

Studia Ephemeridis Augustinianum 114

**IL MATRIMONIO DEI CRISTIANI:
ESEGESI BIBLICA E DIRITTO ROMANO**

**XXXVII Incontro di studiosi
dell'antichità cristiana**

Roma, 8-10 maggio 2008

ESTRATTO

Institutum Patristicum Augustinianum
Via Paolo VI, 25 - 00193 Roma
2009

NOTAZIONI IN TEMA DI DISCIPLINA DEGLI IMPEDIMENTI SOPRAVENNUTI AL MATRIMONIO IN DIRITTO ROMANO*

1. Premesse

La disciplina degli impedimenti sopravvenuti al matrimonio offre un ottimo spunto per intervenire nell'annoso dibattito sulle influenze tra diritto romano e cristianesimo¹.

* Dedico queste brevi note al prof. Wolfgang Kaiser, grazie alla cui generosa ospitalità queste pagine sono state scritte nell'operosa e tranquilla atmosfera dell'Institut für Rechtsgeschichte und geschichtliche Rechtsvergleichung dell'Albert-Ludwigs-Universität di Freiburg i. Br., da lui autorevolmente diretto. Devo premettere un'avvertenza: l'esiguità dello spazio a disposizione unita alla complessità del dibattito sui temi trattati mi ha indotto – contrariamente all'abitudine dei romanisti – ad una scelta «minimalista» in ordine ai contenuti delle note. Per i riferimenti bibliografici, vista la mole dei contributi in materia, mi sono dovuto limitare ad indicare qualche lavoro, spesso rinviando alla bibliografia ivi citata. Per quanto riguarda le fonti, l'esemplificazione è stata ridotta al minimo, talvolta ad un unico luogo.

¹ La diafrica su quali, quante e in che direzione si spieghino tali influenze ha coinvolto nel tempo un po' tutti i campi dello studio romanistico e non solo. Solo per fornire qualche minima indicazione a chi si avvicini per la prima volta a questo dibattito si v. R. Th. Topfong, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Aalen 1975² réimpr. de la éd. Paris 1868, con le critiche di G. Padelletti, *Roma nella storia del diritto. Proibizione al corso di storia del diritto romano nella R. Università di Roma, in Archivio Giuridico «Filippo Serafini»* 12 (1874), 214s.; S. Riccobono, *Influenza del Cristianesimo sulla Codificazione di Giustiniano*, in *Rivista di Scienza. «Scantia»*. *Organo internazionale di sintesi scientifica* 5 (1909), 128ss.; G. Baviera, *Conceito e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Mélanges P.F. Girard*, I, Paris 1912, 67ss.; il vol. II degli *Atti del Congresso Internaz. di dir. romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)*, Roma 1935, contiene, tra gli altri, i contributi di S. Riccobono, *L'influsso del cristianesimo sul diritto romano* (59ss.), G. Baviera, *La codificazione giustiniana e il Cristianesimo* (123ss.); M. Roberti, *Le collezioni giustiniane e il Cristianesimo* (129ss.); U. Brasietto, *Premesse relative allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Studi in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, II, Milano 1947, 1ss.; L. Chazeres, *Cristianesimo e diritto*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 51-52 (1948), 222ss.; G. Crifo, *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIDR* 64 (1961), 33ss.; J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV et V siècles*, Paris 1979², spec. 191ss.; O. Robleda, *Diritto romano e Cristianesimo*, in *AARC* IV, 1981, 249ss.; F. Amarelli, *I problemi di metodo per lo studio delle fonti relative ai rapporti tra Cristianesimo e Diritto romano*, in *Metodologie della ricerca sulla tarda*

In apertura è necessaria qualche puntualizzazione. Innanzitutto, nel parlare di «impedimenti» ricorro ad una terminologia che proviene dalla dottrina moderna, il che – come sempre – reca con sé l'intensa tentazione di operare anacronistiche estensioni delle nostre categorie e concezioni giuridiche al mondo antico². Per quanto il sostantivo «*impedimentum*» e il verbo «*impediri*»³ siano utilizzati dai giuristi classici⁴, fin da una prima analisi delle fonti appare evidente come lo siano stati in tutt'altro significato rispetto a quello moderno che evoca l'idea di «un ostacolo all'esplicazione di una generale capacità matrimoniale»⁵. Uno dei più grandi studiosi del matrimonio⁶ e della famiglia romana del secolo scorso, Edoardo Volterra⁷,

antichità. Atti del I Convegno dell'Assoc. di Studi Tardoantichi, Napoli 1989, 11ss.; Id., *Cristianesimo e istituzioni giuridiche romane: contaminazioni, influenze, recuperi*, in *BDR* 100 (1997), ma 2003), 445ss.; G. Crifò, *Diritto romano-cristiano*¹ (con un commento di A. C. Jemolo), in *Diritto romano attuale* 7 (2002), 79ss.; denso di spunti il volume collettaneo a cura di A. Saggiaro, *Diritto romano e identità cristiana. Definizioni storico-religiose e confronti interdisciplinari*, Roma 2005; il volume postumo di J. Dauvillier, *Le Nouvelles Testament et les droits de l'Antiquité*, prés. par M.-B. Bruguhière, Toulouse 2005; da ultimo si v. l'indagine ad ampio raggio di L. De Giovanni, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, spec. 24ss. e 288ss. con ampia bibl. Per un'antologia della legislazione in materia di religione cristiana si v. *Il cristianesimo nelle leggi di Roma imperiale*, a cura di A. Barzanò, Milano 1996, con bibl. Spicca l'opera in tre tomi di B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, Milano 1952-1954, sulla quale si v. le considerazioni di A. Guarino, *Diritto romano cristiano?*, in *Iura. Revista internazionale di diritto romano e antico* 6 (1955), 228ss. [=in *Pagine di diritto romano*, I, Napoli 1999, 358ss.].

² P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, rist. corr. Milano 1987¹⁰, 153; E. Volterra, *La nazione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 347s. [=in *Scritti giuridici*, II, *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 283s.].

³ Cf. ss.vv. «*impedimentum*» e «*impedio*», in *Thesaurus Linguae Latinae* VII/1, Lipsia 1964, rispettivamente c. 528ss. e c. 530ss.

⁴ Cf. *Gal.* I, 61 [l'ed. citata da qui in avanti è quella cur. da U. Manthe, Darmstadt 2004]: *Sed si qua per adoptionem soror multa esse coepert, quamvis quidem constat adhibit, sane inter me et eam nuptiam non possunt consistere, cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed ei, si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptis*. A proposito di impedimenti sopravvenuti *Dig.* 24, 1, 3, 1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Videmus, inter quos sunt prohibitaee donationes. Et quidem si matrimonium mortuus legibusque nostris constat, donatio non valet. Sed si aliquod impedimentum intercedat, ne sit omnino matrimonium, donatio valet*...

⁵ E. Volterra, «*Frustrum matrimonium*», in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano 1972, 450ss. [=*Scritti giuridici*, III, *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 186ss.].

⁶ Solo per citare, nell'ambito dell'amplessima letteratura romanistica in tema di matrimonio, alcuni dei contributi che più da vicino riguardano i temi affrontati in questo contributo si v. (oltre a quanto indicato *infra* di volta in volta) E. Albertario,

ha ampiamente dimostrato* come nel diritto romano piuttosto che di impedimenti alle nozze sia più corretto parlare di mancanza di *conubium*, cioè dell'assenza di un requisito positivo indispensabile per contrarre

La definizione del matrimonio secondo Modestino, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, *Diritto romano e bizantino*, Padova 1933, 243ss. [=in *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano 1933, 181ss.]; R. Oresano, *Consenso e solennità nella legislazione matrimoniale teodasiana*, in *Scritti per la beatificazione di C. Ferrini*, II, 170ss. [=in *Scritti*, II, *Saggiistica*, Napoli 1998, 821ss.]; J. Gaudemet, *Iustum matrimonium*, in *RDA* 3 (1950), 309ss. [=in *Études de droit romain*, III, Camerino 1979, 105ss.]; Id., *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, in *Studi Albertaria*, II, 173ss. [=in *Études*, III, 165ss.]; Id., *Originalité et destin du mariage romain*, in *L'Europe e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, II, Milano 1954, 513ss. [=in *Études*, III, 57s.]; P. E. Corbett, *The roman law of marriage*, repr. Oxford 1969, spec. 211ss.; G. Le Bras, *Observations sur le mariage dans le Corpus Justinien et dans le droit classique de l'Église*, in *Études offertes à J. Macquarion*, Aix-en-Provence 1970, 425ss.; M. Sargenti, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, in *AARC* IV, 1981, 203ss. [=in *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986, 239ss.]; J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, spec. 23ss.; non pochi i rilevanti contributi nel volume degli *Actes des Journées internationales d'Histoire du Droit* (Strasbourg 23-26 mai 1991), dal titolo *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg 1992; R. Ascoli, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2000; M. Humbert, *La concazione giuridica del matrimonio romano, modello per il legislatore odierno?*, in *Atti del convegno internaz. di diritto romano «Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea»* (Copenago 3-7 giugno 2000), Napoli 2004, 293ss.; di recente, C. Fayer, *La familia romana*, II, *Aspetti giuridici ed antiquari*, Sponsalia, *matrimonium, dote*, Roma 2005, 327ss. con bibl.; nonché il supplemento al *Journal of Juristic Papyrology* dal titolo *Marriage: Ideal-Law-Practice. Proceedings of a conference held in memory of H. Kupiszewski*, Warsaw 2005.

