uxor tamen esse non potest*; invece *uxoris animo* si riferisce allo stato soggettivo del marito, all' *affectio maritalis*.

⁷² Cfr. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 76.

⁷³ I Proculiani ponevano il quattordicesimo anno, i Sabiniani richiedevano l' *inspectio corporis* (Gai. 1, 196); cfr. anche Tit. Ulp. 11, 28, dove si riporta il pensiero di (Nerazio) Prisco (fr. 187 Lenel) che richiedeva entrambi i requisiti.

⁷⁴ Inst. 1, 22 pr.; Fest. *verb. sign.* s.v. *pubes* (Lindsay, 296); Cass. Dio 56, 16, 7.

⁷⁵ Plut. *comp. Lyc. Num.* 4, 2.

⁷⁶ Sono 6 casi precedenti i 12 anni su 62 iscrizioni: D. A. MUSCA, *La donna nel mondo pagano e nel mondo cristiano: le punte minime dell'età matrimoniale attraverso il materiale epigrafico (urbs Roma)*, in *Atti Acc. Rom. Cost.*, VII, Napoli 1988, 159.

⁷⁷ Sono 17 casi precedenti i 12 anni su 263 iscrizioni: MUSCA, *La donna nel mondo pagano e nel mondo cristiano*, cit., 165.

c) E infine i testi giurisprudenziali, che ci permettono anche di verificare la qualificazione di queste unioni, lasciando trasparire una certa ambiguità di orientamenti.

Da una parte, Servio afferma la ripetibilità della dote in simili ipotesi, evidentemente sul presupposto della nullità del matrimonio; dall'altra Nerazio precisa che questo parere va inteso nel senso che la *repetitio* è possibile solo se sia intercorso *divortium* prima del raggiungimento della *iusta aetas*, altrimenti la dote non è ripetibile più di quanto avvenga tra fidanzati, in quanto trasmessa *matrimonii causa*⁷⁸.

Labeone sembrerebbe porsi sulla linea di Servio allorché precisa che la donazione fatta all'interno di *nuptiae* con una fanciulla *nondum viripotens* è valida⁷⁹, e che il legato con la condizione *quandoque nupserit* sarà dovuto quando la fanciulla diverrà *viripotens*⁸⁰: allorché cioè, come precisa Pomponio, compiendo dodici anni la *nupta* minore diviene *legitima uxor*⁸¹ — ciò che viene confermato da Papiniano⁸².

Ma si tenta anche un'assimilazione con la *sponsa*. Labeone afferma che la *minor duodecim annis in domum (quasi) mariti deducta* deve considerarsi *sponsa* se vi sono stati *sponsalia*, altrimenti non è né *sponsa* né *nupta*, bensì *loco nuptae* — e la sua posizione è approvata da Papiniano e Ulpiano, il quale precisa che la donazione è valida solo se vi sono effettivamente stati *sponsalia*, altrimenti non ha valore, perché fatta *non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem*. Giuliano va oltre, vedendo nella minore sposata in ogni caso una *sponsa*, e pertanto considerando valida la donazione compiuta dal marito, anche in assenza di effettivi *sponsalia*⁸³.

Ulpiano sostiene anche che la *minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta*, pur non essendo ancora *uxor*, deve essere ammessa per equità al *privilegium exigendi* che spetta alla *uxor* che agisca con l'*actio rei uxoriae*, al pari di quanto avviene per la *sponsa*, benché — in quest'ultimo caso — non sia stato contratto alcun *matrimonium*⁸⁴, e Paolo spiega che ciò si fa per l'interesse pubblico a che la donna, raggiunta l'età, possa sposarsi con dote⁸⁵.

⁷⁸ Ner. 2 *membr.* D. 12, 4, 6.

⁷⁹ Lab. 6 *post. Iav. epit.* D. 24, 1, 65.

⁸⁰ Lab. 3 *post. a Iav. epit.* D. 36, 2, 30.

⁸¹ Pomp. 3 *ad Sab.* D. 23, 2, 4.

⁸² Pap. 10 *quaest.* D. 23, 3, 68.

⁸³ Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24, 1, 32, 27; Ulp. 35 *ad ed.* D. 23, 1, 9. Non mi sembra possa sostenersi con ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 240, che la causa della nullità sia la volontà del marito di favorire la moglie: nulla di tutto ciò risulta dal passo.

⁸⁴ Ulp. 63 *ad ed.* D. 42, 5, 17, 1 e 19 pr.

⁸⁵ Paul. 60 *ad ed.* D. 42, 5, 18.

Non solo, ma da Ulpiano sappiamo anche che, se ha rapporti con uomini diversi dal marito, la *minor duodecim annis in domum deducta* commette *adulterium*, benché il marito non possa compiere l'*accusatio iure mariti*, bensì *iure extranei*, in considerazione di una assimilazione alla *sponsa*⁸⁶. *Nel passo, la sopravvivenza di un inspiegabile vel* lascia intuire un taglio compilatorio che potrebbe nascondere un richiamo alla possibilità, per la minore, di essere accusata di adulterio in quanto *ea, quae, quamuis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest* (D. 48, 5, 14 [13], 4).

Questi testi non mostrano semplicemente che quella dei matrimoni con fanciulle minori di dodici anni era una prassi relativamente diffusa⁸⁷, ma anche che la *mulier* minore di dodici anni, pur non potendosi definire *uxor*, sotto numerosi profili non era però considerata estranea rispetto al marito. Evidentemente i giuristi romani, pur negando l'esistenza di un matrimonio, giudicano queste unioni di fatto, in determinati casi, giuridicamente rilevanti: ed è significativo che ciò avvenga non solo nel diritto criminale — come talora si è affermato per spiegare il regime dell'*adulterium* nelle fattispecie diverse dal *instum matrimonium*⁸⁸ — ma anche sul piano del diritto privato (*ius civile* e *ius honorarium*⁸⁹).

7.3. Divieto di matrimonio per gli alti ufficiali provinciali.

Un secondo caso dovrebbe essere quello del matrimonio *contra mandata principis* degli alti ufficiali provinciali nella medesima provincia.

I soldati non subivano le conseguenze della condizione di *caelibes* previste dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus*, ma sembra potessero sposarsi⁹⁰ anche con donne della medesima provincia (Paul. 7 *resp.* D. 23, 2, 65 pr.)⁹¹.

Diverso era il caso degli alti ufficiali: quando il governatore entrava in carica, riceveva dei *mandata principis* che vietavano il matrimonio con donne

⁸⁶ Ulp. 2 *adul.* D. 48, 5, 14(13), 8.

⁸⁷ M. DURRY, *Le mariage des filles impubères dans la Rome Antique*, in «RIDA» III^e s., 2 (1955) 263 ss.; ID., *Sur le mariage romain. Autocritique et mise au point*, in «RIDA» III^e s., 3 (1956) 227 ss.

⁸⁸ Sia ciò dovuto specificamente alle *leges augustee* (VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, cit., 223 s.) oppure all'*interpretatio* su queste compiuta dai giuristi (RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*', cit., 188).

⁸⁹ Per un intervento sul piano pretorio cfr. invece il caso in cui viene concessa l'*exceptio doli* contro chi, diverso dal *pater*, abbia costituito la dote per una *minor duodecim annis* andata in sposa a un marito inconsapevole: Iul. 21 *dig.* (fr. 324 Lenel) = Ulp. 35 *ad ed.* D. 27, 6, 11, 3.

⁹⁰ Come è noto, il problema è discusso: cfr. per tutti VOLTERRA, *Matrimonio*, cit., 278; ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 133 ss.

⁹¹ ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 133 ss.

della medesima provincia, tranne il caso in cui si trattasse della provincia di origine⁹².

In tali ipotesi non solo vengono confiscati la dote e i lasciti ereditari che provengono dalla moglie⁹³, ma — ciò che per noi è più interessante — il matrimonio è nullo⁹⁴: le fonti parlano di *matrimonium non esse*⁹⁵, *nuptiae non esse*⁹⁶, *cessare matrimonium*⁹⁷, spesso instaurando un'analogia con il matrimonio del tutore con la pupilla (cfr. *infra*, § 7.4).

Questo richiamo, che ricorre anche in altri frammenti⁹⁸, dipende — ci viene detto esplicitamente⁹⁹ — dall'identità di *ratio* dei due divieti, che mirano a evitare che le nozze vengano condizionate dalla posizione di potere di cui gode l'alto ufficiale (e il tutore) e che potrebbe essere usata per ottenere vantaggi patrimoniali, inducendo una donna ricca e nobile a sposarsi contro la propria volontà — e nella medesima direzione devono essere lette le sanzioni della confisca sopra ricordate¹⁰⁰. La situazione viene 'sanata' — ma *ex nunc* — solo nel caso in cui il matrimonio continui dopo l'uscita di carica, perché si ritiene che da questo momento il consenso degli sposi sia libero¹⁰¹.

