



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<https://www.forhisiur.de>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil M.A., LMS (Tübingen)

Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)

Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)

Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

Artikel vom 24. 08. 2020

© 2020 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhisiur.de/2020-08-a-stepkine/>

ISSN 1860-5605

Anastasja A. Stepkine

Aspetti dell' *affectio maritalis* nelle dinamiche del matrimonio romano

1. Introduzione

Al fine di mettere in luce l'importanza dell' *affectio maritalis* ¹, appare opportuno, in primo luogo, esaminare l'istituto del *matrimonium* e soffermarsi, quindi, sul rilievo del consenso espresso dai nubendi in relazione al rapporto coniugale.

Il matrimonio, contratto tra due soggetti di sesso diverso e appartenenti a nuclei familiari differenti, inseriva pienamente *uxor* e *vir* nelle logiche della *familia Romana* ², guidata dal *pater familias* ³, la cui formazione, nella celeberrima connotazione ciceroniana, costituiva componente fondamentale della *civitas* ⁴.

La dottrina giusromanistica⁵, nel tempo, ha così potuto evidenziare del *matrimonium* la rilevanza sociale o l'appartenenza alla categoria dei negozi giuridici, ponendo ora l'accento sui riti (comuni,

¹ Come noto il sintagma in questione, di uso corrente e che fa riferimento al contempo all'affetto e alla fedeltà coniugale, si riconnette testualmente alla costituzione giustiniana conservata nel Codex (C. 5.17.11), il cui contenuto è stato poi rifiuto in I. 3.1.2a.

² Ulp. 46 *ad ed. D. 50.16.195.1. "Familiae" appellatio qualiter accipitur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, "in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat. 2. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

³ Segnalo, tra la vastissima bibliografia M.P. BACCARI, *Persone e famiglia: concetti e principi giuridici contra le astrazioni e l'individualismo* , in *Revista Brasileira de direito comparado* , 27, 2005, p. 38 ss.; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari* , I, Roma 2005, p. 17 ss.; M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna* , Torino 2013, p. 42 ss.

⁴ Sulla posizione del *pater familias* , evidenziata dal passo ulpiano sopra riportato (nt. 2) in rapporto alla *civitas* , G. CICOGNA, *La patria potestà in diritto romano* , in *Studi Senesi* , 59, 1945, p. 44 ss.; G. LONGO, voce *Patria potestà (diritto romano)* , in *NNDI* , 12, Torino 1965, p. 575 ss.; J.R. CROOK, *Patria potestas* , in *CQ* , 17, 1967, p. 113 ss.; C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della 'patria potestas'* , in *ID.* , *Nuovi Studi di diritto greco e romano* , Roma 1980, p. 77 ss. e p. 85; P. VOICI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano* , in *Iura* , 31, 1980 p. 98 ss.; A. M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'* , Milano 1979, p.71 ss.; G. LOBRANO, *Pater et filius aedem persona. Per lo studio della patria potestas* , Milano 1984, *passim* ; S. DIXON, *The marriage alliance in the Roman elite* , in *JFH* , 10, 1985, p. 361. Diversamente, la donna non poteva avere dei sottoposti: se *sui iuris* , era considerata l'unica componente della *familia* di cui era *caput et finis* (Ulp. 46 *ad ed. D. 50.16.195.5* : su cui B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* , Palermo 1979, p. 213).

⁵ Cic., *off.* , 1.17.54: cfr., sul punto, in particolare, P. CATALANO, "La famiglia sorgente della storia" secondo Giorgio La Pira, in *Index* , 23, 1995, p. 25 ss.; M.P. BACCARI, *Persone e famiglia* cit., p. 38; EAD., *Alcuni principi del diritto romano per la difesa dell'uomo nella globalizzazione* , in *TDSP* , 1, 2005, p. 19 s., ove è sottolineata la concezione lapiriana della famiglia in Roma antica.

ma non indispensabili) legati alla nascita del rapporto, ora sugli elementi ritenuti essenziali per la produzione degli effetti giuridici e, quindi, per la realizzazione di un *matrimonium iustum*⁶.

Il concetto di matrimonio⁷, come noto, fu oggetto di definizione da parte di Modestino (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*⁸) le cui indicazioni furono sostanzialmente recepite nelle Istituzioni imperiali⁹.

Accanto all'esigenza di una volontà costante di condividere un'unione monogamica stabile, era necessario che i soggetti godessero del *conubium*, fossero *puberi* e muniti, se del caso, dell'assenso dei loro *patres familias*¹⁰. I principii monogamico, della consensualità e dell'esogamia si possono quindi considerare essenziali per la validità delle *nuptiae*¹¹: si tratta di profili notissimi, che fanno emergere con chiarezza i 'problemi' correlati con la sussistenza dell'*affectio* tra i coniugi o, pure, della possibilità di bigamia¹² e, al limite, del matrimonio incestuoso¹³.

In età classica, il vincolo matrimoniale era considerato l'esito di una scelta da parte dell'individuo, che poteva essere però sottoposto a limiti di interesse pubblico: su tutti, quelli nascenti dal

⁶ Secondo le pagine classiche di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁷, Napoli 1989, p. 183 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, p. 391 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006, p. 220 ss.

⁷ In difetto dei quali, si sarebbe verificato un mero concubinato. Esso, alla stregua di tutte le unioni di fatto, e come è stato spesso segnalato, non era in grado di dar vita ad una *familia* regolare, di costituire discendenze legittime e, in definitiva, di garantire la stabilità della *res publica*. Sul tema, da diverse prospettive, P.M. MEYER, *Der römische Konkubinats: nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig 1895, p. 5 ss.; T. MOMMSEN, *Römischer Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 693 ss.; J. PLESSARD, *Le concubinat romain sous le haut Empire*, Toulouse-Paris 1921, p. 23 ss.; essenziali ancor oggi, sul punto, le indicazioni di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano 1. Diritto di famiglia*, a cura di G. BONFANTE - G. CRIFÒ. Milano 1963, p. 315 ss.; B. RAWSON, *Roman Concubinage and Other de facto Marriages*, in *TAPhA*, 104, 1974, p. 279 ss.; S. TREGGIARI, *Concubine*, in *PBSR*, 49, 1981, p. 59 ss.; EAD., *Roman Marriage, Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, p. 51 e ss.; P. GIUNTI, *Consors Vitae. Matrimonio E Ripudio In Roma Antica*, Milano, 2004, p. 145 ss.; E. C. ANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano 2010, p. 203; K. K. HERSCH, *The Roman Wedding, Ritual and Meaning in Antiquity*, Cambridge 2010, p. 27; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012, p. 123 ss. Occorre precisare che il concubinato non fu mai considerato riprovevole dalla società romana, ma si trattava generalmente della convivenza tra individui di classi sociali differenti. In particolare essa intercorreva tra uomini di nascita liberi e schiave, tra nati liberi e liberte, tra liberti e liberte. Dalle fonti epigrafiche di età repubblicana ed imperiale, sembra, però, del tutto assente alcun riferimento al concubinato fra uomo e donna *ingenui*. Si è ipotizzato che la ragione dovesse ravvisarsi nell'importanza che i romani attribuivano al vincolo matrimoniale e quindi, solo qualora le differenze sociali rendevano impossibile o sconveniente il matrimonio, si conviveva in concubinato. Così, C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano 1940, p. 1 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*³. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano 1954, p. 125 ss.; G. LONGO, *Diritto romano, Diritto di famiglia*², Roma 1953, p. 68; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Roma 2014, p.144 ss.

⁸ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, part. p. 641 ss.; R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano* 1, Milano 1951, p. 18 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 131; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*², Padova 2014, p. 9.

⁹ Mod. 1 *reg.* D.23.2.1.

¹⁰ I.1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.*

¹¹ *Ep.* Ulp. 5.2.

¹² M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 221 ss.

¹³ Con le avvertenze che si devono all'impostazione di E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, p. 389 ss.

complesso legislativo di matrice augustea¹⁴ (per esigenze di carattere demografico, per la posizioni dei celibi e degli *orbi* ecc.¹⁵).

Diversamente, i limiti posti avverso il soddisfacimento di interessi privati, sin dagli ultimi anni del principato, potevano esser considerati illeciti¹⁶. In particolare, veniva dichiarata invalida la *sponsio* con la quale si obbligavano i fidanzati a contrarre matrimonio, oppure la *stipulatio* con la quale veniva promesso il pagamento di una somma di denaro in caso di contrazione di matrimonio.