⁷ Autore tra l'altro sia dell'ampia relativa voce nell'*Enciclopedia del Diritto* XXV, Milano 1933, 726ss. [=in *Scritti*, III, 223ss.], sia di quella più essenziale contenuta nel *Novissimo Digesto Italiano* X, Torino 1964, 330ss. In tema di matrimonio e famiglia, E. Volterra ha scritto, tra l'altro: *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940 [=in *Scritti*, II, 3ss.]; *Les formes du mariage chez les Romains*, in *Atti del III Congresso internaz. di diritto comparato*, I, Roma 1953, 307ss. [=precede nello stesso volume (201ss.) la versione in italiano; in francese ora è in *Scritti*, II, 277ss.]; il già cit. *La nozione*, *Iustum matrimonium*, in *Studi Scherillo*, II, 441ss. [=in *Scritti*, III, 173ss.]; *Consensus facit nuptias*, in *AA.VV.*, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, Roma 1980, 44ss. [=in *Scritti*, III, 538ss.]. Un'indicazione completa della vasta produzione vollerriana è nel primo (pp. xxxi-iii) degli otto volumi dei suoi *Scritti giuridici*, pubblicati nella collana «*Antiquae*», dir. da L. Labruna, Napoli 1990-2005.

* *La nozione*, 347ss. [=in *Scritti*, III, 283ss.] con ampia rassegna delle posizioni dottrinali precedenti. Cf. in *ED*, 802 [=in *Scritti*, III, 299].

*iustae nuptiae*⁹ (la *uxoris iure ducentidae facultas* secondo la definizione¹⁰, dal punto di vista ovviamente maschile, che si legge nei *Tit. ex corp. Ulp.* V, 3¹¹), e non della presenza di un divieto o una proibizione, cioè di un elemento negativo che escluda o impedisca la formazione del vincolo coniugale. Caio, a proposito di alcune ipotesi per le quali noi oggi parleremo senza dubbio di «impedimento» (come l'esistenza di vincoli di parentela tra i coniugi), scrive (I, 59): *inter eos enim personae quae parentum libertorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eos concubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et nepotem*.

Si noi come il *contrahi nuptiae non possunt*, quello che oggi chiameremo un impedimento (nel caso specifico «assoluto»), appare come conseguenza della mancanza di *concubium*¹².

Secondo la nota, sintetica elaborazione di *Tit. ex corp. Ulp.* V, 2, infatti, i requisiti di un *iustum matrimonium* sarebbero tre: la relativa reciproca¹³ capacità giuridica (*concubium inter eos*) dei nubendi, quella fisica o naturale (la *virginitas* per le donne e la *pubertas* per gli uomini), nonché il *consensus* (dei soli sui iuris o anche dei loro *patres familias*, se i nubendi in *potestate sunt*)¹⁴. *iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt*

⁹ *Ibid.*, 733 [=in *Scriptis*, III, 230]: «Il *concubium* ... si presentava ai giuristi romani come una condizione positiva, necessaria ed imprescindibile per l'esistenza del matrimonio, nel senso che tanto l'uomo quanto la donna dovesse avere uno *status* giuridico tale che alla loro unione coniugale potesse essere attribuito il valore di *iustae nuptiae*».

¹⁰ «Il confronto con le affermazioni che leggiamo nelle Istituzioni di Gaio e la considerazione che l'Istituto del *concubium* è proprio del diritto antico e classico, mentre tende a sparire nell'epoca cristiana, persuade che i frammenti relativi al *concubium* rispecchiano il concetto classico e non certo il pensiero giuridico postclassico» secondo E. Volterra, *La nozione*, 359 [=in *Scriptis*, III, 295].

¹¹ L'edizione dei *Tituli* alla quale si fa riferimento da qui in avanti è quella cur. da M. Avenarius, *Der Pseudo-Ulpianische Liber singularis regularum*. Cöttingen 2005, corredata di traduzione, commento e un ampio corredo bibliografico: in particolare per V, 3 cf. 239s. Sulla questione della paternità di quest'opera cf. *infra* nt. 88.

¹² Cf. E. Volterra, in *ED*, 734 nt. 15 [=in *Scriptis*, III, 231 nt. 15].

¹³ «Il *concubium* si presentava ai giuristi romani come una condizione dipendente dalla personalità giuridica dei coniugi nei loro reciproci confronti» secondo E. Volterra, *La nozione*, 358 [=in *Scriptis*, III, 294].

¹⁴ Anche in I, 1, 10 pr. sono elencati i medesimi tre requisiti: *Iustas autem nuptias inter se civis Romani contrahunt, qui securam praecipua legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem virgines, sive patres familias sint sive filii familias, dum tamen filii familias et consensus habeant parentum, quorum in potestate sunt*.

coniubium sui, et tam masculus pubes quam femina potens sui, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

Ciò premesso, e intendendo comunque avalermi, con la dovuta prudenza, delle categorie moderne¹⁵, passo ad esporre qualche – pur minima, ma necessaria – precisazione relativa al quadro storico di riferimento.

Il matrimonio di diritto romano che prenderò in esame è l'istituto così come descritto dalla giurisprudenza cd. «classica»¹⁶, ed è da questo che intendo partire per considerare i reciproci influssi tra pensiero cristiano e diritto romano. Essi non vanno, però, trattati (semplicisticamente) come due entità 'monoliticamente' determinate, immutabili e destinate per la loro stessa essenza a venire in contrasto diretto e frontale, in una «drastica contrapposizione di posizioni antitetiche»¹⁷. Si tratta di realtà storiche complesse, differenziate e mutevoli, che operano su un terreno sociale comune, ragion per cui risulterebbe quantomeno riduttivo operare un

¹⁵ «Non solo è lecito, ma spesso è addirittura indispensabile» il ricorso a categorie di pensiero estranee alla civiltà giuridica romana nell'esposizione di tematiche del diritto romano secondo A. Guarino. De iure romanorum in historiam redigendo, in *PDR*, I, 527s., «purchè sia rispettata nella sua sostanza quella che è (o attualmente sembra) la verità della storia giuridica di Roma».

¹⁶ Sul «paradigma» del diritto romano classico si v. (pur con i limiti dovuti al suo «rifiuto del biografismo», come lo definisce M. Bretonc nella *Prefazione* alla I ed. di *Technik e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971) F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, che nella prima pagina dell'*Introduction* identifica l'epoca classica del diritto romano come quella del Principato (tra l'impero di Augusto e l'avvento di Diocleziano). Lo stesso autore nella sua *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 117ss. (spec. nt. 2 con bibl.) risponde all'interrogativo «Was heißt klassisch?» chiarendo che «die Jurisprudenz des Prinzipats ist 'klassisch' auch in dem Sinne, daß sie Vorbild, Maßstab und Norm, μέτρον καὶ κρῆνόν, für die Späteren wurde». Cf. F. Amarelli, *Verustas-Imnovatio. Un'antitesi ophorante nella legislazione di Costantino*, Napoli 1978, II nt. 26; 48s.; Id., *Per lo studio*, 17 nt. 23; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 533s. Sugli eccessi della ricerca di una corrispondenza al «modello ideale» si v. A. Guarino, *Il classicismo dei giuristi classici*, ora in *PDR*, I, 345s. Si v. le voci «Klassizismus» e «Periodisierung», in *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike* rispettivamente VI e IX, Stuttgart-Weimar 1999; 2000. Contro il dogma della «classicità» in generale ed a proposito del matrimonio e degli istituti connessi si v. T. Giaro, *Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio*, in *Marriage: Ideals-Law-Practices*, 87ss. Sul matrimonio nell'epoca «classica», si v. da ultimo R. Ascoli, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, con bibl.

¹⁷ Così M. Sargenti, *Matrimonio cristiano e società pagana*, in *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986, 370. Cf. anche F. Amarelli, *I problemi*, 128s.; Id., *Cristianesimo*, 451s. Ha descritto il rapporto tra la concezione del matrimonio romano e quella del matrimonio moderno nei termini di una vera e propria «antitesi» E. Volterra, *La nozione*, 347 [=in *Scritti*, II, 283].

meccanico raffronto tra enunciazioni dottrinali cristiane e principi giuridici romani. Più corretto è valutare il pensiero cristiano – soprattutto dei primi secoli – come un variegato ventaglio di posizioni e concezioni, a volte storicamente circoscritte ad un periodo o ad un singolo pensatore, a volte dallo stesso cristianesimo superate o ridimensionate¹⁸.

Ugualmente errato – nel suo essere eccessivamente riduttivo – sarebbe, d'altro canto, considerare il matrimonio romano semplicemente sotto il profilo dell'«istituto» giuridico o come fenomeno esclusivamente sociale o religioso, mentre bisogna cercare di averne «una visione d'insieme, in cui convergano elementi umani e di fatto, insieme a presupposti giuridici»¹⁹.

2. *Il consensus matrimoniale tra diritto romano e concezione cristiana*

Confrontando la concezione romana classica del matrimonio e quella cristiana, il primo dato che emerge è il diverso valore da attribuire all'elemento del *consensus* che dà vita al coniugio.

Nel matrimonio romano classico il riferimento è – ma non sono mancate voci contrarie anche su questo punto²⁰ – a un *consensio perdurante*, sempre in atto, in quanto per la persistenza del matrimonio romano non è sufficiente il consenso inizialmente manifestato, ma è richiesta una volontà continua e costante. Essa non vale, pur tuttavia, a trasformare in una situazione «fluida»²¹ questo istituto dai risvolti economici e sociali di evidente fondamentale²² importanza.

¹⁸ È soprattutto M. Sargenti, *Matrimonio cristiano*, 361s. ad invitare a valutare la posizione dei singoli autori, collocarli nel loro contesto storico e a «cercare di stabilire fino a qual punto manifestazioni di un pensiero squisitamente teologico ed etico abbiano potuto influenzare, ed attraverso quali canali, l'attività normativa di un legislatore del IV o del V secolo». Da ultimo F. Amaralli, *Cristianesimo*, 455 ha sottolineato «la multiformità delle impronte personali» dei padri della Chiesa.

