

## Matrimonio, divorzio, ripudio: premesse romanistiche ad una problematica attuale\*

Carlo VENTURINI

1. *Definizioni.*
2. *Evoluzione del ripudio.*
3. *Culpa divortii.*
4. *Lex Iulia de adulteriis.*
5. *Disciplina postcostantiniana del ripudio.*
6. *Nozione di matrimonio nella dottrina moderna.*
7. *Aspetti problematici delle legislazioni attuali.*

### I.

Le sommarie definizioni di *matrimonium* (D., 1.1.1.3), *nuptiae* (D., 23.2.1.2), *nuptiae sive matrimonium* (*Inst.*, 1.9.1) *legitimae nuptiae* (Gai ep., 1.4 pr.), *iustum matrimonium* (Tit. Ulp., 5.2) presenti nelle fonti romanistiche ed oggi stimate, in linea di massima, genuine dopo i dubbi che in passato sono stati avanzati, in particolare, intorno alla seconda<sup>1</sup> appaiono incentrate o su una raffigurazione del matrimonio sotto il

\* Sintesi, a cura dell'autore, del seminario tenuto presso il Centro de Estudios Clásicos dal 3 al 7 ottobre 1988.

<sup>1</sup> Le due espressioni *consortium omnis vitae* e *divini et humani iuris communicatio* furono ritenute senz'altro non classiche dal HRUZA, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrecht*, 2, Erlangen-Leipzig 1894, 8, il quale evidenziò, in particolare, l'analogia tra la prima e la locuzione *ζουνομία παντός του βίου* ricorrente nei moralisti greci (cfr. VOIGT, *Ius naturale*, 2, Leipzig 1858, 850). Nel senso della non genuinità di essa si espressero, poi, il SOLAZZI, *Consortium omnis vitae*, in *Scritti di diritto romano*, 3, Napoli 1960, 313 ss. ed il BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 1, Roma 1925, 263 ss., mentre G. LONGO, *Diritto romano*, 3, Roma 1940, 86 s., pur sostenendo la genuinità del testo, palesò dubbi recentemente evolutisi nel senso della totale sfiducia verso di essa: cfr. ID., *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in "Sodalitas. Studi Guarino", 5, Napoli 1984, 2357 s. Difese, invece, la classicità del passo ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, Milano 1942, 5 ss., il quale ritenne, per un verso, che *divini et humani iuris communicatio* fosse suscettibile di *duplex interpretatio*, in quanto intesa dai giustiniani in senso diverso da quello originario, e, per l'altro, che il passo complessivo contenesse "la definizione sociale più che la definizione giuridica" del matrimonio. Questo punto di vista si ritrova, con varie sfumature,

profilo morale e sociale o sul richiamo dei requisiti formali richiesti dall'ordinamento giuridico perché l'unione potesse essere ritenuta conforme alla disciplina da esso imposta. Questa può riassumersi nel senso dell'esistenza, a fianco della capacità naturale, del reciproco *conubium*, del consenso degli interessati e, in caso di persone non *sui iuris*, del consenso del titolare della *potestas* su ciascuna di esse, almeno in rapporto al momento iniziale (Pauli Sent., 2.19.2): ciò ad evitare che *ei invito suus heres adgnascatur* (Inst., 1.11.7).

Il requisito e la nozione stessa del *conubium* come prerogativa rientrante negli *iura civitatis*, solo eccezionalmente concessi a stranieri, discendeva, verosimilmente, dalla stessa disomogeneità etnica della Roma primitiva, che accentuava l'esigenza di ricercare sul piano del diritto l'unità del *populus* (Cic., *Rep.*, 1.39) e di impedire, quindi, le unioni con individui appartenenti a collettività esterne. Ad essa si collegava con probabilità, per un verso, l'individuazione della donna come *civis* fin da età antica e, per l'altro, l'assorbente o esclusivo rilievo riconosciuto alla madre (Gai 1.56; 57; 76; 77; 82) per la determinazione della cittadinanza e dello *status libertatis* del neonato (o del nascituro: Gai 1.89), che costituivano i presupposti insopprimibili per l'ingresso di lui nella famiglia paterna, ossia, stante la configurazione tradizionale della *familia* romana come insieme di persone *sub unius potestate aut na-*

sia in ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, 1, Milano 1951, 77 ss., per il quale le richiamate definizioni "guardano il rapporto quando già si è costituito e lo descrivono nelle sue conseguenze", che in RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946, 13 ss.; LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli 1952, 8 s.; ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970, 66 ss.; VOLTERRA, in "ED", 25 (1975), s.v. *Matrimonio (dir. rom.)*, 754. Sul tema sono da segnalare anche GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, in "RIDA", 2 (1949), 309; ID., *Originalité et destin du mariage romain*, in "Studi Koschaker", 2, 511 ss. e LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano 1938, 216 s.; nonché la recente indagine di HUBER, *Der Ehekonsens in römischen Recht*, Roma 1977, 24 ss. Ricordo, infine, AAVV, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio. Atti del colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Roma 1980, che contiene, in rapporto alle citate definizioni, gli interventi di ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel diritto romano* (29 ss.), VOLTERRA, *Consensus facit nuptias* (44 ss.), CASTELLO, *Consortium omnis vitae* (57 ss.), HUBER, *Accezione dell'omnis vita nella definizione di Modestino in rapporto alla durata del matrimonio* (77 ss.).

*tura aut iure subiectae* (D., 50.16.195.2), per l'esercizio della *potestas* su di lui da parte del padre o dell'ascendente di cui egli fosse stato *in potestate*.