La libertà di contrarre matrimonio poteva, poi, subire limitazioni per atto *inter vivos* o *mortis causa*¹⁷. In particolare, con la *lex Iulia et Papia*, Augusto rese espressamente illecite tutte le disposizioni che escludevano in modo assoluto¹⁸ la facoltà del destinatario di contrarre matrimonio, mentre continuarono ancora ad essere considerate valide quelle con le quali si tendeva a favorire il matrimonio anche con una determinata persona. Tale *lex*, però, riconosceva la liceità della *condicio viduitatis*¹⁹, in quanto la stessa, seppur comportava un limite alla libertà di matrimonio, teneva in considerazione il desiderio del coniuge superstite di restare fedele al proprio defunto. Nel caso inverso, la *lex Iulia et Papia* stabiliva che se il superstite avesse voluto risposarsi e avesse contratto nuove nozze entro un anno²⁰, avrebbe potuto conseguire immediatamente e definitivamente il

¹⁴ La violazione di tale principio avrebbe causato l'insorgenza della fattispecie inquadabile come *incestum matrimonium*, sussistente in tutti quei casi di conclusione di nozze tra parenti e affini, ovvero tra persone tra le quali *nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est*. Gai. 1.59: *inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est*.

¹⁵ Esistevano, inoltre, due tipi di *incestum*: l'incesto *iure gentium*, che si ritrovava anche presso altri popoli, il quale negava le nozze fra parenti in linea retta e collaterale e non ammetteva alcun superamento degli effetti negativi prodotti da tale violazione; l'incesto *iure civili*, cioè proprio del *ius Quiritium*, che impediva il matrimonio fra parenti e affini in linea retta, ma prevedeva la scusabilità qualora fosse causato da errore. Le conseguenze ulteriori dell'incesto le si ravvisano in relazione al rapporto con i figli, i quali venivano considerati *spurii*, quasi *ulgo concepti*, ossia non veniva individuato neanche un genitore. In particolare, in R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 137 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001, 1 ss.; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105, 2011, p. 209 ss. (fonti di maggior rilievo: Gai. 1.64; *Coll.* 6.2.1- 4; *Ep. Ulp.* 5.7).

¹⁶ Tra cui ricordiamo la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 18 a.C., completata dalla *lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d.C. e la *lex Iulia de adulteriis*, del 18 a.C., con cui venivano imposte sanzioni penali (v. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 137 ss.).

¹⁷ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 31 ss.

¹⁸ È opportuno precisare che tale sanzione stentò ad essere applicata. Infatti, nel Lazio, fino al 90 a.C., i giudici, applicando ancora il diritto locale e non il diritto romano, solevano condannare chi rifiutava il matrimonio. Gell. *N.A.* 4.4.3-4: *Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius, ad id tempus, quo civitas et universo Latio lege Iulia data est. Heac Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit*.

¹⁹ Il testatore disponeva generalmente un legato a favore della moglie, sottoponendolo alla condizione che la stessa non si risposasse. Quinto Mucio, per evitare che il destinatario non potesse godere del legato, dispose l'immediata consegna del legato al destinatario, vincolato dalla promessa di restituzione qualora si fosse risposato. Tale cautela fu chiamata proprio *cautio Muciana*. Inoltre, era anche ammissibile un legato a favore di una persona a condizione che questa per sposarsi si sottoponesse al vaglio di un arbitro: se l'arbitro era contrario al matrimonio o se fosse premorto al testatore, il legato rimaneva privo di effetti. Sulla questione v. più ampiamente P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963, *passim*; F. GALGANO, *Cautio Muciana e crisi di un'élite*, in *Rivista di Diritto Romano*, 16-17, 2016-2017, pp. 1-31 (estr.); M. FELICI, *Spunti di ricerca sull'interpretatio dei giuristi e il destino del legatum penoris*, in *Forum Historiae Iuris*, 2020, *passim*, per il ruolo giocato da Quinto Mucio nell'ambito delle successioni *mortis causa*.

²⁰ Pap. 18 *quaest.* 272 D. 35.1.72.4: *Si arbitrato Titii Seia nupserit, heres meus ei fundum dato. Vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere respondendum est eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. Sed si Titius vivo testatore decedat, licet condicio deficiat, quia tamen suspensa quoque pro nibilo foret, mulieri succurratur*.

lascito solo dopo aver giurato di acquisirlo *quaerendorum liberorum causa*²¹; mentre qualora non si fosse sposato entro l'anno, avrebbe conseguito ugualmente il lascito, ma avrebbe dovuto restituirlo a seguito delle nuove nozze.

Al vincolo matrimoniale poteva accompagnarsi la *conventio in manum*²², per effetto della quale la moglie cadeva sotto la *manus* del marito, mutava il suo *status familiae* e perdeva *iure civili* ogni legame di *agnatio* con la sua famiglia di origine per costituirne uno nuovo con la famiglia del coniuge.

Occorre precisare che in età arcaica e nella prima età preclassica i matrimoni *cum manu* costituivano la regola, mentre quelli *sine manu* l'eccezione²³. Successivamente, a seguito della sempre maggiore indipendenza che le donne acquisirono all'interno della società romana, iniziarono a diffondersi anche i matrimoni liberi, finché negli ultimi tempi della Repubblica i matrimoni *sine manu* finirono per prevalere su quelli *cum manu* e decadde ulteriormente nel periodo del Principato. Nell'ultima età classica, infatti, la *conventio in manum* era ormai applicata raramente e man mano scomparve del tutto.

Qualora il matrimonio fosse stato *sine manu*, la moglie avrebbe mantenuto il proprio *status familiae*: se era *sui iuris* sarebbe rimasta tale; mentre se *filia familias* avrebbe continuato ad essere assoggettata alla *patria potestas* del suo capofamiglia e quindi sarebbe rimasta estranea alla famiglia del marito e persino rispetto ai suoi figli. Quando, invece, il marito era il titolare della *manus* sulla moglie, spettavano a lui (o al *pater*, se egli fosse stato *alieni iuris*) generali poteri di controllo e sanzionamento delle condotte della *uxor* (incluse possibilità di punizioni fisiche), che contribuiscono ad illustrare lo squilibrio delle posizioni tra i coniugi²⁴.

Nonostante l'importanza dell'istituto del matrimonio in diritto romano, la giurisprudenza classica non ha compiuto, come per altri istituti, un'elaborazione sistematica della dottrina matrimoniale²⁵. Uniche monografie sulle quali, per quanto attestato dalle fonti, si catalizzò in modo esclusivo un

²¹ Pap. 17 *quaest.* 264 D. 35.1.71.1: *Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud est ad testamentum certa lege invitari.*

²² Si tratta di una *condicio* applicabile sia al vedovo sia alla vedova, la cui introduzione è discussa. Infatti, il Digesto parla genericamente di *lex*; mentre il Codice specifica che si tratta di una *lex Iulia miscella* ed a proposito nelle Novelle viene specificato che si tratta di una legge fatta approvare da un certo *Iulius Miscellus*; altri ritengono, invece, che debba attribuirsi alla *lex Iulia de maritandis ordinibus*. In particolare, R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano*, cit., p. 255.

²³ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 35, precisa che non è chiaro quale fosse il rapporto fra *tempus lugendi*, che la vedova doveva tenere dopo la morte del coniuge, e l'anno stabilito dalla *lex Iulia et Papia*, ma si ritiene che la *lex* ne tenesse conto, come testimonia la previsione di una *vacatio legis* per la vedova pari ad un anno, prorogata poi a due (*Ep. Ulp.* 14).

²⁴ Il giuramento fu imposto al fine di evitare che il coniuge superstite potesse essere indotto al matrimonio non dalla volontà di perseguire gli scopi naturali, cioè la procreazione, ma dal desiderio di conseguire definitivamente il lascito (così, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 35).

²⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano 1*, cit., p. 262; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906, p. 326; E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in *RISG*, 93, 1962, p. 181 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 435; G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino 2003, p. 170; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 221; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, I, cit. p. 20; EAD. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit. p. 187; J.E. GRUBBS, *Women and the law in the roman empire: a sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London 2002, p. 21 ss.

interesse limitato al matrimonio appaiono esser state il *De nuptiis* di Nerazio Prisco²⁶, nonché il *Liber singularis de ritu nuptiarum* di Modestino²⁷, dei quali abbiamo esigui frammenti²⁸.