¹⁹ Come invita a fare C. Gioffredi, *Per la storia del matrimonio romano*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, 131.

²⁰ O. Robledda, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, rappresenta come «estraneo alla concezione classica del matrimonio il principio della continuità dell'*affectio maritalis*, spostandosi, di conseguenza, l'accento sul momento iniziale» (secondo S. di Salvo nella sua recensione apparsa in *Index* 2 [1971], 385).

²¹ Come avverte M. Sargenti, *Matrimonio cristiano*, 369.

²² Danno la misura di questa fondamentale importanza per i Romani le parole (avvicinabili per certi versi alle teorie aristoteliche della *Politica*) di Cic., *de off.* I, 17, 54: «... prima societas in ipso coniugio est, proxima in libertis, deinde una domus, communia omnia: tunc autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae. Cf. E. Costa, *Cicerone giurconsulto*, I, Bologna 1927, 45. Sull'ascendenza stoica di questo pensiero ciceroniano si v. O. Behrends, *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio*

L'esigenza della presenza e persistenza dell'elemento del consenso ha indotto l'assimilazione del matrimonio ad altri fenomeni giuridici. Prima di tutto il noilissimo accostamento al possesso²³, secondo la cd. «teoria possessoria»²⁴, che ampia fortuna ha avuto nel pensiero romanistico, con la connessa visione – espressa da parte della dottrina – del matrimonio come «rapporto di fatto»²⁵, che per secoli vive fuori dello stretto ambito

romano fra spiritualità preclassica e consensualismo classico, in *Marriage: Ideal-Law-Practise*, 24ss con bibl.

²³ Cf. E. Albertario, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi in onore di A. Ascoti*, Messina 1991, 153ss. [=in *Studi*, I, 213ss.].

²⁴ Questa concezione possessoria sarebbe stata riproposta in forma compiuta all'attenzione della romanistica contemporanea da C. Manenti, *Della inapporibilità di condizioni ai negozi giuridici ed in specie dalle condizioni opposte al matrimonio*, Siena 1889, ma essa non sarebbe altro che «una forse inconspicvole rispolveratura d'una delle tante teorie matrimoniali che avevano tenuto il campo già nel medioevo e che più o meno cercavan tutte un qualche addentellato di convalida nelle fonti romane. Essa fa capo a Bulgaro, all'autore della cosiddetta *Summa Rogerii*, a Piacentino e in maniera ancora più compiuta a Vacario, il quale sviluppando gli spunti fornitigli dai suoi maestri istituì per primo il parallelo colla *possessor*, così R. Orestano, *Ventotto pagine necessarie*, in *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano 1951, viii s. Cf. E. Albertario, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in S. Agostino*, in *AGI06* (1931), 21ss [=in *Studi*, I, 231ss.]; V. Arango-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, rist. Napoli 1966¹, 436s. e spec. 438 nt. 1 con bibl.

²⁵ Il matrimonio non sarebbe sorto come istituzione fin dalle origini della storia di Roma, e l'ordinamento, da una certa epoca in poi, si sarebbe limitato a regolamentarne solo le conseguenze, non poche e tutte importanti sotto il profilo della stabilità sociale ed economica della comunità. La cd. «teoria fattuale» viene chiaramente esposta già nell'opera di J. Ch. Hasse, *Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischen Recht*, Berlin 1824, nel cui *inzipi* si legge: «die Ehe an und für sich ist gar kein Recht und kein Rechtsverhältnis, sondern ein bloßes Faktum, ein Naturverhältniß: Vereingung der verschiedenen Geschlechter», nonché da F.G. Puchta, *Pandekten, Leipzig 1877*², 591 «die Ehe als eine vollkommene Lebensvereingung der Geschlechter ist an sich kein juristisches Verhältniß». Cf. E. Albertario, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *Rechtsgeschichte des Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 62 (1929), 803ss. [=in *Studi*, I, 197ss.]. La cd. «teoria contrattuale» del matrimonio è espressa da F. C. V. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840-1849, I, 345ss.; VIII, 324ss. con explicit rinvi anche alle teorie kantiane e hegeliane. Cf. G. Eisenberg, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien – Köln – Weimar 2002; A. Bürge, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt 1999, 161ss. con bibl.

del diritto. Poi, il parallelo col contratto consensuale di società³⁵, secondo una ricorrente definizione del matrimonio come *societas vitae*³⁷, che non è esclusiva delle fonti giuridiche³⁸, come dimostra l'uso che ne fanno — ad esempio — Livio³⁹, Tacito⁴⁰ e Cicerone⁴¹. Anche la terminologia presente nelle fonti gioca a favore di questa lettura, giacché spesso si legge l'espressione *contrahere nuptias*, usata però non nel senso di *convenire* o *consentire*, bensì di stringere un rapporto, un vincolo duranuro e non semplicemente un accordo tra due volontà⁴².

Fin qui ho rapidamente tratteggiato l'assetto dell'istituto nel periodo classico relativamente a quei profili del *consensus* che maggiormente interessano la nostra discussione, volutamente tacendo la diversa questione, tuttora aperta, relativa alla dissolubilità del matrimonio romano nel periodo arcaico³⁵.

Anche il matrimonio dei cristiani, per molti tratti più vicino all'esperienza romana rispetto alla tradizione⁴⁴ giudaica⁴⁵ e ai diritti di altre civiltà

³⁶ Cf. V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, 66, che richiama *Dig.* 35, 1, 15 (Ulp. 35 *ad Sab.*) *nuptias ... non concubitus sed consensus facit*.

³⁷ *Dig.* 25, 2, 1 (Paul. 7 *ad Sab.*); *Dig.* 42, 1, 52 (Tryph. 12 *disp.*); Quint., *declam.* 247, 2 [ed. D.R. Shackleton Bailey]: "... uxor est quae femina nuptis collocata in societatem vitae venit. Cf. R. Ascoli, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, 71s., che osserva che «come nel matrimonio anche nel contratto di società a questa volontà di iniziare il rapporto sociale [deve] aggiungersi la volontà dei soci di continuare a vivere e a dare attuazione a questo rapporto».

³⁸ Si v. ad es. la costituzione di Gordiano [a. 249] in *CJ* 9, 32, 4, dove la moglie è *socia rei humanae atque divinae*.

³⁹ Liv., *ab urbe cond.* 1, 9, 14: *illas ... in matrimonio, in societate fortunarum omnium civilisque*.

⁴⁰ Tac., *ann.* III, 34, 5: *male eripi maritis consortia rerum secundarum adversarumque*.

⁴¹ Cf. il già citato (nt. 22) *de off.* I, 17, 54 dove il *coniugium* è la *prima societas*.

⁴² Cf. s.v. «*contrahere*», in *Vocabularium Iurisperitiae Romanae* I, Bertolini 1903, c. 1001s.; s.v. «*contrahere*», in *TLL* IV, Lipsiae 1909, c. 763s.; s.v. «*contrahere*», in H. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971¹¹, 105.

⁴³ Contro «una originaria indissolubilità del matrimonio romano» si schiera P. Bonfante, nell'ormai classico suo *Corso*, nel vol. I, dedicato al *Diritto di famiglia*, rist. corr. con ind. Milano 1963, 263, che bolla questa idea come «un concetto assolutamente campato in aria per ogni verso». Sul problema, da ultima, P. Giunti, *Consorts vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, 145ss.

⁴⁴ Sottolinea particolarmente il profilo della novità del messaggio J. Gaudemet, *L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire*, in *BDR* 81 (1978), spec. 11-37.

dell'Oriente mediterraneo³⁶, richiede una manifestazione reciproca di volontà di entrambi i nubendi, accompagnata ben presto dall'esigenza che essa sia manifestata in una forma determinata³⁷ per escludere le nozze furtive³⁸ e distinguere il matrimonio dal concubinato³⁹.

La concezione cristiana, però, considera il vincolo coniugale come «indissolubile»⁴⁰, sulla base del precetto di matrice evangelica *quod Deus*

³⁵ Cf. Mc. 10, 4 sulla «legge di Mosè»: ... ἐπέπευεν Μωϋσῆς βιβλίον ἀνοράτου γράμματα καὶ ἀρροϋδου [i Vangeli e le Lettere di Paolo sono cit. da E. Nestle, K. Aland (edd.), *Novum Testamentum Graece et Latine*, Stuttgart 1964⁴⁹].

³⁶ Anche relativamente al profilo della poligamia il matrimonio dei cristiani diverge da altre esperienze delle civiltà orientali, avvicinandosi a quello romano. Cf. E. Volterra, *Les formes du mariage chez les Romains*, 207 [=in *Scritti*, II, 277]; Id., *Diritto romano e diritti orientali*, 113ss.; J. Gaudemet, *Originales*, 57ss.; O. Bucci, *Il matrimonio cristiano tra tradizione giuridico-orientale e tradizione greco-romana: in tema di indissolubilità e di forma pattizia*, in *AARC* VII, 1988, 515ss. Si pensi anche alla posizione giuridica e sociale della donna nella società coniugale, che avvicina l'idea cristiana più al diritto romano che ai diritti semitici, in cui spicca una detentore condizione femminile. Sul tema si v. F. Mercogliano, *Sulla rilevanza giuridica della divisione dei sessi nell'esperienza romana, in Mélanges de droit roman offerts à W. Wobdkeiwicz*, II, Warszawa 2000, 597ss.