7.4. Matrimonio del tutore con la pupilla.

Il matrimonio del tutore (o di suo figlio) con la pupilla viene vietato da una *oratio* di Marco Aurelio e Commodo (tra il 177 e il 180 d.C.), allorché il tutore non abbia reso i conti, e comunque prima che la pupilla compia 26 anni (quando la pupilla è minore e pertanto può chiedere la *restitutio in integrum propter aetatem*)¹⁰². Le ragioni del divieto sono sia la posizione di potere che avrebbe il tutore *maritus* nei confronti della moglie, sia l'impossibilità di usare contro il coniuge l'*actio tutelae*, in quanto infamante¹⁰³. (Il divieto fu

⁹² Paul. 7 *resp.* D. 23, 2, 65 pr.

⁹³ Cfr. rispettivamente Paul. 2 *sent.* D. 23, 2, 38, 1, e Marcian. 11 *inst.* D. 34, 9, 2, 1.

⁹⁴ Gli stessi *sponsalia*, benché validi, sono risolvibili: Paul. 2 *sent.* D. 23, 2, 38 pr.

⁹⁵ Pap. 1 *def.* D. 23, 2, 63 pr.

⁹⁶ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24, 1, 3, 1.

⁹⁷ Ulp. 30 *ad ed.* D. 25, 2, 17 pr.

⁹⁸ Marcian. 11 *inst.* D. 34, 9, 2, 1.

⁹⁹ Pap. 1 *def.* D. 23, 2, 63 pr.: ... *cum ratio potentatus nuptias prohibuerit.*

¹⁰⁰ ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 176.

¹⁰¹ Paul. 7 *resp.* D. 23, 2, 65, 1.

¹⁰² Pap. 4 *resp.* D. 23, 2, 62, 2; Paul. 2 *sent.* D. 23, 2, 66 pr.; Marcian. 10 *inst.* D. 48, 5, 7; C. 5, 6, 6.

¹⁰³ ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 182.

esteso anche ad altri soggetti per identità di *ratio*: oltre al figlio, al *pater* e al nipote del tutore; al *curator*, al *curator ventris*; all'erede e al garante del tutore. Inoltre fu esteso al fidanzamento.¹⁰⁴

Gli effetti sono l'*infamia*¹⁰⁵, sanzioni criminali che tengono conto della *dignitas* delle parti¹⁰⁶ e, soprattutto, la nullità del matrimonio (*matrimonium non esse*)¹⁰⁷.

7.5. *Matrimonium contra leges*.

Un'ultima fattispecie è quella del matrimonio contratto contro i divieti della *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. e della *lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d.C., così come riformati da una *oratio* di Marco Aurelio e Commodo (177-180 d.C.). Le leggi augustee proibivano:

a) il matrimonio e il fidanzamento dei cittadini di rango senatorio con liberti e con coloro che facciano o abbiano fatto del teatro, e con i loro figli¹⁰⁸;

b) il matrimonio degli *ingenui* con prostitute ed ex-prostitute, lenoni e adultere condannate o colte in flagranza¹⁰⁹ (un senatoconsulto di età incerta ma verisimilmente non successivo al regno di Antonino Pio [138-161 a.C.] estese, per l'ordine senatorio, il divieto a tutte le donne *iudicio publico damnatae*¹¹⁰).

Questi divieti costituivano in realtà delle attenuazioni del regime precedente, che verisimilmente colpiva con *infamia* tutti gli ingenui che si fossero uniti a liberti o ad attori, riservando tali divieti al solo ordine senatorio¹¹¹.

¹⁰⁴ ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 183 s.

¹⁰⁵ Paul. 2 *sent.* D. 23, 2, 66 pr. C. 5, 6, 7 (*Impp. Diocl. et Max.*).

¹⁰⁶ Paul. 2 *sent.* D. 23, 2, 66 pr.; Callistr. 2 *quaest.* D. 23, 2, 64 pr.

¹⁰⁷ Paul. 2 *sent.* D. 23, 2, 66 pr.; Tryph. 9 *disp.* D. 23, 2, 67, 3; Marcian. 10 *inst.* D. 48, 5, 7 (dopo quanto detto sulla disciplina dell'*adulterium*, non mi sembra che il passo costituisca un problema, come ritiene invece RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*', cit., 213 s., con bibl.: ogni unione di tipo matrimoniale, anche quando nulla, dà luogo ad *adulterium*.); C. 5, 6, 6 pr. (*Impp. Valer. et Gall.*, a. 260); cfr. anche Ulp. 30 *ad ed.* D. 25, 2, 17 pr. (sopra riportato) e C. 5, 6, 1 (*Impp. Sev. et Ant.*, a. 215); C. 5, 6, 3 pr. (*Imp. Gord.*); C. 5, 6, 8 (*Impp. Leo et Anth.*, a. 472); C. 5, 16, 7 (*Imp. Alex.*, a. 232).

¹⁰⁸ Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 2, 44 pr.

¹⁰⁹ Fonti in ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 194; *ibid.*, 199 ss., il problema del rapporto con Tit. Ulp. 13, 1-2.

¹¹⁰ Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 2, 43, 10. La datazione è stata ipotizzata da ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 193 s. sulla base del riferimento a Mauriciano in Tit. Ulp. 13, 2.

¹¹¹ Cfr. per tutti HUMBERT, *Hispana Faecenia*, cit., 135 s.; *contra*, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova 2002, 66; ID., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 196.

Ciò nella logica della legislazione augustea, che tende a favorire le unioni e le procreazioni sanzionando con l'incapacità successoria la condizione dei *caelibes*.

Come si è detto parlando del matrimonio con la *uxor vulgaris* (§ 5), sembra che il regime augusteo prevedesse come sanzione solo l'irrilevanza del matrimonio rispetto alle *leges*¹¹² e, verisimilmente, l'impossibilità di accusare per adulterio *iure mariti*: la sanzione della nullità dovrebbe essere stata stabilita solo dall'*oratio* di Marco Aurelio e Commodo sopra ricordata, limitatamente alle unioni di appartenenti al rango senatorio: potrebbe esserne una prova lo stesso esempio della *uxor vulgaris*, che Ulpiano distingue da *quae uxor esse non potest*. L'opposta opinione¹¹³, secondo la quale il senatoconsulto avrebbe avuto lo scopo di riaffermare il regime augusteo, caduto in desuetudine, che già avrebbe fissato la nullità, non sembra poggiare su argomenti convincenti¹¹⁴. Certo è che la giurisprudenza severiana parla, per questi casi, di nullità¹¹⁵.

8. *Un quadro composito.*

Dalla lunga testimonianza ulpiana e dai testi collegati possiamo desumere i seguenti dati.

Ulpiano distingue diversi tipi di unioni, che definisce sulla base dello *status* della donna.

a) Da un lato ci sono unioni matrimoniali, rispetto alle quali la giurisprudenza formatasi sulla *lex Iulia de adulteriis* parla di *adulterium* e non di *stuprum*. Considerando che si può agire per *adulterium* anche rispetto a donne *in quas*

¹¹² Così Fr. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin 1840, 522 ss. = *Sistema del diritto romano attuale*, II, Milano 1888, 514 ss., seguito da CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., 99 ss.; GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 329 ss.; ID., *Union libre et mariage*, cit., 5; H. KUPISZEWSKY, *Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Recht*, I, in «ZSS» 84 (1967) = *Scritti minori*, Napoli 2000, 194 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 319.

¹¹³ Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1887, III, 1³, 472 nt. 3; NARDI, *I requisiti del matrimonio romano*, cit., 34.

¹¹⁴ È vero che Ulpiano (3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 1, 16) scrive che l'*oratio* proibì alcune nozze (*quaedam nuptiae*) a persone di rango senatorio, e che in diversi luoghi lo stesso Ulpiano (32 *ad Sab.* D. 24, 1, 3, 1), Paolo (35 *ad ed.* D. 23, 2, 16 pr.) e Modestino (*de ritu nupt.* D. 23, 2, 42, 1) fanno solo esempi di donne di rango senatorio sposate a libertini o a chi *artem ludicram exercuit cuiusve pater matre id fecerit*, ma da ciò non può dedursi che il provvedimento abbia riguardato solo le donne di rango senatorio — come, benché a mero titolo di ipotesi, propone CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, cit., 37 s. — perché da Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24, 1, 32, 8 risulta chiaramente che la nullità si riferiva anche al matrimonio tra senatore e libertina.

¹¹⁵ Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 1, 16; Paul. 35 *ad ed.* D. 23, 2, 16 pr.; Mod. *de ritu nupt.* D. 23, 2, 42, 1.

stuprum non committitur, è chiaro che la differenza fondamentale tra i due crimina è che solo rispetto allo *stuprum* la verifica sulla *dignitas* della donna è scriminante: rispetto all'*adulterium*, tale verifica serve solo a stabilire quale *accusatio* concedere al marito.