2. Cenni sulla definizione di matrimonio

Dalle fonti pervenuteci si desume che, già a partire dalle origini del diritto romano, l'istituto in oggetto era permeato da forte sacralità²⁹. 13

In particolare, dall'esame del testo dell'*Anulularia* di Plauto³⁰ emerge la differenza terminologica, che rispecchia anche quella sociale, tra uomo e donna³¹. Infatti, il *vir* aveva un ruolo preminente, atteso che era colui che prendeva in moglie la donna (o la 'riceveva' dal padre o dal fratello della stessa³²). Diversamente per la *uxor* l'atto di contrarre le nozze veniva identificato dal verbo *nubere*, che di per sé indica soltanto il prendere il velo, lasciando intendere che la donna aveva un ruolo meramente passivo, infatti non si sposava ma veniva sposata, mutando solo la sua condizione in *mater familias*³³. 14

Quanto alla definizione di matrimonio, pare opportuno, seguendo la migliore dottrina³⁴, improntata alle formulazioni testuali dei giuristi romani, di riferirne sotto il risvolto concettuale *consortium omnis vitae* e della *societas coniugalis*. 15

²⁶ Cfr., per tutti, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001 p. 539 ss.; A. MANTELLO, *Diritto privato romano. Lezioni, I. Persone*, Torino 2013, p. 223 ss.

²⁷ In sintesi, ora, P.G. LOBIATI, *Giustizia, pena e misericordia nell'istituto del diritto romano*, in *Vergentis*, 5, dicembre 2017, p. 142 ss., ma in dettaglio P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, cit., p. 65; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit., p. 253. Cfr., però, la posizione di E. VOLTERRA, s.v. *Matrimonio*, in *ED*, 25, 1975, p. 726 ss., ora in *ID.*, *Scritti giuridici* 3. *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, p. 766.

²⁸ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p.20.

²⁹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1890, col. 774 (un unico frammento). Su Nerazio Prisco, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze 1968, p. 190; R. ORESTANO, s.v. *Nerazio Prisco*, in *NNDI*, 11, 1965, p. 233; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz - Wien - Köln 1967, p. 144 ss.; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968, p. 198 s.; G. CAMODECA, *La carriera del giurista L. Neratius Priscus*, in *AAN*, 87, 1976, p. 32 ss.; V. S CARANO U SSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, p. 5 ss., p. 58 ss.; F. CASAVOLA, *Giuristi Adrianei*, Napoli 1980, p. 272 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, p. 121-123; V. SCARANO USSANI, *Empiria e Dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1990, p. 21 ss.; G. CAMODECA, *Il giurista L. Neratius Priscus, cos. suff. 97: nuovi dati su carriera e famiglia*, in *SDHI*, 73, 2007, p. 291 ss.

³⁰ O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 347 (unico frammento). Su Modestino, W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung* cit., p. 59 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza* cit., part. p. 437, p. 451 ss., p. 462 s., p. 481 s.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie* cit., p. 28-30, *ID.*, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1989, p. 284; R. ORESTANO, s.v. *Modestino Erennio*, in *NNDI*, 10, 1964, p. 819 s., A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti* cit., p. 239. Ora, in generale, G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e tecniche per l'insegnamento del diritto*, Torino 2012.

³¹ Che si rifanno a Gell. *N.A.* 4.4.4 per l'opera di Nerazio e a D. 23.2.42 (e parzialmente a D. 50.17.197) per quella di Modestino.

³² M.WEBER, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano 1995, p. 95.

³³ Plaut., *Anulularia*, vv. 478-480: *Nam meo quidem animo si idem faciant ceteri opulentiores, pauperiorum filias ut indotatas ducant uxores domum, (...) namque hoc qui dicat 'quo illae nubent divites dotatae, si istud ius pauperibus ponitur?*

³⁴ In generale, su questi aspetti, L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984; ed ora *ID.*, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminile in Roma antica*, Lecce 2016.

In ordine alla prima, la più nota definizione di matrimonio, in epoca classica, è quella già citata ed appartenente a Modestino, che per comodità torno a riportare³⁵: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Dall'analisi della definizione in oggetto³⁶ è possibile evincere che lo scopo del matrimonio fosse la procreazione e la cura dei figli. Difatti il giurista ha utilizzato, anziché le parole *vir* e *uxor*, i termini *mas* e *femina* accostandoli a *coniunctio*. 16

L'importanza della procreazione è messa in risalto dalla *Lex Iulia et Papia*, nonché dalla legislazione successiva³⁷: che il matrimonio sia contratto *liberorum quaerendorum causa* appare la finalità incontestata per la quale i *consortes* instauravano fra loro una piena comunanza di vita³⁸. 17

L'idea della perpetuità del vincolo derivava dalla concezione preclassica di matrimonio, con le connesse conseguenze relative alla dimensione del *ius sacrum* e, non a caso, anche per la limitata ammissibilità del divorzio. Del resto, l'espressione *divini et humani iuris communicatio*, secondo parte della dottrina romanistica³⁹, costituisce la testimonianza del fatto che la comunione dei coniugi veniva disciplinata tanto dal *ius sacrum* quanto dal *ius civile*, per cui il *consortium omnis vitae* aveva natura sacra e, al contempo, profana. 18

Dubbi, poi, sono stati sollevati in ordine all'ambito applicativo dell'enunciazione in parola. Secondo alcuni⁴⁰, la definizione sarebbe onnicomprensiva, estendendosi anche al *matrimonium iniustum*; secondo altri⁴¹, invece, sarebbe ascrivibile al solo *matrimonium iustum* proprio perché il giurista lo definisce *divini et humani iuris communicatio*. 19

Oltre alla definizione data da Modestino occorre far riferimento al pensiero del suo maestro. Ulpiano⁴², infatti, allude ad una nozione di *matrimonium*⁴³ in linea con quello che sarà l'enunciato modestiniano, sottolineando come tale istituto avesse un fondamento di *ius naturale*⁴⁴, e facendo evidentemente supporre una corrispondenza di idee comune alla 'scuola' in cui la categorizzazione maschio/femmina fosse centrale. I testi da tener presenti sono, ovviamente⁴⁵: 20

³⁵ La proposizione *nuptum dare* del padre o del fratello, consisteva proprio nell'azione di porta la moglie al marito e rievoca le forme solenni dei riti sacrificali. Così, E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I*, Torino 1976, p. 183.

³⁶ R. FIORI, *Materfamilias*, in *BIDR*, 96-97, 1993-1994, p. 450 ss.; P. FORLINI, *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*, Città del Vaticano 2008, p. 12; E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I*, cit. p. 185-186.

³⁷ G. LOBRANO, *Uxor quodammodo domina*, Sassari 1989, p. 48 ss.

³⁸ Mod, 1 *reg.* D.23.2.1.

³⁹ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 6 ss.; M.P. BACCARI, *Persone e famiglia*, cit., p. 35; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Palermo 1919, p. 3 ss.

⁴⁰ M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna*, cit., p. 71 ss.

⁴¹ L'utilizzo del termine *consors* veniva già di frequente usato da alcuni autori a partire dall'ultimo secolo a.C. e nei successivi primi secoli d.C. A tal proposito, appare opportuno menzionare: Ov. *Met.* 6.94, in cui il poeta definisce Giunone la *consors* di Giove; Tac. *Ann.* 2.34, in cui Tacito asserisce che i matrimoni sono *consortia secundarum adversarumque*; Paul. *Fest.* 269, in cui Paolo precisa che *M. Sors et patrimonium significat. Unde consortes dicimus*.

⁴² R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 7; contrariamente a quanto sostenuto da G. FRANCIOSI, *La famiglia romana* cit., p. 170 ss.

⁴³ R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 227 ss.

⁴⁴ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 7 ss.