³⁷ Si può convenire con P. Bonfante, *Corsò*, I, 257, che «il diritto romano non ha forme sue proprie per la celebrazione del matrimonio ... ma quanto agli usi, è questo nella vita di tutti i popoli l'evento celebrato di regola con maggior pompa e cerimonia, con maggiore pubblicità, e ... con maggiore festività. Se questa celebrazione solenne v'è stata, nessun dubbio sull'esistenza del matrimonio; ma una cosiffatta celebrazione giova come prova, non è forma legale».

³⁸ Alcuni autori cristiani insistono sull'opportunità che i matrimoni abbiano luogo in chiesa e comunque avanti il sacerdote e con la benedizione sacerdotale onde evitare le *occuliae coniunctiones* e il dubbio che non si tratti di unioni legittime. Cf. Terrull., *de pudic.* 4: *Ideo penes nos occuluae quoque coniunctiones, id est non prius*

apud ecclesiam professae, iuxta moechiam et fornicationem iudicari periculantur. Per il diritto romano, invece, sarebbe stato possibile contrarre nozze clandestine. Lo desunse R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, 70s. dal testo in *Dig.* 23, 2, 68 (Paul. l. *sing. ad sen. cons. Turpil.*) ... *si vero clam hoc commisseri, gratioso puniuntur*. Sul testo cf. anche A. Guarino, *Studi sull'«incestum»*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Roman*, Abt. 63 (1943), 233ss.

³⁹ Presso gli scrittori cristiani viene sottolineata l'esigenza che le nozze fra persone di differenti classi sociali o quelle fra ingenui e liberti siano accompagnate dalla confezione delle *tabulae nuptiales* e dalla costituzione dotale per togliere ogni dubbio che si tratti di matrimoni legittimi e non di concubinati.

⁴⁰ Per E. Volterra, *Consensus facit nuptias*, in *AA.VV.*, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, Roma 1980, 56 [=in *Scritti*, III, 597], «il concetto di indissolubilità del matrimonio in forza del quale, mentre si attribuisce alla volontà dei coniugi la costituzione del vincolo coniugale, non si riconosce alla volontà dei

*coniunxit homo non separati*⁴¹ e, dunque, i due nubendi esprimono un comune consenso iniziale, da cui scaturisce un rapporto permanente, che perdura finché non interverga un fatto estintivo (morte, eventi ad essa equiparati, o una nuova, specifica e manifesta volontà contraria alla sua sussistenza⁴², nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento)⁴³.

In quest'ottica possiamo senz'altro affermare che anche in età giustiniana sia ancora esatta la massima ulpiana *consensus facit nuptias*⁴⁴, ma le medesime parole esprimono nel VI sec. un principio giuridico ben diverso⁴⁵,

medesimi l'effetto di poterlo liberamente sciogliere». Sulla effettiva presenza di questo principio nel pensiero cristiano più antico cf. O. Yannucci Forzici, *Captivitas e matrimonium in Leone Magno (Ep. 159) e in Giustiniano (Nov. 22-7)*, in AARCVIII, 1988, 396ss.

⁴¹ In *Mt.* 19, 4-6: ... ὁ οὖν ὁ θεὸς συνέθεξε τὸν ἄνθρωπον ἵνα ἰσχυρίετο (qui respondens, ait eis: non legis, quia qui fecit hominem ab initio, masculum, et feminam, fecit eos? Et dixit, propter hoc dimittit homo patrem, et matrem, et adheret uxori suae, et erunt duo in carne una. Itaque iam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit, homo non separat). Lo stesso precetto è esposto anche dagli altri sinottici. Cf. *Mc.* 10, 5-12 e (con maggiore sintesi) *Lc.* 16, 18: Πᾶς ὁ ἀπολύων τὴν γυναῖκα αὐτοῦ καὶ γαμῶν ἐτέρῳ μοιχεύει, καὶ ὁ ἀπολύμενός τινος ἀνόμοιος μοιχεύει (Omnia, qui dimittit uxorem suam, et adheret alteri, moechatur: et qui dimissam a viro ducit, moechatur). Il riferimento, esplicito nei primi due e evangelisti, è a *Gen.* 2, 24: ... et adheret uxori suae et erunt duo in carne una [R. Weber, R. Gryson, *Biblia sacra iuxta Vulgatam versionem*, Stuttgart 2007², 7].

⁴² Cf. O. Behrends, 51s.

⁴³ Cf. E. Volterra, *Les formes du mariage*, 211s. [=in *Scritti*, II, 281s.].

⁴⁴ *Dig.* 50, 17, 30 (Ulp. 36 ad *Sab.*): *Nuptias non concubitus sed consensus facit* [=*Dig.* 35, 1, 15 (Ulp. 35 ad *Sab.*): ... *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* (sulla non sovrapponibilità dei due frammenti, se non per il *proverbum* che in questa sede interessa si v. l'avvertenza di O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Graz 1960, unvver. Abdr. Leipzig 1889, 1150 n. 7)]; *Dig.* 24, 1, 32, 13 (Ulp. 33 ad *Sab.*): ... *non enim carnis matrimonium facit, sed maritalis affectio* ... Su questi frammenti cf., da ultimo, O. Behrends, 8ss. con bibl. Cf. lo stesso concetto espresso in *Dig.* 24, 1, 66 (Sceav. 9 *dig.*): *ante matrimonium contractum, quod consensus intellegitur, ... e da Pomponio che, a proposito del matrimonio del captivus, scrive* (*Dig.* 49, 15, 14, 3 ad *Sab.*): *non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postimiti recipit; sed consensus redintegatur matrimonium*.

⁴⁵ E. Volterra, *Consensus facit nuptias*, 597: «è un caso tipico in cui tre parole hanno un valore nel diritto classico ed un altro, del tutto differente dal primo, in bocca dei compilatori giustiniani. Esse, sebbene identiche, affermano due principi diversi e qualificano due strutture giuridiche dell'istituto del matrimonio». Per C. Gioffredi, *Per la storia*, 138, i Giustiniani avrebbero avuto interesse ad esaltar questo principio «con intento spiritualistico». Su questa base egli solleva dubbi sulla genuinità di *Dig.* 35, 1, 15 (Ulp. 35 ad *Sab.*). G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino 2000³, 164.

ovvero che le *nuptiae* siano la conseguenza indeclinabile (sino al *divortium*) di un «accordo iniziale» tra i coniugi. In generale si può registrare la tendenza alla stabilità della terminologia: le fonti continuano a parlare di *consensus*, di *affectio maritalis*⁴⁶, di *conubium*⁴⁷, ma queste parole hanno ormai acquisito significati diversi.

L'influenza del precetto religioso dell'indissolubilità comporta un profondo mutamento dell'istituto matrimoniale romano, che tende via via ad essere sempre meno facilmente soggetto a scioglimento sulla base della sola volontà dei coniugi. Ma anche per quanto riguarda quelle cause di rottura del vincolo matrimoniale previste dall'ordinamento ed operanti *ipso iure* nel diritto classico si deve registrare una sempre maggiore tendenza verso l'indissolubilità. L'intento di «mantenere per quanto è possibile in piedi il matrimonio» conduce i giustinianeî all'elaborazione di nuovi principi, tra i quali proprio in materia di impedimenti sopravvenuti Volterra annovera il noto «*rite contractum matrimonium ex post facto vitari non potest*»⁴⁸.

Queste prime osservazioni non devono però indurci a far 'pendere la bilancia' della nostra valutazione tutta da un lato. Non si può puramente e semplicemente pensare un'influenza cristiana nel diritto romano «a senso unico», giacché — ad una più attenta analisi — questo rapporto si rivela binivoco e ben più complesso. Nel matrimonio cristiano come si va strutturando nei secoli dal IV al VI, infatti, c'è molto del matrimonio romano, al punto che con Orsteano possiamo affermare che «nell'età postclassica è il rito nuziale che guarda al diritto»⁴⁹.

⁴⁶ P. Bontante, *Corsa*, I, 256: «*Affectio* indica una volontà duratura, non momentanea, tale insomma che si converte in uno stato dell'animo: questo senso della parola è ancora impresso nei nostri derivati ed usi, 'essere affetto, affezione morbosa', e simili; il significato sentimentale di affezione è un derivato secondario di quello psicologico».

⁴⁷ Nei «lesti appartenenti all'epoca postclassica e giustiniana, il termine, spesso usato al plurale, assume il significato di matrimonio» secondo E. Volterra, *La nozione*, 368s. [=in *Scritti*, II, 304s.].

⁴⁸ Volterra ha dimostrato la matrice giustiniana di tale principio «antitetico al sistema classico» contenuto in una costituzione di Gordiano conservata in *CJ* 5, 6, 3. Esso costituirebbe «un'interpolazione caratteristica, in quanto dimostra ancora una volta come i compilatori tenuto spesso di spiegare, mediante nuovi principi, i rescritti degli imperatori precedenti, decisi invece sulla base del diritto classico» per E. Volterra, *La L. 3 pr. C. de int. mar. 5, 6 e il principio 'rite contractum matrimonium ex post facto vitari non potest'*, in *BIDR* 37 (1929), 239ss. [=in *Scritti giuridici*, I, *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 308ss.]. Cf. anche B. Biondi, III, 163.

⁴⁹ R. Orsteano, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclassica*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano 1946, 374 [=in *Scritti*, II, *Saggiistica*, Napoli 1998, 810].

E proprio la disciplina degli impedimenti sopravvenuti nel diritto romano postclassico – che secondo Volterra costituisce «uno degli esempi più salienti e significativi dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano» – è una 'cartina al tornasole' di tali reciproche implicazioni⁵⁰.

Il cristianesimo sembra infatti influenzare la legislazione postclassica in tema di impedimenti sopravvenuti assegnando un ruolo centrale e non abdicabile al principio di indissolubilità, per Sargenti⁵¹ il vero punto di frizione con il mondo pagano e le sue forme giuridiche, ma sacrificando altri aspetti (anche salienti) della propria dottrina.