Ulpiano distingue:

1) una *iusta uxor*, rispetto alla quale il *maritus* può *accusare iure mariti* (D. 48, 5, 14 [13], 1);

2) una *iniusta uxor*, legata da un *matrimonium* non riconducibile al *ius civile* (D. 48, 5, 14 [13], 1), rispetto alla quale il *maritus* può *accusare iure extranei* ma essendogli riconosciuti speciali privilegi (Coll. 4, 5, 1);

3) una *uxor vulgaris*, legata da un matrimonio contrario alla *lex Iulia et Papia*, rispetto alla quale il *maritus* può *accusare iure extranei*, ma verisimilmente senza i privilegi concessi al *maritus* della *uxor iniusta* (D. 48, 5, 14 [13], 2);

4) *quae uxor esse non potest*, rispetto alla quale il *maritus* può *accusare iure extranei*, ma verisimilmente senza i privilegi concessi al *maritus* della *uxor iniusta* (D. 48, 5, 14 [13], 4).

b) Dall'altra parte ci sono i rapporti di concubinato, anch'essi gerarchizzati¹¹⁶:

5) la condizione della *liberta concubina* del suo *patronus* è parificata a quella della *uxor*, nel senso che le è riconosciuta una analoga *dignitas* e al suo compagno è permesso di accusare di *adulterium iure extranei* (D. 48, 5, 14 [13] pr.), benché verisimilmente senza privilegi (arg. ex Coll. 4, 5, 1);

6) nei confronti delle altre concubine non è possibile accusare per *adulterium* neanche *iure extranei*.

III. IL MATRIMONIO E LE ALTRE UNIONI

9. La nozione di *conubium*.

I problemi posti dalle testimonianze sin qui ricordate sono, ai nostri fini, sostanzialmente i seguenti:

A) che differenza c'è tra i diversi tipi di matrimonio: *iniustum* (ossia contrario al *ius civile*), 'illegittimo' (ossia contrario alle *leges*) e nullo?

B) che differenza c'è tra questi matrimoni e il concubinato?

Partiamo dal problema *sub* A), che coinvolge necessariamente l'istituto del *conubium*.

Mi sembra debba rilevarsi in primo luogo che le fonti tendono talora a presentare come assenza di *conubium* casi in cui in realtà sono assenti gli

¹¹⁶ Una gerarchia tra le concubine è già stata da tempo rilevata: cfr. MEYER, *Der römische Konkubinat*, cit., 25 ss.; R. FRIEDL, *Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom. Vom Augustus bis Septimius Severus*, Stuttgart 1996, spec. 271 ss.

altri due requisiti indicati dalle fonti come necessari per poter parlare di *matrimonium iustum* — e cioè la pubertà e il consenso. Questo dato, che era già stato posto in evidenza da Volterra¹¹⁷, deve essere ulteriormente precisato con lo stesso autore nel senso che il *conubium* è una nozione costruita solo ‘in positivo’: esso indica la possibilità di contrarre *iustae nuptiae*, non costituisce una categoria ‘negativa’, ossia un insieme di impedimenti¹¹⁸.

Se però è così, occorre anche ammettere che gli impedimenti al *conubium* non devono necessariamente avere tutti lo stesso rilievo — quello ‘negativo’ di impedire le *iustae nuptiae* — ma possono incidere diversamente sull’unione, in relazione alle differenti cause che escludono il *conubium*.

Ora, nelle fonti giuridiche — al di là di usi generici¹¹⁹ o quando, particolarmente nel latino tardo, è impiegato nel significato di *nuptiae*¹²⁰ — il termine *conubium* viene messo in relazione con le seguenti fattispecie:

a) violazioni della *lex Iulia de maritandis ordinibus*:

a.) matrimonio tra liberta e senatore¹²¹;

a.) matrimonio di una *liberta* con un terzo, dopo essersi separata dal *patronus* contro la volontà di questi: essendo *uxor*¹²² o *concubina*¹²³ del *patronus* (questo divieto si estende anche alla costituzione di un concubinato con il terzo — e pure nel caso in cui il terzo sia anch’egli *patronus*¹²⁴ — e sembrerebbe derivare dal fatto che il primo matrimonio non viene meno¹²⁵ se non rispetto a quei diritti che derivano alla liberta

¹¹⁷ VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., 296.

¹¹⁸ VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., 292 ss.; ID., *Matrimonio*, cit., 230.

¹¹⁹ Gai. 1, 56; Pap. 15 *resp.* Coll. 4, 5, 1; Tit. Ulp. 5, 2-3 e 8; C. 5, 27, 11 pr. (*Imp. Iustinus*, a. 530).

¹²⁰ C. 5, 4, 28, 1 (*Imp. Iust.*, a. 531 *vel* 532); C. 5, 5, 8 (*Imp. Zeno*, a. 475); C. 5, 20, 2 (*Imp. Iust.*, a. 530); C. 5, 17, 8, 4-4a (*Imp. Theod. et Valent.*, a. 449); C. 9, 9, 29 pr. (*Imp. Const.*, a. 326); Coll. 6, 4, 4 (*Imp. Diocl. et Maxim.*); CTh. 4, 12, 6 (*Imp. Valent., Valens et Grat.*, a. 366). Non condivido le altre fonti indicate da VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., 368 s.

¹²¹ C. 5, 4, 28 pr. e 3 (*Imp. Iust.*, a. 531 *vel* 532).

¹²² Ulp. 3 *ad leg. Inl. et Pap.* D. 23, 2, 45, 4 e 6; D. 24, 2, 11 pr. e 2; C. 5, 5, 1 (*Imp. Alex.*). Cfr. anche Ulp. 47 *ad ed.* D. 38, 11, 1, 1.

¹²³ Ulp. 2 *ad leg. Inl. et Pap.* D. 25, 7, 1 pr.

¹²⁴ D. 24, 2, 11 pr., su cui ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 343, con bibl.

¹²⁵ Il marito continua a godere della dote (D. 24, 2, 11 pr.) e non può pretendere le *operae* della liberta (C. 6, 3, 9 *Imp. Alex.*, a. 225), ecc.: cfr. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 344 ss. La medesima ragione sembra essere alla base del divieto di concubinato — che tuttavia per alcuni studiosi sarebbe compatibile con l’esistenza di un matrimonio: cfr. bibl. *ibid.*, 344 nt. 95.

dall'esistenza del vincolo coniugale¹²⁶): la liberta si ha per (la seconda volta) *non nupta*¹²⁷;

b) matrimonio tra liberi e schiavi¹²⁸;

c) matrimonio tra il (figlio del) tutore e la pupilla¹²⁹;

d) incesto¹³⁰;

e) nazionalità¹³¹.

A queste ipotesi gli studiosi moderni affiancano anche:

f) il matrimonio degli ufficiali nella medesima provincia (cfr. *supra*, § 7)¹³²;

g) il matrimonio della vedova nel *tempus lugendi*, che durava circa dieci mesi dopo la morte del primo marito¹³³.

A ben vedere, le premesse e le conseguenze di queste fattispecie non sono identiche.

Per quanto riguarda il matrimonio tra tutore e pupilla (*sub c*; a questo in genere le fonti avvicinano quello tra ufficiale e provinciale *sub f*) la giustificazione del divieto è — come abbiamo visto — non tanto l'assenza di *conubium* inteso come reciproca capacità di sposarsi, quanto quello che potremmo definire un 'vizio del consenso': si vuole espressamente tutelare la 'parte debole' del rapporto, e pertanto il matrimonio è nullo. Tuttavia la nullità non sembra essere assoluta — come pure è stato sostenuto¹³⁴ — perché ad es. non toglie alla pupilla o alla provinciale la *capacitas* di essere istituita erede, come invece sarebbe necessario per la *lex Iulia et Papia*¹³⁵.

¹²⁶ Cfr. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 345 ss., sul problema della *bonorum possessio unde vir et uxor* (D. 38, 11, 1, 1).

¹²⁷ D. 24, 2, 11 pr.

¹²⁸ C. 5, 5, 3 pr. (*Imp. Const.*, a. 319); CTh. 12, 1, 6 (*Imp. Cost.*, a. 319.); Tit. Ulp. 5, 5 e 9. Cfr. anche Paul. sent. 2, 19, 6.

¹²⁹ C. 5, 6, 1 (*Imp. Sen. et Anton.*, a. 215). Cfr. anche Paul. sent. 2, 19, 13-14.

¹³⁰ Gai. 1, 59; Ulp. *reg.* Coll. 6, 2, 1; Tit. Ulp. 5, 6. Cfr. anche Paul. sent. 2, 19, 3-5.

¹³¹ Gai. 1, 56-57; 1, 67; 1, 76-78; 1, 80; Pap. 15 *resp.* Coll. 4, 5, 1; Tit. Ulp. 5, 4 e 9; *Dipl. mil. peregr.* 10 (FIRA, I, n. 27 p. 231 [71 d.C.]); *Dipl. mil. praet.* (FIRA, I, n. 28 p. 232 [prima del 98 d.C.]; n. 29 p. 233 [221 d.C.]).

¹³² ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 175 ss.

¹³³ BONFANTE, *Corso*, I, cit., 197; ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 171 ss.

¹³⁴ E. VOLTERRA, *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, in *Festschrift E. Seidl*, Köln 1975 = *Scritti giuridici*, III, Napoli 1991, 345 ss., in parte ipotizzando interpolazioni, e comunque non spiegando il problema della *capacitas* della *pupilla* (che a rigore sarebbe non sposata e dunque incapace).

¹³⁵ Pap. 1 *def.* D. 23, 2, 63. Su questo testo cfr. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 341 e nt. 119.

Di vera e propria assenza di reciproca capacità matrimoniale può parlarsi negli altri casi, ma anche qui, a ben vedere, bisogna distinguere.

