

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE POLITICHE,
ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

MATRIMONIO E MORALE SESSUALE IN DIRITTO ROMANO

Relatore:

Chiar.mo Prof. Pierfrancesco Arces

Candidata:

Roberta Borioli

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

INDICE

PREMESSA.....	I
---------------	---

CAPITOLO I

FONDAMENTI COSTITUTIVI DELLA FAMILIA PROPRIO IURE

1. <i>Familia</i> o <i>Familiae</i> a Roma antica ?	1
2. Il <i>pactum matrimoniale</i> e gli antichi sponsali nel <i>Trinummus</i> di Plauto.	3
3. L' <i>actio ex sponsu</i>	7
4. Gli sponsali tra la fine della repubblica e l'età tarda del diritto romano	10
5. Il <i>repudium</i>	16
6. Gli Sponsali tra effetti e conseguenze giuridiche.	21

CAPITOLO II

LA CONCEZIONE ROMANA DEL MATRIMONIO

1. Matrimonio <i>cum manu</i> e matrimonio <i>sine manu</i>	27
2. I requisiti per la validità del matrimonio	46
3. Il paradigma matrimoniale, tra tradizione e ambiguità della morale	55
3.1 Unioni affettive non matrimoniali tra <i>pelex</i> e concubinato.	59
3.2. Il <i>contubernium mixtum</i> quale espressione fondante il mito della sessualità-virilità romana.	70
3.3 Tribadismo: orientamento sessuale “contro natura”.	75
4. IL Rapporto tra <i>Lex Scatinia</i> e l'editto <i>de Adtemptata pudicitia</i>	81

5. La <i>Lex Iulia de adulteriis coercendis</i>	88
6. L'impero: legge e mutamento della morale sessuale.....	96
7. Evoluzione della morale e dei costumi nella storia di Roma.....	112

CAPITOLO III

LE UNIONI PARA-MATRIMONIALI DALL' ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA ALLA NASCITA DELLA “FAMIGLIA DI FATTO”

1. Il concubinato tra matrimonio e convivenze di fatto in Roma antica	132
2. Le convivenze <i>more uxorio</i> nell'età tridentina-moderna: amori proibiti-clandestini o matrimoni presunti?	156
3. La famiglia di fatto: analisi della nascita e della sua ricostruzione.	162
4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'affermazione giuridica della famiglia di fatto.	167
5. La famiglia di fatto: gli aspetti patrimoniali	170

CAPITOLO IV

LE UNIONI E LE CONVIVENZE DI FATTO NELLA LEGGE N. 76/2016

1. Il quadro normativo.	175
2. Il rapporto tra il matrimonio <i>same-sex</i> e lo sguardo “giudizioso” delle tre Corti.	176
3. L'anticamera della L. n. 76/2016.	180
4. L. n. 76/2016: “considerazioni introduttive”.	181
4.1. Parte prima.	182
4.2. Parte seconda.	187
5. Conclusioni.	192

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE	197
FONTI LETTERARIE	200
FONTI EPIGRAFICHE	205
FONTI ECCLESIASTICHE	205
BIBLIOGRAFIA.....	206
SITOGRAFIA.....	224

Alle mie Familiae...

PREMESSA

Matrimonio e morale sessuale in Roma antica rappresentano un indiscutibile punto di incontro tra diritto, etica ed esigenze della vita quotidiana. Accanto a questa unione tra uomo e donna (l'unica legittima) si pone la realtà parallela del concubinato che, pur non essendo formalmente riconosciuto dal diritto, era dotato di una forza diffusiva in grado di superare il giudizio morale negativo ad esso associato (soprattutto a far data dall'età tardorepubblicana e imperale) ma anche la concezione stessa della *familia romana*.

Percorrendo i tratti delle unioni matrimoniali e concubinarie si rileva poi un campo di tensione (la morale sessuale) in cui si intrecciano norme, valori e pratiche creanti un mosaico complesso. Non a caso, infatti, le regole del comportamento sessuale non solo delineano ciò che è socialmente accettabile e ciò che non lo è, ma rispecchiano le dinamiche di potere, le aspettative di genere e i mutamenti culturali avvenuti nel corso dei secoli.

In tale prospettiva, il presente lavoro ambisce a rappresentare un momento di riflessione sul ruolo svolto dall'istituto matrimoniale, le unioni affettive non matrimoniali e la morale sessuale nel diritto romano e in quello contemporaneo. Verranno quindi affrontati, nel primo capitolo i temi relativi ai fondamenti costitutivi della *familia proprio iure*, nel secondo quello concernente il paradigma matrimoniale tra tradizione e ambiguità della morale, nel terzo l'evoluzione del concubinato dall'esperienza giuridica romana alla nascita della famiglia di fatto e, infine, nel quarto le unioni e le convivenze di fatto nella L.n.76/2016.

CAPITOLO I

FONDAMENTI COSTITUTIVI DELLA *FAMILIA PROPRIO IURE*

Sommario: 1. *Familia* o *Familiae* a Roma antica?. 2. Il *pactum matrimoniale* e gli antichi sponsali nel *Trinummus* di Plauto. 3. *L'actio ex sponsu*. 4. Gli sponsali nell'intervallo tra la fine della repubblica e l'età tarda del diritto romano. 5. Il *repudium*, 6. Gli Sponsali tra effetti e conseguenze giuridiche.

1. *Familia* o *Familiae* a Roma antica ?

Il concetto di famiglia, nell'accezione moderna, indica un nucleo sociale costituito da più persone legate tra di loro da rapporti di parentela o di affinità. In Roma antica, invece, l'espressione *familia*, trova la sua definizione legale all'interno del seguente frammento di Ulpiano:

Ulp. 46 *ad ed.*, D. 50. 16. 195. 2: “*iure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps*”.

La *familia proprio iure* era quindi formata da un gruppo di persone assoggettate o per nascita da *iustae nuptiae*, o per effetto di alcuni negozi giuridici (*adoptio*, *l'adrogatio*² e *la conventio in manum*³) alla podestà del *pater familia*.

¹ Cfr. Ulp. 46 *ad ed.*, D.50.16.195.2.

² I termini *adoptio* e *adrogatio* vanno ad indicare l'istituto dell'adozione. A tal riguardo bisogna evidenziare che il primo ha ad oggetto l'adozione di un *alieni iuris*, il secondo ha come destinatario un *sui iuris*.

³ *Sulla conventio in manu v. infra*. Cap. II § 1

Quest'ultima espressione non si riferisce al solo "genitore" ma, più in generale, allude alla figura del capofamiglia, cioè di colui che il diritto qualificava "*persona sui iuris*" o "*persona in sua potestate*", poiché era l'unico titolare della *patria potestas* nonché di quel potere familiare che esercitava sia su se stesso sia sui sottoposti⁴.

Dalla celebre definizione di Ulpiano: "*Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes*⁵", si può ben ricavare che sono tutte le persone sui di genere maschile titolari di *patria potestas*, a prescindere dall'età e dal fatto che abbiano contratto o meno matrimonio oppure dal fatto che abbiano avuto o meno figli.