Il matrimonio resta così per molti versi un istituto fortemente «romano» anche nella sua versione «cristiana»⁵². Le riforme varate nell'ambito della legislazione postclassica, infatti, indulgono comunque a mantener fermi alcuni punti del diritto romano classico seppur in contrasto con la dottrina cristiana. Per questo, a volte l'affermazione del principio di indissolubilità richiede che vengano percorse vie alquanto tortuose. Gli impedimenti sopravvenuti al matrimonio vengono sì in gran parte eliminati onde evitare lo scioglimento del vincolo, ma non in un modo lineare che comporti un netto distacco con il precedente ordinamento romano pagano.

3. Captivitas e servitus poenae: due impedimenti «esemplari»

Per suffragare quanto detto finora si può esaminare l'evoluzione della disciplina di due casi di incapacità giuridica sopravvenuta (*reclusus*, di perdita del *conubium*): la *captivitas* di uno dei coniugi e la *servitus poenae*.

Sappiamo che nel diritto romano classico la prigionia di guerra⁵³ di uno dei coniugi scioglie il matrimonio⁵⁴, secondo *Dig.* 24, 2, 1 (Paul. 35 *ad*

⁵⁰ *Ibid.*, 366 [=in *Scritti*, II, 802]: «Il campo dove questo comportamento della Chiesa [di «accettare progressivamente le norme dell'ordinamento romano e, solo quando queste contrastavano troppo crudelmente coi suoi principi, di crearne altre non contro il diritto civile, ma accanto ad esso»] si manifestò con maggiore evidenza fu quello degli impedimenti».

⁵¹ *Matrimonio cristiano e società pagana*, 352: «al cristianesimo nascente sta a cuore un solo principio di valore non etico, ma propriamente giuridico: quello dell'unità e indissolubilità del matrimonio; che è, poi, il principio sul quale si determinerà il vero e profondo contrasto con il mondo pagano e con le sue forme giuridiche».

⁵² R. Orestano, *Alcune considerazioni*, 366 [=in *Scritti*, II, 802]: «se però la Chiesa volle, e progressivamente ottenne, che l'ordinamento civile accogliesse e facesse propri gli impedimenti da essa posti, non poté d'altro canto – anche al fine del riconoscimento della giuridica validità del matrimonio cristiano – ignorare gli impedimenti dell'ordinamento laico».

⁵³ Non quella derivante dalla cattura da parte di *latrones* o *praedones*, poiché *servus laborum non est* (*Dig.* 49, 15, 24, Ulp. 1 *inst.*, dove viene chiarita anche la differenza tra le due categorie di nemici di Roma). In *Dig.* 49, 15, 19, 2 (Paul. 16 *ad*

ed.): *Diminuitur matrimonium divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.*

Nonostante questo effetto sia stato da più parti⁵⁵ imputato alla cessazione della convivenza, mi sembra da preferire l'opinione che lo riconduce alla *captivis deminutio maxima*⁵⁶ conseguente alla *captivitas*⁵⁷.

Sab.) si specifica che *a piratis aut latronibus capti liberi permanent*. Cic., *Phil.* IV, 6, 14-15 traccia nettamente la differenza tra *latrones* e *hostes*: *Ac maioribus quidem vestris, Quintes, cum eo hoste res erati qui haberet rem publicam, curiam, aerarium, consensum et concordiam civium, rationem aliquam, si ita res tulisset, pacis et foederis: hic vester hostis vestram rem publicam oppugnata, ipse habet nullam; senatum, id est orbis terrae consilium, delere gessit, ipse consilium publicum nullum habet; aerarium vestrum exhausti suum non habet ... 15. Est igitur, Quintes, populo Romano, victori omnium gentium, omne certamen cum perussore, cum latrone, cum Spartaco. Cf. sul tema P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero in diritto romano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 58 (1992), 85ss.; G. Niccosia, *Prigionia di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana*, in *Captivis et esclaus a l'antiguitat i al món modern*, *Actes XIX Coll. Intern. G.I.R.E.A.*, Napoli 1996, 39ss. [=in *Silloge*, *Scritti* 1956-1996, II, Catania 1998, 703ss.]; M. F. Cursi, *La struttura del postuliminium nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996, 136ss.; Id., *Capivitas et captivis deminutio*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, 327ss.*

⁵⁴ Si tratta di una norma non dettata da un provvedimento legislativo, ma dall'*interpretatio* giurisprudenziale.

⁵⁵ Cf. L. Mitteis, *Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 131 nt. 19; E. Levy, *Verschollenheit und Ehe in antiken Recht*, in *Gedächtnisschrift für E. Seckel*, Berlin 1927, 149 [=in *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, 61s.].

⁵⁶ Cf. L. Ammirante, *Capivitas e postuliminium*, Napoli 1950, 150. Cf. 198: «esso [il matrimonio] si scioglieva a causa della *captivis deminutio* prodotta dalla *captivitas*, la quale inevitabilmente estingueva la *civitas libertasque* e quindi il *connubium* del prigioniero». R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio*, 119ss. Da ultima ritiene preferibile questa lettura anche L. D'Amati, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano 2004, 135ss.

⁵⁷ Tenta di conciliare le due diverse posizioni C. Gioffredi, *Per la storia*, 141, il quale ritiene che nell'età repubblicana e agli inizi del principato «tali essendo le condizioni del *captivus* [cf. nt. successiva] e non essendo ancora esattamente elaborata la sua figura giuridica, il matrimonio si dovè considerare sciolto sia per il suo stato di incapacità, sia per la sua condizione di assente». Per «i giuristi dell'Impero» (142), invece, lo scioglimento del matrimonio sarebbe stato «conseguenza non della incapacità del *captivus*, ma della natura del matrimonio che è uno stato di fatto, il quale trova un suo elemento di struttura anche nel convivere dei due coniugi».

Il *captivus*, divenuto *servus hostium*⁵⁸ (come si legge in Cai I, 129: *quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat* ...), perde il *conubium* (secondo il principio che troviamo nei *Tit. ex corp. Ulp.* V, 5: *cum servus nullum est conubium*)⁵⁹. Il *matrimonium* si scioglie, dunque, e nessun valore sembra essere attribuito ad un'eventuale volontà contraria dei coniugi, come leggiamo in *Dig.* 49, 15, 12, 4 (*Tryph. 4 disp.*): *sed captivi uxores, lametsi maxime veliti et in domo eius siti, non tamen in matrimonio est*⁶⁰.

Il *ius postliminii* (cioè – secondo la definizione paolina⁶¹ – il *ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae*) non ripristina, però, automaticamente il matrimonio disciolto dalla *captivitas*⁶². Il *crus captus ab hostibus* riacquista la *ciuitas libertasque* ed il *conubium*, ma ciò non vale a ripristinare il suo precedente *matrimonium*. E proprio all'ombra del *postliminium* l'analogia del matrimonio col possesso – per usare un'immagine del manuale di Arangio-Ruiz – «risplende di nuovo»⁶³.

In *Dig.* 49, 15, 14, 1 (*Pomp. 3 ad Sab.*), nell'esaminare ciò che è suscettibile di essere recuperato *iure postliminii*, viene infatti specificato che: *non ut pater filium, via uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu reintegratur matrimonium*.

⁵⁸ *Ibid.*, 141 il *captivus* «non è paragonabile ad un vero e proprio *servus*, ma è tecnicamente detto *servus hostium*». Per M. F. Cursi, *Captivitas e captus deminutio*, 327ss., la natura della *captivitas* sarebbe quella di una *servitus* di *ius gentium* (inteso come complesso di precetti e di istituti comuni ai vari popoli) con effetti nella sfera del *ius civile*.

⁵⁹ L'unione fra liberi e schiavi è per l'ordinamento giuridico inesistente. Cf. *PS*, II, 19, 6: *inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*. La questione circa la paternità delle *Pauli Sententiae* è tuttora aperta. Oggi si tende a considerarle il frutto dell'attività di un ignoto compilatore che le avrebbe ricavate da più opere di Giulio Paolo, e forse anche di altri giuristi dell'età dei Severi. L'opera è attribuita all'età diocleziana, ma non sono in pochi a ritenere che essa abbia subito in seguito più rimaneggiamenti. Cf. M. B. Fossati Vanzetti, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova 1995, con bibl.; di recente D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 2005², 41ss.

⁶⁰ C. Giolffredi, *Per la storia*, 137, legge questo passo come chiaro segno dell'importanza della convivenza (intesa «non rigidamente») degli sposi a fianco al loro perdurante *consensus*.

⁶¹ Riportata in *Dig.* 49, 15, 19 pr. (*Paul. 16 ad Sab.*). Sul *postliminium* si v. A. Maffi, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992; e i già cit. volumi di M. F. Cursi, *La struttura*, e di L. D'Amati, *Civis ab hostibus captus*, con bibl.

⁶² L. Ammirante, 198: «la struttura classica del matrimonio non permetteva, in breve, che esso, una volta disciolto, si ricostituisse *iure postliminii*».

⁶³ Cf. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1966¹⁴, 438.

Occorre che dopo la prigionia un «nuovo» consenso, elemento («spirituale») indispensabile per la costituzione (e la persistenza) del vincolo matrimoniale, venga espresso dalle parti. E ciò sia se riteniamo questo rapporto «*post captivitatem*» un nuovo matrimonio⁶⁴, sia se — colpiti dall'uso del verbo *red-integratus*⁶⁵ — siamo indotti a pensare che il riallacciarsi del medesimo⁶⁶ vincolo coniugale possa spiegare — almeno da un certo momento in poi⁶⁷ — alcuni effetti che retroattivamente coinvolgono anche il periodo di prigionia.

