

GIUSTIZIA, PENA E MISERICORDIA NELL'ISTITUTO DEL MATRIMONIO NEL DIRITTO ROMANO

Fecha de recepción: 26 octubre 2017 / Fecha de aceptación: 15 noviembre 2017

Paolo Giuseppe Maria Lobiati
Università degli studi di Pavia
paologiuseppe.lobiati@unicatt.it

Riassunto: Il tema della giustizia e della pena può essere riscontrato anche nella risoluzione del conflitto tra coniugi già a partire dal diritto romano arcaico. Si tratterà, quindi, l'evoluzione dell'istituto del *divortium* nel sistema giuridico romano a partire dalla sua nascita come risposta al *ius vitae ac necis* del marito sulla moglie, passando per il ripudio unilaterale e concludendosi con la dissoluzione del vincolo. L'analisi proseguirà attraverso uno sguardo sulla normativa di merito nell'età classica per poi soffermarsi sulla normativa del Tardo Impero che, incontrandosi con il Cristianesimo, fu soggetta a modificazioni in virtù delle spinte che la dottrina patristica sull'indissolubilità forniva. Si metterà in luce come il *ius* di cui si tratta, che vide la nascita del *divortium* quale risposta di un coniuge alle ingiustizie perpetrategli dall'altro, arrivò a doversi confrontare con la dottrina Cristiana che, nell'ambito matrimoniale, sostenendo la tutela del vincolo, riuscì a compiere un bilanciamento delle istanze sociali e religiose attraverso l'istituto della separazione come "pena misericordiosa".

Parole chiave : diritto romano, ripudio, divorzio, pena *ius sacrum*.

Abstract: The issue of justice and punishment can be found in the resolution of the conflict between spouses from the archaic Roman law. The *divortium* institution in the Roman legal system from its birth as a response to the *ius vitae ac necis* of the husband over the wife, the unilateral repudiation and, finally, the dissolution of the bond will be outlined. The analysis will continue with the regulations in the classical period and then the regulations in the Late Empire which, coinciding with Christianity, were modified by virtue of the importance given to indissolubility by the patristic doctrine. We will see how the *ius*, which considers *divortium* as a response of one spouse to the injustices from the other one, had to be measured with the Christian doctrine which, in the matrimonial field, protecting the bond, will strike a balance between social and religious needs through the institute of separation as a "merciful punishment".

Keywords: Roman law, Repudiation, Divorce, Punishment *Ius Sacrum*.

PREMESSA

Per non naufragare nel *mare magnum* del *ius matrimoniale* nel diritto romano si è cercato di delimitare i confini del *mare nostrum* di questa breve ricerca: essi sono costituiti dal trinomio *iustitia – poena – misericordia* e dalla rilevanza di questi elementi nell’ambito dello *status coniugalis* ossia – con terminologia più squisitamente canonica- *matrimonium in facto esse*. A tal fine sembra opportuno prendere le mosse dalla ben nota definizione di Modestino: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio*”¹, per estrarne i tre elementi (*coniunctio-consortium-communicatio*) da cui si possono ricavare quegli *status seu effecta*, che permettono di qualificare il matrimonio come “*iustitia*”. L’aggettivo *iustus* –si ribadisce- non verrà tanto applicato alla nozione del matrimonio in *fieri*, con cui si intende il matrimonio celebrato alla presenza di presupposti che ne sanciscano la validità², quanto piuttosto al *matrimonium in facto*, ossia al rapporto che deriva dal consenso, gravido di situazioni-*status* mutualmente esigibili da parte dei contraenti.

Il termine *poena*, farà riferimento allo strumento fornito dall’ordinamento per regolare la trasgressione allo *status iustitiae coniugalis* evitando la corruzione della

¹ D. 23. 2. 1. È interessante notare come di poco posteriore alla definizione di Modestino, un’eco all’accostamento operato dall’autore tra *ius divinum ac humanum* sia rinvenibile in una costituzione di Gordiano che definisce la moglie quale «*socia rei humanae atque divinae*» (C. 9. 32. 4). Invero non può passare inosservato anche il richiamo che Ulpiano attua del matrimonio, rinvenibile in D. 1. 1. 3, ove spiegando la nozione di *ius naturale* il giurista mostra il matrimonio sia il primo frutto di questo: “*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: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit*”.

² Non manca in merito chi si oppone alla dottrina più risalente, che sembrerebbe mettere in luce un sistema segnato da confini netti tra *matrimonium iustum*, caratterizzato dalla sussistenza di una serie di requisiti mancando i quali lo stesso sarebbe stato inesistente e si sarebbero date altre situazioni definite come unioni di fatto -v. QUADRATO, R., «*Maris atque feminae coniunctio: matrimonium e unioni di fatto*», in *Index*, 38 (2010), pp. 223 ss. -, sostenendo che tale rigidità sarebbe ridimensionata da una analisi della realtà più variegata che emerge dalle fonti, infatti «la circostanza che i giuristi romani si siano occupati prevalentemente del *iustum matrimonium* non esclude che abbiano considerato anche il *matrimonium iniustum* (...) come produttivo di alcuni, sia pur limitati effetti ricollegabili al *iustum matrimonium*» (SANNA, M. V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, p. 6 s.).

pax deorum -non solo per l'azione del trasgressore ma anche di colui che subisca l'*iniuria*-. *Misericordia*, infine, diventa la considerazione di quello strumento che cerca, lentamente, di riscattare un coniuge dalla mercè dell'altro, mitigando la *poena* ma mantenendo la *iustitia*.

1. PREMessa ANTROPOLOGICA CULTURALE SUL MATRIMONIO QUALE ISTITUTO DI *IUS SACRUM*

Per comprendere appieno le categorie sopra accennate è fondamentale inquadrare la nozione di matrimonio nel diritto romano nel suo alveo originario, ossia quello del *ius sacrum*, con tutto ciò che da tale categoria scaturisce.

Allo scopo non si può prescindere dal dato lessicale etimologico, che risulta già di per sé epesegetico della sacralità da cui l'istituto fu sempre, anche nella c.d. fase di laicizzazione del diritto, permeato. Non può, infatti, passare inosservato il fatto che già a partire dall'origine lessicale indoeuropea non si rinvenga un concetto di matrimonio che ritragga in modo paritetico l'atto costitutivo del rapporto coniugale³: invero, la differenza delle espressioni usate per l'uomo rispetto a quelle utilizzate per la donna non è considerabile soltanto lessicale ma anche, e soprattutto, morfologica, così che i termini da riferire al *vir* sono *verbali*, mentre per la *mulier* sono *nominali*.

La differenza terminologica - che rispecchia anche quella sociale - è ben rappresentata dal testo di Plauto, che nella commedia *Aulularia*, pone sulle labbra di Megadoro queste parole:

³ Infatti si può leggere in ARISTOTELE, *Politica* I. 3. 2: "è senza nome l'unione dell'uomo e della donna". È su questa base che la dottrina degli antropologi mette in luce come la situazione dell'uomo e della donna nella coniugalità fosse nettamente diversa, così che se le espressioni correnti per indicare l'unione dell'uomo e della donna sono chiaramente di matrice tarda, nelle lingue antiche emergono dati più specifici che mostrano la diversità di funzioni. Per approfondire v. BENVENISTE, E., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, ed. it. a cura di LIBORIO, M., Torino 1976, pp. 183-194.

*“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?'⁴*

Nel testo l'utilizzo dei lemmi utilizzati è nettamente diverso tra uomo e donna: si tratta, infatti, per il *vir*, di *uxorem ducere*, così che l'uomo risulti colui che conduce, prende, la donna ad essere moglie, ponendosi in una condizione *attiva*⁵, così come attiva è l'azione del *nuptum dare* del padre o del fratello che *portano* la moglie al marito⁶: il verbo, non può sfuggire, è quello sempre utilizzato in forma solenne per le azioni sacrificali.

Per la donna, invece, l'atto di contrarre le nozze viene indicato con il verbo *nubere* che di per sé indica soltanto il prendere il velo, quai a voler sottolineare che la donna *non si sposa* ma è *sposata*, non compie un atto ma cambia condizione⁷. Viene quasi in mente il paragone con Lucrezio che, nel *De rerum natura* a proposito di Ifigenia condotta all'altare vittima sacrificale e la celebrazione delle nozze, scrive:

*Nam sublata virum manibus tremibundaque ad aras
deductast, non ut sollemni more sacrorum
perfecto posset claro comitari Hymenaeo,
sed casta inceste nubendi tempore in ipso
hostia concideret mactatu maesta parentis⁸.*

Partendo da questo paragone letterario ed avendo di fronte agli occhi la categoria del *ius sacrum*⁹, risulta meno difficile scalfire quella concettualizzazione

⁴ PLAUTO, *Aulularia*, vv. 478-480.. Il discorso è riferito alla domanda che i ricchi sposino senza dote le figlie dei poveri, per arrivare al parossismo di chi debbano sposare le fanciulle ricche.

⁵ Già nell'indoeuropeo si riscontra l'utilizzo delle forme della radice verbale **wedh*, ossia il condurre (cfr. BENVENISTE, E., *Ibid.*, p. 183).

⁶ A tal proposito si richiama la legge di Gortina, al cui cap. VIII si riferisce del *patròs dóntos*. Si deve notare come se nell'epigrafe emerga chiaramente che la donna, contratto il matrimonio, godesse di diritti patrimoniali, tuttavia l'atto dell'unirsi in matrimonio doveva soggiacere ad una *electio* e *traditio* paterna.

⁷ Cfr. BENVENISTE, E., *Ibid.*, pp. 185-186. L'autore addirittura arriva a definire come il matrimonio per la donna non segni un atto ma un "destino", così rendendo ancora più pregnante quanto sostenuto.

⁸ LUCREZIO, *De rerum natura*, I, 95-99.

⁹ Per comprendere meglio la nozione di *ius sacrum* si prenda la nozione fornita da Weber che, trattando del processo di razionalizzazione e oggettivazione del diritto, afferma che: "Dove si concepisce l'idea di norme valide per l'agire e vincolanti per la decisione delle controversie queste

dell'epoca classica del matrimonio quale situazione fattuale sostenuta dall'*affectio maritalis* sotto la cui luce andrebbe letto anche il ripudio nel diritto arcaico¹⁰.

Alla stregua di un atto sacrificale, si potrebbe allora sostenere che, da un lato, la donna col *matrimonium* viene *consecrata*, così da assurgere alla nuova condizione di *mater familias*, non tanto compiendo un atto quanto seguendo un destino, dall'altro il *vir* che la accoglie, ossia *eam ducit sicut uxorem*, la fa, come *sacerdos*, entrare nel suo *patrimonium*, così da creare una serie di effetti giuridici tra i due¹¹.

2. LA IUSTITIA: GLI EFFETTI DEL SACRUM FACERE

Inteso nell'ottica del *ius sacrum*, gli effetti delle *nuptiae* sono dunque da rileggere alla luce della *separatio mulieris* che, con la *capitis minutio*, entrava a far parte di una nuova sfera, quella del *vir* che la conduceva presso di sé¹².

non vengono considerate come prodotto, o anche soltanto come possibile oggetto di statuizioni umane. La loro esistenza legittima dipende piuttosto dal carattere assolutamente sacro di determinate consuetudini in quanto tali, la deviazione dalle quali può procurare il malocchio, il turbamento degli spiriti o la collera degli dei" WEBER, M., *Economia e società III, Sociologia del diritto*, Milano 1995, p. 95.

¹⁰ Vedi VOLTERRA, E., s.v. «Divorzio (diritto Romano)», in *NNDI*, 6, 1960, p. 62 ss. in cui l'autore, al fine di salvaguardare la totale libertà assoluta degli sposi nella scelta di permanere nel vincolo, arriverebbe addirittura a respingere la testimonianza di Plutarco di cui si andrà a riferire che prevedeva degli "obblighi" di dissoluzione di questo in presenza di determinati presupposti.

¹¹ A tal proposito vi è chi sottolinea come sia fondamentale andare a ripercorrere le stratificazioni storiche degli istituti per comprenderne appieno le caratteristiche. A tal proposito, sempre secondo tali autori, "è interessante presentare innanzitutto gli elementi e i requisiti del matrimonio romano affinché si delineino determinate conseguenze giuridiche, sia in relazione alla condizione di coniugi, sia allo status giuridico dei figli nati" (FORLINI, P., *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*, Città del Vaticano 2008, p. 12).