Le donne, anche se *sui iuris*, non erano titolari di potestà familiari ma di diritti e doveri giuridici. La donna era quindi l'unico membro della propria "famiglia", sempre che di *familia* si possa parlare, tanto che veniva etichettata come: *familiae suae et caput et finis*⁶.

La definizione ulpiana consente di svolgere alcune considerazioni relative alla condizione della donna all'interno della *familia* romana.

L'*iter* che generalmente una donna seguiva durante la propria vita, con riguardo all'unione matrimoniale, era scandito dalle seguenti tappe e relativi effetti: gli sponsali, il matrimonio con il conseguente dovere di fedeltà nei confronti della figura maritale e infine la maternità, volta alla cura e all'educazione dei figli⁷. Nonostante la sottomissione sia espressione di una discriminazione di genere, il punto maggiormente discusso pone l'accento sulla titolarità di diritti patrimoniali.

Data la portata di questi ultimi, in linea generale, mi preme riportare che il pensiero dottrinale maggioritario non reputa corretto parlare di una capacità successoria delle donne romane, almeno fino alla prima metà del III secolo a.C.

⁴ In altri termini la *patria potestas*, quale istituto potestativo e perpetuo, si distingue nettamente dal significato attuale attribuito al termine potestà. In effetti, nel diritto odierno, la potestà che i genitori hanno sui figli, oltre ad essere riconosciuta ad entrambe le figure genitoriali, viene concepita come un istituto protettivo volto a tutelare-integrare la capacità dei figli minori. La distinzione verte su un mutamento del potere su cui si sta ponendo l'attenzione: inizialmente visto come sinonimo di sottomissione per poi divenire uno strumento attribuito nell'interesse dei figli.

⁵ [Sono padri di *familia* le persone appartenenti a se medesime, sia puberi che impuberi]. La definizione è contenuta nel primo libro delle Istituzioni di Ulpiano, nel frammento conservato in D.1.6.4.
Cfr: Ulp, *1 inst.*, D.1.6.4

⁶ Cfr. Ulp. 46 *ad ed.*, D. 50.16.195.5.

⁷ Cfr. F. CENERINI, *La donna romana*, Bologna, 2002, p.30; cfr. E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione ed immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2022, p. 171 ss.

In altri termini, le donne fino all'ultimo secolo della repubblica non ebbero (secondo lo *ius civile*) una piena capacità successoria. In tal senso bisogna inserire e leggere anche la facoltà di disporre per testamento, poichè si tratta di una capacità esercitabile solamente mediante l'ausilio dell'*auctoritas* di un tutore (legittimo o dativo).

Su tali basi non emerge nulla di nuovo se non quella posizione subordinata che la donna, anche in questo ambito, aveva rispetto all'uomo. In effetti, essa non possedendo una piena capacità giuridica non era nemmeno titolare di un patrimonio e della capacità di poterlo gestire in modo autonomo⁸.

La conseguenza di ciò è ben collocata nella celebre affermazione ulpiana, estratta dal sopra citato frammento: "*mulier autem familiae suae et caput et finis est*" che spiega come la donna (anche se *sui iuris*) non essendo titolare di poteri potestativi famigliari oltre a non avere sottoposti rimaneva l'unica componente della propria familia⁹.

Maggiormente diffuse erano invece le figure di *familiae* nelle quali il *pater* esercitava potestà familiari¹⁰.

Presupposto ne era il matrimonio ed è di quest'ultimo che bisogna parlare.

2. Il *pactum matrimoniale* e gli antichi sponsali nel *Trinummus* di Plauto

Sin dall'età più antica, presso la società romana era ben radicata la consuetudine in virtù della quale il matrimonio doveva essere preceduto dagli sponsali, ovvero dalla promessa di future nozze. Nonostante i notevoli mutamenti che l'istituto in questione ha subito sia nel

⁸ Cfr. O. SACCHI, *La virgo del Quirinale e la tutela mulierum. Ipotesi ricostruttive*, in *Ius Antiquum*, vol.15, 2005, pg.1-14.

⁹ Cfr. C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, p. 19.

¹⁰ Il concetto tradizionale di *familia* romana si sostanzia in un insieme di persone la cui soggezione al capo famiglia poteva derivare con modalità naturali (figli e discendenti) o dal diritto (schiavi e mogli). Attestazione di ciò è ben illustrata nella celebre espressione di Ulpiano: "*soggette natura aut iure*", volta ad esprimere indirettamente i mezzi che consentivano il sorgere di tal potere illimitato (comprendeva lo *ius vitae ac necis*, il diritto di vita e di morte esercitato sui suoi sottoposti) e perpetuo (si estingueva alla morte del detentore, evento quest'ultimo che liberava solamente i discendenti diretti), che alle origini non prese il nome di patria potestas, ma di *mancipium*. Su tali questioni cfr. Ulp. *46 ad ed.*, D. 50.16.195.2.; cfr. L. C. COLOGNESI, *Patria potestas*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1982, p. 242 ss.

principato sia nell'età post classica e giustiniana¹¹, gli antichi sponsali¹² assumono le forme della *sponsio*, cioè di quel negozio bilaterale con cui si prometteva solennemente facendo ricorso al verbo *spondere*.

Si tratta quindi di un negozio astratto, tutelato prima dallo *ius sacrum* e poi, per effetto delle XII Tavole, dallo *ius civile*, realizzato attraverso un'interrogazione enunciata dallo *stipulator* (creditore) e da una congrua risposta del *promissor* (debitore), risposta che doveva essere fornita utilizzando il medesimo verbo (*spondere*) impiegato dallo stipulante, com'è illustrato in:

Gai 3,93:” *Sed haec quidem verborum obligatio: Dari spondes? Spondeo propria civium Romanorum est*¹³”.

Con la domanda lo *stipulante* richiedeva alla controparte di assumere l'impegno ad adempiere attraverso le modalità da lui prescritte; ad esempio: “Prometti di darmi cento?” “Prometto”¹⁴. In questa prospettiva, anche le fonti letterarie offrono notizie di particolare interesse. Nel *Trinummus* (1157)¹⁵, Plauto fa riferimento ad una *sponsio* in cui era presente il garante Callicres, il quale rispondendo anch'egli alla domanda dello stipulante, utilizza l'espressione *spondeo*, e si obbliga con il promittente. A tale *sponsio* ricorrono Charmides (*pater* della fanciulla) e Lysiteles (il futuro marito):

¹¹ Sull'evoluzione degli sponsali v. *infra*. Cap I § 4.

¹² L'articolazione del regime degli *sponsalia* sul modello della *sponsio* viene attestata da alcune fonti giuridiche. Cfr. Ulp., *l. s. de sponsalibus* D. 23.1.2: *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras* (Gli sponsali sono chiamati da *spondere* promettere: in quanto è usanza degli antichi farsi promettere e promettere future mogli) fa derivare il termine *sponsalia* da *sponsio* e dal verbo *spondere* ma allo stesso tempo utilizza *spondere* e *stipulari* attribuendogli il medesimo significato che Servio Sulpicio Rufo in *Serv. Aen.* 10, 79 fa acquisire all'espressione *sponsio* e *stipulatio*. In altri termini il giurista classico utilizza l'espressione *stipulari* per indicare la richiesta dello *stipulante* di farsi promettere la mano della donna, mentre fa ricorso al verbo *spondere* con riferimento alla risposta del promittente.