⁶⁴ A. Watson, *Captivitas and matrimonium*, in *Revue d'Histoire du Droit* 29 (1961), 243: «this text is usually rightly taken as showing that *postliminium* does not apply, but that the former husband and wife, if they so desire, begin a new union»; Id., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, 237ss.; P. Bonfante, *Corso*, I, 328ss.: «se i due coniugi si ricongiungevano, tornando il prigioniero in patria, essi venivano a stringere un vincolo coniugale nuovo, come si inizia una nuovo possesso ...». Così anche Arangio-Ruiz, 438, il quale, però — come sempre — pur nella *conscientia* della sua esposizione tradisce un'attenta riflessione sul dato testuale quando scrive che «il matrimonio e il possesso ... si possono solo ristabilire *ex novo* col reintegrarsi dei loro elementi costitutivi».

⁶⁵ H. Heumann, S. Seckel, 497s.

⁶⁶ Per P. Rasi, *Consensus facti nuptias*, Milano 1946, 117, «è lo stesso matrimonio che rive: *redintegratur*».

⁶⁷ In un rescritto di Severo e Caracalla (di incerta datazione) viene disposto che il figlio nato in cattività da genitori, entrambi *captivi*, che continuano l'unione debba essere considerato legittimo se entrambi i genitori ritornano in patria, mentre resta *vulgo conceptus* se torna soltanto la madre: *CJ* 8, 50 (51), 1: [*Impf. Severus et Antoninus AA. Orinjo*] *Ex duobus captivis Sarmatia nata patris originem ita secula videtur, si ambo parentes in civitatem nostram redissent. Quamquam enim iure proprio postliminium habere non possit quae capta non est, tamen parentum restituito reddet patri filiam. 1. Qui cum ab hostibus interemptus sit, matris dumtaxat condicione, quae secum filiam duxit, videtur necessario secula. Nam factu legis Corneliae quae legimos apud hostes dejecto constituit heredes, ad eam quae illic suscepta est non pertinet, cum eo tempore quo captus est diem suam pater obisse existimetur. A tal proposito U. Ratti, *Studi sulla captivitas e alcune repliche in tema di postliminio*, Roma 1927, rist. Napoli 1981, 98, azzarda un timido «quasi come se in tal caso le nozze dovessero considerarsi risorte retroattivamente, *iure postliminii*». In realtà, come ben ha inteso S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma 1928², 361 nt. 2, questo testo «non dice né che continui il matrimonio nella prigionia, se entrambi i coniugi sono insieme fatti prigionieri e vi vivono coniugalmente; né che questo matrimonio continui se tornino insieme ... Il testo presuppone che i due coniugi continuano a vivere coniugalmente dopo tornati e cioè che ripristinino il matrimonio». R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio*, 130, coerentemente con le proprie posizioni ricostruttive, ci tiene a precisare che si tratta di una disposizione innovativa di carattere eccezionale, «un vero e proprio *ius singulare*», che non si può spiegare «in base ad un principio generale per il quale, non essendovi stata interruzione nel rapporto di fatto, poteva*

Solo⁶⁸ con l'emanzione⁶⁹ della Nov. 22 (περι τῶν δευτερογαμούντων/*de nuptiis*) viene sancito il permanere del vincolo matrimoniale nonostante la riduzione in cattività di uno dei coniugi:

Nov. 22.7: Ἄλλα καὶ τὸ τῆς ἀιγματοσίως τοιοῦτον ἔσται, ὁποῖον bona gratia διαδύειν τὸν γάμου. εἴτε γάρ ἀνδρὶ συμβίτη τοιοῦτον ἀνύγημα, τῆς γυναικὸς ἐν τῇ πολιτείᾳ μενοσίγῃ, εἴτε αὐθὺς γυνῆ μὲν εἰς ἀιγματοσίαν ἀπίοι, μένοι δὲ ὁ ἀνὴρ ἐν πολιτείᾳ, ὁ μὲν ἀκριβῆς τε καὶ ἁετιῶς λόγος διατάξει τὸν γάμου δουλείας γὰρ ἀπὸς ἐπιγενομένης βιτέρας ἢ τῆς τυτῆς ἀνισότης τὴν ἐκ τῶν γάμου ἰσότητα μένειν οὐ συγχωρεῖ. Πλὴν ἄλλὰ φιλανθρωποτέρου τὸ τοιοῦτα θεωροῦντες, ἕως μὲν ἔσται φανερον περιετινα ἢ τὸν ἀνδρα ἢ τὴν γυναικῆν, μένειν ἄνυστα τὰ συνοικέσια συγχωροῦμεν, καὶ οὐκ ἐλάτουνται πρὸς δευτέρου γάμου οὔτε γυναικὲς οὔτε ἀνδρες, εἰ μὴ βούλοιντο δοκεῖν κατὰ προτέριαν τοῦτο πράξειν καὶ ὑποσεεῖν ταῖς ποιναῖς, ὁ μὲν τῇ τῆς πρὸ γάμου δευτέρου γάμου ἔκτισται, ἢ δὲ τῆς προικῆς. εἰ δὲ δὴλον καθέστηκαί, πότερον περιεστὶν ἢ μὴ τὸ εἰς πολιτείας ἀφικόμενον πρόσωτον, τῆνκαῦτα πενταετίαν μετέρον εἴτε τῷ ἀνδρὶ εἴτε τῇ γυναικί, μετ' ἧν, εἴτε σαφῆ γέωστο τὴν τελευτῆς εἴτε δὴρῳά μένοι, γαμεῖν ἐξεστὶν ἀκινδύνας. Καὶ τοῦτο γὰρ δὴ ταῖς καλομενεῖνῃς bona gratia διαδύεται παρὰ τῶν πρὸ ἡμῶν συνηθιμῆται, καὶ ἡμεῖς δὲ εἰς τοῦτο συγκαταμεν ὄστε ἐνταῦθα οὐδὲ διατίθω γινεται κινρὸς οἴστω τῶν προσώτων δεστωίων ἀλλήλων, καὶ οὐδεὶς ἐνταῦθεν κερδανεῖ, οὔτε ὁ ἀνὴρ τὴν προῖκα οὔτε ἡ γυνὴ τὴν προγαμίαν δευρεῖν, ἀλλ' ἕκαστος ἐστὶ τῶν οἰκείων μενεῖ.

In seguito a questa costituzione giustiniana soltanto dopo un'attesa di cinque anni, quando sia incerta la sopravvivenza dell'altro coniuge, il coniuge libero può ritenersi sciolto dal vincolo matrimoniale, scioglimento che viene considerato un *divortium bona gratia factum*⁷⁰, definizione che —

operare il meccanismo del *postliminium*». Cf. anche *Dig.* 38, 17, 1, 3 (Ulp. 12 *ad Sab.*); *Dig.* 49, 15, 9 (Ulp. 4 *ad leg. Iul. et Pap.*); e spec. *Dig.* 49, 15, 25 (Marc. 14 *inst.*).

⁶⁸ Su questo punto la dottrina appare sostanzialmente concorde. Cf. O. Yannucci Forzetti, 403 e nt. 1 con bibl.

⁶⁹ Del 535 d.C. secondo l'edizione «berlinese» di R. Schöll e (poi) G. Kroll (da cui si cita). È dell'536 nell'edizione di C.E. Zachariae von Lingenthal, Imp. Iustiniani Pp. A. Novellae quae vocantur sive constitutiones quae extra codicem supersunt ordine chronologico digestae, I, Lipsiae 1881, 290ss., in cui è la numero 48 e in quella di G. Haenel della Iuliani epitome latina novellarum Iustiniani, Lipsiae 1873, 58ss., dove questa Novella è la 36. Dello stesso anno anche per R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna 1981, *Il mio punto di vista del 534 per O. Rohledda. Il consenso matrimoniale presso i Romani. Il mio punto di vista alla luce delle fonti, in Conferenze storico-giuridiche dell'Istituto di Storia del diritto e filosofia del diritto (Perugia)*, a cura di G. Crifo, Perugia 1980, 118 nt. 49.

⁷⁰ Uno dei quattro tipi di divorzio individuati in Nov. 22, 4 (di cui 22, 7 costituisce un'esemplificazione): per causa giusta (per colpa di una delle parti); per causa ingiusta (fautispecte repressa); per mutuo consenso (sulla base dell'accordo delle parti); per causa incolpevole o *bona gratia* (in cui non si generano perdite patrimoniali per alcuno dei coniugi).

per utilizzare un'espressione bonfantiana⁷¹ — «rappresenta una curiosa deviazione dai principi della *capitis deminutio*». Nel caso di ulteriori nozze intervenute prima dei cinque anni o quando è ancora certo che il prigioniero sia vivo, il coniuge libero è assoggettabile alle pene stabilite per il divorzio senza giusta causa⁷².

Giustiniano attribuisce la precedente soluzione che prevedeva lo scioglimento del matrimonio ad un *ἐκπιθής τε καὶ ἄετρός λόγος*, una *scrupulosa et subtilis ratio* degli antichi⁷³, alla quale lui contrappone una disciplina ispirata ad un maggiore senso di *humanitas*. Questa 'ispirazione' deriva evidentemente da una nuova temperie culturale e ideologica nella quale matura l'ampia volontà riorganizzativa del fenomeno nuziale espressa dalla Nov. 22, non a torto definita un vero e proprio «codice coniugale cristiano»⁷⁴. Possiamo certo concordare con Robleda⁷⁵, quando afferma che siamo dinanzi ad una differenza di regime che deriva semplicemente da un'innovazione legislativa, ma dobbiamo aggiungere che dietro questa novellazione c'è una diversa visione del matrimonio (dovuta all'infusso di idee cristiane) che riguarda anche il profilo del consenso dei coniugi.