¹² In quest'ottica risulta essere suggestivo il paragone che P. Bonfante attua tra il matrimonio nel diritto romano ed il diritto contemporaneo, in cui si afferma "Il matrimonio romano invece è stabilito appunto dal perdurare dei voleri e dal proposito di essere marito e moglie, dalla consistenza e dalla continuità della vita comune" così da poter definire il matrimonio come «la convivenza dell'uomo e della donna sotto l'autorità del marito con intenzione effettiva e continua di essere marito e moglie" (BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Roma 1934, p. 180).

Il primo si ravvisa nel passaggio della donna dal culto dai *Lares* della famiglia di origine a quello dei *Lares* della famiglia del marito¹³, nella quale è accolta¹⁴, così che il focolare domestico, che le viene affidato, dipenda unicamente dalle sue cure in assenza delle quali era destinato a spegnersi.

Catone, nel *De agri cultura*, descrive i compiti della moglie e sottolinea come questa fosse la *custos* del focolare domestico, cosicché il suo impegno precipuo si identificava nel supplicare i *lares familiares* affinché portassero sempre abbondanza alla famiglia:

*Munda siet: villam conversam mundeque habeat; focum purum circumversum cotidie, priusquam cubitum eat, habeat. Kal., Idibus, Nonis, festus dies cum erit, coronam in focum indat, per eosdemque dies lari familiari pro copia supplicet*¹⁵.

Se la cura del focolare domestico della *virī domus*, simbolo dei Lari di questo, doveva essere attuata dalla sposa, Catone tace sul fatto che la donna dovesse essere o meno in potestà del *vir*¹⁶: gli esegeti ritengono che anche se ancora in potestà del padre la donna fosse tenuta a modificare il suo culto e passare da quello dei *lares parentium* a quello dei *Lares* protettori della casa dello sposo¹⁷.

¹³ Non manca chi vede nella partecipazione della donna ai *sacra familiaria* del marito, con la conseguente perdita di quelli della sua famiglia di origine, l'origine dell'espressione *iuris divini communicatio* della definizione di matrimonio di Modestino (cfr. FRANCIOSI, G., *La famiglia romana*, Torino 2003, p. 168).

¹⁴ ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2002, p. 7, ricorda come nell'ambito della religione domestica si fosse soliti distinguere tra i culti alla divinità che santificano e proteggono la famiglia, i *Lares*, e i culti resi alle anime dei parenti defunti, i *Manes*.

¹⁵ CATONE, *de Agri Cultura*, 143, 2. L'autore mostra come il compito della *domina*, all'interno della casa, fosse quello, attraverso la cura dell'*ignis*- da intendersi come azione di culto- di impegnarsi a mantenere il *nefas* lontano da questa. Non può, nell'ottica anche suggestiva di questo scritto non rinvenirsi un'assonanza con il compito delle vestali di alimentare costantemente il fuoco della Dea Vesta (cfr. GALAVOTTI, E., *Cultura e società romana*, 2014, p. 84 ss.).

¹⁶ Già la dottrina più risalente riconduce questo effetto, considerato come "minore" come promanante da qualsiasi matrimonio, non esclusivamente da quelli *cum manu* (cfr. BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Bologna 1887, p. 60-61).

¹⁷ Sull'argomento, tuttavia, non può passare inosservato come la dottrina più risalente, che riteneva il rito dell'*aqua et igni accipi* non tra i riti essenziali o necessari della celebrazione del matrimonio, pur percependone l'origine ancestrale lo ricollegano non tanto e precipuamente all'aspetto sacrale e di passaggio di *Lares* quanto piuttosto a quello costitutivo di "*comunione familiare, umana e sacra*" (cfr. Ivi, p. 59).

Nonio, nel *De compendiosa doctrina*, descrive l'usanza per cui la sposa, durante la *deductio in domum*, portava con sé tre tavole in legno con le quali attuava la sua prima offerta ai *Lares familiares* di cui diventava in un certo qual modo la “sacerdotessa”, dal momento che il suo compito era mantenere vivo il *focus*, che, come primo gesto del suo ingresso nella casa, alimentava e che si impegnava a mantenere vivo, attraverso il gesto del *tertium assis* portato, che serviva quale scorta per non permettere che il fuoco si spegnesse:

*Nubentes veteri lege Romana asses III ad maritum venientes solere pervehere atque unum, quem in manu tenerent, tamquam emendi causa marito dare, alium, quem in pede haberent, in foco larium familiarum ponere, tertium, quem in sacciperione condidissent, compito vicinali solere resanare*¹⁸.

Da quanto finora presentato si deduce che il culto dei *Lares* del marito atteneva alla donna sposata in quanto moglie, e quindi *viro sacrata*.

Oltre al vincolo coniugale, tra i coniugi poteva sussistere anche il rapporto della *manus*, ossia della sottoposizione dell'*uxor* alla *potestas viri*, rompendo così ogni legame di *agnatio* con la famiglia di origine, per costituirne uno nuovo con la famiglia del coniuge. In questo caso anche la *communicatio sacrorum* diventava più forte e si modificava, dovendo la donna partecipare anche ai culti dei *Manes*, ossia gli agnati defunti, della famiglia del marito. Cicerone, che nel *De legibus*, riportando le leggi degli antichi, accanto all'ordine di onorare gli *dei Manes* collega questi ultimi ai parenti defunti dal momento che, si dice, debbano essere considerati come dèi:

*Deorum Manium iura sancta sunt. Bonos leto datos divos habent. Sumptum in ollos luctumque minuunt*¹⁹.

¹⁸ NONIO, *De compendiosa doctrina* s.v. *Nubentes*, Lind. 852: “Secondo l'antica legge romana le donne che si sposavano venendo presso il marito erano solite portare tre assi: uno che tenevano in mano lo consegnavano al marito come se l'avessero comprato, l'altro che avevano sul piede lo gettavano nel fuoco dei Lari famigliari, il terzo che avevano nascosto in una borsa erano solite utilizzarlo per tenere in vita il focolare”. Si noti l'espressione *veteri lege Romana* utilizzata da Nonio richiama chiaramente il fatto che l'autore, nel IV secolo, si rifaceva ad una usanza legislativa ormai disueta.

¹⁹ CICERONE, *De re publica*, 1, 22, 55. Il matrimonio arcaico poneva quindi una scissione tra quello che era il culto proprio della *Domus* maritale nel quale la donna subentrava necessariamente in quanto *domina* e quello della famiglia del marito, nel quale essa poteva essere eventualmente inserita.

Si evince, dunque, che la *conventio in manum* aveva l'effetto non solo di creare nuovi legami di *agnatio* con i vivi, ma anche con i defunti, così che si soleva dire che la moglie partecipasse ai *sacra familiaria* dell'uomo²⁰.

Oltre alla posizione della moglie nella struttura religiosa della *viri familia* il *ius sacrum* ne disciplinava i doveri, da considerare specularmente ai diritti del marito²¹.

Il matrimonio diventava, infatti, titolo per la creazione di due tipi di poteri: della *manus*, qualora la celebrazione delle nozze fosse accompagnata dalla *conventio in manum*, e della *patria potestas* qualora dal matrimonio nascessero dei figli²².

²⁰ Non stupiscono queste affermazioni dal momento che si è assunta, nel caso, la dottrina maggioritaria e tradizionale che distingueva – quasi giustapponendo - due tipi diversi di matrimonio, ossia quello *cum manu*, ritenuto storicamente più antico e caratterizzato da cerimonie rigidamente formalistiche (si pensi alla *confarreatio*) ed un altro *sine manu*, che arrivò, già nell'età repubblicana, ad essere considerato come il matrimonio tipico del diritto romano (cfr. ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1989, p. 435). Il passaggio tra le due forme si sarebbe, secondo tali teorie, avuto al fine di “evitare tale passaggio (*n.d.r.* di legami agnatizi che si costituiva con la *manus*) affinché la donna non perdesse i suoi legami con la famiglia di origine, e di conseguenza anche le aspettative ereditarie, in quanto il permanere nello status familiae originario non comprometteva la posizione sociale della donna stessa né tanto meno la legittimità dei figli” (FORLINI P., *I presupposti metagiuridici*, p. 18).

²¹ Trattando di diritti e doveri dei coniugi non può passare in secondo piano come la dottrina sostenga la necessità di scalzare la precomprensione secondo cui il matrimonio nella civiltà romana arcaica fosse sorto fin dalle origini come istituzione: esso, infatti, nella storia di Roma non si qualificava come istituto giuridico, bensì come rapporto di fatto che si svolgeva al di fuori dell'ambito del diritto, tanto che si può arrivare ad affermare che, nel caso, “l'ordinamento non regola direttamente il matrimonio ma, da una certa epoca, solo le sue conseguenze» tanto che «il matrimonio repubblicano è decisamente un rapporto di fatto, cioè nient'altro che l'unione durevole tra l'uomo e la donna (...) a cui progressivamente lo Stato ha collegato taluni effetti” (FRANCIOSI, G., *La famiglia romana*, p. 170).

²² In merito alla *patria potestas* è bene ricordare che il fine del matrimonio è la procreazione, tanto, così come emerge chiaramente anche dalla letteratura – oltre che dai testi giuridici, come D. 50. 16. 220. 3 – di cui ad esempio di prenda Plauto che afferma il matrimonio esiste *liberorum quaerendorum causa* (*Aulularia*, 148). Non a caso l'aborto procurato, come si andrà successivamente ad analizzare, era sanzionato non solo con il ripudio ma anche con l'esilio della donna. Inoltre, il fatto che il matrimonio appaia essere contratto *quaerendorum liberorum causa* emerge già essere testimoniato nel III secolo a.C. anche in Ennio, che viene citato da Festo nel *de significatione verborum* sotto il termine *quaeso*: “*Quaeso, ut significat idem quod rogo, ita quaesere ponitur ab antiquis pro quaerere, ut est apud Ennium lib. II: «Ostia munita est; idem loca navibus pulchris munda facit, nautisque mari quaesentibus vitam»; et in Cresophonte: «ducit me uxorem liberorum sibi quaesendum gratia»; et in Andromeda: «liberum quaesendum causam familiae matrem tuae»*” (FESTO, s.v., Lind 312).

Il potere e i diritti che venivano al marito dalla *manus* sulla moglie erano più ampi e più rigidi di quelli che gli derivavano per la sola condizione di marito: egli, ad esempio, qualora venisse tradito, poteva uccidere la consorte anche se non fosse stata colta in flagranza; mentre la stessa punizione poteva essere da lui comminata anche qualora la donna abusasse di vino. Tuttavia egli poteva esercitare questo potere solamente dopo aver sentito i parenti, che fungevano da garanti della giustizia dell'azione compiuta²³.

Il marito, titolare della *manus* sulla moglie, poteva anche venderla mediante *mancipatio* e porla *in mancipio* dell'acquirente, ciò sempre in presenza di un giusto motivo, ad esempio divorziando da lei per farla sposare dall'acquirente affinché gli desse figli legittimi: in questo caso si parla di *mancipatio liberorum quaerendorum causa*. Nel caso in cui il marito fosse stato *alieni iuris* e la moglie si fosse posta sotto la sua *manus*, i diritti correlati a questo potere non erano da ricondurre al marito bensì al suocero della donna, che godeva addirittura del potere di metterla a morte qualora venisse percosso dalla stessa, configurandosi il delitto della *verberatio*.

La *mulier* aveva l'obbligo della *fedeltà* e, qualora commettesse adulterio, il marito aveva il diritto di punirla. Tale obbligo non va ricondotto semplicemente all'aspetto morale, come sembrerebbe più immediato, ma anche al fatto che il *ius sacrum* concepiva matrimonio come unione di un uomo e di una donna contratta allo scopo di procreare figli *legitimi*, essendo nati in una *familia proprio iure dicta*, così che proprio al *ius sacrum* è riconducibile il principio secondo cui la legittimità dei figli dipendeva proprio dalla validità del matrimonio dei genitori.

²³ In un secondo tempo, forse per l'influenza esercitata dal *ius sacrum*, questi poteri gli vennero sottratti, e anche tra i coniugi di matrimoni *cum manu* entrarono in vigore gli stessi diritti e doveri di quelli *sine manu*, così che il marito godeva dei poteri che concernevano al suo stato di coniuge in quanto tale, indipendentemente dal tipo di matrimonio sussistente. Cfr. ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, 9. Una tale evoluzione e assimilazione del matrimonio *cum manu* e *sine manu* comportò lentamente anche il progressivo cadere in disuso di tale istituto.

2.1. *POENA*: COMPORAMENTI LESIVI E REPRESSIONE

La trasgressione dei comportamenti ai quali i coniugi erano tenuti in base al *ius sacrum* comportava anche, e soprattutto, una offesa alla divinità. Le colpe causate dalla disobbedienza potevano essere catalogate in due specie: espiabili attraverso un *piaculum*, ovvero non espiabili così da portare come conseguenza la morte.