In questa prospettiva sono da inquadrarsi sia le vicende del contrasto patrizio-plebeo che condussero all'approvazione della *lex Canuleia* nel 445 a.C. (mediante la quale i plebei chiedevano ai patrizi *ex conubio vestro ... ut hominum, ut civium numero simus*: Liv., 4.4.12), sia la *lex Minicia de liberis*, rogata forse intorno al 90 a.C. e diretta ad assegnare la condizione peggiore ai figli di matrimoni tra cittadini romani e stranieri (Gai 1.78; Tit. Ulp., 5.8) sia, infine, le gravi difficoltà insite nei rapporti tra soldati romani e donne peregrine che generarono prima l'introduzione dell'*erroris causa probatio* attraverso un senatoconsulto di età adrianea (Gai 1,67; 75) e, successivamente, quella più generale concessione del *conubium* ai militari con le loro *focariae* e *hospitae* che fu promossa da Settimio Severo e che precedette di pochi anni la celebre *Constitutio Antoniniana* del 212. Questa ultima, estendendo la cittadinanza romana a tutti o quasi gli abitanti dell'Impero, fece scadere in modo quasi automatico l'importanza del *conubium*, che divenne, da allora in poi, progressivamente sinonimo di *matrimonium* nel linguaggio corrente.

## 2.

Si può osservare adesso che nessuna delle definizioni richiamate accenna alla posizione giuridica della donna nella famiglia. La circostanza appare collegabile alla decadenza della *manus* già riscontrabile nelle XII Tavole (Gai 1.111) e nell'indipendenza concettuale tra matrimonio e *manus* che fu evidenziata dal Volterra.<sup>2</sup>

E' il caso, peraltro, di porre in rilievo il fatto che questa evoluzione, determinando il venir meno dell'ingresso della donna nella famiglia del marito *loco filiae*, produsse il pa-

<sup>2</sup> Cfr., in particolare, *La conception du mariage à Rome*, in "RIDA", III S., 2 (1955), 365 ss. e voce *Matrimonio*, cit., 755 ss.

rallelo venir meno dell'acquisizione, da parte di lei, dei precisi diritti patrimoniali che sostituivano quelli perduti in seguito all'uscita dalla propria famiglia d'origine e che configuravano precise aspettative ereditarie (Dion. Hal., 2.25), di cui la donna stessa poteva venire privata solo in seguito a ripudio. E' comprensibile, dunque, ed armonico con un'implicita esigenza di tutela della moglie il fatto che il ripudio potesse aver luogo solo in conseguenza al ricorrere di specifiche colpe femminili (Plut., *Rom.*, 22; Dion. Hal., 2.25), che veniva accertato dal *paterfamilias* assistito da apposito *consilium*, ossia in forme sostanzialmente analoghe a quelle proprie dell'esercizio della giurisdizione criminale da parte dei magistrati della *civitas* in età pregraccana.<sup>3</sup> A sua volta, è intuibile che la circostanza svolgeva una concreta funzione di garanzia a favore della moglie incolpevole.

Su questa base si possono, a mio avviso, individuare le concrete ragioni della notorietà assunta dal celebre ripudio della moglie sterile operato da Spurio Carvilio Ruga nel 231 o nel 227 a.C. (Dion. Hal., 2.25; Gell., *NA*, 4.3; Val. Max., 2.1.3-4; Plut., *Rom.*, 14; Tertull., *De Monog.*, 9; Tertull., *Apol.*, 6.6). E' probabile, infatti, che l'episodio abbia suscitato un consistente allarme sociale proprio in quanto determinò, attraverso un ragionamento piuttosto cavilloso messo in luce, a suo tempo, dal Savigni<sup>4</sup> un'applicazione della repressione domestica ritenuta abusiva, in quanto orientata ad espellere dalla *familia* (ed a privare, quindi, dei suoi diritti patrimoniali) una donna priva di colpe obiettive e che, in quanto *in manu* del marito, aveva già perduto quelli che le sarebbero spettati se fosse rimasta membro della propria famiglia d'origine.

Ciò trova conferma nel fatto che la tradizione collega alla vicenda l'origine delle *cautiones rei uxoriae* (Gell., *NA*, 4.3),

<sup>3</sup> Sul tema cfr. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit*, München 1962, 58 ss.; ID., *Das Konsilium im Hausgericht*, in "ZSS", 83 (1966), 219 ss. e le mie 'Quaestiones ex senatus consulto', Napoli 1984, 64 ss.: 78 ss.

<sup>4</sup> *Ueber die erste Ehescheidung in Rom*, in *Vermischte Schriften*, 1, Berlin 1850, 81 ss. Un riesame dell'episodio è in ROBLEDA, *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in ANRW, 2, 14. Berlin-New York 1982, 355 ss., con citazione della bibliografia recente.

dirette a garantire, in caso di scioglimento dell'unione, la restituzione della dote da parte del marito.

E', a questo punto, ragionevole presumere che il perfezionarsi di tali strumenti giuridici abbia, da un lato, reso obsoleto lo *iudicium domesticum* e, dall'altro, reso possibile per le donne sciogliere il vincolo di propria iniziativa. Le due circostanze appaiono tra loro connesse. Infatti la funzionalità dello *iudicium domesticum* in questo campo dipendeva dalla già rilevata identificazione del ripudio con una sanzione che, in quanto disposta nei confronti di una colpevole, implicava come effetto naturale la permanenza presso il marito della dote, la quale era all'epoca, del resto, parte del patrimonio di lui a tutti gli effetti. Allorché, viceversa, la restituzione di essa venne regolata in modo autonomo, formando l'oggetto di apposita *stipulatio*, le pronunzie conclusive dello *iudicium domesticum* non avrebbero potuto che restare circoscritte, quanto agli effetti, all'affermazione dell'operatività del ripudio e presentarsi, di conseguenza, come pleonastiche ed irrilevanti. L'obliterazione dell'antico legame tra ripudio e *iudicium domesticum* condusse inevitabilmente, d'altra parte, a valutare in modo diverso il ripudio medesimo, ossia a configurarlo, ormai, non più come strumento sanzionatorio ma come semplice manifestazione del decadere dell' *affectio maritalis*. Venne meno, a questo punto, ogni ragione formale per negare che esso potesse venire attuato anche dalla donna, mentre non sembra che in questa evoluzione abbia svolto un ruolo decisivo il diffondersi del matrimonio *sine manu*.<sup>5</sup>

3.