1) Ci sono casi in cui il rapporto deve essere identificato con una unione diversa dal matrimonio, come nel caso dell'unione con schiavi (*sub b*), che è *contubernium*.

2) In altri casi è comunque configurabile un *matrimonium*, come nel caso della fanciulla non ancora *viripotens* che vive nella *domus* del *quasi maritus*, *loco nuptae* (qui, naturalmente, il dato rilevante è la pubertà, più che il *conubium*): il *matrimonium* è *nullum*, ma certi effetti viene parificato agli *sponsalia* e attraverso questi al *matrimonium*. In simili ipotesi vi è comunque violazione della *lex Iulia de adulteriis*, sia nel senso che poteva parlarsi di *accusatio adulterii* e non di *stuprum*, sia nel senso che il *quasi maritus* che avesse consumato il matrimonio (giuridicamente invalido) non sarebbe stato accusato di *stuprum*, come invece avveniva nei rapporti in cui ci si intratteneva con una donna *consuetudinis causa* ma al di fuori di matrimonio e concubinato¹³⁶.

3) In altre ipotesi ancora non vi è in assoluto alcuna unione, come rispetto all'*incestum* (*sub d*, in particolare di quello *cd. iuris gentium*), o al matrimonio vietato dalla *lex Iulia et Papia* così come riformato dall'*oratio* di Marco Aurelio e Commodo, sulla base della quale la giurisprudenza nega anche la validità degli *sponsalia* (D. 23, 1, 16; cfr. *sub a*) a differenza di quanto avveniva per il matrimonio con l'impubere. Tuttavia a certi fini, e cioè rispetto alla legislazione sull'adulterio, occorre ripetere quanto detto *sub 2*) per il matrimonio della minore di dodici anni.

4) Vi sono poi unioni che sembrerebbero qualificabili come *matrimonia*, benché *iniusta* o di fronte alla *lex Iulia et Papia* (prima della riforma: *sub a*) o di fronte al *ius Quiritium* (come l'unione con peregrini *sine conubio*: *sub b*). È forse a questi casi (o, ma forse è meno probabile, a quelli *sub 2*) che si riferiscono le fonti quando — parlando del *ius liberorum* rispetto alle elezioni magistratuali — distinguono tra *maritus* e *qui in numero maritorum est*¹³⁷.

¹³⁶ La testimonianza di Mod. 1 reg. D. 48, 5, 35 pr. (*stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*) credo debba essere interpretato con riferimento a tutti i matrimoni, nel senso in cui in D. 48, 5, 14, [13], 1 (cfr. *supra*, § 4) si afferma che la *lex Iulia de adulteriis ad omnia matrimonia pertinet*, considerando che nel successivo § 1 chiarisce che *adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*. Cfr. anche Marcian. 12 inst. D. 25, 7, 3 pr., in cui si individuano implicitamente rapporti stabili al di fuori del concubinato e del matrimonio, che per la legislazione augustea costituiscono *stuprum* (il passo è riportato *infra*, nt. 143).

¹³⁷ Gell. 2, 15, 4; *lex Malacit.* ll. 33-34 (FIRA, I, 24): *maritum quive maritorum numero erit*. L'espressione è stata intesa come riferita a quanti avevano il *ius liberorum* come concessione fittizia (A. METTE-DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus: Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des princeps*, Stuttgart 1991, 149), ai fidanzati (J. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ – M. H. CRAWFORD, *The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law*, in «JRS» 76 [1986]

5) Vi sono infine dei casi — che però le fonti non qualificano come assenza di *conubium* — in cui dalla realizzazione del matrimonio deriva l'*infamia* pretoria per chi ha prestato il consenso alle *nuptiae*, con la conseguenza del divieto di *postulare pro aliis* nonché di avere o essere rappresentanti processuali (*cognitores* ma forse anche *procuratores*). È questa l'ipotesi della violazione, da parte della vedova, del *tempus lugendi (sub g)*¹³⁸, oppure della bigamia (o dei doppi *sponsalia*)¹³⁹: rispetto alla prima ipotesi, siamo abbastanza sicuri della validità del matrimonio; rispetto alla seconda vi è chi ipotizza l'invalidità delle seconde nozze¹⁴⁰ e chi invece la risoluzione delle prime per incompatibilità tra i due consensi¹⁴¹.

10. Matrimonio e concubinato.

Passiamo al problema *sub B*).

Tutte le unioni discusse *sub A*), che la dottrina che identifica il *matrimonium* con il solo *matrimonium iustum* tende a considerare genericamente invalide sul piano giuridico, e dunque, in quanto rapporti di mero fatto, talora a confondere con il concubinato, sono invece da quest'ultimo nettamente distinte.

Lo stesso concubinato, infatti, non si definisce unicamente 'in negativo' come una unione stabile tra persone prive di *conubium*¹⁴², ma anche 'in positivo' come rapporto tra soggetti che vogliono precisamente realizzare una simile unione non matrimoniale, per ragioni che, spesso, risiedono nella diversa *dignitas* della coppia¹⁴³.

216, che richiamano Cass. Dio, 54, 16, 7; P. M. SWAN, *The Augustan Succession: An Historical Commentary on Cassius Dio's Roman History. Books 55-56 [9 BC-AD 14]*, Oxford 2004, 230), a «men engaged to under-age girls and (in other contexts) soldiers after Claudius' ruling» (S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, 67), a vedovi sposati fino al sessantesimo anno (cfr. Tit. Ulp. 16, 1) e divorziati che avessero i figli richiesti (Th. SPITZL, *Lex Municipii Malacitani*, München 1984, 52).

¹³⁸ Cfr. E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in «RISG» n.s. 8 (1933) = *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 449 ss.; ID., *Un'osservazione in tema di impedimenti patrimoniali*, in *Studi A. Albertoni*, I, Padova 1934 = *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 477 ss.; ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 171 ss.

¹³⁹ Iul. 1 *ad ed. D.* 3, 2, 1.

¹⁴⁰ ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 154 ss.

¹⁴¹ E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi U. Ratti*, Milano 1934 = *Scritti giuridici*, VII, Napoli 1999, 209 ss.; cfr. anche ID., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in «BIDR» 40 (1932) = *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 417 s.

¹⁴² VOLTERRA, *Concubinato*, cit., 1052; RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium', cit., 195.

¹⁴³ Marcian. 12 *inst. D.* 25, 7, 3 pr.: *in concubinatu 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 concubi-*

Lo dimostra il fatto che le fonti si preoccupano di distinguere questa unione non solo dal matrimonio, ma anche da rapporti stabili diversi sia dal matrimonio sia dal concubinato, che costituiscono *stuprum* tutte le volte che la donna sia *honesta*¹⁴⁴. Non solo, ma le interdizioni di parentela ed età che impediscono le *nuptiae* si ritrovano anche rispetto al concubinato¹⁴⁵.

La differenza tra *matrimonium* e concubinato non risiede dunque nel *conubium*, posto che può esservi matrimonio anche in assenza di *conubium* (cfr. § 9), bensì:

i) nel differente atteggiarsi del *consensus*, che solo nel matrimonio è *affectio maritalis*;

ii) nella *dignitas*, che solo nel matrimonio subisce variazioni, nel senso che la donna condivide (in aumento o in diminuzione) la *dignitas* del marito¹⁴⁶.

In questo senso devono essere lette testimonianze come quelle di Paolo e Ulpiano in cui si afferma che è solo al consenso e alla *dignitas* che occorre guardare per distinguere il matrimonio dal concubinato:

Paul. 19 *resp.* D. 25, 7, 4: *concupinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*

Paul. sent. 2, 20, 1: (...) *concupina igitur ab uxore solo dilectu separatur.*

Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24, 1, 3, 1: (...) *quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concupinae.*

Ulp. 22 *ad Sab.* D. 32, 49, 4: *parvi autem refert uxori an concupinae quis leget, quae eius causa empti parata sunt: sane enim nisi dignitate nihil interest.*

Non a caso, mentre abbiamo testi che ci dicono che, in caso di matrimonio che non coincidesse con le *iustae nuptiae*, il venir meno dell'impe-

natum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere; Ulp. 22 *ad Sab.* D. 32, 49, 4: *parvi autem refert uxori an concupinae quis leget, quae eius causa empti parata sunt: sane enim nisi dignitate nihil interest*; Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1, 1: *cum Atilicino sentio et puto solas eas in concupinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*; Mod. 1 *reg.* D. 23, 2, 24: *in liberae mulieris consuetudine non concupinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*; Mod. 1 *reg.* D. 48, 5, 35 *pr.*: *stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concupina.*

¹⁴⁴ Cfr. Mod. 1 *reg.* D. 48, 5, 35 *pr.* e Marcian. 12 *inst.* D. 25, 7, 3 *pr.*, ricordati e discussi *supra*, nt. 136 (cfr. anche nt. 143).

¹⁴⁵ Ulp. 3 *disp.* D. 23, 2, 56; Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1, 3; Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1, 3. Cfr. FRIEDL, *Der Konkubinatus*, cit., 86.