Da qui si comprende che il matrimonio comportava un impegno –almeno se ci si riferisce all’età arcaica- verso la divinità prima ancora che verso il coniuge, così che nel caso di trasgressione era necessario placare il dio prima del coniuge²⁴. Si pensi alla pena per il marito che avesse dato in *mancipatio* la moglie *iusta sine causa*, ossia la *consecratio capitis* agli dèi degli inferi, ai quali lo stesso doveva essere immolato a motivo dell’atto di disobbedienza commesso. Plutarco in merito riferisce:

εἰ δ’ ἄλλως τις ἀποπέμψαντο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυνανκός εἶναι, τό δέ τῆς Δήμητρος ἱερόν κελεύων τὸν δ’ ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίσιοις θεοῖς ²⁵.

Ancora: la *mulier* che avesse trasgredito nei confronti del suocero – al quale era legata in virtù della *Larium communicatio*-, in caso di *verberatio*: due leggi,

²⁴ A tal proposito è bene ricordare che nel periodo arcaico già il fidanzamento veniva regolato dal *ius sacrum*: infatti nel contrarlo entrambi gli *sponsi* compivano una libazione in onore degli dei- detta *σπονδᾶς* di cui chiedevano la protezione e di fronte ai quali si assumevano l’obbligo di contrarre il matrimonio (*sponsio*). Tale atto veniva indicato con il verbo *spondere* la cui definizione data da Festo: “*Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde ex Graeco dictam ait quod spondāw interpositis rebus divinis faciant*” (Festo s.v. *spondere* Lind. 440). Circa lo stesso rito nuziale, invece, l’importanza del sacrificio che lo segnava è messa in luce da Servio che nel suo commento all’Eneide riferiva: “*Apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat*” (SERVIO, in *Aen.*, 3, 136). La stessa nozione viene richiamata anche da Lucano, che descrivendo il matrimonio di Marcia richiama l’intervento degli dei a suggello del patto: “*Hae flexere virum voces, et, tempora quamquam / sint aliena toris iam fato in bella vocante, / foedera sola tamen vanaque carentia pompa / iura placent sacrisque deos admittere testes*” (*Pharsalia*, 2, 350-3).

²⁵ PLUTARCO, *Rom.*, 22, 3. Si nota dal testo come lo scopo della legge sia quello di mantenere integro il rapporto tra *civitas* e dèi, così che i contravventori alla legge erano puniti in quanto venivano meno all’equilibrio che si era creato. Nello stesso tempo il lemma *uxoris*, cui parte dei beni doveva essere devoluta, indica non la donna bensì i suoi parenti (v. NOAILLES, P., *Fas et ius, études de droit romain*, Parigi 1948, pp. 1 - 29). Allo stesso modo il testo di Plutarco permette di considerare come il *vir ius repudiandi* stesso non fosse né assoluto né, tantomeno, esercitabile arbitrariamente, così che non veniva punita soltanto la moglie che trasgrediva, come si vedrà in seguito, ma anche il marito che trasgrediva il patto stipulato di fronte agli dèi.

ricondotte l'una a Romolo e l'altra a Servio Tullio e tramandateci da Festo, mettono in luce il diritto del *verberatus* di uccidere il *verberans* (figlio o nuora – nel nostro caso - che fosse):

*Plorare, flere [inclamare] nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: et apud antiquos plane inclamare... in regis Romuli et Tatii legibus: "si nurus, sacra divis parentum estod". In Servii Tullii haec est: "si parentem puer verberit ast olle clorassi parens, puer divis parentum sacer esto"*²⁶.

Il grammatico riferisce, quindi, la prassi della *sacratio nurus*: era potere del suocero mettere a morte la nuora soltanto nell'immediatezza della *verberatio*, tuttavia, prima di infliggere la pena, era necessario che si attuasse la *ploratio*, ossia la chiamata a raccolta di estranei che confortassero l'umiliato e, in un certo qual modo, suggellassero, con la loro presenza, la natura *fausta*²⁷ e la *iustitia* del suo gesto.

Su questa premessa risulta maggiormente comprensibile l'importanza assunta da due testi che mettono in luce dai comportamenti tenuti da parte della donna a danno del marito e ritenuti lesivi, nonché la *poena* che ad essi era comminata, così come riportato da due testi che si andranno ad analizzare, l'uno di Plutarco e l'altro di Dionigi di Alicarnasso²⁸.

²⁶ FESTO, s.v., Lind 260: "*Plorare* significa piangere, e con la preposizione supplicare, cioè invocare. E presso gli antichi chiamare apertamente... nelle leggi del re Romolo e Tazio: se la nuora, sia consacrata agli dèi dei genitori. Nella legge di Servio Tullio: se il figlio colpirà il genitore sia consacrato agli dèi del genitore".

²⁷ Si ritrova qui la pregnanza dell'origine etimologica dell'aggettivo che rimanda alla categoria del *fas* con tutto ciò che essa comporta (v. NOIALLES, P., *Fas et jus*, pp. 1-29).

²⁸ Nell'analizzare questi testi si esulterà dalla problematica critica e di concertazione di questi. Infatti il testo di *Antiquitates romanae* 2, 25, 6 di Dionigi di Alicarnasso e quello della *Vita Romuli* 22, 3 di Plutarco differiscono chiaramente sia nel numero delle condotte criminose recensite – due nell'uno e tre nell'altro – sia nella pena ad essa comminata. Si ritiene, quindi, con la dottrina maggioritaria – non per mera semplificazione o riduzionismo – utile conciliare le discrasie in merito attraverso una interpretazione in chiave evolucionistica "*l'avvicendamento di una pena più umana (...) ad una più barbara (...). quest'ultima superata dalla prassi ma sopravvissuta nella memoria di Dionigi*" (cfr. GIUNTI, P., *Consors vitae, matrimonio e ripudio nella Roma antica*, Milano 2004, pp. 3 – 57).

Prima di trattare di *actio* e *poena* è, tuttavia, necessario premettere che Dionigi di Alicarnasso nelle *Antiquitates Romanae* trattando della *confarreatio*, afferma:

τὸ δὴ κοινωνοὺς τῆς ἱερωτάτης τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναῖκας ἀνδράσι καὶ ἐπὶ τῇ ὅλῃ συνελθεῖν τύχῃ τὴν μὲν ἐπίκλησιν τῆς κοινωνίας τοῦ φαρρὸς εἶχεν, εἰς σύνδεσμον δ'ἀναγκαῖον οἰκειότητος ἔφερεν ἀδιαλύτου, καὶ τὸ διαιρηῆσον τοὺς γάμους τούτους οὐδὲν ἦν²⁹.

Lo storico greco sostiene che il matrimonio *confarreato*, quindi sancito da un sacrificio, portava un vincolo indissolubile³⁰ a tal punto che nulla poteva scioglierlo, proprio in virtù della dei *sacra* che il sacrificio a Giove creava tra i coniugi: è questo, quindi, un principio basilare del *ius sacrum*, ossia che un atto compiuto e suggellato di fronte agli dèi non poteva essere ritrattato³¹.

²⁹ DIONIGI DI ALICARNASSO, *Antiquitates Romanae*, 2, 25, 3: la *confarreatio*, che Tacito in *Annales* 4, 16 definisce come *horrida antiquitas - ita medendum senatus decreto aut lege, sicut Augustus quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset* - mostra la sua dimensione sacrale proprio nel suo porsi come cerimonia religiosa, costruita attorno all'offerta sacrificale del *panis farreus* alla presenza direttiva dei più alti sacerdoti, il *flamen Dialis* ed il *Pontifex maximus*, così diventando con il passare del tempo la contiguità tra *fas* e *ius* (cfr. CANTARELLA, E., *Usu, farreo coemptione*, p. 102).

³⁰ Non manca chi sembra esulare da questo testo, sostenendo la dissolubilità *tout court* del matrimonio romano, tanto da sostenere: "*possibilitatem dissolutionis matrimonii divortio locum habuisse Romae inde ab antiquo, quidem ab ipso initio constitutionis civitatis, nequit non admitti. Etenim constat directe ex traditione a Plutarcho recepta et transmissa circa certam legem primi regis Romae, Romuli, scilicet signatis causas ob quas divortium mariti licebat*" (ROBLEDA, O., «Divortium. Ius romanum et theoria generalis», in *Periodica de re morali canonica liturgica* 58 (1969), p. 374).

³¹ A dire il vero non manca chi sostiene che lo storico nel descrivere il matrimonio *confarreato* si rifacesse a quello del suo tempo, ossia quello del *flamen Dialis*, arrivando a considerare il matrimonio dei *flamines* quale immagine del matrimonio *confarreato*. Infatti non sono pochi gli autori che riportano che il matrimonio del *flamen* non potesse essere sciolto, come GELLIO, *Noctes Atticae*, 10, 15: "*Uxorem si amisit, flamonio decedit. Matrimonium flaminis nisi morte dirimi ius non est*". Ciò premesso, atteso quanto si legge in *Annales* 4, 16, ossia "*nam confarreatis parentibus genitos tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse, ut olim, eam copiam, ommissa confarreati adsuetudine aut inter paucos retenta (pluresque eius rei causas adferebat, potissimam penes incuriam virorum feminarumque; accedere ipsius caerimoniae difficultates quae consulto vitarentur) et quoniam exiret e iure patrio qui id flamonium apisceretur quaeque in manum flaminis conveniret*", risulta chiaro che ai tempi dello storico la *confarreatio* non fosse una pratica così rara e nello stesso tempo la ricerca dell'autore si basasse sull'analisi di fonti precise (cfr. BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, II, pp. 87-93). L'autore citato, inoltra compone la questione asserendo che l'indissolubilità, nel caso, sia da collegare ai *cum manu* mentre la possibilità di divorzio a quelli *sine manu* (BRINI, G., *Ivi*, pp. 101-103).

Sempre Dionigi di Alicarnasso riporta la sanzione che subiva la donna in caso di adulterio o di ubriachezza, motivi che in un tempo successivo saranno considerati *iustae causae* per il ripudio:

ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὁ πάντων ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλλησι δόξειεν ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυνή. ἀμφοτέρω γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος³².

Il testo citato, che segue i passi inerenti all'istituzione della *confarreatio*, rimanda a Romolo, autore della legge statuente che chi sorprendesse la moglie adultera o ubriaca poteva, paradossalmente, non ripudiarla ma ucciderla, giustificando la nefandezza di un tale gesto sulla impossibilità di scindere la *sacra sponsio*.

Im merito, altri testi approfondiscono e precisano che il marito poteva uccidere la moglie adultera soltanto se questa veniva colta in flagrante, come riportato anche da Gellio, che, nelle *Noctes Atticae*, citava Catone nell'affermare: «*In adulterio si uxorem tuamprehendisses, sine iudicio impune necares*»³³.

³² DIONIGI DI ALICARNASSO, *Antiquitates Romanae*, 2, 25, 6.

³³ GELLIO, *Noctes Atticae*, 10, 23, 5. Il testo completo è: «*Verba ex oratione M. Catonis de mulierum veterum victu et moribus; atque inibi, quod fuerit ius marito in adulterio uxorem deprehensam necare. Qui de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemias egisse, hoc est vino semper, quod «temetum» prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum ferrent deprehendendi causa, ut odor indicium faceret, si bibissent. II. Bibere autem solitas ferunt loream, passum, murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia. Atque haec quidem in his, quibus dixi, libris pervulgata sunt; III. sed Marcus Cato non solum existimatas, set et multatas quoque a iudice mulieres refert non minus, si vinum in se, quam si probrum et adulterium admisissent. IV. Verba Marci Catonis adscripti ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: «Vir» inquit «cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet, si quid perverse taetereque factum est a muliere; multatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur». V. De iure autem occidendi ita scriptum: «In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio impune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est.»». La stessa concezione della possibilità di uccisione della donna colta in flagrante adulterio è riportata anche in ORAZIO nella *Satira* 2, 7, 59 ss.: «*quid refert, uri virgis ferroque necari auctoratus eas, an turpi clausus in arca,**

Atteso che Gellio, nel riferire le parole di Catone, afferma che, in epoca in cui il matrimonio era già considerato risolubile tramite *repudium*, l'uccisione della moglie adultera fosse ritenuta possibile senza la necessità della previa convocazione ed audizione del *parentium consilium*, cioè, a maggior ragione, era da considerarsi possibile prima delle XII tavole, quando ancora non sussisteva la possibilità per il marito di ripudiare la moglie, considerata la non possibilità di sciogliere il vincolo.