⁴⁵ Sul giurista di Tiro, in generale W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., p. 245 ss.; R. ORESTANO, *s.v. Ulpiano (Domitius Ulpianus)*, in *NNDI*, 19, 1973, p.1106 ss.; G. CRIFÒ, *Ulpiano: esperienze e*

Ulp. 1 <i>Inst.</i> D.1.1.1.3	21
<i>Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videamus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.</i>	22
E, parallelamente:	23
Ulp. 32 <i>ad Sab.</i> D. 24.1.3.1	24
<i>Videamus, inter quos sunt prohibita donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit. Ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.</i>	25
Da tale secondo passo, invero pensato per un caso di <i>donationes</i> tra coniugi, appare plausibile che, per il giurista, l'idea di un matrimonio fondato <i>moribus legibusque nostris</i> si affiancasse alla concezione 'naturalistica' accennata ⁴⁶ , indicando quali elementi del diritto romano lo rendevano <i>iustum</i> , perché concluso <i>secundum ius civile</i> . Le regole applicate possono ricondursi sia ai <i>mores</i> , sia alle <i>leges</i> : un sintagma concettuale spesso utilizzato per indicare il complesso dell'ordinamento giuridico romano ⁴⁷ .	26
Ulpiano, poi, si sofferma sull'importanza dell' <i>affectio</i> e sulla contestuale assenza di impedimenti che ostino alla formazione di un rapporto matrimoniale <i>iustum</i> . La vicenda narrata verteva sulla qualificazione del rapporto che Ponzio Paolino aveva avuto per tutta la vita con la sua liberta, non qualificabile secondo Ulpiano come <i>matrimonium</i> ma semplicemente come <i>coniunctio</i> , in quanto non era presente l' <i>affectio uxoris</i> , bensì esclusivamente <i>concubinae</i> ⁴⁸ .	27
Tutti i brani accennati erano evidentemente noti alla commissione composta dai maestri Teofilo e Doroteo per la composizione del manuale istituzionale giustiniano in cui si rinviene una celebre definizione di matrimonio ⁴⁹ .	28
I. 1.9.1	29

responsabilità del giurista, in ANRW, II.15, Berlin-New York 1976, p. 739 ss.; A.M. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*², Oxford 2002, p. 7 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano* cit., p. 255 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza* cit., p. 327 ss., 439 ss., 475; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli 2000, *passim*.

⁴⁶ Certamente ispirato a tale definizione è anche il passo delle istituzioni imperiali I.1.2.1.

⁴⁷ La definizione ulpianea di *ius naturale* come diritto comune che la natura insegna a tutti gli animali, appare superata. È preferibile l'idea di regole comuni a uomini ed animali, come si evince dal noto brano di Cicerone: Cic. *De rep.* 3.11.19 *unam omnium animantium condicionem iuris esse denuntiant, clamantque inexpiabilis poenas impendere iis a quibus violatum sit animal. scelus est igitur nocere bestiae, quod scelus qui velit*. Vedasi, in particolare, M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna*, cit. p. 51 ss.; C. ARNÒ, *Jus Naturale*, in *Atti e memorie della Reale Accademia delle Scienze di Modena*, IV, I, 1926 p. 117 ss.; F. SINI, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001, p. 202; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, *passim*.

⁴⁸ M.P. BACCARI, *Persone e famiglia*, cit., p. 34.

⁴⁹ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 8.

- Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.* 30
- È possibile che, nella sua formulazione attuale, vi sia, come è stato segnalato, anche l'influenza di Fiorentino⁵⁰. 31
- L'enunciato *nuptiae autem sive matrimonium* rivela uno stretto collegamento con i brani sopra analizzati, i quali mettono in evidenza il *consortium omnis vitae* e l'*individua consuetudo vitae*, nel significato di completa comunanza di vita dei coniugi che costituisce il significato etico-sociale del matrimonio. 32
- Tra l'altro, la parola *coniunctio*, del tutto comune alle definizioni riferite, sottolinea il carattere di *ius naturale*⁵¹ del *matrimonium*, così come l'*individua vitae consuetudo* sembra riecheggiare⁵² il medesimo significato del modestiniano *consortium omnis vitae*, cioè a dire la costituzione di un rapporto che ha la durata della vita stessa⁵³. 33
- Del resto, Aulo Gellio⁵⁴ equiparava la *societas inseparabilis* al *consortium*, mentre in Livio⁵⁵ le nozioni di *consortium* e *societas* erano poste unitamente a fondamento della *res publica* e del *conubium*: il che non confligge con la circostanza – nota⁵⁶ – per la quale la *societas coniugalis* era non soltanto una società di affetti ma anche una società di beni, stante la comunione di beni coniugali che veniva a crearsi⁵⁷. 34
- A proposito di queste indicazioni, non va trascurato che parte della dottrina⁵⁸, ha sottolineato che esse diano rilevanza esclusivamente al rapporto matrimoniale già esistente e non al momento della sua costituzione: come invece esplicitato nella tarda redazione⁵⁹ di un brano dell'*Epitome Ulpiani*⁶⁰, ove il *conubium* ed il consensus sono indicati come requisiti fondamentali e indispensabili del *matrimonium iustum*. 35

⁵⁰ Basti qui il riferimento all'Oratio de Italicensibus dell'imperatore Adriano e delle osservazioni svolte in proposito da M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica*, Roma 2001, p. 76 ss., ID., *Aulo Gellio ed i 'municipes'. Per un'esegesi di 'noctes Atticae' 16.13*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI - E. GABBA, *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, p. 443 ss.

⁵¹ In tale occasione, infatti, Settimio Severo non ritenne applicabile il divieto di donazione fra coniugi.

⁵² C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit., p. 351.

⁵³ C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1900, p. 130 ss.; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* cit., p. 1; G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Sodalitas, Scritti in memoria di A. Guarino*, Napoli 1984, p. 2357; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 130; C. CASTELLO, *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in *ACRC*, 1978, *Utrumque ius*, Roma 1979 p. 273; E. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, in *Studi in onore di A. Albertoni* 1, Padova 1933, p. 243 ss., ora in *Studi di diritto romano* 1. *Persone e famiglia*, Milano 1933, p. 179 ss.

⁵⁴ M.P. BACCARI, *Persone e famiglia*, cit., pag. 37.

⁵⁵ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 9.

⁵⁶ L'utilizzo del termine *socia*, per designare la qualifica che la *uxor* assumeva nei confronti del marito, è testimoniato già per il III secolo a.C. dallo *Stichus* di Plauto (*Stich.* 1.2 v.44): fatto che fa riflettere sulla frequenza, nelle fonti, della categoria di *societas*, per indicare il rapporto coniugale che si costituiva con il *matrimonium*. Anche Varrone (*L. L.* 9.59) e Cicerone (*De off.* 1.17.5) usarono la categoria di *societas* per riferirsi alla coppia coniugale come l'origine della società civile.

⁵⁷ Gell. *n.A.* 1.9.12: *Societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium.*

⁵⁸ Liv. 4.5.5: *si in consortio, si in societate rei publicae esse, ... si haec impediēt aliquis ... nemo dimicaturus pro superbis dominis, cum quibus nec in re publica honorum nec in privata conubii societas est.*

⁵⁹ G. LOBRANO, *Uxor quodammodo domina*, cit., p. 67.

⁶⁰ Liv. 1.9.14, in cui è enunciata la costituzione di una di comunanza beni, nel matrimonio, quale *societas fortunarum omnium*. In Quint. *decl.* 19.7, il grande oratore si riferisce ad una *coniugalis societas* in cui *cuncta miscentur*. Notissimo

3. Elementi essenziali

L'assenza di un'elaborazione sistematica unitaria ha dato luogo alla nascita di diverse tesi sull'individuazione degli elementi essenziali del matrimonio. 36

In primo luogo è stato ritenuto fondamentale il *conubium*⁶¹, che, essendo inteso come capacità giuridica di contrarre matrimonio, viene riconosciuto eventualmente sussistere, in capo ai soggetti, a partire dal periodo della pubertà (atteso che lo scopo del vincolo era proprio la procreazione). Il *ius conubii* era proprio dei soli *cives*, pertanto escluso nelle ipotesi di schiavitù, e lo si poteva perdere divenendo schiavi del nemico nelle situazioni di prigionia di guerra⁶² (con una tendenza, a partire da Augusto, ad attenuare i rigori del *ius civile* e a tutelare, a certe condizioni, la validità di *qualecumque matrimonium*⁶³).