¹⁴⁶ Paul. 7 *resp.* Vat. fr. 104: *Paulus respondit dignitatem mulierum ex honore matrimonii et augeri et minui solere.*

dimento determinava un'automatica trasformazione del rapporto in *institae nuptiae* — quando dipendeva dall'età o dall'assenza di *conubium*, come nel caso del matrimonio del senatore con la liberta¹⁴⁷; quando invece dipendeva da una presunzione di consenso non libero (matrimonio dell'ufficiale o del tutore) era necessaria una riaffermazione dell'*eadem voluntas*¹⁴⁸ — mancano testi analoghi per il concubinato¹⁴⁹, rispetto al quale sappiamo che una tale trasformazione era possibile solo quando fosse mutato il *consensus*¹⁵⁰.

Né verisimilmente è senza significato il fatto che l'unione di concubinato tra il *patronus* e la sua liberta — distinto, come abbiamo visto, da tutte le altre forme di concubinato nella *lex Iulia de adulteriis* in quanto tutelato dal reato di *adulterium* (cfr. *supra*, § 3) — fosse considerato una forma di 'quasi matrimonio' e accostato ai *matrimonia* (*iniusta*, illegittimi e nulli): la liberta, l'abbiamo rilevato, è considerata *quasi nupta*¹⁵¹ e non perde la *dignitas* di *materfamilias*¹⁵² o il *nomen* di *matrona*¹⁵³, addirittura subendo le medesime limitazioni della liberta *uxor* in caso di separazione *invito patrono*¹⁵⁴. D'altronde, l'analisi delle iscrizioni conferma la tendenza dei romani a rappresentare — nel linguaggio comune — il concubinato come una forma di 'quasi-matrimonio', utilizzando impropriamente la medesima terminologia di quest'ultimo¹⁵⁵.

11. La condizione dei figli.

Che vi siano forme di matrimonio più vicine al concubinato che ad altre unioni 'matrimoniali' è dimostrato, mi sembra, anche dallo *status* dei figli.

Infatti, per quanto la condizione di tutti i figli non nati in *institae nuptiae* sia quella della madre, sulla scorta delle fonti sembrerebbe doversi distinguere — come peraltro faceva la dottrina più risalente¹⁵⁶ — tra lo *status* dei figli nati

¹⁴⁷ Pomp. 3 *ad Sab.* D. 23, 2, 4; Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23, 2, 27.

¹⁴⁸ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24, 1, 3, 1; Paul. 7 *resp.* D. 23, 2, 65, 1; C. 5, 4, 6 (*Imp. Gord.*, a. 239).

¹⁴⁹ I testi raccolti da CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., 154 ss. si riferiscono a *matrimonia iniusta* oppure menzionano semplicemente la trasformazione del rapporto, ma non forniscono elementi rispetto a un possibile automatismo.

¹⁵⁰ Pap. 12 *resp.* D. 39, 5, 31 pr. (= Vat. fr. 253b). Cfr. anche Scaev. 2 *resp.* D. 24, 1, 58 pr.; 4 *reg.* D. 38, 10, 7; Ulp. 2 *de adult.* D. 48, 5, 14, 6; Pap. 11 *resp.* D. 45, 1, 121, 1.

¹⁵¹ Valen. 5 *fideicomm.* D. 38, 1, 46.

¹⁵² Marcell. 26 *dig.* D. 23, 2, 41, 1.

¹⁵³ Ulp. 2 *de adult.* D. 48, 5, 14 (13).

¹⁵⁴ Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1 pr.: cfr. *supra*, § 3 e nt. 25.

¹⁵⁵ Per il principato l'analisi è stata svolta da FRIEDL, *Der Konkubinat*, cit., 102 ss. e spec. 128.

¹⁵⁶ Su cui J. B. MISPOULET, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, in «RHD» III^e s., 9 (1885) 22 nt. 5. Critici GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine*, cit., 572 ss., e lo stesso MISPOULET, *op. cit.*, 22 ss.

da (1) *matrimonium iniustum*; (2) concubinato; (3) matrimonio inesistente, e più in generale da unioni non stabili — il che, peraltro, corrisponde anche a un dato sociale facilmente rilevabile¹⁵⁷; (4) matrimonio contrario alla *lex Iulia et Papia* ('illegittimo'), verisimilmente *insti* rispetto al *ius civile*.

Al riguardo possiamo individuare due distinte contrapposizioni.

a) Da una parte c'è l'antitesi tra unione stabile/ammissibile~non stabile/inammissibile, che oppone il *matrimonium* e il concubinato alle unioni passeggera e ai matrimoni inesistenti e inaccettabili (ad es. incestuosi).

In questo senso, benché l'uso di questi termini sia notevolmente equivoco, nella denominazione dei figli parrebbe doversi distinguere tra due valori delle espressioni *spurius* e *vulgo quaesitus (conceptus)*:

a₁) un valore generico, ad indicare i figli non nati da *iustae nuptiae*, che seguono la condizione della madre¹⁵⁸, in opposizione, cioè, a *filius iustus*;

a₂) e un valore specifico, ad indicare i nati da una unione in cui il padre è incerto, in opposizione a rapporti in cui invece il padre è socialmente certo e nei quali sembra si preferisse usare l'espressione *filius naturalis*¹⁵⁹; all'interno di questa contrapposizione, è significativo che nelle iscrizioni il padre dei figli nati da unioni di concubinato sia indicato appunto come 'padre'¹⁶⁰.

Alle unioni passeggera, in cui il *pater* è *incertus*, i romani purificano i nati da unioni incestuose. Non è un caso che Gaio, parlando dei figli nati da *matrimonia sine conubio*, si limiti a dire che seguono la *condicio matris*¹⁶¹ mentre, quando tratta dei figli nati *ex incesto*, afferma che sono *spurii, quasi vulgo con-*

¹⁵⁷ Su questo si sofferma TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., 317 s. Per H. STIEGLER, *Privignus - filius naturalis* (D. 38, 10, 7), in *Studi A. Biscardi*, IV, Milano 1983, 495 ss.; ID., *Konkubinenkind, privignus, parricidium?*, in *Sodalitas A. Guarino*, VII, Napoli 1984, 3198, non vi sarebbe distinzione sul piano giuridico; ma proprio il passo analizzato da questo a. (Scaev. 4 reg. D. 38, 10, 7: *privignus etiam is est, qui vulgo conceptus ex ea natus est quae postea mihi nupsit, aequae et is qui, cum in concubinato erat mater eius, natus ex ea est eaque postea alii nupta sit*) mostra come tra il *vulgo conceptus* e il figlio nato entro il concubinato vi sia differenza, anche a voler ammettere l'interpolazione del passo (che a mio avviso è però genuino) ipotizzata dall'a.

¹⁵⁸ Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38, 17, 2, 1; Scaev. 1 *reg.* 23, 2, 54; Marcian. 1 *inst.* D. 1, 5, 5, 2; Gai. 1, 90-92; Gai. 16 *ad ed. pron.* D. 38, 8, 2.

¹⁵⁹ G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano 1990, 11 e nt. 15. Quest'ultima espressione è usata anche per indicare i figli *in potestate patris* non adottivi; i figli nati dal *pater* ma dati in adozione ad altro *pater*; i figli nati in rapporti tra e con schiavi; i figli nati da concubinato; i figli nati da unioni diverse dalle *iustae nuptiae* (cfr. M. NIZIOLEK, *Meaning of the phrase 'liberi naturales' in Roman law sources up to Constantine's reign*, in «RIDA» III^e s., 22 [1975] 342 ss.).

¹⁶⁰ MISPOULET, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, cit., 39 s.

¹⁶¹ Gai. 1, 78: ... *ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur, iure gentium matris conditioni accedit.*

*cepti*¹⁶². In questa espressione è sintomatico l'uso del *quasi*: si tratta di figli 'non propriamente' *vulgo concepti*, perché il padre è noto, ma data la mostruosità dell'unione egli 'non rileva' come padre né giuridicamente né socialmente, cosicché i figli sono assimilabili a quelli senza padre¹⁶³: anzi, tra i figli *spurii*, a quelli *ex incesto nati* parrebbe fosse riconosciuta la condizione peggiore¹⁶⁴.

b) Dall'altra parte c'è un'antitesi anche tra unioni stabili di natura matrimoniale e concubinato.

I figli nati da *matrimonium iniustum*, infatti, a differenza di quelli nati da concubinato¹⁶⁵, attribuivano non solo alla madre ma anche al padre il *ius liberorum*¹⁶⁶, ad esempio, ai fini dell'*excusatio tutelae* o dell'*onus iudicandi*¹⁶⁷, nonché verisimilmente ai fini dell'esonero della *filia* dal divenire vestale¹⁶⁸ o dell'elezione a magistrati¹⁶⁹. In altre parole, benché i figli non fossero nella *potestas* del *pater* si riconosceva l'esistenza di un legame anche sul piano giuridico:

Ulp. *de off. praet. tut.* Vat. fr. 194: *iusti autem an iniusti sint filii, non requiritur; multo minus in potestate necne sint, cum etiam iudicandi onere iniustos filios relevare Papinianus libro V quaestionum scribat.*

¹⁶² Gai. 1, 64. Cfr. Ulp. *reg. Coll.* 6, 2, 1-4; Tit. Ulp. 5, 7. La distinzione non è colta da MISPOULET, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, cit., 32 e nt. 1.