Nel caso invece di adulterio non in flagranza, sempre la legge di Romolo riportata da Dionigi permetteva l'uccisione della moglie solo nel caso questa fosse sottoposta al potere della sua *manus*. Dice infatti lo storico: « ἀμώτερα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιούῃν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος»³⁴.

Se si premette che questo testo si riferisce alla descrizione del matrimonio confarreato, subito si evince che una tale norma era possibile solo nel caso in cui il marito avesse la moglie *in manu*, cosa che per di più avveniva con la *confarreatio*, e lo stesso *ius occidendi* era esplicazione del potere che il marito deteneva sulla moglie.

Un secondo testo, questo, invece, di Plutarco, detta i termini di una legge, sempre riferita a Romolo, che disciplina il ripudio, atto unilaterale espletabile soltanto dal marito:

Ἔθηκε δέ καί νόμους τινάς ὁ Ῥωμύλος, ὧν σφοδρός μὲν ἔστιν ὁ γυναικί μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναίκα δέ δνδούς ἐκβάλλειν ἐπί φαρμακεία τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῆ καί μοιχευθεῖσαν· εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαντο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυνανκός εἶναι, τό δέ τῆς

*quo te demisit peccati conscia erilis,
contractum genibus tangas caput? estne marito
matronae peccantis in ambo iusta potestas,
in corruptorem vel iustior? illa tamen se
non habitu mutatve loco peccatve superne,
cum te formidet mulier neque credat amanti.
ibis sub furcam prudens dominoque furenti
committes rem omnem et vitam et cum corpore famam evasti”.*

³⁴ DIONIGI DI ALICARNASSO, *Antiquitates Romanae*, 2, 25, 6.

Δήμητρος ἱερόν κελεῦων ἵ τόν δ'ἀποδόμενον γυναῖκα
θύεσθαι χθονίσιοις θεοῖς³⁵.

Il testo riportato tratta di due tipi diversi di ripudio: uno giustificato, e quindi lecito, a causa dell'adulterio della moglie, dell'ubriachezza di questa e del tentativo di aborto, e uno ingiustificato, cioè illecito e quindi passibile di sanzioni: emerge da qui che ogni comportamento lesivo – ossia ogni *iniuria* allo *status* acquisito - da parte dei coniugi doveva essere espiato con una *poena*.

2.1.1 IL RIPUDIO GIUSTIFICATO

Nell'età arcaica, vivendo solitamente la sposa nella *manus* del marito, la sanzione del ripudio appariva come particolarmente grave, dal momento che con essa si comprometteva non solo lo stato morale e sociale - che subiva una degradazione - ma anche quello giuridico, religioso ed economico³⁶. La donna *in manus*, infatti, era considerata *loco filiae*, così da partecipare ai culti del marito e da potergli succedere *mortis causa*. Gaio nelle *Institutiones* ricorda come il ripudio, anche in età classica, sciogliesse il matrimonio ma non estinguesse la *manus*: «*haec autem uirum repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset*»³⁷.

Il testo del giurista latino mette in luce come la donna potesse pretendere di venire liberata dalla *manus* una volta avvenuto il ripudio: se ne evince che tale potere perdurava anche dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale, e se un tale effetto si aveva al tempo di Gaio, quando la *manus* stava già assistendo al suo declino, a *fortiori* esso doveva essere riscontrabile in età arcaica. In questo modo la donna si trovava posta nella soggezione di colui che le era ormai estraneo, ma nello stesso

³⁵ PLUTARCO, *Vita di Romolo*, 22, 3.

³⁶ Non passa inosservato che le fonti lasciano intendere che nell'antichità i casi di ripudio furono molto rari, come ad es. VALERIO MASSIMO, *Factorum et Dictorum memorabilium libri novem* 2. 1. 4, che afferma: “*Repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum interceserit*”. Una tale poca pratica dell'istituto è riconducibile non tanto alla tutela della donna, quanto piuttosto alla c.d. *penuria mulierum* ed effetto della legge di scambio che portava a frequente acquisto della donna tramite *coemptio* (cfr. FRANCIOSI, G., *Il matrimonio romano...*, cit. p. 204).

³⁷ GAIO, *Institutiones*, 1, 137 a.

tempo con i legami di parentela con la sua *familia* di origine, recisi a causa della *capitis minutio* che la *manus* comportava.

Il primo motivo, riportato dall'autore, perché il marito potesse ripudiare giustamente la moglie era ἐπί φαρμακεία τέκνων, espressione che viene tradotta e interpretata come il tentativo di procurarsi aborto. La civiltà arcaica, pur conoscendo la pratica dell'aborto, la disdegnava al punto che lo stesso giuramento di Ippocrate proibiva ai medici di procurarlo³⁸. La *civitas* romana, fondata sulla *familia iusto iure dicta*, tutelava la procreazione di figli legittimi, e fare ciò voleva dire tutelare il prosieguo della stirpe e della discendenza che, nella Roma nascente, erano il mezzo attraverso cui potersi poi confrontare e imporre sulle civiltà vicine. Il fatto che questo motivo venga citato per primo, posto anche che l'elencazione stessa dei motivi avvenisse non in modo meramente casuale ma gerarchico, mostra come la procreazione e la tutela della prole fossero tenute in grande considerazione. Il Digesto riporta, a tale proposito, un responso degli imperatori che mostra come tale mentalità proseguisse e come la donna, che abortiva in costanza del matrimonio, veniva punita dal momento che compiva un atto che impoveriva il marito:

*Divus Severus at Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim viseri potest impune maritum liberis fraudasse*³⁹.

Il primo danneggiato dall'aborto della donna, anche nel testo del Digesto, appare essere il marito: ne consegue che, nel *ius* arcaico, egli fosse colui che doveva essere risarcito e tutelato dalla *lex*; di qui la possibilità di rifarsi sulla moglie che *eum liberis fraudasse* ripudiandola.

Il secondo motivo che permetteva un ripudio lecito era l'ubriachezza: alla donna infatti veniva impedito di bere il *temetum*, cioè vino puro. L'espressione usata

³⁸ Il testo del giuramento recita, infatti: “Ὁν δώσω δε οὐδέ φάρμακον οὐδενὶ αἰτηθεὶς θανάσιμον, οὐδέ ὑφηγήσομαι ξυμβουλίην τοιήνδε' ὁμοίως δε οὐδέ γυναικί πεσσόν φθόριον δώσω”. È chiaro che in questo senso, nonostante il bambino fosse considerato nella semeiotica greca un sostantivo di genere neutro (*tò pais*) ossia quasi alla stregua di una *res*, tuttavia l'istanza che muoveva il giuramento era etica.

³⁹ D. 47, 11, 4.

dal testo greco è κλειδῶν ὑποβολῆ̃ indicante l'immorigeratezza, che concretamente si traduceva nell'essere dedita al vino.

Cicerone, nel *De re publica*, afferma: «*Ita magnam disciplinam habet vim disciplina verecundiae "carent temeto omnes mulieres"»*⁴⁰: è chiaro come viene stimata dall'oratore una *disciplina verecundiae* il fatto che alle donne fosse impedito di bere il vino puro.

Gellio riporta una notizia simile nella sua opera, confermandoci la notizia di Plutarco sulla punizione in caso di ubriachezza, ma anche dando in positivo la notizia di cosa le donne potessero bere:

*Qui de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemias egisse, hoc est vino semper, quod "temetum" prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum ferrent deprehendendi causa, ut odor indicium faceret, si bibissent. Bibere autem solitas ferunt loream, passum, murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia. Atque haec quidem in his, quibus dixi, libris pervulgata sunt; sed Marcus Cato non solum existimatas, set et multatas quoque a iudice mulieres refert non minus, si vinum in se, quam si probrum et adulterium admisissent*⁴¹.

Ad esse era dunque concesso bere soltanto *loream, passum, murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia*, ossia bevande considerate –talvolta anche erroneamente- non alcoliche, o meno alcoliche del vino puro.

La *ratio* della sussistenza di tale divieto presso i Romani è riferita da Valerio Massimo nella sua opera:

*Vini usus olim Romanis feminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero patre intemperantiae gradus ad inconcessam venerem esse consuevit*⁴².

⁴⁰ CICERONE, *De re publica*, 4, 6, 6.

⁴¹ GELLIO, *Noctes Atticae*, 23, 1- 3.

⁴² VALERIO MASSIMO, *Factorum e dictorum memorabilium libri novem*, 2, 1, 5. Accanto a questo motivo, non può, tuttavia, passare inosservato come si considerasse, nella cultura latina, il vino anche un elemento tale da portare come conseguenza l'aborto, come si può ricavare dal *De compendiosa doctrina*: «*Aboriat pro abortet. Varro Gallo vel Fundanio, de admirandis rebus: «vinum, quod ii natum sit in quodam loco, si praegnans biberit, fieri ut abortiatur»*» (Lind. 99).

La motivazione era legata⁴³ dunque ad impedire che dall'ubriachezza derivasse la lussuria, e quindi, se sposata, la donna lussuriosa facilmente sarebbe stata adultera come riportato da Dionigi di Alicarnasso: «φθορὰν μὲν ἀπονοίᾳς ἀρχὴν νομίσαζ, μέθην δὲ φθορᾶζ»⁴⁴.

La donna ubriaca veniva punita allora non tanto per l'affronto morale che faceva al marito, ma, in un'ottica prettamente arcaica, a causa della discutibilità della legittimità dei figli che sarebbero nati da una donna dai costumi poco morigerati. Anche in questo caso emerge chiaramente come la possibilità di ripudio non veniva concessa al marito in un'ottica prettamente legata la *bonum* del matrimonio in sé, ma in vista della generazione dei figli. Prova di una tale concezione di come il vincolo matrimoniale avesse valore fondamentale per la legittimità dei figli è la disciplina che il diritto arcaico dà del matrimonio, al punto che soltanto l'adulterio della moglie era considerato tale da compromettere la legittimità della prole da essa generata, non quello del marito:

Papinianus 1 de adult.

*.... Lex stuprum et adulterium promiscui et katachrestikèteron appellat. sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod graeci fgoran appellant*⁴⁵.

Il testo riporta un commento di Papiniano alla *lex Julia de adulteriis*, nella quale il giurista nota come i termini *adulterium* e *stuprum* siano utilizzati in modo equivalente e, proprio per evitare l'insorgere di equivoci, ne spiega la differenza che non è data dal consenso o meno della donna all'atto sessuale, ma dalla condizione

⁴³ Sulle cause e sulla loro esegesi guardare bene in sede di Articolo Patrizia Giunti

⁴⁴ DIONIGI DI ALICARNASSO, *Antiquitates Romanae*, 2, 25, 6. Anche questa proibizione, per venire compresa appieno, deve essere letta alla luce della volontà di creare e tutelare una *familia legitima* in cui si avesse la certezza anche della paternità dei figli.

⁴⁵ D. 48, 5, 6, 1: “*La legge usa impropriamente stupro e adulterio, ma in modo proprio l'adulterio è commesso verso una donna maritata, essendo il nome formato da «parto concepito da altro»; lo stupro invece verso una vergine o una vedova, cosa che i greci chiamano corruzione*”. La concezione del fine primario del matrimonio quale mezzo per protrarre la discendenza di figli legittimi permette di comprendere questa legge nella sua valenza non tanto etico-morale quanto civica e pratica.

giuridico- sociale di questa. Infatti si configura lo *stuprum* quando l'atto carnale è compiuto con una donna vergine o vedova, invece l'*adulterium* è dato quando la donna in causa sia sposata, tanto che l'etimologia del nome rimanderebbe al problema della prole che ne possa derivare: *partum ex altero conceptum*.

Il terzo motivo per cui era ammesso il ripudio legittimo si ravvisava, secondo Pluraco, nel fatto che la donna $\mu\omicron\iota\chi\epsilon\upsilon\theta\epsilon$, ossia commettesse adulterio. Si è già accennato al fatto che nell'età più risalente, come riportato da Dionigi di Alicarnasso, la donna adultera veniva punita con la morte.

In età più tarda, invece, quando il matrimonio iniziò a essere soggetto anche alla possibilità di ripudio, la pena della morte per la donna adultera poteva essere comminata soltanto nel caso in cui il marito l'avesse colta in flagranza di adulterio, così come riportato da Catone.