La soglia minima d'età per la capacità matrimoniale, come noto, era di 12 anni per le fanciulle e 14 anni per i ragazzi, posto che le 'riserve' e i contrasti giurisprudenziali sull'esigenza dell'*inspectio corporis* sarebbero stati definitivamente sopiti solo dalla dottrina giustiniana⁶⁴. Le nozze dell'infradodicesime sarebbero quindi da ritenere invalide⁶⁵, malgrado una celebre testimonianza plutarca⁶⁶ e l'esistenza di risultanze epigrafiche che documentano un numero apprezzabile di matrimoni precoci⁶⁷.

L'elaborazione dei giuristi, pur tra qualche oscillazione di pensiero, conferma questi dati e registra nel miglior modo possibile una certa prassi sociale che si muove contro le prescrizioni dell'ordinamento. *Quasi uxor, loco nuptae* sono infatti le efficaci connotazioni appellative delle giovanissime spose: ma i ragionamenti dei giureconsulti si occupano, per la massima parte, di casi

poi è Paul. D. 25.2.1, ove il giurista, riportando un'opinione di Nerva e di Cassio, scrive che la *societas vitae* rende la *uxor quodammodo domina*.

⁶¹ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 79; C. LONGO, *Diritto romano, Diritto di famiglia*, III, Roma 1940, p. 148; J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, in *RIDA*, 2, 1949, p. 310.

⁶² Sull'operetta pseudoulpiana, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, p. 276 ss., ove bibliografia.

⁶³ *Ep. Ulp.* 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

⁶⁴ Tra tutti, in particolare: E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, Milano 1950, *passim*; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit., p. 409 ss.; K.K. HERSCH, *The Roman Wedding*, cit., p. 20 ss.; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 217 ss.

⁶⁵ Ma era eventualmente possibile riacquistarlo in base alle note regole relative al *postliminium*: sul tema, tra i lavori dell'ultimo venticinquennio, M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996, p. 137 ss., EAD., 'Captivitas' e 'capitis deminutio'. *La posizione del 'servus hostium' tra 'ius civile' e 'ius gentium'*, in *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamasca*, II, Napoli 2001, p. 301 ss.; G. NICOSIA, *Prigionia di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana*, in ID., *Silloge. Scritti 1956-1996*, Catania 1998, p. 701 ss.; M.V. SANNA, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001, EAD., *Capitis deminutio e captivitas*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007, p. 1 ss.; L. D'AMATI, *Matrimonium e postliminium: brevi considerazioni*, in *Revista da Faculdade de Direito*, 98, 2003, p. 43 ss., EAD., *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano 2004; R. ORTU, «Captus a piratis»: *schianità di fatto?*, in *RDR*, 10, 2010, 1 ss.

⁶⁶ *Ulp. 2 de adult.* D. 48.5.14.2, in cui Ulpiano spiega che deve essere tutelato *qualecumque matrimonium*, anche qualora venga contratto con una prostituta.

⁶⁷ I.1.22. Celeberrima la disputa, tra Sabiniani e Proculiani, in tema di età in cui ritenere *puberes* e *viripotentes* rispettivamente maschi e femmine: S. TAFARO, *La pubertà a Roma, Profili giuridici*, Bari 1991, p. 151 ss.; C. FAYER, *La familia romana*, cit., II, p. 426 ss.; F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane*, in *AA.VV., Scritti di storia per Mario Pani*, Bari 2011, p. 211 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Annotatiunculae (II). Qualche puntualizzazione sull'«infanti proximus» ed il «pubertati proximus»*, in *RDR*, 12, p. 1 ss.

relativi alla costituzione (e all'eventuale restituzione) di una dote o di *donationes propter nuptias*⁶⁸, del valore della *deductio in domum mariti* della giovane⁶⁹, della preesistenza o meno degli *sponsalia* rispetto al rapporto 'coniugale'⁷⁰, ove il compimento del dodicesimo anno di età è considerato essenziale per la conferma di tali atti⁷¹.

I testi cui si è fatto riferimento mostrano, insomma, come i giuristi romani, nonostante formalmente negassero l'esistenza di un effettivo matrimonio, potessero ritenere determinate unioni come giuridicamente rilevanti per l'applicazione di norme di *ius civile* o *honorarium*. 40

L'assenza di *conubium*, a volte quale forma sanzionatoria, è riscontrabile in tutta una serie di casi che affiorano tra le fonti e che, al di là della tendenziale asistematicità con la quale sono prospettati, fanno riferimento all'unione del *civis* con una donna straniera⁷², alle nozze incestuose⁷³, al matrimonio del funzionario provinciale con una donna residente nella provincia stessa⁷⁴, a quello del tutore con la pupilla⁷⁵, al divieto per la figlia del senatore di sposare un liberto⁷⁶. 41

Per questi profili, R. Fiori ha elaborato, qualche anno addietro, un ampio quadro ricostruttivo della materia in cui è proposta una efficace ed utilissima razionalizzazione⁷⁷. 42

Altro elemento costitutivo del matrimonio era il consenso manifestato⁷⁸ direttamente dai coniugi o dal loro *pater familias*, nel caso in cui i primi fossero stati *alieni iuris*. 43

Come anticipato, si trattava dell' *affectio maritalis*, cioè la manifestazione di volontà dei due soggetti di vivere come marito e moglie. 44

L' *affectio maritalis* è l'elemento cardine del matrimonio, sia *iustum* che *iniustum*, al punto che la sua mancanza comportava la sussistenza di un mero concubinato, ritenuto per l'appunto un semplice rapporto di fatto. Quanto ai figli, erano considerati legittimi solo quelli nati dal rapporto 45

⁶⁸ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 26; J. E. GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire*, cit., p. 148; cfr. R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 210.

⁶⁹ Plut. *comp. Lyc. Num.* 4.2: nel paragone istituito tra le due figure, emergerebbe l'uso dei Romani di dare e prendere in moglie δωδεκαετείς και νεωτέρως.

⁷⁰ E se da ICUR 5.14607, ICUR 5.14705, o ILCV 2874a e ILCV 4263Ba apprendiamo che il compimento del dodicesimo anno di età era prossimo, ben diversa dovette essere la situazione descritta da CIL 6.21273, in cui la 'sposa' era addirittura decenne. In proposito, 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 *AARC*, 7, Napoli 1988, p. 147 ss.; I. PIRO, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano 2013, *passim*; B.W. FRIER, *Roman law and the marriage of underage girls*, in *JRA*, 28, 2015, p. 652 ss.

⁷¹ Ner. 2 *membr.* D. 12.4.6.; Lab. 6 *post. Iav. epit.* D. 24.1.65.80; Lab. 3 *post. Iav. epit.* D.36.2.30; Pomp. 3 *ad Sab.* D. 23.20.4.82; Pap. 10 *quaest.* D. 23.3.68.

⁷² Ulp. 2 *adult.* D.48.5.14.8: qui per la configurabilità dell'accusa di adulterio.

⁷³ Paul. 60 *ad ed.* D.42.5.18; Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.27; Ulp. 35 *ad ed.* D. 23.1.9.

⁷⁴ Fondamentale l'analisi di R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 211 ss.

⁷⁵ Come ad es. in Pap. 15 *resp.* Coll. 4.5.1. Ovviamente, i testi chiave sono costituiti da Gai. 1.67-1.71, ove il discorso è presentato in modo strutturalmente organico.

⁷⁶ Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39.1; 3; 7.

⁷⁷ C.Th.3.6.1. In proposito, v. soprattutto E. VOLTERRA, *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, in *Festschrift E. Seidl*, Köln 1975 (ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Napoli 1991, 345 ss.).

⁷⁸ 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. Sul punto, in generale, L. SANDIROCCO, *Matrimoni romani tra diritto e realtà. Monogamia, esogamia, etnogamia*, Roma 2016, *passim*.

matrimoniale *iustum*, mentre, per contro, non lo erano se nati in quello *iniustum* o all'interno di una vicenda di concubinato⁷⁹.

Da quanto esposto si evince, dunque, che il *matrimonium iniustum*, può essere definito come un “mancato matrimonio” (ma, anche, un “matrimonio in potenza”⁸⁰), cioè nullo *iure civili*, ma avrebbe potuto acquisire validità civile, se all' *affectio maritalis* si fossero aggiunti tutti i requisiti mancanti e ritenuti necessari dal più volte richiamati brani dell'*Epitome Ulpiani*⁸¹.