Proprio nel testo della Novella sarebbe richiamato il motivo dello scioglimento *ipso iure* del matrimonio secondo la concezione classica⁷⁶. L'espressione *τῆς τύχης ἀνωτέρας* piuttosto che «un'oscura ed errata allusione alle differenze di rango»⁷⁷ (che proprio la legislazione Giustiniana avrebbe mitigata e in alcuni casi abolite⁷⁸) sarebbe il riferimento proprio ad una differenza, una *inaequalitas*, di condizione giuridica: in seguito alla

⁷¹ P. Bonfante, *Corsa*, I, 362 a tal proposito sottolinea «una certa confusione di concetti», rilevando (330) «la contraddizione coi principi fondamentali del diritto romano, in base ai quali non si può parlare di divorzio, allorché il matrimonio è sciolto indipendentemente dalla volontà degli sposi per difetto di capacità».

⁷² Si tratta di pene sia patrimoniali che personali (Nov. 22, 15-18). In materia di *iustae causae* si v. anche quanto statuito da Giustiniano con le successive Nov. 117 e 134. Cf. B. Biondi, III, 180ss.

⁷³ A. Watson, *Captivitas and matrimonium*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 29 (1961), 258: «the emphasis on 'the subtle and precise reasoning' weakens the case for the dissolution of the marriage». Parla di un'«ossessione» di Giustiniano nei confronti dell'idea che la *scientia iuris* possa risolversi in una *subtilitas* G. G. Archi, *Nuovi valori e ambiguità nella legislazione di Giustiniano*, in *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana*. *Caratteri e problematiche*, Ravenna 1985, 247.

⁷⁴ Definizione coniata da P. Bonfante nel suo *Corsa*, I, 541.

⁷⁵ *El matrimonio*, 242s, spec. 243 nt. 6.

⁷⁶ Di questa opinione U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, 90 nt. 1.

⁷⁷ Così P. Bonfante, *Corsa*, I, 330.

⁷⁸ Basti pensare a quanto statuito in *CJ 7, 6, 1* [a. 531] sulla *latinitas* o in Nov. 78, 5 [a. 539] sull'estensione della cittadinanza. Cf. B. Biondi, II, 332ss.

prigionia uno dei coniugi diverrebbe *servus hostium*, mentre quello in patria rimarrebbe libero⁷⁹. E Giustiniano, nel nono *capitulum* della medesima Novella, mostra di ritenere ancora la *servitius superveniens* equiparabile alla morte sotto il profilo degli effetti sul vincolo coniugale: οἱ πρὸ ἡμεῶν φασὶ τῆν ἐπιρρουμένην δοῦλαιαν οὐ μακρὸν δεστέραν βαύτατον (*praedentes nos dicunt supervenientem servitium non procul a morte differre*).

La normativa contenuta in Nov. 22, 7, come osservato da Ratti⁸⁰ e Orestano⁸¹, sarebbe indicativa di un sostanziale mutamento nella configurazione giuridica della *capitivitas*. Ma non dell'apertura dell'istituto del matrimonio anche ai *servi*. Nel diritto giustiniano semplicemente la *capitivitas* smette di essere considerata fonte di *servitius*.

Nel caso specifico il matrimonio viene mantenuto fermo nonostante la *capitivitas* di uno dei coniugi, dando prevalenza al principio cristiano di indissolubilità del matrimonio. Ma questo risultato non è raggiunto imponendo la rivoluzionaria visione cristiana in base alla quale dovrebbe venir meno l'impedimento al matrimonio degli schiavi, ma semplicemente non considerando più *servi hostium* coloro che cadevano in *capitivitas*. Nel diritto giustiniano, in sostanza, poiché la *capitivitas* non è più considerata fonte di schiavitù, il matrimonio non si scioglie in seguito alla prigionia di uno dei coniugi e non perché si ritiene che chiunque, anche uno schiavo, possa accedere al matrimonio, secondo la visione egualitaristica cristiana per cui οὐκ ἔνν δοῦλος οὐδὲ ἐλευθερος ... πάρετες γὰρ υἱεῖς εἰς ἔσπε ἐν Χριστῷ Ἰησοῦ, come si legge in un noto passaggio (3, 28) dell'epistola *Ad Galatas* di Paolo⁸². Per quanto l'avvento del cristianesimo contribuì a di fatto ad un miglioramento notevole nella vita quotidiana dei servi, minime sono le conseguenze sul piano giuridico⁸³. Come ribadisce ancora la Nov. 22 ai

⁷⁹ Così U. Ratti, *Studi sulla capivitas*, 156 n. 1.

⁸⁰ *Ibid.*, 150ss.

⁸¹ *La struttura giuridica del matrimonio*, 118ss. e n. 326.

⁸² Cf. anche I Cor. 12, 13: καὶ γὰρ ἐν ἐνν ἡμεῖς οὐκ ἔσμεν οὐδὲ ἐν ἐλευθερίᾳ, καὶ πάρετες ἐν ἑβραϊστικῆν, εἰτε ἰουδαῖοι εἰτε ἑλλήνες, εἰτε δοῦλοι εἰτε ἐλεύθεροι, καὶ πάρετες ἐν πνεύμα ἐνοτιῶμεν. Sul tema W. Waldstein, *Schiavitù e Cristianesimo da Costantino a Teodosio II*, in AARC VII, 1990, 123ss. con le indicaz. bibl. in n. 1; J. A. Harrill, *The Manumission of Slaves in Early Christianity*, Tübingen 1995, con ampia appendice bibl.

⁸³ Cf. E. Cicconti, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Udine 1940, rist. an. Roma 1971, 387ss.; B. Biondi, II, 423ss.; P. Bonfante, *Corso*, I, 200ss.; P. S. Leich, *Il matrimonio del servo*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* I, Milano 1947, 305ss. osserva (308) che questo «notevole miglioramento», che lascia tracce anche nella letteratura giuridica, «non conduce alle estreme conseguenze giuridiche nel senso di superare la fatale barriera costituita dalla *summa divisio* della popolazione romana»; P. G. Caron, *L'influenza cristiana sulla legislazione*

capita da 9 a 11, gli schiavi non sono ancora capaci di matrimonio⁸⁴, dunque le loro unioni permanenti hanno la qualifica di *contubernium*, con effetti giuridici molto limitati⁸⁵ rispetto alle *nuptiae nuptiae*.

Anche nel caso della *servitus poenae* viene adottato un 'escamotage' simile. Nel diritto romano classico la pena della riduzione in schiavitù comminata in capo a coloro⁸⁶ che si erano macchiati di particolari reati⁸⁷, comportava – in ossequio alla citata regola pseudoulpiana⁸⁸ per cui *cum*

imperiale romana in materia di schiavitù, in Studi in onore di A. Biscardi IV, Milano 1983, 311ss.; A. Carcerotta, *La schiavitù nel IV secolo*, 'Spinte' e 'stimoli' cristiani nelle leggi a favore degli schiavi, in AARC VIII, 1990, 147ss.; M. Melluso, *La schiavitù nell'età giustiniana*, Paris 2000, spec. 137ss. con bibl.

⁸⁴ B. Biondi, III, 84ss. cerca una soluzione che concili da un lato il dato normativo (secondo la sua visione fortemente soggetto ad influsso cristiano) e il fatto che «non si può negare che l'insegnamento della chiesa è contrario a tali unioni» e dall'altro la sua recisa affermazione che «il matrimonio cristiano, appunto perché concepito, oltre che come fatto umano, quale sacramento, ha portata universale, accessibile a tutti i fedeli, come è accessibile a tutti la religione».

⁸⁵ Si pensi alla normativa che esprime il *favor* per la preservazione dell'unità delle «famiglie» di schiavi in *CTH* 2, 25, 1 [=poi in *Cj* 3, 38, 11] (a. 325/334). Sul tema del *contubernium* si v. W. W. Buckland, *The roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, spec. 76ss.; P. S. Leitch, 305 ss.; S. Solazzi, *Il tributo per la famiglia dello schiavo*, in *SDHI* 15 (1949), 187ss.; E. Polay, *Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana*, in *Studi in on. G. Grosso*, III, Torino 1968, 79ss.: il breve contributo di I. Biczuniska Malowski, *La vie familiale des esclaves*, in *Index* 8 (1978-79), 140ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975², 126s.; O. Roblede, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, 69; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 109s.; M. Melluso, 148ss. con bibl.; in particolare sulla rilevanza della *cognatio servilis* e della *servilis adfinitas* si v. A. Guarino, *Adfinitas*, Milano 1939, 89s.; V. Calati, *Effetti della servilis cognatio*, in *Index* 24 (1996), 321ss.; di recente, A. Mateo, *La consideration clásica de la 'cognatio servilis' en la venta de esclavos (a propósito de D. 21, 1, 35)*, in *BIDR* 101-102 (1998-1999, ma 2005), 335ss. con bibl.

⁸⁶ Fossoro essi schiavi o liberi, come si legge in *Cj* 9, 47, 11.

⁸⁷ Sulle condanne che avevano questo effetto cf. G. Donauti, *La schiavitù per condanna*, in *BIDR* 42 (1934), 221ss. [=in *Studi di diritto romano*, II, Milano 1973, 543]. In particolare sul tema della condanna ai lavori in miniera si v., da ultimo, F. Salerno, *Ad metalla. Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, [con la rec. di F. Botta, apparsa in *Iura* 54 (2003), ma 2006], 293ss.]. Id., *Minime in... facile scribatur: Constantine and the damned ad metalla*, in *Esclavage antique et discriminations socio-culturelles. Actes du XXVIII Colloque International du G.I.R.E.A. (Myslène, 5-7 décembre 2003)*, Berne 2005, 327ss. con bibl.; e sul matrimonio dei condannati in particolare, Id., *Il matrimonio del damnatus ad metalla nella legislazione di Giustiniano*, in *Marriage: Ideal-Law-Practice*, 175ss.