La disciplina che, in tal modo, si delineò in rapporto allo scioglimento delle unioni portava con sé, come implicito effetto, la caduta di ogni pregiudiziale discriminazione nor-

<sup>5</sup> Circostanza, questa, che, peraltro, facilitò certamente l'evolversi stesso della *manus*, attenuandone i caratteri potestativi e rendendo, in seguito, possibile la sua automatica cessazione per effetto di scioglimento del matrimonio operato dalla donna: cfr. Gai 1.137 a.

mativa collegata alla presenza o meno del comune consenso dei coniugi alla rottura del vincolo.

Si spiega così il fatto che nelle fonti giuridiche classiche *divortium* e *ripudium* non risultano termini contrapposti ma, se mai, complementari, presentandosi diretti a richiamare il primo il fatto obiettivo costituito dallo scioglimento del vincolo ed il secondo lo strumento causativo destinato a produrre questo effetto.<sup>6</sup> Nel medesimo tempo, diviene chiaro il motivo per cui l'ordinamento giuridico romano restò disinteressato ad una precisa e formale definizione del matrimonio. Una volta scaduto e confinato in una sfera puramente patrimoniale il rilievo proprio dell'assunzione della *manus* (la quale, pur se concettualmente autonoma rispetto al matrimonio, aveva costituito pur sempre un fatto obiettivo e giuridicamente rilevante cui collegarne la sussistenza), il matrimonio non poteva, infatti, che assumere carattere di istituzione prevalentemente sociale, i cui già richiamati requisiti di massima restavano collegati, in sostanza, alla possibilità per i figli di accedere allo *status familiae* comunicato loro dal padre, mentre le varie conseguenze di ordine patrimoniale (relative, in linea generale, alla dote ed al rispetto della norma che vietava le reciproche donazioni in costanza di matrimonio) restavano affidate agli accordi tra le parti ed all'instaurarsi di uno specifico contenzioso giudiziario.

Ciò non significa affatto che l'ordinamento giuridico restasse indifferente al modo in cui l'unione veniva sciolta. Se, infatti, poteva essere irrilevante il sussistere o no del reciproco consenso quanto al venir meno del vincolo, non poteva essere irrilevante la presenza o meno di un accordo circa la destinazione dei beni dotali. La varietà dei patti collegabili alla *stipulatio* diretta a prevedere, appunto, la restituzione della dote, le

<sup>6</sup> I due termini risultano, in effetti, contrapposti in modo esplicito solo per affermare l'uso corretto del secondo, a differenza del primo, in caso di rottura degli sponsali (D., 50.16.101.1; 191) e per porre in evidenza il fatto che il *d.*, a differenza del *r.*, non sottintendeva precise forme (D., 24.2.2; cfr. Cic., *Or.*, 1.40.183). Manca di fondamento obiettivo la diffusa opinione secondo cui *r.* conterrebbe un diretto riferimento all'iniziativa del marito, *d.* a quella della donna (D. 40.9.14.2); cfr. BONFANTE, *Corso*, cit., 334, con rassegna di testi che depongono in senso contrario *sub* n. 2.

caratteristiche della più tarda *actio rei uxoriae* e l'intervento legislativo orientato, in epoca successiva, ad assoggettare gli uni e l'altra a norme per taluni aspetti omogenee (D., 23.4.12.1) produssero una disciplina composita, del cui evolversi manca, a tutt'oggi, un'approfondita ricostruzione.

E' certo, comunque, che l'*actio rei uxoriae*, sorta per ovviare ai casi nei quali non era stata preconstituita l'esperibilità di un'apposita *actio ex stipulatu*, era *in bonum et aequum concepta* e lasciava, quindi, al giudice un consistente margine di discrezionalità: la pronunzia non poteva, quindi, prescindere dall'apprezzamento dei motivi concreti che avevano determinato il venir meno dell'unione e che erano, di necessità, controversi tra le parti, stante la generale validità del principio, enunciato da Papiniano, secondo cui *Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui discidium necessitatem inducit*.

Caratteristiche diverse erano proprie dei processi instaurati sperando l'*actio ex stipulatu*, la cui natura di *actio stricti iuris* comportava, in caso di accertata fondatezza della pretesa, l'esigenza della piena corrispondenza tra *intentio* e *condemnatio*.

Era, peraltro, naturale che i patti intervenuti in sede di costituzione della dote ovvero stipulati durante il matrimonio (D., 23.4.1 pr.) o, addirittura, in occasione del suo scioglimento (D., 23.4.3) non fossero orientati all'unico fine di facilitare comunque la richiesta della dote ove il matrimonio fosse venuto meno ma anche alla tutela patrimoniale del marito in tutti i casi in cui egli, nella pur sempre saggia previsione di una tale eventualità, avesse provveduto ad inserire nella *stipulatio* apposite clausole. Queste, in quanto riferite ad un futuro *divortium*, non potevano prescindere dal differenziare la previsione in rapporto alla responsabilità ipotizzabile a carico dell'uno e dell'altro coniuge.

Il nostro rilievo, in sé quasi ovvio, è confermato dai non pochi passi che collegano alla *culpa mariti* (D., 24.3.44) o *mulieris* (D., 24.3.21.7; 38; 45; 4.11) ovvero alla *voluntas* (D., 24.3.40) effetti decisivi in materia di beni dotali, riconducendo

la relativa previsione all' originaria *stipulatio*. In altri casi, l'ammissibilità della clausola diretta a permettere al marito l'integrale mantenimento dei beni dotali medesimi in caso di *divortium* non determinato da *culpa viri* è subordinata alla presenza di figli, circostanza, peraltro, ritenuta non necessaria in caso di morte della moglie (Tit. Ulp., 120; D., 23.4.2; 12; 24; C., 5.14.6).