In dottrina si è molto discusso dei rapporti tra *affectio*, configurabilità dell'adulterio e *divortium*. Più di un caso spinoso è trattato, specialmente da Ulpiano, che si è interrogato sul comportamento della donna che cessa di considerare sé stessa quale moglie⁸² e della prospettazione, in un tale contesto, delle sue infedeltà ‘coniugali’⁸³.

L'opportunità di un consenso durevole, ininterrotto e continuato per la costituzione e la sussistenza del rapporto matrimoniale non è però da ritenersi sufficiente per il perfezionamento del vincolo⁸⁴. Infatti, la necessità che, accanto all' *affectio maritalis*, elemento di carattere spirituale, e al *conubium* fosse rispettato l'aspetto materiale della convivenza era molto sentita⁸⁵.

In proposito, illustri studiosi hanno abbracciato una concezione, per così dire, contrattualistica del matrimonio, ritenendo che il relativo *consensus* potesse equipararsi a quello iniziale che le parti si scambiavano nella formazione dei negozi giuridici e fosse sufficiente all'insorgenza del vincolo matrimoniale⁸⁶.

Altra parte della dottrina romanistica⁸⁷, invece, ha attribuito fondamentale importanza al perdurare della volontà matrimoniale lungo tutta l'esperienza di convivenza.

⁷⁹ Ulp. 3 *ad l. Inl. et Pap.* D.23.2.27.

⁸⁰ R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 218 ss.

⁸¹ *Epitome Ulpiani* (*supra* nt. 59) in cui la congiunzione *aut* evidenzia la differenza tra il caso in cui il consenso dei coniugi è da solo sufficiente a far sorgere il rapporto maritale al caso in cui, essendo *alieni iuris*, hanno bisogno dell'assenso del *pater familias*. Così, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 10.

⁸² S. TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., p. 53. L' *affectio maritalis* del *matrimonium iniustum* consentiva comunque di considerare il marito come *pater* giuridicamente *certus*, anche se soltanto *naturalis*. In particolare, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 24.

⁸³ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 16.

⁸⁴ In particolare, *supra* nt. 10, 13, 20, 59, 60.

⁸⁵ P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index*, 40, 2012, p. 342 ss.; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 197 ss.; M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna*, cit., p. 79 ss.

⁸⁶ Come noto, il termine *adulterium* è in rapporto con il verbo *adulterare*: falsificare, alterare o corrompere. In particolare, ad essere corrotta era generalmente la donna, mentre il soggetto attivo della condotta era di solito l'uomo. Vi sono però alcuni studiosi che considerano attiva la condotta della donna, in quanto la stessa acconsentiva al rapporto. Concretamente, può definirsi come quel rapporto extraconiugale della donna sposata, *uxor* o *nupta*, con uomo diverso da suo marito, in violazione delle *iustae nuptiae*. Così, C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici e antiquari*, III, Roma 2005, p. 312.

⁸⁷ V. SCIALOJA, *Istituzioni di diritto romano*, rist. Roma 1934, p. 149; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*², a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano 1987, p. 149; C. MANENTI, *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena 1889, p. 40 ss.; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1908, p. 869; C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910, p. 266; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II. *Le istituzioni del diritto privato*, Torino 1910, p. 630; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1926, p. 457; E. BETTI, *Diritto romano* 1, Padova 1935, p. 231; B. BIONDI, *Corso di Istituzioni di diritto romano* 3. *Diritto di famiglia, Diritto ereditario, Donazioni*, Milano 1936, p. 25; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma*, IV. *Caratteri e morfologia*, Torino 1989, p. 566; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, cit., p. 391.

Già P. Bonfante, invero, aveva avanzato, in una parte assai nota del suo corso, un confronto tra matrimonio e *possessio*, atteso che per entrambi gli istituti era necessario il perdurante *animus* dei soggetti e la sussistenza di un rapporto ‘materiale’⁸⁸. 51

Si trattava, come è stato opportunamente sottolineato⁸⁹, della fase d’avvio di un percorso interno ad una scuola italiana di grande autorevolezza⁹⁰ che con E. Volterra sarebbe arrivato a compimento⁹¹: e in effetti, quindi, con un ‘ritorno’ alla valorizzazione del consenso, la cui portata sarebbe però stata messa a frutto in rapporto al perdurare dell’*affectio* e della convivenza⁹². 52

4. *Affectio maritalis*

Come già detto, l’*affectio maritalis* può essere definita come la volontà espressa dai nubendi di instaurare un rapporto matrimoniale monogamico per tutta la durata della loro esistenza al fine di costituire una famiglia legittima fondata su vincoli di assistenza reciproci e con finalità di procreazione⁹³. 53

Tale *consensus* doveva emergere sia sul piano soggettivo, come stato psichico, sia su quello oggettivo, cioè doveva essere legalmente rilevante e produttivo di effetti giuridici⁹⁴. 54

Inoltre, non era formalmente necessaria alcuna manifestazione d’avvio, ma che tale *consensus* persistesse durante tutto il matrimonio: diversamente quest’ultimo sarebbe cessato⁹⁵. 55

Poteva, dunque, essere manifestata⁹⁶ attraverso comportamenti socialmente rilevanti, tra i quali è possibile annoverare l’atteggiamento reciproco dei coniugi che rendeva evidente la sussistenza di un rapporto matrimoniale produttivo di effetti. 56

Tra tali condotte rientrano la *deductio in domum mariti* e quel complesso di reciproci atti di rispetto e di vicendevole riguardo coniugale cui si dava il nome di *honor matrimonii*. 57

La *deductio in domum mariti* operava come una manifestazione chiara e certa dell’*affectio maritalis*. 58

⁸⁸ C. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*, cit., p. 146; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit., p. 333.

⁸⁹ Come sostenuto da R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 40.

⁹⁰ Tra cui O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale presso i Romani*, in *Gregorianum*, 60.2, 1979, p. 250.

⁹¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano 1*, cit., p. 257 ss.

⁹² R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 197 ss.

⁹³ Alludo qui alla scuola di Vittorio Scialoja, su cui rinvio a M. TALAMANCA, *Un secolo di bulletino*, in *BIDR*, 91, 1988, p. 9 ss.; ID., *Vittorio Scialoja*, in R. DOMINGO, a cura di, *Juristas universales, III: Juristas del siglo XIX*, Madrid-Barcelona 2004, p. 672 ss.; *adde*, M. BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *RISG*, 2015, p. 55 ss. Per gli aspetti legati al punto qui valutato, R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 198 ss.

⁹⁴ E. VOLTERRA, *La conception du mariage d’apres les juristes romains*, Padova 1940, p. 25 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Napoli 1991, 27 ss.).

⁹⁵ V. per tutti P. GIUNTI, *Il valore della convivenza nella struttura del matrimonio*, in *SCDR*, 12, 2000, p. 133 ss.; EAD., *Consortes vitae*, cit., 146 ss.; M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna*, cit., p. 47 ss.

⁹⁶ E. VOLTERRA, *La conception du mariage d’apres les juristes romains*, cit., p. 35; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit., p. 342.

Come noto, si trattava di un atto non solenne che, pertanto, non richiedeva particolari forme esteriori di manifestazione della volontà e consisteva nell'ingresso della sposa nella casa del marito⁹⁷. 59

Ciò può essere verificato, in modo particolare⁹⁸, nel caso limite del marito *absens*. 60

Pomp. 4 *ad Sab.* D.23.2.5 61

Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii. 62

Il testo pomponiano ci offre lo scorcio concreto di una situazione che ben mette in luce quanto su accennato: non essendo fisicamente possibile uno scambio di volontà fra presenti⁹⁹, il nubendo assente avrebbe reso socialmente apprezzabile la sua intenzione di contrarre matrimonio e contestualmente la donna avrebbe assunto il titolo di *mulier*. 63

L'aspetto concettuale che sembra potersi trarre dalla vicenda trova, in effetti, conferma in un responso di Papiniano¹⁰⁰ e anche in un brano delle Pauli Sententiae¹⁰¹: più complicato (e controverso) è invece il 'varco' che sembrerebbe aprirsi in virtù di un passo ulpiano¹⁰², da tempo sospettato di alterazioni (volontarie o meno), che autorizzerebbe a pensare ammissibile anche per la donna la possibilità di contrarre matrimonio malgrado l'*absentia*¹⁰³. 64

Invero, l'unione coniugale in età classica appariva fondata sull'*honor matrimonii*, consistente nella manifestazione obiettiva della sussistenza e della continuità del *consensus* dei coniugi percepibile socialmente¹⁰⁴, mentre quello postclassico e giustiniano, prescindendo dalla convivenza, manteneva come unico requisito essenziale per la sua insorgenza l' *affectio*. 65

A sostegno di quest'ultima tesi è possibile richiamare D.24.1.32.13¹⁰⁵ in cui Ulpiano asseriva che nel caso in cui i coniugi non avessero vissuto insieme per un periodo, ma avessero in ogni caso conservato l'*honor matrimonii*, comportandosi dunque come marito e moglie, il rapporto matrimoniale sarebbe rimasto valido e produttivo di effetti. 66

Il ruolo fondamentale dell' *affectio maritalis* può quindi ricavarsi senza tema di smentita dalle fonti in materia; la massima *consensus facit nuptias*, estratta, come noto, da un celebre passo del 35° libro *ad Sabinum* di Ulpiano, ne esprime efficacemente tutto il rilievo: 67

D. 35.1.15 68

⁹⁷ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 146 e 190; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., p. 569.