Qualora invece l'adulterio non fosse flagrante il marito poteva ripudiare la consorte con una giusta causa, come spiegato da Plutarco nella legge di Romolo. Il ripudio, a differenza dell'uccisione, poteva avvenire indipendentemente dalla presenza del potere della *manus*: si ricava questo dato dal testo di Gellio, che nel discorso tenuto da Catone riporta questa peculiare espressione:

Verba Marci Catonis adscripti ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: "Vir" inquit "cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet, si quid perverse taetrique factum est a muliere; multatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur." De iure autem occidendi ita scriptum: "In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est"⁴⁶.

Ai tempi del censore i matrimoni *cum manu* erano un numero poco rilevante, da qui si ricava che tale potere di ripudio in caso di adulterio non flagrante era

⁴⁶ GELLIO, *Noctes Atticae*, 10, 23, 4- 5. L'ulteriore evoluzione sarà data con Augusto e la *lex Iulia de adulteriis* in cui si toglie totalmente al marito la possibilità di uccisione della moglie adultera lasciando permanere la possibilità di divorzio.

possibile indipendentemente dal potere della *manus* ma doveva essere accompagnato anche dal radunare il *consilium domesticum*.

Si può, quindi, concludere affermando che circa l'adulterio, come anche circa gli altri capi per cui si comminava il ripudio si ebbe nel tempo un'evoluzione della pena comminata. Dalla pena capitale, espressione del *ius occidendi* in cui si esplicava la *manus*, quando fu possibile sciogliere il vincolo la punizione passò alla facoltà del marito di interrompere le nozze, lasciando così la donna in una situazione di precarietà sia dal punto di vista economico che morale.

Da quanto si è visto, e già accennato, il *virī ius repudiandi* non era assoluto ed arbitrariamente esercitabile, così che accanto alla punizione per la moglie che trasgrediva si dava anche quella per il *vir* che arbitrariamente violava quel patto stretto di fronte agli dèi:

εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέψαντο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυνανκός εἶναι, τό δέ τῆς Δήμητρος ἱερόν κελεύων τόν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίσιοις θεοῖς⁴⁷.

La punizione che veniva inferta al marito in caso di ripudio per una causa diversa da quelle ritenute giuste era la *consecratio Cereri*, dea che presiedeva alle nozze, della metà del patrimonio, ovvero, addirittura, la *consecratio capitis diis inferis* nel caso di vendita, così che risultasse palese che tale *poena* fosse stabilita soprattutto per mantenere la *pax deorum*⁴⁸.

⁴⁷ PLUTARCO, *Vite Parallele, Vita di Romolo*, 22, 3.

⁴⁸ Se il testo di Plutarco mostra un elenco tassativo dei motivi del *iustum repudium*, tuttavia non si può non porre un accenno ad un altro testo di Valerio Massimo, che nella sua opera cita tre casi di ripudio avvenuti per motivi diversi da quelli elencati nella legge di Romolo: "*Horridum C. quoque Sulpicii Galli maritalē supercilium: nam uxorem dimisit, quod eam capite aperto foris uersatam cognouerat, abscisa sententia, sed tamen aliqua ratione munita: 'lex enim' inquit 'tibi meos tantum praefinit oculos, quibus formam tuam adprobes. his decoris instrumenta conpara, his esto speciosa, horum te certiori crede notitiae. ulterior tui conspectus superuacua irritatione arcessitus in suspicione et crimine haereat necesse est'. Nec aliter sensit Q. Antistius Vetus repudiando uxorem, quod illam in publico cum quadam libertina uulgari secreto loquentem uiderat: nam, ut ita dicam, incunabulis et nutrimentis culpae, non ipsa conmotus culpa citeriorem delicto praebuit ultionem, ut potius caueret iniuriam quam uindicaret. Iungendus est his P. Sempronius Sophus, qui coniugem repudii nota adfecit, nihil aliud quam se ignorante ludos ausam spectare. ergo, dum sic olim feminis occurritur, mens earum a delictis aberat*" (6, 3, 10-12). I tre motivi di ripudio, ossia l'essere andata

3. LA MISERICORDIA COME PROGREDIRE DELLA FACOLTÀ DELLA DONNA DI RESCINDERE A SUA VOLTA IL VINCOLO CONIUGALE

Nel periodo arcaico, quando la forma più diffusa di matrimonio era quella delle *nuptiae cum manu*, la donna, posto che la *manus* originariamente si qualificava come *potestas perpetua*, non aveva alcun interesse a divorziare, soprattutto perché ciò avrebbe comportato il ritrovarsi in una situazione peggiore rispetto a quella che lasciava: infatti si sarebbe trovata sposa di chi non deteneva il potere della *manus* su di lei, da un lato, e, in quanto non moglie, non era neppure erede di chi esercitava il potere su di lei, dall'altro⁴⁹.

Le XII tavole già nel V secolo inserirono l'istituto del *trinoctium* come strumento atto ad evitare che la donna cadesse nella *manus* del marito mediante l'*usus*⁵⁰:

in strada della donna con il capo scoperto, l'aver parlato con un liberto e l'essersi recata ad uno spettacolo mostrano una mentalità di stampo patriarcale, che di fatto portava ad inficiare l'effettiva applicazione della legge a fronte della sua esistenza.

⁴⁹ Questo fatto altro non è se non il segno concreto della marcata inferiorità sociale connotante la condizione della donna nella Roma arcaica e repubblicana, come anche si legge, *apertis verbis*, nel *Mercator* di Plauto, ove Syria lamenta la disparità di legge che regola la vita del *vir* e della *mulier*: “*Ecastor lege vivont mulieres multoque iniquiore miserae quam viri. nam si vir scortum duxit lam uxorem suam, id si rescivit uxor, impunest viro; uxor virum si clam domo egressa est foras, viro fit causa, exigitur matrimonio. utinam lex esset eadem quae uxori est viro*” (*Mercator*, 817-823).

⁵⁰ È chiaro che il *trinoctium* non andava ad intaccare gli altri due modi di costituzione della *manus*, ossia *confarreatio* e *coemptio*, come si evince dal testo delle *Institutiones* di Gaio che tratta della costituzione del potere della *manus*: “*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione. Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: Nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: Ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: Nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit*” (GAIO, *Institutiones*, 1, 110-113).

*...itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumpere*⁵¹.

Questo istituto riportato da Gaio segnò l'inizio della decadenza dei matrimoni *cum manu*, così da avere la diffusione di quelli *sine manu* che permettevano alla donna *sui iuris* di rimanere tale o, se *alieni iuris*, di permanere sotto la *patria potestas*, così che la donna potesse *divertere a viro* senza che la sua condizione giuridica subisse un mutamento. Ciò nonostante l'attestazione dei primi divorzi femminili può riscontrare soltanto nel III secolo, come viene riferito da Plauto:

*Acr: Quasique istius causa amoris ex hoc matrimonio abierim cupiens istius nuptiarum*⁵².

Il testo del commediografo mostra come la donna potesse, di sua propria iniziativa, divorziare dal marito, dato che il verbo utilizzato – *abire* – indica un allontanarsi. Nel caso emerge che la *uxor* non è semplicemente soggetto passivo dell'atto del divorzio, e non si dice neppure che debba chiedere al marito di divorziare da lei, ma, mettendo in gioco la propria volontà, è ella stessa a compiere l'atto. Lo stesso concetto è riportato in un'altra commedia di Plauto in cui si dice:

*Quid id ad me, tu te nuptam possis perpeti an sis abitura a tuo viro?*⁵³.

Anche in questo testo, attraverso domanda retorica posta alla donna, emerge la facoltà che essa aveva di *abire a viro*, e tale allontanamento, se considerato come possibile e pacifico, doveva anche necessariamente essere regolato dal *ius*: da ciò si evince che al tempo di Plauto il divorzio della donna non solo era possibile ma non era neppure considerato inusuale.

⁵¹ GAIO, *Institutiones*, 1, 111. Il primo passo quindi verso il divorzio è la possibilità di scindere la potestà della *manus* dal rapporto matrimoniale, così potendosi dare matrimoni nei quali questa non era necessario che sussistesse, ed evitando alla donna la situazione peggiorativa (cfr. ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, pp. 258 ss.).

⁵² PLAUTO, *Miles Gloriosus*, 1164 s..

⁵³ PLAUTO, *Menaechmi*, 722 s..

Circa i motivi per cui la donna potesse divorziare dal marito si può supporre essi fossero più ristretti e stringenti rispetto a quelli che il marito poteva utilizzare per divorziare dalla moglie, ma col tempo essi erano probabilmente aumentati a tal punto da far affermare a Cicerone che le donne potevano compiere un *divortium sine causa*⁵⁴.

L'atto formale con cui la donna metteva in atto il divorzio era il medesimo utilizzato dall'uomo:

*Mox acri iam principis amore ad superbiam vertens, si ultra unam alteramque noctem attineretur, nuptam esse se dictitans, nec posse matrimonium omittere, devinctam Othoni per genus vitae, quod nemo adaequaret*⁵⁵.

Il testo di Tacito riporta la vicenda di Poppea e di Nerone, e mostra *ex contrario* come la donna non volesse fermarsi nella dimora dell'imperatore per più di due notti perché nel caso questo sarebbe stato l'atto con cui avrebbe divorziato dal marito Ottone. Si ricava che l'allontanamento di tre notti consecutive dalla casa coniugale avrebbe comportato la rottura del vincolo matrimoniale. L'atto che nell'età arcaica veniva utilizzato per interrompere l'*usus*, così impedendo la costituzione della *manus*, col passare del tempo divenne l'atto con cui i coniugi divorziavano⁵⁶.

In ogni modo, per quel che concerne il primo periodo che vede il sorgere del divorzio non siamo a conoscenza di quali fossero le cause che consentissero ai coniugi di divorziare, fermo restando l'episodio di Carvilio console nel 234, che divorziò dalla moglie per il fatto che questa non gli potesse dare figli: «*divortium*

⁵⁴ CICERONE, *Ad familiares*, 8, 7. In epoca classica Cicerone si fa interprete della decadenza cui l'istituto matrimoniale, per lui fondante la *civitas* (secondo Cicerone la famiglia risulta essere *semen rei publicae*), dal momento che attraverso la troppa facilità di divorzio esso diveniva troppo instabile.

⁵⁵ TACITO, *Annales*, 13, 46, 2: “Quando l'amore del principe si fece assillante, divenne ritrosa e, se voleva trattenerla più di una o due notti, ripeteva ch'era sposata, di non poter trascurare il suo matrimonio e di sentirsi legata a Ottone da un tipo di vita non eguagliabile”.

⁵⁶ La dottrina ha cercato di sottolineare come con il termine *repudium* si trattasse dell'atto unilaterale dell'uomo di *amittere mulierem*, mentre con il termine *divorium* la “cessazione del matrimonio”, così da descriverne “l'atto e l'effetto” (FRANCIOSI, G., *La famiglia romana*, pp. 205-206). A tal proposito interessante è la definizione, etimologica, dell'istituto fornita da Gaio e rinvenibile in D. 24. 2. 2 pr. che mette in luce la cessazione di sentimento tra i coniugi: “*Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium*”.

*cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur*⁵⁷. Non passa inosservato il fatto che in questo caso ci si trova di fronte ad una causa del tutto *incolpevole* anche se giuridicamente considerata *adeguata*.

Nel periodo Classico –ossia tra la fine della repubblica e nell’età del principato- i casi di divorzio aumentarono notevolmente, al punto che Seneca arrivò ad affermare: «*Numquid iam ulla repudio erubescit, postquam inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii? Tamdiu istuc timebatur, quamdiu rarum erat; quia nulla sine diuortio acta sunt, quod saepe audiebant, facere didicerunt*»⁵⁸: è questo un elemento chiaro che mostra non solo come il divorzio fosse oramai conosciuto, ma soprattutto accettato ed abusato nell’Impero.

Il matrimonio, quindi poteva sciogliersi oltre che per la morte di uno dei coniugi – e per la perdita della libertà o della cittadinanza di uno dei due – anche – ed è questo l’aspetto che in questo lavoro più interessa – per mezzo del *divortium*⁵⁹, ossia il fatto che venisse meno in uno o in ambedue i coniugi l’ *affectio maritalis*, elemento costitutivo del vincolo, così da far venir meno anche la convivenza che era la prova maggiore della sussistenza di quella.