La norma si presenta come chiara espressione della tendenza a tutelare la donna quanto alla conservazione dei beni dotali (D., 23.3.2; 23.4.12.2: cfr. D., 23.3.2: *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*), ovvero del *favor dotis* che è comunemente individuato alla base della relativa disciplina.<sup>7</sup>

La soluzione accolta nei testi richiamati mostra, tuttavia, che a questa esigenza non veniva assegnato rilievo assorbente, se è vero che la fecondità del matrimonio bastava a rendere efficace una *stipulatio* di tenore tale da lasciare la donna indotata nell'eventualità di nozze ulteriori (D., 23.4.2; 23.4.24) ove il matrimonio fosse stato sciolto, semplicemente, *non culpa viri* (*Fragm. Vat.*, 120).

In ciò mi sembra si debba scorgere il riflesso di un atteggiamento, legislativo e giurisprudenziale insieme, orientato non tanto a sanzionare l'operato del coniuge ripudiante quanto a proteggere, anche con questo mezzo, la stabilità delle unioni in presenza di figli. E' facile, dunque, scorgervi il riflesso della politica demografica inaugurata da Augusto e diretta, in linea generale, ad incoraggiare la procreazione fino a configurarla, almeno sul piano ideologico, come elemento sostanziale del matrimonio (*Val. Max.*, 7.7.4).

Altrettanto facile è, però, ritenere che, nella grande maggioranza dei casi di *divortium*, la fase più delicata e decisiva del contenzioso consistesse nell'individuazione della *culpa* di uno dei coniugi o di entrambi (D., 24.3.39): fatto, questo, che

<sup>7</sup> Sul tema mi limito a rinviare a BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in "BIDR", 62 (1959), 157 ss., dov'è contenuta la rassegna della principale bibliografia anteriore, ed a CANNATA, in "ED", 14 (1965), s.v. *Dote (dir. rom.)*, 3 ss.

conduceva, inevitabilmente, ad un complessivo sindacato esercitato dal giudice dei comportamenti che venivano indicati dalle parti come causativi della fine della convivenza.

4.

L'intervento più significativo del legislatore si verificò, peraltro, attraverso la legislazione matrimoniale augustea, nel cui ambito la *lex Julia de adulteriis*, assimilando l'*adulterium* ai *crimina publica* ed introducendo norme processuali specifiche in rapporto alla sua repressione, non poté evitare di subordinare l'efficacia del *divortium* all'adempimento di determinate formalità esteriori, idonee a precludere la sanzionabilità di successive unioni in termini di *adulterium*. Questa conclusione, fondata su D., 24.2.9; 38.11.1 e 48.5.44, sembra oggi sicura almeno in rapporto agli effetti penali collegabili alla inosservanza di tali forme. Non contrastano con essa né il rilievo assegnato, in taluni casi, dal pensiero giurisprudenziale classico al *divortium* attuato in assenza di forme né il fatto che la rottura del vincolo non risulta aver richiesto alcun adempimento esteriore fino alla Nov. Th. 12 del 439 ed alla costituzione del 449 conservata in C., 5.17.8, le quali, nella parte a noi giunta, si aprono entrambi con le parole *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorum debere esse favor imperat liberorum*, recependo una prassi già diffusa nella coscienza sociale ma non vincolante ancora in epoca diocleziana (C., 5.17.6).

E' indubbio, infatti, che l'affermarsi, a partire da Augusto, della regola concernente, in linea generale, la preclusione di nuove nozze in assenza delle richiamate formalità non poté che produrre un costume sociale orientato al loro rispetto. Restò, se mai, difficile per la giurisprudenza individuare, specie ai fini della validità delle donazioni precluse tra coniugi (D., 24.1.1), un preciso criterio distintivo tra il persistere del matrimonio e l'instaurazione di nuova unione in tutti i casi in cui (come in quello, quasi esemplare, di Mecenate e Terenzia

D., 24.1.64) i medesimi soggetti si fossero, dopo un periodo più o meno lungo, riconciliati dopo un *frivusculum*, uno *iurgium* o un breve *discidium* (D., 23.2.33; 3.31; 24.1.33.12; 64; 2.3; *Fragm. Vat.*, 106). Né risulta che in questo campo sia stata raggiunta la determinazione, del resto ben difficile, di criteri obiettivi provvisti di universale applicabilità.

Ulteriori considerazioni si impongono, a questo punto, in ordine al diverso problema costituito dalla scarsa incidenza, comunemente rilevata,<sup>8</sup> della *lex de adulteriis*, nonostante il suo esteriore rigore. Non è stato infatti, mi sembra, mai posto in evidenza il fatto che il complessivo meccanismo sanzionatorio da essa predisposto non offriva adeguati stimoli per l'esercizio dell'accusa al marito, il quale era, sì, imputabile in termini di *lenocinium* ove, pur consapevole della colpa della moglie, l'avesse *in matrimonio retenta* (D., 48.5.2.2; 27) e fruiva, entro i primi sessanta giorni *a die divortii* (D., 48.5.15.2), dell'*accusatio* privilegiata *iure mariti vel patris*, ma era, per suo conto, abbastanza tutelato dall'interpretazione restrittiva che la giurisprudenza e la legislazione successiva avevano dato del *lenocinium*, circoscrivendolo ai due casi specifici costituiti l'uno dalla sorpresa della moglie in flagrante e l'altro dalla percezione, da parte di lui stesso, di un *quaestus ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere* (D., 48.5.30 pr. - 6: cfr. D., 48.5.2.2; C., 9.9.2; 17): circostanze, entrambe, la cui contestazione in giudizio deve presumersi caratterizzata da comprensibili difficoltà di prova.

Il marito restava, viceversa, sottoposto, in primo luogo, alla possibilità di subire, in caso di insuccesso, condanna per

<sup>8</sup> Cfr. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis*, in *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, Paris 1886, 157 ss., con rassegna di fonti. Il rilievo non mi sembra contraddetto dall'altissimo numero di  $\gamma\alpha\alpha\pi\alpha\iota$  cui accenna Cass. Dio, 76.16.4, presentandolo come conseguente ad un provvedimento di Settimio Severo. La circostanza descritta deve intendersi, infatti, con riferimento non alla formale *accusatio adulterii* ma a quelle mere *delationes* cui, in regime di *cognitio extra ordinem*, non corrispondeva affatto in forma automatica l'instaurazione di procedure giudiziarie. In questo senso cfr. anche GARNSEY, *Adultery Trials and the Survival of the Quaestiones in the Severan Age*, in "JRS", 57 (1967), 57 ss.

calunnia (D., 48.5.13.3).<sup>9</sup> Inoltre, situazione tutt'altro che ipotetica ma, anzi, esplicitamente prevista, avrebbe potuto sentirsi obiettare, a titolo di fondata o infondata ritorsione, pregresse o attuali tolleranze, che, certo, non si traducevano in cause di non punibilità a favore della moglie ma che avrebbero potuto ugualmente alimentare successive imputazioni di lenocinio a carico di lui (D., 48.5.5-6).