¹⁶³ Mod. 1 *pand. D.* 1, 5, 23 pr.

¹⁶⁴ Cfr., nonostante la decisione favorevole, Pap. 1 *resp. D.* 50, 2, 6: *spurii decuriones fiunt: et ideo fieri poterit ex incesto quoque natus: non enim impedienda est dignitas eius qui nihil admisit.*

¹⁶⁵ MEYER, *Der römische Konkubinatus*, cit., 52 ss., 54 ss. MISPOULET, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, cit., 45 e nt. 4, sostiene che i figli nati da concubinato rientravano tra i *fili iniusti* di Vat. fr. 194, ma l'ipotesi potrebbe essere condivisibile solo se qualche fonte qualificasse il concubinato come *matrimonium iniustum*.

¹⁶⁶ A. STEINWENTER, *Ius liberorum*, in «RE», X, Stuttgart 1919, 1281 ss.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova 1996, 72 ss.

¹⁶⁷ Ulp. *de off. praet. tut.* Vat. fr. 194 (riportato *infra*, in testo); Ulp. *de excus. Vat.* fr. 168: ... *quidam tamen iustos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita scripserunt: 'si instrumentis probas habere te iustos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo praetor vir clarissimus accipiet. Sed iustorum mentio ita accipienda est, ut secundum ius civile quaesiti sint'*. Cfr. Ulp. 20 *ad leg. Iul. et Pap. D.* 27, 1, 18 (*bello amissi*).

¹⁶⁸ Gell. 1, 12, 8: *praeterea Capito Ateius scriptum reliquit neque eius legendam filiam, qui domicilium in Italia non haberet, et excusandam eius, qui liberos tres haberet.*

¹⁶⁹ Cfr. Gell. 2, 15, 4: *sicuti kapite VII. legis Iuliae priori ex consulibus fasces sumendi potestas fit, non qui pluris annos natus est, sed qui pluris liberos quam collega aut in sua potestate habet aut bello amisit. 5. Sed si par utriusque numerus liberorum est, maritus aut qui in numero maritorum est, praefertur; 6. si vero ambo et mariti et patres totidem liberorum sunt, tum ille pristinus bonos instauratur et qui maior natu est, prior fasces sumit.* Cfr. Tac. *ann.* 2, 51; Plin. *min. ep.* 7, 16, 2; *lex Malacit.* ll. 25 ss. (FIRA, I, 24); Ulp. *de off. praet. tut.* Vat. fr. 197; Ulp. 19 *ad leg. Iul. et Pap. D.* 4, 4, 2.

È questo un ulteriore e distinto uso dell'espressione *volgo concepti*, che assume come parametro l'individuabilità giuridica di un *pater*, opponendola a tutti gli altri casi, anche quelli in cui un padre è socialmente determinabile, come ad esempio il concubinato. In questo caso, il *pater* è individuato dalle *nuptiae*:

Paul. 4 *ad ed.* D. 2, 4, 5: *quia semper certa est (sc. mater), etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*¹⁷⁰.

D'altronde, gli *spurii* non erano considerati dei *paria*, ma potevano anche aspirare a delle magistrature, benché fossero posposti ai figli legittimi¹⁷¹, e ciò coinvolgeva addirittura i figli *ex incesto nati*¹⁷².

IV. GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL MATRIMONIO

12. Il quadro eterogeneo delle unioni romane.

Parrebbe, insomma, che il quadro delle unioni romane sia più eterogeneo di quanto normalmente si ritiene, e che non vi sia una sola opposizione rilevante (*matrimonium iustum*~altre unioni), ma una serie di antitesi operanti su piani differenti.

A) In primo luogo si deve distinguere tra matrimonio e concubinato.

La differenza tra queste due situazioni è:

1) innanzitutto nel *consensus*, che solo nel matrimonio è *affectio maritalis*, mentre nel concubinato è — appunto — volontà di essere in concubinato;

2) poi nella *dignitas* dei soggetti: benché sia possibile il concubinato tra ingenui, tuttavia la norma sociale e la legislazione augustea *de adulteriis* doveva indirizzare verso una simile unione solo rispetto a donne *in quas stuprum non committitur*¹⁷³. Per evitare l'accusa di *stuprum*, quando la *mulier* fosse *honestata* si presumevano le nozze¹⁷⁴ — benché alcuni giuristi, come Marciano, ammettevano il concubinato purché se ne fornisse la *testatio*¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Non mi sembra vi siano elementi per ritenere che in questo passo il termine *nuptiae* indichi solo le *iustae nuptiae*, come vorrebbe GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine*, cit., 572.

¹⁷¹ Ulp. 3 *de off. proc.* D. 50, 2, 3.2. Cfr. anche Orelli n. 2686 (GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine*, cit., 581 e nt. 5).

¹⁷² Pap. 1 *resp.* D. 50, 2, 6 (cfr. *supra*, nt. 164).

¹⁷³ Ulp. 2 *ad leg. Jul. et Pap.* D. 25, 7, 1, 1. Così anche GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine*, cit., 554.

¹⁷⁴ Mod. 1 *reg.* D. 23, 2, 24.

¹⁷⁵ Marcian. 12 *inst.* D. 25, 7, 3 pr., riportato *supra*, nt. 143. Credo sia preferibile pensare, con GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine*, cit., 558, a un *ius controversum* — che

B) All'interno di queste due grandi categorie si individuano una serie di situazioni eterogenee.

a) In primo luogo rispetto al matrimonio:

a₁) vi sono infatti matrimoni nulli di fronte al *ius civile*, in cui però l' *affectio maritalis* fa parlare di *matrimonium*, nel senso che: (i) non c'è concubinato; (ii) se si supera il problema giuridico il rapporto si trasforma in *matrimonium iustum*, mentre ciò nel concubinato è impossibile finché non subentri l' *affectio maritalis*; (iii) in caso di rapporto con terzi non c'è *stuprum*, ma anzi si consente la sanzione dell'*adulterium*;

a₂) vi sono poi matrimoni validi sul piano del *ius civile*, ma non rispetto alla *lex Iulia et Papia*, e viceversa matrimoni che non sono validi sul piano del *ius Quiritium*, ma che sembrano essere rilevanti su quello del *ius gentium*. In questi casi: (i) non si determina né concubinato né un rapporto di mero fatto (*consuetudinis causa*) sanzionato con *stuprum*, ma anzi è ammessa l' *accusatio adulterii iure extranei* con privilegi particolari; (ii) inoltre i figli non sono *vulgo quaesiti* in senso stretto, ma hanno un *pater* che può avvantaggiarsi della loro esistenza anche ai fini dell'*excusatio tutelae* o dell'*onus iudicandi*.

b) Poi rispetto al concubinato, in cui si distingue:

b₁) la condizione della liberta concubina del *patronus*, che è 'quasi-matrimoniale', essendo più onorevole (*honestius*) per il patrono e ugualmente onorevole per la liberta;

b₂) la condizione di tutte le altre concubine, ulteriormente gradate sul piano sociale.

C) Parrebbero però esservi anche unioni stabili che non costituiscono né matrimonio né concubinato, che la *lex Iulia de adulteriis* considerò *stuprum* tutte le volte che la *mulier* appartenesse alla categoria delle donne *honestae*, ma che verisimilmente restarono in vita in tutti gli altri casi. Come si è detto, rispetto alla liceità del concubinato con donne *ingenuae* e *honestae* sembrano esservi stati dubbi tra i *prudentes*¹⁷⁶, il che porterebbe ad avvicinare lo stesso concubinato a queste unioni stabili, in quanto tutte extra-matrimoniali.

In un contesto tanto variegato, non deve meravigliare che la nota definizione di *nuptiae* di Modestino — che non è una definizione del *iustum matrimonium*¹⁷⁷, ed è quindi necessariamente onnicomprensiva — non indi-

emerge anche da Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1, 1 — piuttosto che a una interpolazione del riferimento alla *testatio* (come invece propongono G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in «BIDR» 27 (1915) = *Scritti giuridici*, Milano 1923, 155; ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, cit., 202). GAUDEMET, *Union libre et mariage*, cit., 4, rileva come non sia possibile determinare il senso di questa *testatio*, di cui non abbiamo esempi.

¹⁷⁶ Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 25, 7, 1, 1. Cfr. Mod. 1 *reg.* D. 23, 2, 24.

¹⁷⁷ Tende a far coincidere le due definizioni — ritenendo che quella di Modestino si limiti all'elemento 'oggettivo' — C. CASTELLO, *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in «Utrumque ius» 4 (1979) = *Scritti scelti di diritto romano*, Genova 2002, 411 ss.

chi alcun requisito, ma si limiti a descrivere il rapporto come *divini et humani iuris communicatio*¹⁷⁸.

13. *La dignitas come differenza specifica dell'unione matrimoniale.*

Il risultato che sembra doversi trarre dalle fonti è che i requisiti del *iustum matrimonium* non sono i requisiti del 'matrimonio', ma solo — appunto — quelli del matrimonio *iustum* secondo il *ius Quiritium*.