L’atto del divorzio, come la celebrazione stessa del matrimonio, non necessitava di particolari formalità, e determinava lo scioglimento del matrimonio

⁵⁷ GELLIO, *Noctes Atticae*, 4, 3, 12. L’importanza di questo testo risulta ancora maggiore per il fatto che, di fatto, quello di Carvilio è considerato il primo divorzio messo in atto a Roma, o meglio il primo di cui si abbia notizia storica certa. Se ne evince, come sottolineato dagli storici, che l’istituto del divorzio rimase per quasi cinquecento anni inutilizzato (cfr. BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, II, p. 1). La stessa notizia è riportata anche da Valerio Massimo, nei *Facrorum et dictorum memorabilium libri*, 2, 1, 4 afferma: “*Repudium inter uxorem et uirum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit. primus autem Sp. Caruilius uxorem sterilitatis causa dimisit. qui, quamquam tolerabili ratione motus uidebatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur. Sed quo matronale decus uerecundiae munimento tutius esset, in ius uocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt, ut inuiolata manus alienae tactu stola relinqueretur*”.

⁵⁸ SENECA, *De Beneficiis*, 3, 16.

⁵⁹ Allo scopo si prenda il testo di Paolo in D. 24. 2. 1: “*Dirimitur matrimonium divortio morte captiuitate vel alia contingente seruitute utrius eorum*”.

qualunque ne fosse la causa: tuttavia talvolta il coniuge che dava causa al divorzio, qualora sussistessero determinati presupposti, subiva delle sanzioni⁶⁰.

Sulla base di queste idee e modo di vivere si sviluppò la legislazione sul divorzio nel Tardo Impero⁶¹, che, nonostante le interazioni con il Cristianesimo, arrivò sì ad ostacolare il divorzio, ma mai ad abolirlo⁶²: l'indissolubilità del legame coniugale, sancita in modo chiaro dal Cristianesimo, segnava un *unicum* rispetto non solo a tutte le culture del vicino oriente, ma anche alla cultura romana, e, di conseguenza, era questo il punto attorno cui si snodava la totale rottura con queste.

Invero, nonostante si sia giunti a parlare di influenza cristiana e di moralizzazione del diritto romano con una conseguente restrizione della libertà del divorzio, non si può non rilevare che una tale influenza non è stata totale: non può sfuggire, infatti, che le misure restrittive in merito alle possibilità di divorzio, assunte dagli imperatori ed il cui merito andrebbe attribuito alla religione, non portarono mai il diritto romano ad affermare l'indissolubilità del vincolo coniugale⁶³. I padri, dal canto loro, sottolineavano questa carenza legislativa, ed i concilii dei primi secoli

⁶⁰ Tali sanzioni si davano in età repubblicana con la *nota censoria*, con la quale il censore poteva porre il cittadino in una posizione più debole nelle assemblee popolari; in età classica con l'aggravamento della posizione del coniuge più debole nell'*actio rei uxoriae*. Una grande diffusione di divorzi si ebbe in Roma con l'emanazione da parte di Augusto della *lex Julia de ordinibus maritalibus* diretta soprattutto a frenare la diminuzione delle nascite nella classe aristocratica e a salvaguardare la dignità della famiglia romana, senza, tuttavia, voler frenare la pratica del divorzio, che, addirittura, poteva essere inteso come strumento per incrementare il numero delle nascite *legitimae*. Se Augusto non dette un freno ai divorzi si preoccupò però di dare delle regole. Bastava ancora la volontà di uno dei due coniugi per divorziare ma l'imperatore stabilì che questo dovesse avvenire alla presenza di sette testimoni e che un liberto la notificasse per iscritto alla parte interessata. Per un maggiore approfondimento v. P. FORLINI, *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio*, pp. 67 ss.

⁶¹ A tal proposito basti ricordare che secondo la dottrina il divorzio era radicato "*In moribus mundi pagani. Homini antiquitatis graeco-romanae matrimonium absolute indissolubile res inconcepibilis erat. Mantalitas alicuius temporis non uno die immutatur. Mundus antiquus gradatim tantum christianus factus est, nec unquam complete. Multi christiani servare potuerunt suas veteres conceptiones etiam post conversionem suam, ad Christianismum, praesertim quando is, inde a Constantino, elevatus est ad statum religionis publicae, nisi obligatoriae, imperium romani*" (ANDES, P., «De indissolubilitate matrimonii apud Patres», in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 61 (1972), pp. 213-214.

⁶² Cfr. GAUDEMET, J., «Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire», in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 2 (1953), p. 194 ss.

⁶³ Cfr. ERCOLE, G., «Il consenso degli sposi», in *Studia et Documenta*, 5 (1939), p. 68.

chiedevano che ad essa si ponesse rimedio: nello stesso concilio di Cartagine del 407 di domandò che venisse promulgata una legge imperiale per impedire le seconde nozze dopo il divorzio⁶⁴.

Di fronte a una tale divergenza, tanto ampia e apparentemente incolmabile, che vedeva l'impossibilità di conciliare tra di loro morale evangelica e *mos Romanus*, gli imperatori scelsero di adottare una posizione intermedia, che, se, da una parte, portava ad una limitazione della libertà di divorzio, dall'altra, non arrivò mai ad affermare l'indissolubilità del vincolo coniugale.

Costantino, nel grande fervore religioso che dilagava al suo tempo e dal quale egli stesso si era lasciato infiammare, nel 331 promulgò una costituzione nella quale le possibili cause di divorzio unilaterale venivano ridotte soltanto ad un numero di tre esperibili da ciascun coniuge. Si trattava delle *causae iuxtae*, in assenza delle quali si davano delle sanzioni per il coniuge che *iuniuste devertit*. Alla donna era consentito ricorrere allo scioglimento del vincolo qualora il marito fosse stato un assassino o un avvelenatore o un dissacratore di tombe, e specularmente il marito poteva notificare il divorzio alla moglie qualora costei fosse stata un'adultera, un'avvelenatrice o una mezzana. Il divorzio per cause che oltrepassavano le tre citate era punito, oltre che da sanzioni pecuniarie, anche con la perdita dell'*habilitas* a contrarre nuove nozze⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. GAUDEMET, J., *Droit romain et principes canoniques*, 194, nota 4, a ciò è da aggiungere che la motivazione di tale richiesta era da rinvenire nel fatto che l'origine della richiesta era nel rifiuto della validità delle seconde nozze che affonda le radici nel testo evangelico.

⁶⁵ « *Imp. Constantinus A. ad Ablavium pf. p. Placet, mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritiis per quascumque* occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulcrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. in masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerit. nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur, domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi illata. dat. iii. non. mai. Basso et Ablavio coss.*» (C. Th. 3, 16, 1). Non può passare, tuttavia, inosservato che la costituzione in esame si riferisce al divorzio unilaterale, che viene regolato, mentre nulla si dice del divortio *mutuo consensus* che viene considerate

Una tale costituzione era, però, considerata troppo prematura per un contesto socio culturale non ancora pronto ad accoglierla, così che non venne mantenuta, così che, attesa la sua non vigenza sotto l'impero di Giuliano⁶⁶, gli imperatori Onorio e Costanzo II promulgarono una ulteriore costituzione in cui si permetteva il divorzio unilaterale soltanto nel caso di commissione di uno dei *magna crimina*, che per di più non sono elencati⁶⁷, comminando anche delle pene che arrivavano alla deportazione, oltre che all'impossibilità a contrarre nuove nozze, per i trasgressori⁶⁸.

Successivamente, Teodosio II e Valentiniano III nella loro Costituzione del 449, mantenendo un atteggiamento assai più liberale, affermarono la necessità che il matrimonio venisse sciolto solo per *iusta causa*, ciò nonostante l'elenco di tali cause era di gran lunga superiore alle tre per coniuge dettate da Costantino, così mostrando l'attenzione a voler permettere che i coniugi fossero liberati da un vincolo per loro ritenuto ormai insostenibile.

pienamente libero ed attuabile (cfr. D. CECCARELLI-COMOLLI, *Alcune note circa l'istituto matrimoniale nel Vicino Oriente Antico alla luce dei testi giuridici*, in *Apollinaris* 68 (1995), p. 283).

⁶⁶ Così afferma E. VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* XXV (1975), p.793. In realtà la tesi di Volterra risulta essere quella minoritaria, dal momento che la maggior parte della dottrina, poggiandosi su un testo dell'*Ambrosiaster*, *Quaestiones Veteri et Novi Testamenti*, 115, 12, ritiene che l'imperatore avesse del tutto abolito la costituzione precedente.

⁶⁷ La mancanza di un elenco porta parte della dottrina a collegare questi *crimina* a quelli elencati da Costantino, mentre altra parte ad ampliarne il numero (cfr. P. FORLINI, *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*, pp. 56-57).

⁶⁸ C. Th. 3. 16. 2: "*Imppp. honor., theodos. et constantius aaa. palladio pf. p. mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciiis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus. sin vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, periura dotem donationemque viro refundat, nullius umquam* penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit, quae recedit, dotis suae compos, sponsalem quoque obtineat largitatem, atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni appetitione fecisse. Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur, et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium. si vero morum est culpa, non criminum, donationem recipiat et dotem relinquat, aliam post biennium ducturus uxorem. quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu, nullisque vitiis peccatisque gravetur exclusa, et donationem vir perdat et dotem, ac perpetuo coelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis moerore sustineat, mulieri post anni metas nuptiarum potestate concessa. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecepimus cauta servari. dat. vi. id. mart. ravenna, eustathio et agricola coss*".

L'elenco che la costituzione riporta è molto vasto e tocca tutta una serie di comportamenti che partono dall'ambito della moralità e terminano a quello del bene pubblico in base ai quali è lecito compiere divorzio⁶⁹. Tuttavia la *ratio* per cui il divorzio dovrebbe essere reso più difficile, secondo degli imperatori, risulta essere il *favor liberorum*, così che ancora una volta emerge la prole come elemento determinante l'azione del legislatore romano, e non l'aspetto religioso come ci si potrebbe invece aspettare. Anche in questo caso, come per quel che concerne la costituzione del 321, inoltre, risulta chiaro che l'elenco cui ci si riferisce riguarda i

⁶⁹ C. 5, 17, 8: "*Imperatores Theodosius, Valentinianus*

*Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus. solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum. * theodos. et valentin. aa. hormisdæ pp. * <a 449 d.V id.Ian.Protogene et asterio cons.>*

CJ.5.17.8.1: Imperatores Theodosius, Valentinianus

Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus. sicut enim sine iusta causa dissolvi matrimonia iusto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam, quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari. <a 449 d.V id.Ian.Protogene et asterio cons.>

CJ.5.17.8.2: Imperatores Theodosius, Valentinianus

Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel veneficum vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarium vel ad contemptum sui domi suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficiendum probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et ea usus discidii legibus comprobare. <a 449 d.V id.Ian.Protogene et asterio cons.>

CJ.5.17.8.3: Imperatores Theodosius, Valentinianus

Vir quoque pari fine claudetur nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam aut homicidam aut plagiarium aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem aut latronum fauricem aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem aut ipso invito sine iusta et probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sui veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem: tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare. <a 449 d.V id.Ian.Protogene et asterio cons.>

CJ.5.17.8.4: Imperatores Theodosius, Valentinianus

Haec nisi vir vel mulier observaverint, ultrici providentissimae legis poena plectentur. nam mulier si contempta lege repudium mittendum esse temptaverit, suam dotem et ante nuptias donationem amittat nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem: aequum est enim eam interim carere conubio, quo se monstravit indignam. Quod si praeter haec numpserit, erit ipsa quidem infamis: cunnubium vero illud nolumus noncupari. Insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus libertatem. Si vera causam probaverit intentatam: tunc eam et dotem recuoerare, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus, ut nubendi post annum, ne quis de prole dubitet permittimus facultatem. <a 449 d.V id.Ian.Protogene et asterio cons.>".

casi di divorzio unilaterale messo in atto da uno solo dei due coniugi, mentre il divorzio *mutuo consensu* continua a non dover sottostare ad alcuna limitazione.

Un ulteriore e fondamentale passo è ascrivibile alla Novella 117 del 542, in cui l'imperatore Giustiniano assume una posizione più restrittiva rispetto ai suoi predecessori, non accettando come questa tendenza di maggiore liberalismo avesse preso piede fino a diventare abitudine nella legislazione imperiale. Nella Novella l'imperatore, dopo aver trattato del problema dell'eredità di figli e coniugi, passa in inciso a determinare quando sussista l'esistenza delle *iustae nuptiae*, per poi sottolineare l'importanza della dote per i matrimoni tra illustri. In questo ambito importante e innovativo è il cap. VI in cui, abolendo la legge di Costantino, si permettevano i matrimoni tra uomini di altro rango e donne così dette *abietae*.

Terminata questa dissertazione sul matrimonio, la Novella tratta del problema pratico dell'alimentazione dei figli in caso di scioglimento del matrimonio, per poi prendere in considerazione analiticamente le cause del divorzio. L'elenco di queste cause è tassativo, non esemplificativo, come nel testo di Teodosio e Valentiniano, e nasce dal riscontro di una eccessivamente ampia gamma di elementi in grado di rompere il vincolo, che potrebbe arrivare anche a minare la stabilità sociale, così che l'imperatore decide di mantenere le cause da lui ritenute maggiormente importanti⁷⁰.