¹³ [Ma questa obbligazione verbale: Prometti di dare ? Prometto, è propria dei cittadini romani]

¹⁴ In proposito si vedano PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 149, C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, *Gli antichi sponsalia*, Roma 2005, p. 17.

¹⁵ Sulla ricostruzione degli antichi *sponsalia* attraverso utilizzo positivo delle commedie antiche si vedano l'ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, p.143; l'ASTOLFI, *Varrone, i Comici e il fidanzamento arcaico*, in SDHI. 55 (1989), p. 392 ss.; C. FAYER, *La familia II, cit.*, p.16 ss. Di contro si vedano U.G PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962; E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino 1890, volti a escludere una visione della *sponsio* romana nel passo comico sopra richiamato

Ly. *Sponden ergo tuam gnatam uxorem mihi?*

Ch. *Spondeo et mille auri Philippum dotis.*

LY. *Dotem nil moror.*

Ch. *Si illa tibi placet, placenda dos quoque est quam dat tibi.*

Postremo quod vis non duces, nisi illud quod non vis feres.

Ca. *Ius hic orat.*

Ly. *Impetrabit te advocato et arbitro.*

Istac lege filiam Tuam spondem mihi uxorem dari?

Ch. *Spondeo.*

Ca. *Et ego spondeo idem hoc*¹⁶.

Il passo appena trascritto è di particolare interesse, che va ben oltre il contenuto del negozio descritto: il testo, infatti, ci permette di individuare i soggetti che erano parti degli *sponsali e la prassi con cui si svolgevano le trattative per le nozze e si concludeva il pactum matrimoniale*.

Dato il carattere giuridico del negozio, le parti della promessa di fidanzamento potevano essere: I *patres familias* dei fidanzati, il fidanzato se *sui iuris* o *alieni iuris* su autorizzazione del proprio avente potestà e infine il *pater* della fidanzata.

Ruolo non marginale poteva essere svolto dalla madre del fanciullo (*sui* o *alieni iuris*) sia per l'instaurazione del fidanzamento sia nella scelta della fidanzata stessa¹⁷.

Nella quotidianità romana, ruolo prettamente attivo, veniva svolto dai *patres* dei futuri sposi.

¹⁶ Lisitele. Mi prometti dunque tua figlia in moglie? Carmide. Lo prometto e <<prometto>> anche mille Filippi d'oro di dote. Lisitele. Non mi importa niente della dote. Carmide. Se lei ti piace, ti deve piacere pure la dote che ti porta. E poi non avrai ciò che vuoi, se non prenderai anche ciò che non vuoi. Callicle. Egli chiede giustizia. Lisitele. L'otterrà, essendo tu a consigliare e a decidere. A questa condizione prometti di darmi tua figlia in moglie? Carmide. Lo prometto. Callicle. Anche io prometto la stessa cosa.

¹⁷ Nell'*Heautontimorumenos* di Terenzio la madre installa nel figlio Clitipho un forte sentimento di terrore, così da convincerlo a fidanzarsi con una fanciulla a lui poco gradita. Il dialogo, infatti si articola nel seguente modo:” Sostrata. Figlio mio, io ti darò, per Polluce, quella graziosa figlia del nostro vicino Fanocrate, che amerai di buon grado.

Clitifone. Quella fanciulla dai capelli rossicci, dagli occhi glauchi, dal viso macchiato e il naso aquilino? Io non posso..”. Cfr. *Heaut.* 1060 ss.

Si conserva memoria di numerosissimi episodi in cui la promessa di nozze era formulata dai *patres* dei nubendi, prescindendo del tutto dal consenso di questi ultimi¹⁸.

Nelle fase antecedente le nozze, si svolgeva ciò che oggi chiameremmo una vera e propria fase conciliativa nella quale i soggetti attivamente coinvolti contrattavano per arrivare a un accordo conclusivo: il *pactum* matrimoniale.

Nel passo prima riportato si può ben comprendere che Philto, padre di Lysiteles, su richiesta del figlio stesso, valuterà l'opportunità o meno di procedere alla fase conciliativa. Celebre è la frase pronunciata da Lysiteles: "*tute ad eum adeas, tute concilies, tute poscas*".

L'affermazione consente di rilevare che nella realtà romana l'arte della conciliazione molto spesso veniva esercitata da estranei, o meglio da coloro che favorivano le nozze altrui.

Nel caso delle nozze fra Caecilia Attica e M. Vipsanio Agrippa, ad esempio, la conciliazione fu svolta da M. Cicerone, tanto che, nella *Vita di Attico* Cornelio Nepote (5,3), si legge:

*"Erat nupta soror Attici Q. Tullio Ciceroni, easque nuptias M. Cicero conciliarat; in 12,2: atque harum nuptiarum conciliator fuit (non est enim celandum) M. Antonius triumvir rei publicae <constituendae>"*¹⁹.

In sintesi una volta terminato l'accordo matrimoniale la donna viene chiamata *nupta* oppure *sponsa* solo se il *pactum* era sancito dalla *sponsio*. La conseguenza fa sì che l'eventuale inosservanza darà vita alle relative sanzioni.

¹⁸ Si pensi alla secondogenita di Cornelio Scipione Africano, Cornelia, la quale fu promessa a sua insaputa e per questioni politiche al futuro padre dei Gracchi, Tiberio Sempronio Gracco. Cfr. Liv. *Ab urb.* 38,57,5.

¹⁹ Su tal ruolo e sulla prassi ora esposta cfr. Ov. *Am.* 1, 13,40.; Stat. *Silv.* 3,5,70; cfr. Tac. *Ann.* 12, 25,1.

In definitiva la commedia di Plauto lascia intendere che il *pactum* matrimoniale veniva dunque stretto mediante *stipulatio*. A tutela del fidanzamento, peraltro, si invocava la protezione degli dei²⁰.

3. L'*actio ex sponsu*

La tutela divina del fidanzamento veniva accompagnata da un'ultima protezione diffusa da un'importante figura giuridica: l'*actio ex sponsu*, le cui tracce si possono osservare all'interno di un frammento di Aulo Gellio:

Gell. noct. Att., 4,4,1: "*Sponsalia in ea parte Italiae quae Latium appellatur hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus. 2. "Qui uxorem", inquit, "ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat stipulabatur eam in matrimonium <datum iri; qui daturus erat, id eidem spondebat. Item qui uxorem daturus erat, ab eo cui eam daturus erat, stipulabatur eam in matrimonium> [ducturum] <ductum> iri. [Cui] <Qui> ducturus erat, [itidem] <id eidem> spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat 'sponsa' appellabatur, qui sponderat ducturum 'sponsus'. Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quam ob rem data acceptave non*

²⁰ La componente religioso-sacrale degli sponsali dell'età arcaica, emerge da un'apposita formula, pronunciata all'esito della *sponsio* in cui si riversava il *pactum* matrimoniale. In effetti nel *Trinumus* di Plauto, il richiamo alla protezione divina viene effettuato sia da Stasimus (lo schiavo di Lesbonicus) sia da Callicres (garante e vecchio amico di Charmides). Il servo, proprio a seguito della promessa del suo *dominus* della sorella di quest'ultimo a Philto, pronuncia la seguente formula: "*di fortunabunt vostra consilia*", (Trinum., 576), gli dei benediranno i vostri progetti. Identica finalità si riscontra nell'ulteriore formula pronunciata da Callicres, e rivolta sia all'amico sia a Lysiteles: "*deos volo consilia vostra vobis recte vortere*", (Trinum., 1155), (mi auguro che gli dei diano buon esito ai vostri progetti).