⁹⁸ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 10 ss.

⁹⁹ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 159; E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii*, cit., p. 159 ss.; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, cit. p. 344; J. E. GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire*, cit., p. 82 ss.

¹⁰⁰ Sul punto P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, cit., p. 258 ss.; E. VOLTERRA, *La conception du mariage d'apres les juristes romains*, cit., p. 41, 51; R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio*, cit., p. 161.

¹⁰¹ R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 229 ss.

¹⁰² R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, cit., p. 161.

¹⁰³ Pap. 4 *resp.* D.23.3.69.3: *In domum absentis uxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viri sumptibus factis, ad exhibitionem uxoris promissas usuras reversus vir improbe petit.*

¹⁰⁴ P. S. 2.19.8: *Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest.*

¹⁰⁵ Ulp. *ad Sab.* 35 D. 23.2.6.

- Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.* 69
- In un modo che non potrebbe essere più chiaro appare quindi come fosse il consenso, e non la condivisione del talamo e la coabitazione, a determinare l'esistenza del matrimonio¹⁰⁶. 70
- Alla stessa stregua, altri giuristi hanno messo in risalto la correlazione tra la validità del matrimonio e il consenso prestato dai coniugi: Pomponio, in un frammento sul matrimonio del *captivus*, asserisce che la volontà espressa anche successivamente ripristinava il matrimonio¹⁰⁷; Scevola, interrogandosi sulla validità di una donazione effettuata da una donna prima di essere condotta nella casa del marito e della sottoscrizione delle tavole dotali, rileva la necessità di un consenso intellegibile¹⁰⁸; una costituzione di Giordano¹⁰⁹ ed un frammento di Paolo¹¹⁰, riconoscono, in assenza di impedimenti, alla volontà di entrambe le parti la capacità di far nascere il matrimonio.
- Vi sono poi numerose fonti letterarie che esprimono, in modo netto o, più spesso, per allusione concludente, la vigenza di questo che è stato chiamato il principio consensualistico in ambito matrimoniale. 72
- Un classico in materia è la citazione ciceroniana operata da Quintiliano nel cuore della sua *Institutio oratoria*. 73
- Quint. *Inst. Orat.* 5.11.32 74
- Illud est adnotandum magis, argumenta duci ex iure simili, ut Cicero in Topicis: «eum cui domus usus fructus relictus sit non restitutum heredi si corruerit, quia non restituat seruum si is decesserit»; ex contrario: «nihil obstat quo minus iustum matrimonium sit mente coeuntium, etiam si tabulae signatae non fuerint: nihil enim proderit signasse tabulas si mentem matrimonii non fuisse constabit».* 75
- Il passo, più volte allegato a sostegno di studi essenziali, mostra, come, di tutta evidenza, la volontà ricopriva un ruolo fondamentale nel matrimonio, essendone elemento principale per la sua formazione¹¹¹. 76
- La rilevanza del ruolo del *consensus* ha indotto la maggior parte della dottrina ad annoverare il matrimonio all'interno della categoria del negozio giuridico, stante la preminenza della 77

¹⁰⁶ Sul tema R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 11. E soprattutto P. GIUNTI, *Consors vitae*, cit., p. 159–161;

¹⁰⁷ E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, cit., p. 197; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., p. 197-233, il quale ritiene che le manifestazioni esteriori della *dignitas* erano coesenziali al matrimonio e presenti, in particolar modo, nelle cerimonie nuziali e nell'abbigliamento della *uxor* e nella convivenza; K. K. HERSCH, *The Woman Wedding* cit., p. 51 ss.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., p. 54 ss.

¹⁰⁸ Ulp. 33 *ad Sab.* D.24.1.32.13: *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.*

¹⁰⁹ J. URBANIK, *Husband and wife*, Oxford 2016, p. 476; M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna*, cit., p. 66; P. GIUNTI, *Consors vitae*, cit., p. 145 ss.; M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, p. 3 ss.

¹¹⁰ Pomp. 3 *ad Sab.* D. 49.15.14.1: *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.*

¹¹¹ Scev. 9 *Dig.* D. 24.1.66: *Seia sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere.*

manifestazione di volontà idonea a creare il vincolo coniugale e a mantenerlo in vita. Si trattava, invero, di un accordo¹¹² reciproco fra i nubendi al quale seguiva un vincolo autonomo avente ad oggetto l'*individua consuetudo vitae* ed il *consortium omnis vitae*.

Per quanto attiene, invece, al contenuto dell'atto, si è ritenuto¹¹³ che dovesse qualificarsi come l'intenzione dei coniugi di porre in essere un *matrimonio iustum*, che gli consentiva di procreare tra loro ed educare figli legittimi, a differenza degli altri rapporti intercorrenti fra uomo e donna. 78

Occorre sottolineare, altresì, che la violazione della fedeltà coniugale da parte della donna venne punita in ambito penale al fine di garantire maggiore protezione all' *affectio maritalis*. 79

Originariamente, la punizione per l'*adulterium* della moglie fu introdotta dalla *lex Iulia de adulteriis* per il solo *matrimonium iustum*, ma è plausibile ammettere che fu estesa anche al *matrimonium iniustum*¹¹⁴ al fine di imporre delle sanzioni severe per garantire un equo sviluppo della repressione dei reati sessuali¹¹⁵ ed avvicinare le due tipologie di *matrimonium*. Successivamente tale sanzione fu applicata anche al fidanzamento¹¹⁶, in cui vi è soltanto una promessa di *affectio*, ed al concubinato, che continuò ad essere considerato un mero rapporto di fatto proprio perché carente di questo imprescindibile requisito¹¹⁷. 80

L'importanza dell' *affectio maritalis* può dedursi anche in via indiretta, in quanto il difetto di essa veniva annoverata fra i motivi di divorzio¹¹⁸. Infatti, qualora uno o entrambi i coniugi percepivano che era venuta meno la voglia di vivere insieme come marito e moglie, il *matrimonium iustum* appariva privo del presupposto principale per la sua sussistenza. Veniva garantita una libertà massima di divorziare¹¹⁹, non esistendo nessun vincolo penale ed alcuna limitazione per i coniugi. Per i giuristi dell'epoca era inconcepibile un obbligo di convivenza tra persone che non avevano più l'*animus* necessario per tenere in vita un matrimonio. A testimonianza di quanto detto si richiama una Novella emanata da Giustino II¹²⁰ in cui l'imperatore ribadisce che la *coniugalis affectio* e la volontà di 81

112 C. 5.4.6: *Imp. Gordianus Valeriae. Etsi contra mandata principum contractum sit in provincia consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium si in eadem voluntate perseveraverit, iustae nuptiae efficiuntur: et ideo postea liberos susceptos natosque ex iusto matrimonio legitimos esse responsum viri prudentissimi pauli declarat.*

113 Paul. 7 resp. D. 23.2.65.1: *Idem eodem. respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.*

114 C. GIOFFREDI, *Per la storia del matrimonio romano*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, p. 132; O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 252 ss; EAD., *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970, p. 75 ss.

115 E. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, cit., p. 58; O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 253.

116 R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., *passim*.

117 Come si evince in Pap. 15 resp. Coll. 4.5.1., in cui emerge che il soggetto appare legittimato ad accusare in qualità di marito, nonostante non esista un *matrimonium iustum*.