Meno grave ma, di sicuro, altrettanto spiacevole era il fatto che il giudizio doveva estendersi ad una verifica complessiva e ad un'eventuale sanzione dei *mores* stessi del marito (D., 48.5.14.5).

Le norme di legge richiedevano dunque, per rendersi operative, una figura ideale di marito, contro il quale non esercitassero alcuna efficacia deterrente le richiamate caratteristiche dei processi di adulterio, che fosse, per suo conto, portato a valutare la condanna della moglie alla stregua di gratificazione adeguata ai disagi e che disponesse di inoppugnabili mezzi di prova, avendo fruito, magari, della possibilità che la legge gli offriva di *adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testanti eius rei causa sine fraude sua* (D., 48.5.26 pr.), possibilità estesa al caso in cui egli avesse sorpreso l'adultero *non in domo sua* (D., 48.5.2.2).

Resta da dire —ed è questo il punto essenziale ai nostri fini— che la soddisfazione di vedere la ex moglie privata del *conubium* e della conseguente legittimazione a contrarre nuove *iustae nuptiae* (ma, d'altra parte, capace di intraprendere nuove convivenze, come si può dedurre da D., 25.7.1.2; 48.5.35, che bastano a far rilevare il carattere eccezionale della *depor-*

<sup>9</sup> Sul punto cfr. VOLTERRA, *Per la storia dell' "accusatio adulterii iure mariti vel patris"*, Città di Castello 1928, 12 ss. Nell'ambito della letteratura successiva segnalo ANDRÉEV, *Divorce et adultère dans le droit romain classique*, in "RHDFE", 35 (1957), 1 ss. e THOMAS, *Accusatio adulterii*, in "Iura", 12 (1961), mentre, in rapporto all'evoluzione normativa in questo campo, è fondamentale GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera in diritto giustiniano e bizantino*, Torino 1975, 91 ss. e *passim*.

*tatio in insulam* che la donna poteva subire) comportava anche, di regola, un notevole costo economico.

La condanna della moglie poteva, infatti, certamente essere fatta valere in sede civile quale elemento idoneo a configurare lo scioglimento del matrimonio come prodottosi *culpa mulieris* ed a giustificare, quindi, in ogni caso la *retentio propter mores*, che, nella sua misura massima ed inderogabile (D., 23.4.5 pr.), corrispondeva, appunto, in caso di accertato adulterio della donna, ad un sesto della dote (Tit. Ulp., 6.12) e la *retentio propter liberos* (Tit. Ulp., 6.10). Comportava però, nello stesso tempo, la *publicatio* non solo di un terzo del patrimonio personale di cui la donna fosse eventualmente titolare ma anche di metà della dote stessa (Pauli Sent., 2.26.14; C., 9.47.8). Il marito doveva, dunque, versare il corrispondente ammontare nelle casse pubbliche, beneficiando soltanto della *condemnatio in id quod facere potest* (D., 24.3.12; 36), mentre il terzo residuo restava esigibile dalla donna in assenza di figli (D., 24.3.24.7). Solo in caso di matrimonio fecondo potevano infatti, come abbiamo visto, venire operate, per effetto della accertata *culpa mulieris*, le *retentiones propter liberos* in ragione di un sesto per ciascun figlio e fino all'ammontare di metà soltanto della dote (*Vat. Fragm.*, 107; Tit. Ulp., 6.9), ovvero, qualora fosse stato così convenuto, in misura superiore o addirittura pari all'intera consistenza di essa.

Alla condanna della moglie conseguiva, dunque, una destinazione dei beni dotali disomogenea a seconda dell'esistenza o meno di convenzioni specifiche ma che, a grandi linee, si può ricostruire nel senso della possibilità per il marito di conservarli, in entrambi i casi, in una misura variabile da un sesto a due terzi: percentuale, quest'ultima, configurabile come limite massimo, determinato dalla presenza di tre figli e dalla sottrazione dalla metà riservata al *fiscus* del sesto configurato come *retentio propter mores* (D., 48.2.4).

Gli effetti economici dell'*accusatio adulterii* potevano, per converso, risultare talvolta addirittura disastrosi per il marito. Basterà pensare, per collegarsi ad esplicite testimonianze, al caso in cui appositi accordi avevano introdotto deroghe al re-

gime legale delle *retentiones* garantendogli la conservazione, in caso di scioglimento del matrimonio *culpa mulieris*, di metà della dote (D., 23.4.12.2) ovvero, in presenza di figli, del suo intero ammontare (D., 23.4.2; *Vat. Fragm.*, 120).

Ciò equivale ad osservare che l'*accusatio adulterii* poteva presentarsi vantaggiosa per lui in un'unica situazione, cioè se operata nei confronti di un'adultera che non fosse stata disposta ad assumersi personalmente, in sede civile, la *culpa divortii*, ovvero ove non gli fosse stato possibile raggiungere, con lei o con il diverso soggetto cui i beni avrebbero dovuto ritornare per effetto del venir meno del matrimonio, un accordo circa la quota di essi da restituire.

In questa prospettiva riesce, però, naturale supporre che il marito, se provvisto di consistenti e obiettivi elementi di prova, non dovesse incontrare troppa difficoltà a persuadere la moglie in tal senso e fosse, se mai, in grado di subordinare la propria acquiescenza ad una soluzione extragiudiziale di questo tipo ad un adeguato incremento dei propri diritti di natura patrimoniale, orientandosi verso il *lucrum ex dote retinere tamquam culpa mulieris dirempto matrimonio* (D., 48.5.12.2).