Se così è, le unioni matrimoniali diverse dalle *iustae nuptiae* non sono necessariamente invalide, e dunque qualificabili solo come mere 'situazioni di fatto', ma costituiscono piuttosto forme di matrimonio giuridicamente rilevanti, che assumono importanza anche per il *ius Quiritium* in presenza di caratteristiche particolari. Addirittura, diviene difficile considerare 'di fatto' lo stesso concubinato, posto che anche ad esso vengono ricondotti una serie di requisiti qualificanti necessari.

Deve dunque esistere un denominatore comune tra tutte le unioni matrimoniali, che però al tempo stesso costituisca una differenza specifica rispetto alle altre unioni. Questo denominatore comune non può coincidere né con l'età, né con l'assenza di parentela o affinità, né con il consenso, né con la convivenza, perché questi sono requisiti che ricorrono sia nel matrimonio sia nel concubinato. Ma non può coincidere neanche con il *conubium*, perché come abbiamo visto questo è determinante per la qualificazione del rapporto come *iustum matrimonium*, ma non come *matrimonium* in generale.

Al contrario, a me sembra che per potersi parlare di matrimonio sia necessario che il rapporto sia costruito sulla base di uno specifico presupposto, che è la condivisione della *dignitas* tra marito e moglie, nel senso che solo nel matrimonio la *uxor* assume la condizione socio-giuridica del marito, sia questa superiore o inferiore alla sua¹⁷⁹: ciò che i *prudentes* chiamavano *honor matrimonii*¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Mod. 1 *reg.* D. 23, 2, 1; cfr. Inst. 1, 9, 1.

¹⁷⁹ Cfr., oltre a quanto affermato da Paul. 7 *resp.* Vat. fr. 104 (*Paulus respondit dignitatem mulierum ex honore matrimonii et augeri et minui solere*), l'episodio (storico o meno non importa, perché attesta comunque una mentalità) di Virginia, patrizia sposata ad un plebeo, che, pur vivendo secondo *puicitia*, fu esclusa dalle *matronae* patrizie dall'altare della *Pudicitia* per aver sposato un uomo non appartenente all'ordine dei *patres*: Virginia protesta di non doversi vergognare degli *honores* del marito, ma non viene ammessa al sacrificio e per poter compiere il culto deve dedicare un nuovo altare alla *Pudicitia Plebeia*; in origine anche questo secondo culto definisce l'*honor* delle *matronae* che vi sacrificano: solo più tardi vi si recheranno non solo *matronae*, ma *omnis ordinis feminae* (Liv. 10, 23, 3-10).

¹⁸⁰ Credo sia opportuno chiarire che non intendo con ciò riproporre la tesi dell'ALBERTARIO, *Honor matrimonii et affectio maritalis*, cit., 195 ss. (cfr. E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925): né rispetto alla svalutazione del consenso — che rileva, nel senso

È questo scopo — verrebbe da dire questa *causa* — che trasforma il generico consenso in *affectio maritalis*, distinguendo il matrimonio da tutti gli altri tipi di unione stabile. È questo scopo che permette, anche in caso di una unione nulla perché incestuosa o precoce, di affermare che si tratta di nullità del matrimonio, e non del concubinato. Ed è grazie all'attribuzione di una *dignitas* analoga a quella della *uxor* che si può parlare della liberta concubina del proprio patrono come di una *quasi nupta*, allo scopo di evitare che essa assuma davvero la *dignitas* spettante alla *uxor* di un *ingenuus*, ma garantendole comunque uno *status* onorevole senza che il *patronus* debba inquinare la propria *honestas*.

14. Società e diritto: i segni esteriori della *dignitas* come coesenziali al matrimonio.

A questo riguardo, è bene avvertire che voler distinguere il piano sociale da quello giuridico significherebbe incorrere, nello studio della realtà romana, in un grave anacronismo. Non solo in età arcaica e medio-repubblicana, ma anche all'epoca del tentativo di restaurazione dei *mores* operato da Augusto, quella romana è una società sostanzialmente 'tradizionale', con un fortissimo controllo sociale, nella quale i simboli sociali sono strettamente legati alla condizione giuridica e la condizione giuridica si presume venuta meno quando mancano i simboli di distinzione sociale.

È in un simile contesto che dobbiamo valutare i segni esteriori in cui si esprime la *dignitas*.

14.1. Le cerimonie nuziali.

Questa si manifesta innanzitutto nelle cerimonie nuziali. Le *nuptiae* si svolgevano attraverso una serie di comportamenti rituali, che andavano dall'assunzione degli *auspicia* alla *dexterarum iunctio*, a sacrifici animali, alla *deductio in domum mariti*, alla presentazione dell'acqua e del fuoco, a una serie

che in considerazione dell'*honor matrimonii* si attegge ad *affectio maritalis* — né rispetto all'analogia con il possesso, né rispetto al rilievo attribuito alla convivenza o comunque alla *deductio in domum mariti*, e ancor meno rispetto alle ipotesi interpolazionistiche su cui si fonda la sua distinzione tra diritto classico e giustiniano. Mi sembra però che nella sua impostazione vi siano spunti che occorre valutare con grande attenzione. Ad esempio, della *deductio* non può asserirsi neanche la completa irrilevanza: è vero che il divieto di donazioni tra coniugi non ha luogo, anche se vi è stata *deductio*, sinché non vi siano state le *institae nuptiae* (Scev. 9 *dig.* D. 24, 1, 66 pr., su cui cfr. per tutti ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., 314 ss.; cfr. in generale, *ibid.*, 306 ss.), e che in alcune unioni matrimoniali — matrimonio della minore o *contra mandata* — la donna è già nella *domus* quando nascono le *institae nuptiae* (*ibid.*, 323 ss.), ma non bisogna confondere la trasformazione delle *nuptiae* in *institae nuptiae* (che è una trasformazione 'interna' al matrimonio, che muta solo la sua configurazione giuridica) con la nascita del rapporto matrimoniale.

di riti di fecondità, e proseguivano il giorno dopo le nozze con nuovi sacrifici e banchetti¹⁸¹.

Ora, per comprendere il valore di queste cerimonie, anche sul piano religioso, occorre tener presenti le peculiarità della religione romana, che è una religione 'civile'. Le cerimonie non servono a creare un rapporto con la divinità, ma a certificare, anche in senso costitutivo¹⁸², l'esistenza di un ordine che coinvolge il gruppo nella sua interezza, comprese le divinità. In questo senso, i sacrifici hanno lo scopo di instaurare correttamente il rapporto tra la nuova comunità familiare e la comunità generale, riaffermandone la composizione attraverso la spartizione e l'attribuzione *κατὰ μοῖραν* delle carni tra dèi e uomini¹⁸³. Altri comportamenti, invece, come la *deductio in domum*, hanno il fine di attestare di fronte alla *civitas* l'assunzione del ruolo di *uxor* della donna nella casa del marito: un atto rilevante a tal punto che, mentre è possibile un matrimonio con il marito assente, non può dirsi lo stesso per la donna, che deve entrare nella *domus* del marito¹⁸⁴.

Le *nuptiae*, in altri termini, non sono essenziali in sé, come vorrebbe la teoria cd. contrattualistica del matrimonio: la condivisione della *dignitas* può emergere da altri dati. Ma non per questo sono giuridicamente irrilevanti: mentre vi sono circostanze che appaiono davvero semplicemente probatorie — le *tabulae dotales*, gli *sponsalia*, le dichiarazioni rese dal marito ai censori, in cui si giurava di aver preso moglie *liberorum quaerendorum causa*¹⁸⁵ — le cerimonie nuziali sono tra gli indici più rilevanti della condivisione della *dignitas*.

14.2. L'abbigliamento.

Oltre che nella formazione del vincolo matrimoniale, la *dignitas*, in quanto parametro socio-giuridico, così come il consenso, deve essere continua, esprimendosi in una serie di segni esteriori che accompagnano tutta la vita della *uxor*, e in primo luogo nell'abbigliamento¹⁸⁶.

In una società come quella romana, particolarmente di età repubblicana e augustea, caratterizzata — come si è detto — da un fortissimo

¹⁸¹ A. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli 1996, 9 s.

¹⁸² Pensa a un valore costitutivo delle cerimonie religiose P. NOAILLES, *Junon déesse matrimoniale des Romains*, in *Fas et ius*, Paris 1948, 29 ss.

¹⁸³ Sul ruolo del sacrificio nella definizione e riaffermazione del gruppo rinvio a R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 256 ss.

¹⁸⁴ Pomp. 4 (Lenel: 14) *ad Sab. D.* 23, 2, 5; Paul. sent. 2, 19, 8.

¹⁸⁵ Cfr. per tutti ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., 205 ss.

¹⁸⁶ Cfr. J. LYNN SEBESTA, *Women's Costume and Feminine Civic Morality in Augustan Rome*, in «Gender & History» 9 (1997) 529 ss.

controllo della collettività sulla condotta dei singoli, una confusione tra condizione della *uxor* e quella delle altre donne, compresa la liberta *concupina* del proprio patrono (i cui figli, come abbiamo detto, non potevano portare la *bulla aurea*)¹⁸⁷, era, almeno nelle classi elevate, sostanzialmente impossibile.