118 G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, p. 189 ss.

119 Il problema della repressione dell'infedeltà femminile all'interno di unioni stabili, ma differenti dalle *iustae nuptiae*, si è posto nella riflessione dei giuristi e nell'attività della cancelleria imperiale. Infatti, la condotta infedele della fidanzata è stata spesso indicata come *adulterium*, lasciando intendere, dunque, che entro certi limiti la stessa potesse equipararsi alla moglie. Sul punto, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium*, cit., p. 202 ss.

120 Sul ruolo degli *sponsalia* in generale, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989; in tema – privilegiando aspetti diversi – U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma 1999, p. 3 ss.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel*

convivenza creavano il matrimonio, pertanto la sua cessazione ed il consenso delle parti, avrebbero determinato lo scioglimento del vincolo consentendo ai coniugi di riacquisire l'indipendenza e la loro piena facoltà decisionale¹²¹.

Ulteriormente, può dirsi che il requisito matrimoniale in oggetto ha avuto notevole importanza anche in merito all'insorgenza del *crimen binae nuptiae*¹²². Infatti, nel caso di contrazione di doppie nozze, qualora nel primo vincolo fossero rimasti intatti l'*affectio maritalis* e l'*honor*, il secondo matrimonio sarebbe stato un mero concubinato; mentre, in caso contrario, il primo matrimonio sarebbe venuto meno *ipso iure* con il sorgere del secondo, non potendo mai sussistere¹²³, dunque, il reato di *binae nuptiae*, che per la sua esistenza necessitava di un *vinculum iuris* matrimoniale.

Il preminente ruolo dell'*affectio maritalis* nell'istituto matrimoniale, impedisce la formulazione di una teoria della fattispecie della bigamia, potendosi ammettere, al più, la sola esistenza di *adulterium*.

È evidente, dunque, come in alta età arcaica, in assenza di divorzio formale (e considerando il peso del *ius sacrum*), il confine tra le due fattispecie non poteva che essere molto labile. Peraltro, la donna, nella struttura della famiglia, era vincolata da una serie di doveri nei confronti del marito, tra tutti l'obbligo di fedeltà per la cui violazione venivano comminate pene molto severe fino all'uccisione della stessa¹²⁴, nei casi di flagranza di reato¹²⁵.

A sostegno di ciò, si ricorda una testimonianza di Dionigi di Alicarnasso¹²⁶ in merito ad una *lex regia* che prevedeva, in caso di flagranza di reato, la condanna a morte della moglie adultera¹²⁷.

diritto romano, Milano 2000, *passim* e part. p. 135 ss.; C. CASCIONE, *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, a cura di F. MILAZZO, Milano 2014, p. 23-94; L. INGALLINA, *Profili di responsabilità nel fidanzamento romano. Rilevanza e manifestazione del «consensus»*, in *RDR*, 16-17, 2016-2017, p. 1-30.

- ¹²¹ Il *divortium* e come 'prima' causa di scioglimento del matrimonio è menzionato da Paul. 35 *ad ed. D.* 24.2.1 *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*. Generalmente con tale termine si soleva indicare lo scioglimento del matrimonio consensuale, diversamente dal *repudium* che indicava il divorzio cd. unilaterale, consistente in una dichiarazione unilaterale recettizia, comunicata tramite un *nuntius* o per *litteras*, utilizzata senza distinzione dal marito o dalla moglie. Sul punto, C. FAYER, *La familia romana*, III, cit., p. 58 ss.
- ¹²² E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino 1890, p. 177; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*¹, Milano 1969, p. 174; C. VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulteri'*, in *Iura*, 41, 1990, p. 43 ss.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, cit., p. 44 nt. 82; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e 'stipulatio poenae'*, in *SDHI*, 66, 2000, p. 153 e ss.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., p. 461 ss.
- ¹²³ *Nov. Iustini* 140 pr.: *Propterea nuptiae ut contrahentibus ita felices sint exoptamus, ut numquam daemonis opus fiant, neve coniuges inter se separentur, cum iustam matrimonii solvendi causam non habeant* (ed. R. Schoell).
- ¹²⁴ S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II. Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, Milano 1991, p. 86 ss.
- ¹²⁵ L'espressione *binae nuptiae* è del tutto sinonimica al concetto di *bigamus* (termine di origine greca che compare per la prima volta nel VI d.C.), e che si riferiva a colui che si univa in matrimonio con altra donna senza sciogliere il precedente vincolo coniugale.
- ¹²⁶ In particolare, E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, p. 389 ss., in cui l'Autore afferma che durante il periodo classico non poteva configurarsi la fattispecie di reato di bigamia; cfr. A. METRO, *Binas nuptias constituere in D.* 3.2.1, in *Iura*, 26, 1975, p. 101 ss.
- ¹²⁷ E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Scherillo* 1, Milano 1972, p. 255 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie: un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, p. 57 ss.; R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale in età arcaica*, in *SDHI*, 58, 1992, p. 320 ss.; A. GUARINO, *Lui, lei e l'altro nel matrimonio romano*, in *Index*, 21, 1993, p. 411 ss.; I. PIRO, *Usu in manum convenire*, Napoli 1994, p. 82 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova 2002, p. 133 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*³. *Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli 2010, p. 31 ss.; A. BAROIN, *Le couple en droit au haut moyen âge: autour de l'affectio maritalis et des relations patrimoniales*, in *Médiévales*, 2013, 65, p. 97 ss.; J.E. GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire*, cit., p. 84.

oppure la sua sottoposizione a giudizio da parte del marito, unitamente ai cognati¹²⁸ quali garanti della giustizia dell'azione compiuta, all'interno del *consilium domesticum*¹²⁹.

Tale evento appare confermato da Catone¹³⁰, il quale ha precisato che l'uccisione dell'*uxor* colpevole di adulterio fosse consentita al marito qualora l'avesse sorpresa in flagranza di reato, anche senza consultare i cognati.

86

5. Conclusioni

Le considerazioni testé riferite hanno indotto alcuni studiosi a sostenere che il *crimen* in oggetto sia stato istituito solo nel momento in cui il matrimonio romano venne considerato a tutti gli effetti un 'negozio' e non più un mero rapporto di fatto¹³¹. In tal senso le indicazioni alle *binæ nuptiæ* anteriori a questo momento sarebbero, quindi, una modifica apportata dai compilatori giustinianeî, a seguito dell'introduzione del *crimen* di bigamia.

87

Si tratta di un aspetto di notevole interesse e del tutto convergente con i risultati del breve esame qui proposto: che mi pare confermare il ruolo fondamentale del *affectio maritalis* in tutte le epoche storiche che hanno caratterizzato la società romana. L'imprescindibilità del *consensus* mette in luce l'importanza della volontà dei nubendi, che consentiva di distinguere il matrimonio da tutti gli altri tipi di unione stabile.

88

¹²⁸ Sembra, allora, plausibile che per tali ragioni in età classica la bigamia veniva punita per la donna come l'adulterio, compromettendo anche la legittimità della sua prole, mentre per l'uomo alla stregua dello stupro. F. ZABATTA, *La bigamia nell'esperienza romana: profili giuridici e riprovazione sociale*, PhD Th., Palermo 2016-17, p. 76.

¹²⁹ E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulteri*, in *Studi P. Bonfante*, II, Milano 1930 (= ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991), p.221 ss., invece, sostiene l'interscambiabilità piena di *stuprum* ed *adulterium* nella *lex Iulia*, atteso che entrambi presentano un significato molto vasto, anche se precisa che il letteralmente i termini siano differenti.

¹³⁰ Infatti, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 171 ss., precisa che *adulterium* dovrebbe designare il rapporto extramatrimoniale di una donna che viveva in *iustae nuptiæ*, mentre *struptum*, in origine sinonimo di *turpido*, identificava tutte le condotte erotiche negativamente rilevanti per l'opinione pubblica e che di volta in volta potevano essere violente, omosessuali (maschili), sacrileghe od incestuose. In ragione della differenza terminologica esposta, PH. LOTMAR, *Lex Iulia de adulteriis und incestum*, *Mèlanges P.F. Girard*, II, Paris 1912, p. 119 ss., ha ritenuto del tutto inappropriato l'uso indistinto dei due vocaboli impiegati dalla *lex Iulia*.

¹³¹ *Dion.* 2.25.6.