Il carattere religioso degli antichi sponsali, in realtà trova innumerevoli tracce in un passo festino volto a riportare l'opinione di Verrio Flacco. In Festo 440 L, si legge: "*Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dicta [m] ait, quod i interpositis divinis faciant*". Focalizzando l'attenzione su tal frammento ciò che si scopre è che Verrio se inizialmente aveva ritenuto che il verbo promettere, *spondeo*, derivava da *sponte*, termine indicante la volontà e quindi un atto volto a contrarre un'obbligazione, successivamente, sancì la derivazione greca dell'espressione *sponsa* e *sponsus* (fidanzato e fidanzata) precisando che tali figure erano così chiamate in quanto ponevano in essere libagioni agli dei.

esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui sponderat <ei> qui stipulatus erat condemnabat”.

3. *Hoc ius sponsaliorum observatum dici Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio legge Iulia data est”²¹.*

Gellio in 4,4,1 cita un importante passo tratto dal libro *de dotibus*, il cui autore, Servio Sulpicio Rufo, descrive un fidanzamento costituito con l'utilizzo di due *stipulationes-sponsiones*. Una prima *sponsio* viene utilizzata dal fidanzato per chiedere al *pater* della fanciulla la mano di quest'ultima e il *pater* acconsente. Della seconda *sponsio*, invece, si fa carico il *pater* in modo tale da ottenere la promessa da parte del fidanzato. Servio Sulpicio evidenzia un regime di fidanzamento nel quale entrambe le obbligazioni sono tutelate dall'*actio ex sponsu* e, nel caso di mancata esecuzione della promessa in assenza di '*iusta causa*', sanzionate con il pagamento di una somma di denaro, il cui ammontare viene fissato nel corso del giudizio, a carico della parte inadempiente e a favore di colui il quale si era rivolta la promessa tramite *stipulatio*.

L'*actio ex sponsu* è un' *actio in personam*, posta alla tutela del fidanzamento e proposta dal creditore insoddisfatto al pretore, il quale nomina un giudice avente il compito di determinare l'ammontare di una somma di denaro a titolo di sanzione per la mancata celebrazione delle nozze in assenza di giusta causa. Un esempio di *actio ex sponsu* lo si può ricavare da un importante passo di Plutarco²² riguardante la vicenda di Catone Uticense, anche se a tal riguardo occorre precisare che nel I secolo a.C sia la *sponsio* sia la relativa azione di tutela

²¹ [Servio Sulpicio, nel suo libro sulle doti scrisse che in quella parte dell'Italia che viene chiamata Lazio di solito il fidanzamento avveniva secondo questo costume e diritto. 2.” Chi stava per prendere moglie, egli dice, si faceva promettere da colui dal quale doveva prenderla, che gliela avrebbe data in matrimonio; chi stava per darla glielo prometteva. Ugualmente, chi stava per concedere una fanciulla in moglie, si faceva promettere da colui al quale stava per darla, che l'avrebbe sposata. Colui che stava per sposarla, glielo prometteva. Questo complesso di richieste e promesse veniva chiamato fidanzamento. Di conseguenza, colei che era stata promessa era detta sponsa 'promessa'; chi aveva promesso di sposarla era detto sponsus. Ma se dopo queste obbligazioni verbali la donna non veniva concessa o non la si prendeva in moglie, chi aveva ricevuto la promessa agiva in base alla promessa formale. I giudici istruivano il processo. Il giudice indagava per quale motivo la donna non fosse stata data o presa. Se non vi era un giusto motivo, valutava in denaro la lite e di quanto era l'importo che si aveva nel prendere in moglie la donna o nel darla, e condannava chi aveva fatto la promessa, a pagare la somma, a chi l'aveva ricevuta. 3. Dice Servio che questo regime di fidanzamento venne osservato sino al tempo in cui con la legge Iulia fu estesa la cittadinanza a tutto il Lazio]. (Trad. C. FAYER).

²² Cfr. Plut., *Cator Minor* 7.

erano cadute in disuso²³. Nel *Cator minor* 7, si trovano tracce relative all'intenzione di sposarsi del *triumvir monetalis*, tant'è che egli, non avendo avuto una relazione con nessuna donna, scelse come *sponsa* la fanciulla Lepida: giovane e libera, in quanto ripudiata da Scipione Metello, con il quale aveva contratto una precedente promessa di matrimonio. Tuttavia, poco prima delle nozze tra Catone e Lepida, Scipione ritornò improvvisamente sui suoi passi, riconquistando la fanciulla. Catone, irritato dalla situazione, minacciò di ricorrere alle vie legali anche se le persone a lui vicino glielo scongiurarono per due ordini di ragioni: l'*actio ex sponsu* era caduta in disuso e avvalersi di un tale strumento era un comportamento giudicato contrario al costume di tal periodo.

A causa di carenze testuali, oggi, non si è riusciti ancora a capire quale fosse lo scopo di Catone, se di tipo "risarcitorio", o "afflittivo-punitivo" nei confronti della fanciulla²⁴.

L'aspetto più controverso dell'istituto in esame riguarda la competenza. In proposito, si rilevano due considerazioni: bisogna innanzitutto evidenziare che, per tutto il III sec. a.C, il giudizio instaurato innanzi al pretore si poteva cumulare a quello innanzi ai censori, caratterizzato dall'equità²⁵.

Questa elaborazione fu poi rimodellata da R. Astolfi, il quale riteneva che i romani riuscirono a liberarsi del giudizio del censore, affidandosi unicamente a quello del pretore. Ciò fu possibile grazie all'aggiunta di una seconda *sponsio* a quella già esistente per il fidanzamento che, con il pagamento di una somma di denaro, permetteva al padre di decidere a chi dare la mano della figlia. In virtù di ciò, competente per il caso di specie, era quindi il giudice nominato dal pretore a cui il creditore insoddisfatto presentava richiesta di "risarcimento dei danni"²⁶. In secondo luogo, focalizzando l'attenzione sulla figura del pretore e sul potere

²³ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. 1. Diritto di famiglia, Roma, 1925, rist. a cura di G. Bonfante e G. Grifò, Milano, 1963, p. 307.

²⁴ Sulla vicenda di Catone Uticense cfr. E. VOLTERRA, in RISG. 2, 1927, p. 592 (=Scritti 1, p. 14).; circa l'intento di Catone cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale: secondo il diritto romano*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 1904, p. 41 nt. 5.