Nel testo legislativo vengono, così, distinte nel capitolo VIII le cause di divorzio permesse al marito e nel IX quelle permesse alla moglie. È da sottolineare come il prospetto delle cause sia simmetrico, con la differenza che per il marito motivo per chiedere il divorzio sia lo stare della donna fuori casa senza il suo permesso, mentre per la moglie lo sia l'attentato che il coniuge possa fare alla sua castità, o il tentativo di darla ad altro uomo per l'unione carnale. Posta questa differenza, le cause comuni che possono portare al divorzio sono: in primo luogo la

⁷⁰ “...*Ea causa perspeximus ex his abscondere aliquas, quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt: et eas solummodo nominatim praesenti legi pro quibus rationabiliter potest sive vir sive mulier repudium mittere*”. (Novella 117, VIII).

conspirazione ad opera di un coniuge contro l'Impero, in secondo luogo l'adulterio e il tentato omicidio dell'altro coniuge⁷¹.

⁷¹ C. 5, 17, 8, VIII-IX: "CAP. VIII. De iustis divortio um causis marito permissis.

Quia vero plurimas in veteribus et nostris legibus invenimus causas ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt: ea causa perspeximus ex his abscindere aliquas, quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt: et eas solummodo nominatim praesenti inserere legi pro quibus rationabiliter potest sive vir sive mulier repudium mittere. Nunc autem causas ex quibus maritus repudium mittere sine periculo potest, et dotem uxoris lucrari, servato in ea dominio ex eodem matrimonio filiis aut filiabus, quibus non extantibus, frui etiam proprietate: has esse decernimus.

§. 1. *Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier, aut etiam viro suo non indicet. Si autem vir hoc a muliere denunciatum tacuerit, liceat mulieri per quancunque personam hoc declarare imperio: ut vir nullam ex hac causa repudii inveniat occasionem.*

§. 2. *Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci: oportet virum prius inscribere mulierem, aut etiam adulterum: et si huiusmodi accusatio verax esse ostenditur tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem: et ad hoc, si filios non habeat, tantum accidere ex alia uxoris substantia, quantum dotis tertia pars esse cognoscitur: ut eius proprietati et dos, et a nobis definita poena applicetur. Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio; iubemus etiam dotem (secundum quod de hoc censeat leges) aliamque mulieris substantiam filiis conservari: et ita adulterum legitime convictum una cum uxore puniri: et si quidem habeat uxorem adulter, accipere eam et dotem propriam et propter nuptias donationem et si filios habeat, solo usu mulier fruatur donationis, proprietate secundum leges filiis servanda, aliam veto mariti substantiam eius filiis ex nostra largitate donamus, filiis autem non existentibus, antenuptialis quidem donationis proprietatem mulieri competere sancimus: aliam vero mariti substantiam omnem fisco secundum antiquas applicamus leges.*

§ 3. *Si quolibet modo mulier vitae viri fuerit insidiata: aut aliis hoc facientibus consentiens, viro non indicaverit.*

§. 4. *Si cum viris extraeis nolente marito convivatur, aut cum eis lavatur.*

§. 5. *Si nolente viro foris domum manserit: nisi forsitan apud proprios parentes.*

§. 6. *Si Cicensibus aut theatris aut amphitheatris interfuit ad spectandum, ignorante aut prohibente viro.*

§. 7. *Si vero contigerit aliquem citra unam praedictarum causarum uxorem suam a domo propria expellere, et illa non habens parentes apud quos possit manere, ex necessitate foris habitat nocte: iubemus nullam esse marito licentiam propter causam hanc repudium mittere uxori, eo quod ipse huius rei auctor existat.*

CAP IX

Casus autem pro quibus rationabiliter potest viro a muliere mitti repudium, ex quibus potest et dotem respicere, et propter nuptias donationem exigere, similis filiis servanda donationis proprietate, aut, filiis non extantibus, habere etiam huiusmodi dominium, has esse solas disponimus.

§. 1. *si contra imperium aut ipse cogitaverit aliquid, aut cogitantibus conscius non indicaverit imperio, aut per se aut per quancunque personam.*

§. 2. *si quolibet modo vir insidiatus fuerit vitae mulieris, aut aliis hoc volentibus sciens non manifestaverit uxori, et studuerit secundum leges ulcisci*

§. 3. *si maritus uxoris castitati insidiatus, aliis etiam eam adulterandam tentaverit tradere.*

§. 4. *si vir de adulterio inscripserit uxorem et adulterium non probaverit, licere mulieri volenti, etiam pro hac causam repudium destinare viro, et recipere quidem propriam dotem, lucrari autem antenuptialem donationem: et pro huiusmodi calumnia, si filios non habuerit ex eodem matrimonio, tantum secundum proprietatem accipere mulierem ex alia viri substantia, quantum antenuptialis donationis tertia pars esse cognoscitur. Si autem filios habuerit, iubemus omnem viri substantiam filiis conservari: firmis manentibus, quae de antenuptiali donatione aliis legibus continentur: ita*

La divergenza esistente tra dottrina canonica e legislazione imperiale non comprendeva meramente i principi ispiratori delle norme – in sintesi la possibilità o meno di considerare indissolubile il vincolo coniugale –, ma è su parecchi punti, in cui la Chiesa aveva sottolineato l'indissolubilità del matrimonio, che il legislatore non segue i consigli dell'*auctoritas Christiana*. Nello stesso tempo, tuttavia, ci si potrebbe imbattere nel riconoscimento, da parte dell'Impero, di certi aspetti di carattere religioso quali possibili cause di divorzio, aspetti cui il diritto canonico che si andava formando non riconosceva nessun effetto sul legame maritale: ci si trova, anche qui, di fronte al quel “superamento” che l'Impero ebbe nei confronti della dottrina della Chiesa.

Esempi di quanto appena affermato sono rintracciabili, in modo esplicito, nella legislazione di Giustiniano, nel momento in cui la penetrazione delle idee cristiane nella cultura giuridica romana raggiunge il suo apogeo. L'analisi di questi esempi mostra la contraddizione insita di tale penetrazione, che se, da una parte, porta la legislazione a spingersi oltre quanto insegnato dalla dottrina, dall'altra la vede rimanere arroccata sulla sua posizione di fondo di non definitività del matrimonio⁷².

Sarebbe inutile cercare nelle controversie esegetiche sul testo evangelico di Matteo⁷³ una solida base per giustificare la possibilità di divorzio concessa dalla legge per adulterio messo in atto dalla moglie: tale atteggiamento è, invece, tipico

tamen, ut etiam propter illatam adulterii accusationem et non probatam, illis uoque maritus subdatus suppliciiis, quae esset passura mulier, si huiusmodi fuisse accusatio comprobata.

§. 5. *si is in ea domo in qua cum sua conige commanet, contemnens eam, cum alia inueniatur in nea domo manens: aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secunde culpatus, aut per suos aut per mulieris parentes: aut per alias aliquas fide dignas personas huiusmodi lixuria non abstinuit: liceri mulieri pro hac causa solvere matrimonium, et recipere datam dotem, antenuptialem donationem, et pro tali iniuria tertiam partem aestimationis, quam antenuptialis facit donatio, ex eius substantia percipere ita tamen ut si filio habuerit, usu solo mulier potiatur rerum, quas ex antenuptiali donatione, et poena tertiae portionis, mariti substantiae acceperit, dominio communibus filiis conservando. Si autem filios non habuerit ex eodem matrimonio, habere eam talium rerum etiam proprietatem percipimus”.*

⁷² Cfr. GAUDEMET, J., *Droit romain et principes canoniques*, p. 194.

⁷³ Cfr. Mt. 9,1-12.

della mentalità romana, e non stupisce che si sia mantenuta anche sotto il governo degli imperatori cristiani una tale possibilità.

Interessante è notare come, inoltre, una costituzione del 528, invece, autorizzava il divorzio per impotenza del marito⁷⁴ simmetricamente alla possibilità di questo per la sterilità della moglie:

Imperator Justinianus

*In causis iam dudum specialiter definitis, ex quibus recte mittuntur repudia, illam addimus, ut, si maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos continuos annos computandos coire minime propter naturalem imbecillitatem valeat, possit mulier vel eius parentes sine periculo dotis amittendae repudium marito mittere, ita tamen, ut ante nuptias donatio eidem marito servetur. * iust. a. menae pp. * <a 528 d. iii id. dec. dn. Iustiano A. pp.Ii cons.>⁷⁵.*

Contrapposto a tale permesso, accordato dall'autorità statale favorevole al divorzio, si colloca il testo di S. Agostino che nel suo *de bono coniugali* afferma la novità della legge Cristiana che impedisce il licenziamento illecito anche se a motivo del *bonum prolis*. Tale atto, del licenziamento, può essere al massimo tollerato, ma non deve essere il punto di partenza per le nuove nozze. In ogni caso è da sottolineare che nel testo di Agostino hanno significato ben diverso il termine licenziare (*dimittere*) e sciogliere (*solvere*): il primo, infatti, indica la modifica di una situazione di fatto, la coabitazione, senza che il vincolo che la giustificava - le *iustae nuptiae* - venga ad essere intaccato, ed in questo senso in dati casi se ne dà la tolleranza; il *solvere* indica invece la cancellazione di quel vincolo e per questo motivo non può essere nemmeno tollerato⁷⁶.

⁷⁴ Si noti che qui non si intende solo *impotentia generandi* ma anche *impotentia coeundi*.

⁷⁵ C. 5,17,10.

⁷⁶ AGOSTINO, *De bono coniugali*, 17 "Miror autem, si, quemadmodum licet dimittere adulteram uxorem, ita liceti ea dimissa alteram ducere. Facit enim de hac re sancta Scriptura difficilem nodum, dicente Apostolo, ex praecepto Domini mulierem a viro non debere discedere; quodsi discesserit, manere inuuptam aut viro suo reconciliari: cum recedere utique et manere inuupta nisi ab adultero viro non debeat, ne recedendo ab eo, qui adulter non est, faciat eum moechari. Reconciliari autem viro vel tolerando, si se ipsa continere non potest, vel correcto, forsitan iuste potest. Quomodo autem viro possit esse licentia ducendae alterius, si adulteram reliquerit, cum mulieri non sit nubendi alteri, si adulterum reliquerit, non video. Quae si ita sunt, tantum valet illud sociale vinculum coniugum, ut, cum causa procreandi colligetur, nec ipsa causa procreandi solvatur. Possitenim homo dimittere

In un passo successivo della stessa opera l'autore, per giustificare l'impossibilità di divorzio per impotenza del marito, parte dall'analisi della poligamia antica, ed afferma che, però, non si è mai riscontrata la poliandria proprio per l'impossibilità di una donna di poter generare da più uomini⁷⁷.

Un altro problema di fronte al quale i padri erano chiamati a pronunciarsi era quello delle razzie compiute dai barbari a scapito dei cittadini romani, che comportava anche la cattura di uno dei coniugi, così che avveniva che padri e papi affermassero che la prigionia del coniuge non fosse qualificabile come motivo di distruzione del legame, scalzando la tradizione tipica romana della dissoluzione del matrimonio. Agostino, ad esempio, nel *De coniugis adulterinis* sostiene che si commetta adulterio in qualsiasi caso in cui un coniuge, mentre l'altro è ancora vivo, benché sia schiavo, si congiunge con un terzo e si unisce con esso in matrimonio; fattispecie che, al contrario, la legge secolare permetteva *de plano*⁷⁸.

sterilem uxorem et ducere, de qua filios habeat, et tamen non licet, et nostris quidem iam temporibus ac more Romano nec superducere, ut amplius habeat quam unam vivam; et utique relicta adultera vel relicto adultero possent plures nasci homines, si vel illa alteri nuberet, vel ille alteram duceret. Quod tamen si non licet, sicut divina regula praescribere videtur, quem non faciat intentum, quid sibi velit tanta firmitas vinculi coniugalis? Quod nequaquam puto tantum valere potuisse, nisi alicuius rei maioris ex hac infirma mortalitate hominum quoddam sacramentum adhiberetur, quod deserentibus hominibus atque id dissolvere cupientibus inconcussum iis maneret ad poenam, siquidem interveniente divortio non aboletur illa confoederatio nuptialis, ita ut sibi coniuges sint etiam separati, cum illis autem adulterium committant, quibus fuerint etiam postsuum repudium copulati, vel illa viro vel ille mulieri. Nec tamen nisi in civitate Dei nostri, in monte sancto eius, talis est causa cum uxore”.