## 5.

Una fase nuova di intervento dello stato nella regolamentazione dei matrimoni si aprì con la netta differenziazione tra divorzio consensuale e ripudio collegabile all'indirizzo diretto a disinteressarsi del primo (così come sembra oggi sicuro, dopo taluni fraintendimenti derivanti dall'arbitrario collegamento della normativa in questione al principio cristiano dell'indissolubilità<sup>10</sup> ed a sanzionare, viceversa il secondo in assenza di cause giustificative previste dal legislatore.

L'indirizzo in questione non fu, peraltro, né univoco né privo di oscillazioni. Le norme contenute in C. Th., 3.16.1

<sup>10</sup> Cfr. i rilievi presenti in SARGENTI, *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986, 46 ss.; 239 ss.; 343 ss. e VANNUCCHI FORZIERI, *La risoluzione del matrimonio nel IV-V secolo. Legislazione imperiale e pensiero della Chiesa*, in "Atti e memorie dell'Accademia di scienze e lettere 'La Colombaria'", 50, NS 36, Firenze 1985, 144 ss., con rassegna esauriente della bibliografia anteriore.

del 331, probabilmente frutto della rielaborazione subita da un più articolato originale perduto, sembrano infatti riconducibili più all'esigenza di favorire, in rapporto a particolari reati, l'accusa anche tra coniugi, mentre C. Th., 3.16.2 del 421 e C., 5.17.8 del 449 appaiono orientate alla costruzione di un'organica disciplina del ripudio, preceduta dalle parziali riforme del 439 ricordate in Nov. Th. 12 e 14.4 ed oggetto di successive modifiche nel 452 (Nov. Val. 35.11), nel 497 (C., 5.17.9) e, finalmente, nella legislazione giustiniana del 528 (C., 5.17.10) e del 533 (C., 5.17.11).

Il carattere non uniforme dell'elaborazione cui Giustiniano assoggettò, poi, le norme in oggetto traspare, infine, dai contrasti riscontrabili tra la Nov. 22 del 536, nella quale egli tentò per la prima volta un'organica sistemazione della complessiva materia matrimoniale, e le Novv. 74 del 538, 117 del 542, 127 del 548 e 134 del 556. E' tuttavia degno di nota e mai, a quanto mi consta, adeguatamente evidenziato il fatto che anche il divieto di scioglimento consensuale (tranne che per desiderio di purezza) cui l'imperatore addivenne nella citata Nov. 117.10 non si presenta affatto conforme al principio cristiano dell'indissolubilità. Il testo in questione, infatti, contiene una parallela, puntuale elencazione di cause legittime di ripudio nei capp. 8-9. Il divieto in questione, dunque, non si presenta ispirato da motivi di puro carattere ideologico o religioso, bensì dal fine, eminentemente pratico, di tutelare la stabilità delle unioni ancorando il loro scioglimento al ricorrere, da parte di uno dei coniugi, di un comportamento colpevole che, in quanto gravemente sanzionato, non poteva essere oggetto in nessun caso di concordata ammissione.

La norma fu abrogata, pochi anni dopo, da Giustino II (Nov. 140, del 566). Essa sembra, peraltro, concludere un indirizzo che, in quanto diretto a rendere oggetto di tutela legislativa e di sanzione penale la persistenza dei matrimoni, non poteva non pervenire ad una considerazione analitica dei diritti e dei doveri familiari, senza limitarsi a configurare nella loro inosservanza un giustificato motivo di ripudio ma indirizzandosi in modo sempre più incisivo a colpirla con

sanzioni di carattere patrimoniale ed afflittivo e, in primo luogo, con il divieto di nuove nozze disposto a carico del colpevole o della colpevole.

6.

Nel lungo svolgersi del diritto romano troviamo, dunque, forme mutevoli di intervento pubblico sulla disciplina concernente i matrimoni ma relativo, quasi esclusivamente, al loro scioglimento. Esso, a parte la breve parentesi riferibile agli anni 542-566, rimase sempre libero se consensuale: dopo l'episodio di Spurio Carvilio Ruga il ripudio dell'incolpevole fu, viceversa, sempre connesso a conseguenze patrimoniali, prima di origine pattizia e, in seguito, diposte in via normativa e giurisprudenziale,<sup>11</sup> mentre nel tardo impero fu colpito da sanzioni di schietta natura penale.

Se, dunque, parlare di assoluta libertà di scioglimento delle unioni nel diritto romano classico non è, in sé, arbitrario ed è confortato dalla larga diffusione del *divortium* che le fonti attestano a partire dalla tarda repubblica,<sup>12</sup> è altrettanto indiscutibile il fatto che l'ordinamento giuridico non si disinteressò affatto né dello scioglimento unilaterale né, in linea generale, di quello non accompagnato da accordi tra le parti.

E' vero, inoltre, che la dottrina giurisprudenziale, rendendo oggetto di considerazione prioritaria e pressoché esclusiva le richiamate conseguenze del *divortium* (circostanza, questa, ben comprensibile, in quanto esse erano le uniche suscettibili di dar vita a contrasti ed alla instaurazione conseguente di un

<sup>11</sup> La regolamentazione delle *retentiones propter liberos e propter mores* sembra risalente ad una legge di epoca augustea (ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, 446; HUMBERT, *Le rémariage à Rome*, Milano 1972, 134), mentre è di verosimile origine giurisprudenziale la globale sistemazione delle *retentiones* a noi nota attraverso i *Tituli ex corpore Ulpiani*: cfr. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986, 443. Esula da questa indagine l'esame delle caratteristiche del controverso *iudicium de moribus* (Gai, 4.102; C. Th., 3.13.1; D., 23.4.5 pr.; C., 5.17.11.2b), intorno al quale le principali opinioni sono richiamate in VOLTERRA, in "NNDI", 9, Torino 1963, 344.