Le donne sposate erano infatti adorne di segni distintivi inconfondibili, e in particolare delle *vittae* — i nastri con cui le *matronae* si cingevano il capo, che Ovidio definisce *insigne pudoris*¹⁸⁸ — e della *stola*¹⁸⁹. Queste vesti, dapprima riservate alle donne patrizie¹⁹⁰, furono poi estese alle donne *ingenuae* e infine alle donne *honestae*¹⁹¹. La *stola*, in particolare, era una veste caratterizzata da colori tenui, che si opponevano ai colori sgargianti degli abiti delle prostitute¹⁹², e che poteva assumere connotazioni particolarmente onorifiche quando indossata da una *matrona* con molti figli¹⁹³. Inoltre, solo alle donne di rango senatorio era concesso l'onore dei *lecticarii*¹⁹⁴.

I segni distintivi si estendevano, secondo la medesima gerarchia, ai figli. Così come le vesti della *matrona*¹⁹⁵, anche la *toga praetexta* era simbolo di *maiestas* e *pudicitia*¹⁹⁶, e inizialmente era riservata ai *fanciulli patricii*, essendo poi ammessa per agli *ingenui* e ma restando interdetta ai figli dei libertini e ai figli di peregrini non legati a cittadini romani¹⁹⁷. Sin dalla media repubblica alle matrone (e ai loro figli) furono verisimilmente parificate le liberte (e i loro figli) sposate senza ignominia con altri liberti¹⁹⁸ o *concupinae* dei loro patroni — cui, come

¹⁸⁷ Così anche GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine*, cit., 551.

¹⁸⁸ Ovid. *ars am.* 1, 31 = *trist.* 3, 247 ss. (*insigne pudoris*); Ovid. *Pont.* 3, 3, 51.

¹⁸⁹ Meno caratterizzato in senso sociale parrebbe essere l'ampio mantello, che copriva la testa, detto *palla*: R. HANSLIK, *Palla*, in «RE», XVIII, 36, 2, Stuttgart 1949, 152 ss.

¹⁹⁰ Cfr. Plin. *nat. hist.* 33, 3 (12), 40: *solam plebemque* (cfr. M. BIEBER, *Stola*, in «RE» IV, A, 7, Stuttgart 1931, 58); Val. Max. 5, 2, 1 (*matronae*); cfr. Plut. *Rom.* 20, 4.

¹⁹¹ Tib. 1, 6, 67-68; Ovid. *trist.* 3, 252; naturalmente, delle donne disoneste il paradigma è costituito dalle meretrici, cui queste vesti sono interdette: per le *vittae*, cfr. Serv. *ad Aen.* 7, 403; per la *stola*, Cic. *Phil.* 2, 18, 44; Mart. 1, 35, 8-9.

¹⁹² Sen. *nat. quaest.* 7, 31: *colores meretricios matronis quidem non induendos* (cfr. BIEBER, *Stola*, cit., 59).

¹⁹³ Prop. 5, 11, 61: *generosos vestis honores* (cfr. BIEBER, *Stola*, cit., 60).

¹⁹⁴ Cass. Dio, 57, 15, 4; Lampr. *Heliog.* 4.

¹⁹⁵ Afran. *susp.* fr. 9 (Ribbeck, II, 206); Liv. 34, 2, 8. Cfr. G. FOCARDI, *Il termine 'maiestas' e la matrona*, in «Studi Italiani di Filologia Classica» 52 (1980) 144 ss.

¹⁹⁶ Plin. *nat. hist.* 9, 127.

¹⁹⁷ Macr. *Sat.* 1, 6, 11-12.

¹⁹⁸ Che nel II sec. a.C. il matrimonio tra un ingenuo e una liberta, benché valido, potesse portare all'*infamia*, risulta dall'episodio di *Hispala Faecenia* e in particolare da Liv. 39, 19, 3-5 (HUMBERT, *Hispala Faecenia*, cit., 132 s.).

si è detto, era riconosciuta l'*honestas matris familias*¹⁹⁹. Sappiamo infatti che già alla fine del III sec. a.C., all'epoca della seconda guerra punica, vi erano alcune liberte che potevano indossare la *stola*, e che in quell'epoca la *toga praetexta* fu concessa anche ai libertini nati da *iusta materfamilias*, che però al collo non potevano portare la *bullae aurea* ma solo un laccio di cuoio (*lorum*)²⁰⁰.

Un'ulteriore conferma dell'impossibilità di disgiungere valori sociali e giuridici è offerta dalla violazione dei doveri legati all'abbigliamento. Valerio Massimo racconta di Sulpicio Gallo (cos. 166 a.C.) che ripudiò la moglie perché aveva saputo che era uscita di casa a capo scoperto²⁰¹, e questo episodio è accostato al ricordo della repressione dei Baccanali e all'uccisione della donna che abbia bevuto vino²⁰² — attentando così alla *maiestas* del *vir*, cui il *temetum* era riservato²⁰³. Ancora, il vestito era un parametro per valutare il delitto di *iniuria* nei confronti della *virgo* o della *materfamilias*²⁰⁴, e le *matronae* sono talora definite come coloro che hanno il *ius stolas habendae*²⁰⁵. E gli abiti riflettevano anche le variazioni dello *status*: il ripudio a causa di adulterio — ma non è impossibile che ciò avvenisse in ogni ripudio derivante da una colpa della donna — comportava come conseguenza la perdita della *stola*, cosicché la donna doveva vestire la *toga*²⁰⁶.

15. Conclusioni.

Avevamo iniziato la nostra analisi ricordando le teorie che hanno tentato di spiegare la struttura del matrimonio romano: la teoria cd. contrattualistica, che ha attribuito grande peso al momento della formazione del vincolo, e in particolare — verisimilmente per l'influenza del diritto canonico — alle *nuptiae*; la teoria cd. possessoria, che attribuiva grande peso al dato fattuale della convivenza, e attraverso di essa all'*honor matrimonii*; la teoria più recente, dovuta massimamente agli studi di Edoardo Volterra, che riafferma il valore del consenso, non però con riferimento al momento iniziale delle *nuptiae* — che anzi vengono del tutto svalutate e private di ogni rilievo giuridico — bensì in quanto consenso durevole.

¹⁹⁹ Arg. ex Marcell. 26 dig. D. 23, 2, 41, 1 (cfr. *supra*, § 2.1)

²⁰⁰ Macr. Sat. 1, 6, 13-14.

²⁰¹ Val. Max. 6, 3, 10; cfr. Plut. *quaest. Rom.* 14 (267b), che ricorda l'episodio all'inverso, parlando di una originaria interdizione, per le donne, di portare il velo sulla testa.

²⁰² Val. Max. 6, 3, 7 e 6, 3, 9.

²⁰³ FIORI, *Homo sacer*, cit., 239 ss.

²⁰⁴ Ulp. 77 ad ed. D. 47, 10, 15, 15.

²⁰⁵ Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *matronas* (Lindsay, 112).

²⁰⁶ Comment. Cruquianus, ad Horat. Sat. 1, 2, 62: *matronae quae a maritis repudiabantur propter adulterium, togam accipiebant, sublata stola alba, propter ignominiam.*

Tutte queste teorie, pur nella diversità di risultati, tendono a rappresentare il *iustum matrimonium* — caratterizzato dai tre requisiti di consenso, pubertà e *conubium* — come l'unico matrimonio valido per il diritto romano: tutte le unioni diverse dalle *iustae nuptiae* non sarebbero che situazioni di fatto differenziate solo sul piano sociale.

L'esame sin qui condotto mi sembra abbia portato a risultati differenti:

a) non vi è una rigida opposizione tra unioni di fatto e unioni di diritto, ma il quadro delle unioni romane si definisce gradualmente, partendo dal modello di riferimento, le *iustae nuptiae*, sino a unioni irrilevanti sul piano giuridico, come quelle occasionali;

b) l'opposizione è piuttosto su due piani: da un lato, unioni stabili/ammissibili~occasional/inammissibili; dall'altro, unioni matrimoniali~non matrimoniali;

c) la prima antitesi contrappone il concubinato e il matrimonio (nelle sue varie forme ammesse dall'ordinamento) alle unioni irrilevanti o inaccettabili dalla comunità (ad es. perché incestuose); la seconda contrappone il matrimonio comunque realizzato alle altre unioni, compreso il concubinato;

d) per definire il matrimonio occorre tener presente la seconda antitesi, che mostra come la differenza specifica dell'unione matrimoniale sia la volontà della coppia — e soprattutto del marito — di condividere la medesima *dignitas*: non il consenso né la pubertà, perché questi sono requisiti anche del concubinato; né il *conubium*, perché vi sono forme di matrimonio che non ne richiedono il ricorrere.

Questo quadro, risultante dalle fonti del principato, è probabilmente in linea di principio riferibile anche alle epoche precedenti, quando il rilievo della concezione gerarchica della società romana era ancora maggiore. A ben vedere, nella legislazione augustea le regole della *dignitas*, pur ribadite, non vengono riproposte in modo rigido, ma devono tener conto dello sviluppo della società, e soprattutto della politica demografica del principe: i *mores maiorum* costituiscono un modello ideale, ma temperato.