²⁵ In effetti C. FAYER, *La familia*, II, cit., pg.52, 53, sottolinea come in Varrone *l.l.* 6, 71, l'affiancamento al *praetorium ius ad legem* di un *ensorium iudicium ad aequum*, determini una "concorrenza" del giudizio pretorio con quello del censore. La stessa Fayer precisa però che in realtà di tal aspetto non si trovano tracce né in argomentazioni giuridiche-letterarie né in Varrone *l.l.* 6,72, dove l'*actio ex sponsu* viene rappresentata come l'unica forma di tutela della *sponsio*. Ciononostante, secondo la Fayer, è credibile ritenere che per un certo lasso di tempo il giudizio del pretore si cumulava a quello dei censori. Sulla questione, cfr, anche M. DE. SIMONE, "*Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat*". Per una lettura di Varro, *De ling, lat.*, 6.74, in *AUPA.*, LIII, 2009, p. 167 ss.

²⁶ Cfr. R. ASTOLFI, *Fidanzamento nel diritto romano*³, Padova, 1989, p. 17 ss.

discrezionale di quest'ultimo nell'ambito della sua *iuris dictio*, bisogna tener presente che il passaggio dalle *legis actiones* al processo formulare determinò un ampliamento del potere medesimo²⁷. Di conseguenza, il pretore poteva anche denegare l'*actio* in tutti quei casi di improcedibilità o di manifesta infondatezza, oppure la poteva paralizzare in tutte quelle situazioni nelle quali il convenuto, esercitando e ottenendo la fondatezza dell'*exceptio doli*²⁸, veniva assolto dal giudice. Attestazione di quanto appena esposto trova infine conferma nei frammenti di Celso, Paolo e Papiniano²⁹, nei quali si è ben sottolineato che con l'avvento del processo formulare l'illiceità della *stipulatio poenae* e della *sponsio* di fidanzamento poteva essere dichiarata dal pretore, mediante lo strumento della *denegatio* e dell'*exceptio doli*, in quanto contraria allo *ius honorarium*³⁰.

4. Gli sponsali tra la fine della repubblica e l'avvento l'età tarda del diritto romano.

Nell'ultimo periodo dell'età repubblicana, l'istituto degli sponsali presenta caratteri diversi rispetto a quelli che costituiscono il fondamento sia del fidanzamento antico nonché di quello post-classico e giustiniano. Per poter tratteggiare l'evoluzione dell'istituto in questione, l'attenzione deve essere posta su:

²⁷ In effetti a partire dal III secolo a.C, prese piede un nuovo tipo di processo: il processo formulare. Quest'ultimo è stato realizzato proprio grazie alla forza dei poteri del pretore. In altri termini, lo sviluppo sociale aveva fatto sorgere l'esigenza di tutelare delle nuove situazioni giuridiche che non trovavano spazio all'interno delle *legis actiones*. Per tal ragione, in tal periodo ed in particolare nell'ultima repubblica, si sviluppò una nuova struttura giudiziaria che consentiva di poter litigare, dinanzi al pretore avete il compito di *dicere ius*. Cfr. C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. I: *Le legis actiones*, Torino 1980.; cfr. G. CERVENCA, *Il processo privato romano*. Le fonti, Bologna, 1983.

²⁸ L'*exceptio* era uno strumento o meglio rimedio posto a favore del convenuto. In realtà essa è una condizione negativa di condanna in quando il giudice condannava il convenuto solamente in quelle situazioni nelle quali le circostanze dedotte in essa erano false. In caso contrario si procedeva all'assoluzione.

²⁹ Se in Paolo, la *stipulatio* con cui si promette una somma di denaro, in caso di rottura del fidanzamento viene considerata contraria alle regole morali; della *denegatio actionis* si trovano riferimenti in D. 35.1.71.1 (Pap. 71 *quaest.*) e in D. 45.1.97.2 (Cels. 26 *dig.*). In entrambi i frammenti la somma di denaro riveste il ruolo di garanzia per l'ipotesi di mancato matrimonio. La distinzione di pensiero verte sul fatto che in Papiniano il pretore dovrà respingere l'azione, mentre in Celso il ricorso alla *denegatio* avverrà solamente a seguito di una valutazione di merito. Sul caso di specie e sulle relative e diverse situazioni dottrinali si veda C. FAYER, *La familia II*, *cit.*, pg. 55-57 e nt 144.

³⁰ Lo *ius honorarium*: diritto risultante dall'attività di alcuni organi giurisdizionali, in particolare del pretore.

Ulp. 35 ad Sab., D. 23.1.4: “*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*³¹”.

Il frammento si riferisce ad un periodo storico in cui, venuto meno l'uso solenne della *sponsio*³², il fidanzamento classico si presentava come un accordo bilaterale finalizzato a contrarre in futuro il matrimonio, per la cui costituzione veniva richiesto il *nudus consensus* ovvero il consenso semplice privo di formalità. L'obbligo di contrarre le nozze, che sorgeva dall'antica *sponsio* e veniva sanzionato dal diritto, venne infatti sostituito dalla manifestazione di volontà che doveva essere espressa da entrambi i fidanzati, i quali erano liberi di contrarre o meno matrimonio. In realtà il nuovo carattere degli sponsali risulta in un frammento di Florentino:

Flor. 3 *inst.*, D. 23, 1,1: “*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”³³.

In proposito Riccardo Astolfi, ha ben evidenziato che se la giurisprudenza antica ricorreva all'utilizzo di *stipulari* per indicare la richiesta di matrimonio e del verbo *spondere* per riferirsi alla promessa che la suggellava, la giurisprudenza classica e lo stesso Florentino, sostituirono i termini sopra citati con le espressioni *mentio* e *repromissio*: anche nel periodo classico, dunque il fidanzamento si costituiva attraverso la manifestazione del consenso dei soggetti interessati (mediante richiesta e risposta affermativa). L'istituto, tuttavia aveva perso il carattere formale dell'età più antica³⁴.

L'assenza di formalità fece sì che il consenso potesse manifestarsi di persona oppure tramite *nuncius* o per *epistulam*: a rilevare era la validità del consenso espresso da chi si fidanzava. Non a caso Ulpiano (6 *ad ed.*), in D. 23,1,18 afferma che: “*In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et*

³¹ [Per fidanzarsi è sufficiente il consenso senza formalità].

³² In effetti, a partire dal 90 a.C, Servio Sulpicio Rufo-secondo quanto riportato da Gell. 4.4.3:” *Hoc ius sponsaliorum observatum dici Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio legge Iulia data est*”- attesta che il tramonto degli sponsali fu conseguenza diretta del riconoscimento della cittadinanza romana anche agli abitanti delle città del Lazio.

³³ [Il fidanzamento è proposta e correlativa promessa di contrarre un futuro matrimonio]. Cfr. Flor. 3 *inst.*, D. 23, 1,1.

³⁴ Su tal punto cfr. ASTOLFI, *Fidanzamento*³, *cit.*, p.68.

fare plerumque condiciones interpositis personis expediuntur”³⁵, dimostra come quest’ultima modalità era molto diffusa a Roma, tanto che la maggior parte dei fidanzamenti erano conclusi da amici o parenti dei futuri sposi ma anche in tali casi, per la validità della promessa, si richiedeva la previa conoscenza dei diretti interessati.