⁷⁷ AGOSTINO, *De bono coniugali*, 17.

⁷⁸ AGOSTINO, *De coniugis adulterinis*, II, 9: “*Quibus consideratis atque tractatis si communis condicio, commune malum, commune periculum, commune vulnus, communis salus fideliter et humiliter cogitetur, non erit turpis neque difficilis etiam post perpetrata atque purgata adulteria reconciliatio coniugum, ubi per claves regni caelorum non dubitatur fieri remissio peccatorum, non ut post viri divortium adultera revocetur, sed ut post Christi consortium adultera non vocetur. Verum ecce non fiat, nemo compellit, quia forte lex aliqua huius saeculi vetat secundum terrenae civitatis modum, ubi cogitata non est abolitio criminum per sanguinem sanctum. Suscipiatur ergo continentia, quam nulla lex prohibet, in alia non eatur adulteria. Et quid ad nos, si nec saltem divina miseratione mundata marito reconcilietur q adultera, dum tamen non reconciliatis adulteris non alia fiant quasi connubia, quae convincuntur esse adulteria? Mulier enim alligata est, quamdiu vir eius vivit. Ergo consequenter et vir alligatus est, quamdiu mulier eius vivit. Haec alligatio facit, ut aliis coniungi sine adulterina copulatione non possint. Unde necesse est ex duobus coniugibus quattuor adulteros fieri, si et illa alteri nupserit et ille adulteram duxerit r. Quamvis enim sceleratius moechetur, qui non causa fornicationis uxore dimissa alteram ducit - quod genus adulterii commemoravit Matthaeus - tamen non solum ipse moechatur, sed, sicuti est apud Marcum: Quicumque dimiserit uxorem suam et*

Leone Magno, dal canto suo, nella lettera a Niceto di Aquileia, tratta in modo dettagliato il problema del marito catturato come schiavo in battaglia e del comportamento della donna in seguito a tale cattura, ritenendo che il valore del vincolo continuasse a sussistere nonostante la lontananza e non fosse lecito alla donna risposarsi⁷⁹.

Di fronte ad una tale posizione dei padri, la legislazione del tardo Impero, invece, rimaneva fedele alla soluzione classica che faceva della prigionia una delle cause per l'automatica rottura del legame⁸⁰. Infatti la Novella 117 elencando al capitolo XII delle cause di divorzio senza pena - *divortium bona gratia*⁸¹ – include in esse la prigionia, e sostiene che altre cause, accettate dalle leggi precedenti, sono ora da ritenersi invalide: in questa Novella l'imperatore mostra chiaramente la

aliam duxerit, adulterium committit super eam; et si uxor dimiserit virus suum et alii nupserit, moechatur; et, sicuti est apud Lucam: Omnis qui dimittit uxorem suam et ducit alteram, moechatur; et qui dimissam a viro duxerit, moechatur. De quibus testimoniis iam s satis in libro superiore disserui”.

⁷⁹ LEONE MAGNO, *Ep 159, Ad Nicetum*, 1-3: “*Cum ergo per bellicam cladem, et per gravissimos hostilitatis in cursus, ita quaedam dicatis divisa esse coniugia, ut abductis in captivitatem viris feminae eorum remanserint destitutse quse viros proprios aut interemptos putarent aut numquam a dominatione crederint liberandos, et aliorum coniugium sollicitudine cogente transierint. Cumque nunc statu rerum auxiliante domino in meliora converso nonnulli eorum qui putabantur perisse remearit, merito caritas tua videtur ambigere, quid de mulieribus quae aliis iuncte sunt viris, a nobis debeat ordinari. Sed qui a nobimus scriptum, quod a domino iungitur mulier viro, et iterum preceptum agnovimus, ut quod deus iunxit, homo non se necesse est ut legitimarum foedera nuptiarum, redintegranda credamus. Et remotis malis quae hostilitas intulit, unicuique id quod legitime habuit reformetur. Omnique studio procurandum est, ut recipiat unusquisque quod proprium est. Nec tamen culpabilis iudicetur, et tamquam alieni iuris pervasor habeatur, qui personam eius mariti qui iam non esse estimabatur assumpsit. Sic enim multa quae ad eos qui in captivitatem ducti sunt pertinebant in ius alienum transire potuerunt, et tamen plenum iustitiae est ut hisdem reversis propria reformentur. Quod si in mancipiis vel in agris aut etiam in domibus ac possessionibus rite servatur, quanto magis in coniugiorum redintegrationem faciendum est? Ut quod bellica necessitate turbatum est, pacis remedio reformetur.*

Et ideo si viri post longam captivitatem reversi ita in dilectione suarum coniugum perseverent, ut eas cupiant in suum redire consortium, omittendum est et inculpabile iudicandum quod necessitas intulit, et restituendum quod fides posci”.

⁸⁰ Cfr. GAUDEMET, J., *Droit romain et principes canoniques*, p. 195.

⁸¹ Con i lemmi *divortium bona gratia* si indicano quei divorzi unilaterali compiuti per cause incolpevoli, ossia non promananti dalla volontà o dall'azione deliberata del coniuge che subisce il divorzio, e a causa del quale non era comminata nessuna pena per nessuno dei due coniugi (cfr. SOLAZZI, S., «*Divortium bona gratia*», in *Scritti di Diritto Romano IV* (1963), p. 33.

contraddittorietà del tentativo di seguire la soluzione cristiana da una parte, giungendo però ad un compromesso con la tradizione dall'altra.

Praedictis itaque causis prospeximus etiam has nominatim adiicere, ex quibus matrimonia sine poena licet transigere: hoc est, de iis qui non potuerunt ab initio nuptiarum misceri suis uxoribus, et quae per natura viris concessa sunt, agere: insuper de iis viris ac foeminis, qui consistente matrimonio sanctimoniam conversationem et monasterii habitationem elegerint, et de iis personis quae in captivitate aliquanto tempore detinentur: in hiis enim tribus casibus quae de eis prioribus legibus nostris continentur, firma esse sancimus. Memoratas igitur omnes causas, quae in praesenti nostra lege continentur, sola sufficere iubemus ad transcriptionem Irgitimorum matrimoniorum. Reliquas autem omnes vacare praecipimus, nullamque aliam causam citra eas quae nominatim insertae sunt huic legi posse solvere legitimum matrimonium, sive nostris sive veteribus legibus continentur⁸².

Nello stesso capitolo sopra riportato la Novella include tra le cause della rottura del matrimonio *bona gratia* l'ingresso di uno dei due coniugi nello stato di vita religiosa, e cedendo anche alle preoccupazioni religiose, autorizza la stessa rottura anche *castitatis concupiscentia*, non entrando neppure in contraddizione con la dottrina canonica⁸³.

Tale dottrina infatti era fedele al precetto dell'apostolo Paolo, espresso nella prima lettera ai Corinti e, di conseguenza, base della dottrina cristiana: in essa non si autorizzava che la continenza reciproca *ex consensu*, non avendo tuttavia alcun effetto sul legame coniugale⁸⁴.

Sulla base delle parole dell'apostolo è da rilevarsi che la continenza volontaria era abbastanza frequente nel IV e V secolo, come emerge anche da un testo di Agostino⁸⁵ ove è sottolineato che l'astinenza volontaria non è motivo per sciogliere il vincolo matrimoniale, anzi la stessa viene configurata quale mezzo per rendere tale legame, in modo ancora più forte, immagine di Cristo unito alla sua Chiesa. Il *Doctor gratiae* partiva dall'esempio della Vergine e di San Giuseppe i

⁸² Novella 117, XII.

⁸³ Novella 117, X.

⁸⁴ 1 Cor 7, 5: "Non astenetevi tra voi se non di comune accordo e temporaneamente, per dedicarvi alla preghiera, e poi ritornate a stare insieme, perché satana non vi tenti nei momenti di passione".

⁸⁵ AGOSTINO, *Sermone* 55, 13.

quali, benché vivessero nella continenza perfetta, tuttavia non godevano di un vincolo matrimoniale meno forte,

di qui l'analogia viene spostata su Cristo e la Chiesa di cui i coniugi diventano imitazione⁸⁶.

Una tale dottrina di indissolubilità, così fortemente marcata dal *doctor gratiae*, non sembra tuttavia venire assicurata dalla forza della legge: ancora una volta, riguardando la Novella 117, emerge come nonostante un apparente desiderio di uniformare maggiormente il fatto sociale del matrimonio romano alla cultura cristiana, la legislazione si risolveva in una serie di decisioni che appaiono semplicemente compromissorie e in ultima analisi non portavano i dettami normativi ad essere espressione di una dottrina che, almeno in teoria, avrebbe dovuto guidare le scelte dei capi di stato.

Dalle brevi osservazioni fatte si può rilevare come il Cristianesimo, che iniziava a confrontarsi con il diritto romano, se da un lato iniziava a porsi in antitesi a questo per quel che riguardava la concezione dell'indissolubilità del matrimonio, dall'altro non aveva la forza per arrivare a porre un'alternativa all'istituto del divorzio, quale fosse la separazione, anche per il fatto che ci si trovava di fronte ad una discrasia tra il diritto vigente nell'Impero, improntato al *ius civile* di cui si è trattato nel primo paragrafo, e la prassi giuridica cristiana imperniata sulla dottrina sacramentale che stava iniziando a cristallizzarsi e definirsi in quel momento. Sarà necessario aspettare i secoli successivi per assistere al sorgere del *divortium quoad mensam et thorum* così da potersi definire quella che è la dottrina dell'istituto della separazione.

Un tale istituto, infatti, per affermarsi necessitava che la pratica quotidiana assorbisse il concetto di indissolubilità del matrimonio, fattore possibile solamente nel momento in cui la Chiesa avesse acquisito la forza di imporre la propria dottrina

⁸⁶ Si ricordi che nell'influenza montanista l'unione coniugale non era vista come una caratteristica fondamentale del matrimonio, ma semplicemente finalizzata al raggiungimento del *bonum prolis*. (cfr. DROBNER, H., *Patrologia*, Casale Monferrato 1998).

non solo nella sfera meramente disciplinare ma anche in quella civile, come testimoniano i casi di *Episcopalis audientia* che segnano il passaggio da una giurisdizione civile sul matrimonio ad una prettamente ecclesiastica, fatto che avvenne nel X secolo⁸⁷.

A fronte di ciò, tuttavia, non può non essere segnalato come già i *Libri poenitentiales*, il cui scopo era prettamente parenetico, ammettevano l'allontanamento dei coniugi per mutuo consenso. In tale ambito il termine utilizzato era il verbo *separare*, che permette di riferirsi, più che al concetto di *divortium*, a quello di *separatio quoad thorum*, benché la forma precisa del concetto e del campo semantico del verbo sarà raggiunta nei secoli successivi⁸⁸.

CONCLUSIONE

Il percorso svolto ha voluto mettere in luce come all'interno di un presupposto originale ed originario del matrimonio romano, cioè l'*indissolubilità* ancorata nella *sacralitas* del vincolo, la risposta ordinamentale alle trasgressioni, quindi le *poenae* per quelle *iniuriae* minanti la giustizia, lo *status rerum* erano da ricondurre al ristabilimento della *pax deorum*.

Fu la laicizzazione del diritto e della società ad introdurre il divorzio da parte di entrambi i coniugi così che l'*iniuria domestica* uscendo dall'ambito del *sacrum* rientrava in quello privato.

L'incontro – scontro tra diritto romano e Cristianesimo, arrivò a presentare due spinte differenti tra di loro ma pronte a tutelare sempre un coniuge dalle *iniuriae* dell'altro: se l'Impero manteneva salda la nozione di *nuptiae dissolubiles per divortium* e regolava le forme di questo, nella prassi cristiana si fece strada

⁸⁷ Cfr. SALVIOLI, V., *La giurisdizione patrimoniale e la giurisdizione della Chiesa in Italia prima del Mille*, Modena 1884, p. 141.

⁸⁸ Cfr. DI RENZO VILLATA, G., «*Separazione personale (storia)*», in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Giuffrè, Milano 1989, p. 1355. Nei *Poenitentiales* si poteva riscontrare una dialettica tra severità nei confronti del divorzio così detto “*arbitrario*” e una maggiore indulgenza nei casi di divorzio o ripudio tollerati, così ammettendo anche l'allontanamento dei coniugi per mutuo consenso.

l'Istituto della *separatio quoad thorum ac mensam*, che nel rispetto della indissolubilità permetteva la cessazione di *exercitium* di un legame insostenibile.