⁸⁸ La dottrina romanistica dominante rifiuta quasi unanimemente la paternità ulpiana di quest'opera (perciò definita pseudoepigrafa e senza neanche un titolo ben

servus nullam est continentium – lo scioglimento del matrimonio per sopravvenuta incapacità giuridica di una delle parti⁹⁰.

Sappiamo che la *servitus poenae* era un istituto ancora contemplato all'epoca del Codice Teodosiano⁹⁰. Giustiniano, invece, al fine di far salvo il matrimonio del condannato, senza però cancellare direttamente l'istituto della *servitus*⁹¹, esclude la riduzione in stato di schiavitù: *φιλας δὲ τοῦτο ἀνίεβεν καὶ οὐδένα τῶν ἐξ ἀρχῆς εὐ̄ γενομένων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι οὐγγωποῦμεν οὐκέτιην* (*nos autem haec carcerum, et nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum*).

E la significava motivazione che leggiamo in questo *caput* 8 della novella giustiniana *οἱ γε καὶ τῶν ἐμπροσθεν δουλοῦντων ἐλθεσθῶραι σπεύδοντες εἶναι* (*qui etiam dudum serventium manumissores esse festinamus*) è chiaramente estensibile anche al caso della *captivitas*, costituendo la *ratio* di fondo dell'intervento giustiniano, che lo stesso legislatore definisce *φιλανθρωπότερος, ispirato a maggiore humanitas*.

Pur di tradurre in pratica il principio cristiano dell'indissolubilità del matrimonio, si opera un mutamento profondo nella condizione giuridica dei condannati *ad metalla*, che non vengono più considerati come *servi* determinato e definito), considerata una modesta rielaborazione postclassica di materiali in prevalenza provenienti dalle *Institutiones* gajane, manuale con il quale condivide di certo la struttura espositiva. Il solo H. L. W. Nelson, *Übertragung Augbar ud Sel von Gai Institutiones*, Leiden 1981, 80ss., ha mostrato di considerare l'opera uno squarcio genuino dell'autentico *Liber singularum regularum* ulpianeo. Sul problema della paternità dei *Tituli ex corpore Ulpiani* cf. F. Mercogliano, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli 1997, e Id., *Una ricognizione sui Tituli ex corpore Ulpiani*, in *AARC* XIV, 2003, 407ss., il quale – sulla base dell'analisi comparata con *Collatio* e *Digesta* giustiniane – sostiene l'ipotesi che i *Tituli* siano un estratto del *Liber singularum regularum* del giurista di Tiro. Più di recente di questa controversa opera è apparsa la già cit. traduzione, con commento e ampio corredo bibliografico di M. Avenarius, che la ritiene non un'opera ulpianea, ma precedente.

⁹⁰ *CE Dig.* 48, 19, 17 (Marc. I *inst.*).

⁹¹ *CTh* 10, 12, 2 (Valentin. Val. 17 giugno 368? 370? 373?): ... *si servos, ad eam poenam, quae dudum est legibus constituta, teneatur*. Sulla *servitus poenae* si v. I. Präf. s.v. «*Servitus poenae*», in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* IIIA/2, Stuttgart 1923, c. 1830ss.; U. Brasiello, *La condizione del servo della pena*, in *Studi in onore di F. Virgili nel XV anno d'insediamento*, Roma 1955, 41ss.; G. Donauti, 219ss.

[= in *Studi*, II, 541ss.]; U. Zilletti, *In tema di servitus poenae* (*Note di diritto penale tardoclassico*), in *SDHI* 34 (1968), 32ss.; A. McClintock, *Civil Death in Ancient Rome? The servitus poenae*, in *Esclavage antique*, 321ss.; Id., *Nemio non più cittadino. Il caso di Yaer Hamdi, prigioniero a Guantanamo*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di L. La bruna*, V, Napoli 2007, 3479ss.

⁹¹ Come scrive B. Biondi, III, 163: «qui è eliminata la causa al fine di escludere lo scioglimento del matrimonio».

penae, ma conservano il loro *status di liberi*. Gli schiavi, dunque, continuano a non poter essere parù di un *matrimonium iustum*, ma non si è più ridotti in schiavitù a titolo di pena, cosicché il matrimonio del condannato è salvo.

4. *Le reciproche implicazioni tra diritto romano e pensiero cristiano: una questione di 'strategia'?*

Come ha osservato Volterra, «sconvolgendo ... il sistema classico, il diritto della compilazione viene in forma indiretta ad impedire lo scioglimento del matrimonio»⁹². Mai però, come abbiamo avuto modo di vedere nei casi esaminati, rivoluzionando fino in fondo il diritto romano alla luce dei principi della filosofia cristiana, bensì cercando di tener fermo essenzialmente quello dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale anche a costo di percorsi 'complicati' che fanno salvi alcuni istituti del diritto di Roma antica, anche se in palese contrasto con la dottrina cristiana. Troppo radicata nel tessuto sociale, infatti, più che in quello giuridico, era la regolamentazione di questo fenomeno perché si potesse intervenire con una cesura netta col passato.

Questo modo di procedere può essere inteso come funzionale ad una visione strategica di «lenta infiltrazione» dei principi cristiani nel diritto romano⁹³, che eviti il conflitto con l'autorità civile⁹⁴. Credo, però, che l'idea di una «strategia» che sacrifici (pur momentaneamente) dei principi in favore di altri «irrinunciabili» sia difficilmente accettabile, implicando necessariamente la presenza di due presupposti. Da un lato una forte guida unitaria, che possa fungere da interlocutore unico con il potere politico-legislativo: circostanza quantomeno dubbia per il periodo al quale ci riferiamo, in cui invero non mancano dispute di varia natura all'interno della Chiesa.⁹⁵ Dall'altro una visione completa, preventiva (direi, quasi

⁹² *La L.* 3, 243 [=in *Scripta*, I, 309].

⁹³ R. Orestano, *Alcune considerazioni*, 366ss. [=in *Scripta*, II, 802ss.].

⁹⁴ *Ibid.*, 367ss. [=in *Scripta*, II, 803ss.]: «Il timore di questo conflitto si nota, naturalmente, in maniera speciale dopo il riconoscimento ufficiale del Cristianesimo. Prima vi era stato, anzi, quasi un atteggiamento di sfida, come appunto sta a dimostrare la decisione di Callisto I [che dichiarò validi per la Chiesa i matrimoni tra soggetti di condizione giuridica diversa, anche tra liberi e schiavi]; ma dopo l'Editto di Costantino le cose dovettero necessariamente cambiare».

⁹⁵ Basti ricordare nel V sec. lo scisma «nestoriano» e quello «monifista», la rivalità tra Antiochia e Alessandria, la forza dell'arianesimo in Occidente. M. Sargentì, *Matrimonio cristiano e società pagana*, 348, si domanda «fino a qual punto sia possibile concepire unitariamente la posizione della Chiesa, di una Chiesa [lo spaziatò è dell'A.], già all'epoca di Costantino, né quali possano essere stati gli strumenti per un unitaria e coerente influenza sulla legislazione imperiale». Per l'inguadramento del periodo che qui ci interessa si v. il vol. II (*Das Entstehen der einen Christenheit (250-450)*) e il III (*Der lateinische Westen und der byzantinische Osten*

'preveggenze') e coerente che permetta di muoversi – come immagina Orestano⁹⁶ – con «prudenza»⁹⁷ e «estrema circospezione», architettando 'politiche' di ampio respiro e lunga durata, sostenute da una idea di permanenza ed eternità che necessita di grande consapevolezza e maturità del pensiero politico. Il rischio di operare una distorsione è a questo punto concreto, con una lettura *a posteriori* che può finire per offrirci una visione sì lineare, ma 'appiattita' di un fenomeno storico lungo, complesso e articolato. Inoltre, anche accogliendo l'ipotesi di una strategia di lungo corso, resta il nodo di un'idea unica della scala di quei valori della dottrina cristiana che incidono sul regime matrimoniale, idea che sta alla base della 'sacrificabilità' di alcuni principi che vengono ritenuti di minore importanza rispetto ad altri.

Lungi dal contenere «soluzioni», queste brevi notazioni non vogliono essere altro che lo spunto per intraprendere nuove ricerche. Dobbiamo ulteriormente interrogarci sulla ed. «cristianizzazione» del diritto romano in un settore in cui appaiono ancora permanere, in età giustiniana, caratteri di questo ordinamento che sono ben distanti dalla dottrina cristiana. I casi di impedimenti sopravvenuti che abbiamo preso in considerazione, la cui disciplina è profondamente novellata da Giustiano, sono significativi per cercare di collocare e valutare le reciproche implicazioni tra gli istituti giuridici del mondo pagano e la concezione cristiana del matrimonio. Ne risulta un panorama alquanto variegato, fatto di percorsi non sempre diretti, anzi a volte alquanto tortuosi, che sfociano nel lento delinearsi (ben oltre l'età giustiniana⁹⁸) di una nuova struttura del matrimonio fortemente caratterizzata dalla compresenza di principi e forme provenienti da entrambi i mondi.

ALESSANDRO MANNI

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

(431-642)) della recente opera collettanea *Die Geschichte des Christentums. Religion-
Politik-Kultur*. Freiburg-Basel-Wien 2005, con bibl.

⁹⁶ R. Orestano, *Alcune considerazioni*, 367ss. [=in *Scritti*, II, 803ss.].

⁹⁷ Parla di «prudente condotta» da ultima anche C. Feyer, II, 637.

⁹⁸ E. Volterra, *La nozione*, 348 [=in *Scritti*, II, 284].