Nella realtà quotidiana, costituiva usanza comune porre in essere il fidanzamento tra due persone assenti, previamente informate. Lo confermano Ulpiano (35 *ad Sab.*), D. 23.1.4.1³⁶, e Paolo:

Paul. 35 *ad ed.*, D. 23.1.7.1: “*In sponsalibus etiam consesus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur*”³⁷.

Paul. 35 *ad ed.*, D. 23.2.16.2: “*Nepote uxorem ducente et filius consentire debet*”³⁸.

Se nel primo frammento l’accento viene posto sul fidanzamento fra persone *alieni iuris*, precisando che oltre al consenso di queste ultime era richiesta la volontà del *pater*, nel secondo il giurista, focalizzando l’attenzione sul *filius familias* in potestà del nonno, evidenzia una duplice manifestazione di volontà: del nonno *pater familias* e del padre naturale dello sposo. Infatti alla morte del nonno, il padre naturale sarebbe divenuto *pater familias* e sia lo sposo sia i relativi figli sarebbero ricaduti sotto la *patria potestas* di quest’ultimo. Discorso diverso riguarda la figura della *filia familias*.

Se *alieni iuris* era richiesto il solo consenso del nonno³⁹, nel caso fosse *sui* invece pur avendo una libertà di scelta più ampia, nella costituzione di Settimo Severo e Caracalla (a.199) si va a

³⁵ Nel porre in essere il fidanzamento poco importa che ciò sia fatto da sé (e personalmente o servendosi di un intermediario o di una lettera) oppure tramite altri: anzi per lo più i partiti di matrimonio si decidono tramite intermediari.

³⁶ Ulp. 35 *ad Sab.*, D. 23.1.4.1: *Denique constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri* (E così è certo che una persona assente può essere promessa ad un’altra pure assente e ciò avviene giornalmente).

³⁷[Nel fidanzamento si deve chiedere il consenso di coloro di cui è richiesto per le nozze].

³⁸ [Sposandosi il nipote deve acconsentire anche il figlio dell’avo].

³⁹ In effetti Paolo in D. 23.2.16.1 (Paul. 35 *ad ed.*) dopo aver sottolineato che per il matrimonio-fidanzamento del *filius* era richiesto il consenso del padre naturale, aggiunge: *neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficient* (Invero se si sposa la nipote, saranno sufficienti il consenso e l’autorità del nonno). Lo stesso, in D. 23.1.7.1, riportando il pensiero di Giuliano (caratterizzato da un forte valore giuridico che i classici attribuivano al *consensus contrahentium*) precisa che il *pater familia* poteva manifestare la sua volontà anche non esplicitamente. Emerge una forte distinzione del comportamento del *pater* nei confronti del *filius* rispetto alla *filia*, frutto di quel principio garantistico che consentiva al padre di escludere la possibilità di avere un *heredes sui* contro la propria volontà. Cfr. Paul. 35 *ad ed.*, D.23.2.16.1.; Cfr. Paul. 35 *ad ed.*, D. 23.1.7.1.

dimostrare come nella vita quotidiana la volontà delle fanciulle *sui* poco contava, in quanto la madre, il tutore o gli stessi parenti potevano ricorrere all'imperatore nella scelta del fidanzato⁴⁰.

In realtà, in tal ambiente, bisogna anche far chiarezza sia sull'eventuale età minima richiesta sia sul *dies sponsalis* ovvero sul giorno in cui bisognava porre in essere alcune celebrazioni. Circa il primo aspetto, l'attenzione deve essere posta sul seguente frammento di Modestino:

Mod. 4. *diff.*, D.23.1.14: “*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*⁴¹”.

Egli evidenzia come i classici non richiedevano per il fidanzamento, a differenza del matrimonio, un'età minima. Allo stesso tempo, verso la fine del passo, viene indicato come requisito il compimento del settimo anno di età in quanto entrambi i soggetti dovevano avere la capacità di poter comprendere il significato dell'atto che stavano per compiere. In realtà, la dottrina è concorde sul fatto che la frase “*id est, si non sint minores quam septem annis*” non sia opera di Modestino ma è stata successivamente inserita dai compilatori giustiniane, in quanto l'età che determina la fine dell'*infantia* è rappresentata dal settimo anno.

Verso la fine della repubblica e lungo il primo periodo imperiale, nella prassi romana, coloro che venivano fidanzate in tenera età erano principalmente le fanciulle.

Nelle classi più elevate era prassi comune sacrificare le figlie così da concludere accordi politici ed economici. Si pensi ad Augusto il quale fece fidanzare la figlia Giulia, di appena due anni, con Antonio Antyllus, figlio di Marco Antonio. La promessa venne meno a causa della cessazione dell'accordo politico tra i due uomini⁴².

⁴⁰ Le donne *sui*, pur non essendo più sottoposte alla *potestas* del padre, “godevano” di un'indipendenza più ampia anche con riguardo alla scelta del futuro marito. Si tratta di una facoltà il cui carattere, non veritiero, trova conferma in Cod. Iust. 5.4.1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Potito. Cum de nuptiis puella quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est.* (Quando si discute del matrimonio di una fanciulla e fra il tutore, la madre e i parenti non c'è accordo sulla scelta del futuro marito, è necessaria la decisione del governatore provinciale).

⁴¹ [Nel contrarre il fidanzamento non è fissata l'età dei contraenti come nel matrimonio; di conseguenza il fidanzamento può aver luogo anche in giovanissima età, purché da ambedue i contraenti sia compreso l'atto che compiono, cioè se non abbiano meno di sette anni]. Cfr. Mod. 4 *diff.*, D. 23.1.14.

⁴² Cfr. Svet. *Aug.* 63, 2.; cfr. Dio. Cass. XLVIII, 54,4.

Sebbene l'usanza in questione fu soggetta a forti limitazioni dalla legislazione augustea⁴³, continuò ad essere molto praticata. Permase infatti la regola secondo cui il fidanzamento era valido anche fra impuberi di qualunque età, purché capaci di comprendere ciò che facevano.

Da alcune testimonianze che ci sono pervenute si può ritenere che il *dies sponsalis* (il giorno del fidanzamento) rappresentava per i romani un obbligo sociale⁴⁴. In tal occasione oltre ai vari riti religiosi e deliziosi banchetti, avveniva l'offerta di doni tra fidanzati. Si tratta di un'usanza molto antica che fonda le proprie radici nella *Lex Cincia de donis et muneribus*⁴⁵ del 204 a.C., le cui disposizioni consentono ai fidanzati di poter porre donazioni purché entro una certa misura.

Tra i doni che il fidanzato offriva alla futura sposa (capi di abbigliamento, oggetti di genere e valore diverso) spicca per primaria importanza *l'anulus pronubus* ovvero l'anello che lo *sponsus* donava alla *sponsa*.