<sup>12</sup> Cfr. HUMBERT, *Rémariage*, cit., 131 ss.

contenzioso giudiziario), finì per lasciare in ombra il momento iniziale del matrimonio e, perciò, le caratteristiche formali dell'istituto, che trovò nella letteratura giuridica una collocazione mutevole. Gaio lo tratta, infatti, nel primo libro, inserendolo nel più ampio quadro della *familia*, mentre in Pauli Sent., 2.19 la rubrica *De nuptiis* segue immediatamente quella *De locato et conducto*, secondo una sistematica che trova conferma nell'Editto adrianeo: ivi, infatti, al titolo *De bonae fidei iudiciis* (che si chiudeva, appunto, con la rubrica *Locati conducti*) era contiguo quello *De re uxoria*. Gli *Scholium Sinaïtica* trattano, viceversa, in modo congiunto del matrimonio e degli istituti di diritto familiare, così come *Inst.*, 1.10.

Il sussistere del matrimonio viene, così, individuato collegandolo, in linea di massima, all'elemento psicologico dell' *affectio maritalis* (D., 24.1.33.13: *non ... coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*) o dell'*adfectus* (C. Th., 7.13.6; C., 5.4.26; 17.11), del *dilectus* (Pauli Sent., 2.20.1), della *mens* (Quint., *Inst. Or.*, 5.11.32), della *voluntas* (D., 23.2.65) e della *animi destinatio* (D., 25.7.4) riflesso nell'*honor matrimonii* (D., 24.1.3; 32.13; 33.12; 39.5.31 pr.: *maritalis honor et adfectio*; 48.20.5.1. Altri passi sembrano valorizzare, a loro volta, la *deductio in domum mariti* (D., 23.2.5; 24.1.66 pr.; C., 5.3.6) ovvero l'elemento concreto della convivenza, che affiora, in particolare, nel noto D., 23.2.24: *In liberae mulieris consuetudine non concubinitus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*. In larga evidenza è posto, infine, l'elemento del *consensus* (D., 23.1.11; 23.2.16; 24.1.66; 35.1.15 = 50.17.30: *nuptias non concubitus, sed consensus facit*; 49.15.14; C. Th., 3.7.3 = C., 5.4.22).

La massima *consensus facit nuptias*, esplicitata nel pensiero dei Padri della Chiesa, ha così influenzato per lungo tempo la concezione del matrimonio, determinando l'affermarsi di una teoria contrattualistica matrice, a sua volta, di differenti filoni di pensiero in campo ecclesiastico (nel quale essa fu fissata in modo definitivo dal Concilio di Trento e nel quale venne a sommarsi alla concezione canonistica del matrimonio-sacra-

mento,<sup>13</sup> che in campo laico, dove, a partire dal Pothier, la circostanza fu affermata finalizzandola ad un obiettivo opposto, cioè per affermare che il matrimonio stesso, in quanto contratto, “appartiene come tutti gli altri contratti all’ordine politico: è in conseguenza, al pari di tutti gli altri, soggetto alle leggi della podestà secolare”.<sup>14</sup>

Questo indirizzo aveva, già in precedenza, ispirato Grozio ed i successivi cultori del diritto naturale e si riflesse nella filosofia di Kant, che definì il matrimonio “contratto obbligatorio, avente ad oggetto l’unione di due persone di sesso diverso, per il reciproco possesso, durante la vita, delle rispettive caratteristiche sessuali”.<sup>15</sup> Si può aggiungere che tale concezione, scindendo tra matrimonio-contratto e matrimonio sacramento, si prestava assai bene ad affermare il potere statale sul matrimonio, così come avvenne con la legislazione illuministica austriaca e francese: in questa linea, il Code Napoleon, pur rinunciando a definire il matrimonio come contratto, recepì la relazione Robin del 7 settembre 1793 sul divorzio, la quale aveva “creduto di dover concedere la massima latitudine sulla facoltà di divorziare a motivo dell’indole del contratto di matrimonio”.

La critica a questa concezione (che in Italia si riaffacciò nella relazione ministeriale del 1882 diretta a proporre, attraverso l’abrogazione dell’art. 148 del Codice Civile vigente, l’introduzione del divorzio in Italia, osservando che “Il contratto è la meta cui tende la famiglia moderna, come il più alto ideale della moderna società”) fu avanzata prima da Glück<sup>16</sup> e poi da Hegel, il quale nei suoi *Lineamenti di filosofia del diritto* osservò che “Sotto il concetto del contratto non può venir sussunto il matrimonio: questa sussunzione è esposta nella sua —si deve pur dire— turpitudine in Kant”,<sup>17</sup> mentre

<sup>13</sup> Su questo punto e, in linea generale, sull’atteggiamento della dottrina medioevale rinvio all’eccellente rassegna presente in ORESTANO, *Matrimonio*, cit., 39 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *Opere* (trad. it.), 2, Livorno 1842, 1035.

<sup>15</sup> *Metaphysische Anfangspründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797, 107.

<sup>16</sup> *Commentario alle Pandette*, 23, trad. D’Ancona, Milano 1898, 142 ss.

<sup>17</sup> *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. Marini, Bari 1987, 74.

Savigny ribatté che il matrimonio romano poteva rientrare tra i contratti, configurati come “concorso di due o più persone in una concorde manifestazione di volontà, per cui vengono determinati i loro rapporti giuridici”.<sup>18</sup>

Con ciò il giurista degradò la nozione di contratto da *genus* a *species*, creando, al tempo stesso, come *genus* una nozione più ampia, tale da coincidere con quella, più generale, di negozio giuridico. In questo modo (e solo in questo) il matrimonio poteva rientrare come *species* nel *genus* ‘contratto’, accanto all’altra *species* rappresentata dai contratti obbligatori. Questa prospettiva permetteva il superamento delle precedenti difficoltà teoriche ma rendeva palese, nel medesimo tempo, che il matrimonio poteva venir inserito tra i contratti solo dilatando la relativa nozione fino ad individuarne il ricorrere sulla base del puro e semplice intervento di un accordo di volontà.