Il dito in cui la donna infilava l'anello era *l'anularis*, ovvero quello vicino al mignolo della mano sinistra. L'usanza di portare l'anello sul dito in questione è frutto di particolari credenze, le quali hanno diffuso la convinzione per la quale dall'anulare partiva un nervo o vena

⁴³ In effetti Augusto, fra i vari scopi che intendeva perseguire attraverso la sua legislazione matrimoniale, arrivò anche a parificare il fidanzamento al matrimonio, equiparando quindi i fidanzati ai coniugati. L'effetto non fu quello di sopprimere tal costume aberrante, ma fu quello di offrire ai celibi la possibilità di frodare la legge in quanto il fidanzamento con le fanciulle fu considerato un abile strumento per rimandare le nozze e godere di tutti quei benefici che la *Lex Iulia* estendeva ai fidanzati, non considerati *celibes*. Per colmare il tremendo errore, Augusto limitò la durata degli sponsali decretando che i fidanzamenti in questione erano ritenuti validi solamente se aventi una durata non superiore a 2 anni.

⁴⁴ In effetti da Tertullino ma anche da Plinio il Giovane si può intravedere quel lato di "educazione civica" ben presente all'atto di partecipazione.
Cfr. Tert. *de idol.* 16,1.; cfr. Plin. *ep.* 1,9,2.

⁴⁵ Nelle fonti, si parla di *leges* ma in realtà si tratta di un plebiscito, proposto da Cincio Alimento e volto a contrastare il fenomeno delle donazioni estorte ovvero derivanti da onorari *ultra modum* degli avvocati.

sottilissima che raggiungeva direttamente il cuore⁴⁶. Se per la società romana del periodo repubblicano l'anello costituiva il carattere portante degli sponsali, dall'altro la giurisprudenza classica lo considerava un dono uguale a tutti gli altri, non riconoscendogli quindi quel tratto coattivo al matrimonio⁴⁷.

In realtà, l'antica consegna dei doni, non scomparve con l'avvento dell'età post-classica e giustiniana, anzi assunse le vesti di garanzia per quella promessa di matrimonio frutto di un "nuovo" fidanzamento, il "fidanzamento arreale".

L'inizio della nuova epoca non segnò il tramonto degli sponsali classici, ma andò a sancire la presenza di un rapporto tra quest'ultimi e una nuova *sponsio*, di natura formale, nella quale la consegna delle *arrae* (vestiti, oggetti preziosi) limita la libertà matrimoniale degli *sponsi*. In altri termini, si può affermare che l'accettazione dei doni da parte della donna, fa sì che il fidanzamento si debba ritenere costituito, salvo la possibilità di recesso.

⁴⁶ Circa l'usanza di infilare l'anello sull'anulare cfr. Gell., noct. Act., X, 10: "Veteres Graecos anulum habuisse in digito accepimus sinistrae manus qui minimo est proximus. Romanos quoque homines aiunt sic plerumque anulis usitatos. 2. Causam esse huius rei Apion in libris Aegyptiacis hanc dicit, quod insectis apertisque humanis corporibus, ut mos in Aegypto fuit, quas Graeci... appellant, repertum est nervum quendam tenuissimum ab eo uno digito de quo diximus, ad cor hominis pergere ac pervenire; propterea non inscitum visum, esse eum potissimum digitum tali honore decorandum, qui continens et quasi conexus esse cum principatu cordis videretur". (Noi sappiamo che gli antichi greci portavano un anello al dito della mano sinistra che è il più vicino al mignolo. Si dice che anche i Romani portassero di solito anelli in questa posizione. 2. Apione nei libri di antichità egiziane dice che la ragione di tale usanza è che, sezionando e aprendo i corpi umani, com'era il costume in Egitto, che i Greci chiamano dissezioni, si trovò che un nervo sottilissimo, partendo da quel dito di cui abbiamo parlato, si dirige e perviene al cuore dell'uomo; perciò non parve assurdo di onorare di tale ornamento questo importantissimo dito, che sembra essere contiguo e quasi legato all'organo principale, il cuore); cfr. Macrob. Sat. 7,13,7: "...dic., inquam, cur sibi communis adsensus anulum in digito qui minimo vicinus est... et manu praecipue sinistra gestandum esse persuasit. 8. Et Dysarius:- De hac ipsa quaestione sermo quidam ad nos ab Aegypto venerat, de quo dubitabam fabulamne an veram rationem vocarem, sed libris anatomicorum postea consultis verum repperi: nervum quendam de corde natum priusquam pergere usque ad digitum manus sinistrae minimo proximum, et illic desinere implicatum ceteris eiusdem digiti nervis; et ideo visum veteribus ut ille digitus anulo tamquam corona circumdaretur". (... spiega, dico, perché tutti si trovano d'accordo che l'anello vada portato nel dito più vicino al mignolo ... e particolarmente nella mano sinistra. 8. E Disario: - Proprio su questo problema ci era giunta una dissertazione dall'Egitto, ed ero in dubbio se ritenerla una favola o una spiegazione valida; ma poi avendo consultato i libri di anatomia, scoprii la verità: un nervo, che ha origine dal cuore, si dirige in avanti fino al dito della mano sinistra vicino al mignolo e lì ha termine, unendosi con gli altri nervi dello stesso dito; e perciò gli antichi ritennero che quel dito fosse cinto dall'anello come da una corona).

⁴⁷ Su tal punto occorre precisare che se da un lato Giovenale e Tertullino, con riguardo all'anello, ricorrono al verbo *oppignare*, andando ad attribuirgli ruolo di pegno, di garanzia per il futuro matrimonio, dall'altro, il giurista Paolo, lo considera come un dono. Infatti, quest'ultimo in Paul. 34 ad ed., D. 24.1.36.1: *Sponsus alienum anulum sponsae numeri misit et post nuptias pro eo suum delir*, attesta la mancata considerazione e rilevanza da parte del diritto classico all'*anulus prnoubus*.

5. Il *repudium*

Gli sponsali di fine età classica e di età imperiale conobbero l'istituto del *repudium*, ovvero quello strumento che consentiva lo scioglimento del fidanzamento attraverso l'utilizzo della formula *condicione tua non utor*⁴⁸. In altri termini, il *repudium* doveva essere comunicato alla controparte personalmente o, a cura di un intermediario, tramite l'utilizzo della voce, altrimenti mediante atto scritto, in modo tale da non ricadere nella nota d'infamia. Nel caso di assenza, la notifica doveva essere inoltrata al titolare della *patria potesta* a cui il futuro sposo o la futura sposa erano sottoposti⁴⁹.

Tra i vari motivi volti a giustificare il recesso unilaterale del fidanzamento, quello che spicca è la sua probabile lunga durata. Oltre ciò, da un importante frammento di Gaio si possono ricavare ulteriori motivi che consentono di differire il matrimonio oltre il termine biennale, senza rinunciare ai benefici della *Lex Iulia et Papia*:

Gai. 1 *ad leg.*, D. 23.1.17:” *Saepe iustae ac necessarie causae non solum annum vel biennium, sed etiam triennium et quadriennium et ulterius trahunt sponsalia, veluti valetudo sposi sponsaevae vel mortes parentium aut capitalia crimina aut longiores peregrinationes quae ex necessitate fiunt*”.