L’indirizzo successivo, che può considerarsi caratteristico della fase più attuale degli studi, prese avvio da un’opera del Manenti, il quale reagì decisamente alla teoria contrattualistica configurando nel matrimonio romano una relazione di mero fatto, nella quale il *consensus* sarebbe da ravvisare alla stregua di corrispondenza mutua e continuativa, diversa dal *consensus* generativo di un vincolo contrattuale e compendabile nell’*affectio maritalis*, intesa come semplice volontà reciproca di essere marito e moglie e, perciò, rilevabile senz’altro anche in caso di “discordia e odio”:<sup>19</sup> in questo senso, secondo un arguto rilievo dello Scialoja,<sup>20</sup> il matrimonio avrebbe potuto benissimo persistere anche se l’*affectio maritalis* si fosse identificata in *odium maritalis*, purché questo deteriore sentimento non avesse generato la concreta determinazione di sciogliere il vincolo. Osservò tuttavia il Rasi che il matrimonio finiva, così, per mancare di contorni giuridici ben definiti, risultando

<sup>18</sup> *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it.), 3, Torino 1891, 413 ss.

<sup>19</sup> *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena 1889, 40 ss.

<sup>20</sup> *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma 1934, 280.

“un qualche cosa di campato in aria, che non trovava un posto adatto e proprio in quel grande edificio che era il *ius civile*”.<sup>21</sup>

La prospettiva richiamata, pur se talvolta rimessa in discussione dal vario riproporsi, in forme aggiornate, di teorie di ispirazione contrattualistica<sup>22</sup> e dall'affacciarsi di tesi dirette ora a configurare una consistente analogia concettuale tra matrimonio e possesso,<sup>23</sup> ora ad accentuare il ruolo dell'elemento concreto ravvisabile nella convivenza e nella *deductio* della sposa *in domum mariti*,<sup>24</sup> è rimasta dominante nell'indagine romanistica.

Gli studi successivi si sono infatti, in massima parte, collegati ad essa, per valorizzare il rapporto che nelle fonti può cogliersi tra l'elemento psichico dell'*affectio*, individuato come centrale ai fini della sussistenza del matrimonio, ed il suo riflesso esteriore.<sup>25</sup> Ne è derivato il fiorire, negli ultimi decenni, di una

<sup>21</sup> *Consensus facit nuptias*, cit., 17.

<sup>22</sup> In questo senso si possono ricordare il RASI, *Consensus facit nuptias*, cit., 77 ss., il quale, peraltro, precisa che non intende affatto classificare “*sic et simpliciter* il matrimonio fra i contratti” ma solo “significare che il *consensus matrimonialis* crea un *vinculum iuris*, o meglio dà origine ad un negozio giuridico” (15, n. 1), nonché le indagini del ROBLEDA, *Matrimonio*, cit., orientate a negare che la nozione di *consensus* matrimoniale provvisto di natura costitutiva del vincolo riscontrabile nelle fonti postclassiche sia riferibile ad esse soltanto (111 ss.), e dello HUBER, *Ehekonsens*, cit., il quale si collega in larga misura a questa prospettiva.

<sup>23</sup> Questo punto di vista, fondato sull'esigenza di porre su un piano analogo il ricorrere dell'elemento psicologico e di quello materiale della convivenza, fu sviluppato soprattutto dal BONFANTE, *Corso*, cit., 256 ss., mentre l'ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*,<sup>14</sup> 436 ss., collegandosi ad esso, osservò che “mentre nel possesso l'elemento materiale della disponibilità della cosa è tanto emergente da ricacciare nell'ombra l'*animus rem sibi habendi*, qui è l'elemento morale che sovrasta, sicché ... l'elemento materiale si riduce in pratica a un contegno onde univocamente risulti l'*affectio maritalis*”.

Un diverso punto di vista fu espresso dal PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*,<sup>2</sup> 1. Milano 1947, 316 s., il quale, dopo aver identificato il sorgere del matrimonio nella situazione di disponibilità, da parte dell'uomo, “di una donna al fine di una perpetua e piena unione di vita con essa”, rilevò che “La disposizione della donna, come ogni disposizione, domanda al suo nascere un elemento di fatto e un elemento psichico”, configurando il primo “nell'essere la condotta della donna subordinata alla volontà del marito”.

<sup>24</sup> Tesi, questa, approfondita soprattutto dal LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, 67 ss.

<sup>25</sup> In questa prospettiva si muovono, in particolare, gli studi dell'ORESTANO, *Matrimonio*, cit., 187 ss.; 240 ss. e del VOLTERRA, *Conception*, cit., 373 ss. e voce *Matrimonio*, cit., 747 ss. che evidenzia, in special modo, il

gamma di punti di vista specifici estremamente vari, che hanno dato vita alla ricchissima letteratura sul tema.

7.

Il relativo dibattito non si può ritenere privo di influsso sulle legislazioni attuali. Esse, una volta ammesso in quasi tutti gli ordinamenti il principio laico della dissolubilità dell'unione, sono state e sono, infatti, chiamate a decidere su un problema di centrale importanza ma, stranamente, spesso lasciato in ombra, giacché non possono, evidentemente, essere ritenuti ispirati da analoghi principi di ordine giuridico e sociale gli ordinamenti che ammettono il solo scioglimento consensuale o non colpa del vincolo e quelli che riconoscono la validità anche di quello unilaterale (così come oggi, con indiscutibile eufemismo, si suole indicare il ripudio), rinunciando a subordinarlo all'accertamento di una colpa specifica dell'altro coniuge.

E' vero, peraltro, che le scelte richiamate comportano ciascuna precisi inconvenienti e notevoli difficoltà di ordine legislativo e processuale, che un ripensamento dell'esperienza romanistica può aiutare, credo, ad approfondire.

mutare della nozione di *consensus* e della sua efficacia dall'età classica a quella postclassica. Quest'ultimo aspetto fu approfondito, a sua volta, dal BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano 1954, 70 ss.; 151 ss., il quale, concorde sul punto specifico con il Volterra, collegò il mutamento al subentrare dell'influenza cristiana nella legislazione postcostantiniana.