La malattia dei fidanzati, il lutto per la morte dei genitori e *i capitalia crimina* verificatesi dopo il fidanzamento, avrebbero consentito lo slittamento dell'unione matrimoniale oltre il termine biennale imposto da Augusto. Al di là del commento che Gaio fece con riguardo alla *leges* di Augusto, la lunga durata degli sponsali fu uno dei motivi più difficili da sradicare, in quanto anche a seguito dell'abrogazione della legge in questione, a cura di Costantino, le norme della legislazione augustea sopravvissero nell'età post classica. Conferma di ciò è collocata nella sua costituzione, del 332:

⁴⁸ Attestazione di ciò è contenuta in Gai. 11 *ad ed.*, D. 24.2.2.2: *In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: “condicione tua non utor”* (Per la risoluzione del fidanzamento occorre porre in essere una notificazione contenente la frase: “non usufruisco del tuo partito”). La formula “*condicione tua non utor*”, non era richiesta dal diritto.

⁴⁹ Cfr. Gai. 11 *ad ed.*, D. 24. 2.2. 3: “*Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absentis per eum, qui in potestate eius sit cuiusve is eave in potestate sit, nihil interest*”. (Non importa se la notificazione della rottura del fidanzamento venga fatta alla stessa controparte presente o, se assente, attraverso colui, che sia in sua potestà, o di cui il fidanzato o la fidanzata sia in potestà).

*Cod. Theod. 3.5.4 Imp. Constantinus A. Et Costantius C. Pacatiano p (raefecto) p (raetori) o. Si is, qui puellam suit nubtiis pactus est, intra biennium exsequi nubtias supersederit eiusque spatii fine decurso in alterius postea coniunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quae nubtias maturando vota sua diutius ludi non passa est*⁵⁰.

Infatti, la *Lex Romana Burgundionum* 28,2 interpreta e connette la costituzione in questione con il fidanzamento *arrale*, concedendo la possibilità ai genitori di poterlo sciogliere, nel caso di durata superiore a due anni, così da concedere la mano della propria figlia senza dover restituire il multiplo delle arre ricevute⁵¹.

Ponendo l'attenzione su queste ultime è opportuno richiamare la costituzione del 380 di Teodosio I, Graziano e Valentiano, richiamata in Cod. Theod. 3.5.11:

“Patri matri tutori vel cuicumque ante decimum puellae annum datis sponsalibus quadrupli poenam remittimus, etsi nubtiae non sequantur; et si interea puella decesserit, sponsalia iubemus sponso restitui. 1. Quod si decimo anno del ultra pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque in undecimi metas, suscepta crediderit pignera esse retinenda, deinceps adventante tempore nubtiarum a fide abistens, quadrupli fiat obnoxius. 2. Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea matrimonium non inplens ad quadruplum ex vetere constitutione teneatur. 3. Duodecimo autem anno inpleto quisquis de nubtiis paciscitur, si quidem pater, semetipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. 4. Cui quitipsum contra matrem tutorem curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum

⁵⁰ Cfr. Cod. Theod. 3.5.4: (Se colui che si è impegnato a sposare una ragazza, entro due anni non l'abbia sposata e, trascorso questo periodo, la ragazza si sia sposata con un altro, non si è comportata slealmente con lui dal momento che, affrettando le nozze, non ha sopportato che le sue speranze andarono a lungo deluse).

⁵¹ Cfr. *Lex Rom. Burg.* 28,2: *“Hoc etiam constitutum, ut quisque datis arris intra biennium nuptias celebrare tardaverit, sine arrarum solutione liceat parentibus puellam desponsatam alii matrimonio sociare”*. (Anche questo fu stabilito, che chiunque, consegnate le arre, abbia tardato a celebrare le nozze entro due anni, sia lecito ai genitori dare in matrimonio ad altri la ragazza già promessa, senza restituire le arre).

*pignerum, quae ex propriis iuxta poenam iuris reddiderit facultatibus, si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam*⁵²”.

Nonostante questa *vetus constitutio* non ci sia a noi pervenuta, contiene importanti elementi dai quali si possono trarre ulteriori informazioni relative allo scioglimento del fidanzamento arrale, dalle quali risulta una *poena quadrupla* i cui destinatari erano i responsabili del negozio arrale.

La pena del quadruplo venne ridotta alla metà dalla costituzione del 472 di Leone e Antemio, che andò ad abrogare le disposizioni della costituzione prima citata, conferendo un nuovo ordinamento alle *arrae sponsalitie*. Oltre ad una riduzione della pena si era inserito, a titolo esemplificato, il concetto di *iusta excusationis causa* arrivando quindi a punire non la rottura in sé degli sponsali ma la mancanza di un giusto motivo. La costituzione in questione venne inserita da Giustiniano, sotto il titolo *de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*, nel suo Codice 5,1,5, *codex*, riportato di seguito:

Cod. Iust. 5.1.5:” *Impp. Leo et Anthemius AA. Erythrio p (raefecto) p (raetorio) Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobata huiusmodi arras susceptit: in simple autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit. 1. Patrem vero vel matrem, legitima videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arras pro filia susceperint, avum autem vel proavum pro nepte seu pronepte in duplum tantummodo convenit teneri. 2. Quae ita custodire censemus, si non propter personam*

⁵²[Al padre, alla madre, al tutore o a chiunque altro, celebrato il fidanzamento con la nazione delle arre prima che la fanciulla abbia compiuto i dieci anni, rimettiamo la pena del quadruplo anche se non seguano le nozze; e se nel frattempo la fanciulla sia morta, ordiniamo che le arre siano restituite al fidanzato. 1. Qualora invece il padre o chiunque altro, cui spetti la responsabilità della fanciulla, abbia creduto di trattenere le arre ricevute nel decimo anno di età o oltre, ma prima del dodicesimo anno, ovvero fino alla fine dell'undicesimo anno, e poi, avvicinandosi il tempo delle nozze, venga meno alla promessa fatta, sia soggetto alla pena del quadruplo. 2. Diversa è la situazione della vedova, che non essendo aiutata dalla minore età, la mancata contrazione del matrimonio, le farà sorgere una pena del quadruplo, in forza della vecchia costituzione. 3. Chiunque poi si ricordi per le nozze, quando la fanciulla ha compiuto il dodicesimo anno, se il padre obbliga se stesso, se la madre, il tutore, il curatore o altri parenti, sia obbligata la fanciulla al pagamento del quadruplo. 4. Però a lei viene riservata un'azione ispirata al bonum e all'aequum da proporre contro la madre, il tutore, il curatore, il parente, in modo tale da essere reintegrata in quei pegni, che abbia restituito attraverso il proprio patrimonio in conformità con la sanzione della legge, se da prova di essere stata costretta, da tali soggetti, all'accettazione delle arre].

vel condicionem aut aliam causam legibus vel generalibus constitutionibus interdictam futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arras praestitas tantummodo reddi consequens esse praecipimus. 3. Hoc quoque his adicimus, ut etiam, si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arras autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem aut religionis vel sectae, diversitatem recusaverit vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes subolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam causam excusationis causam, si cuidem probatum fuerit ante datas easdem arras sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse sibi debeant imputare. 4. Sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint vel post arras datas aliqua iusta causa paenitentiae intercesserit, isdem tantummodo redditus super alterius simpli poena liberi custodiantur. 5. Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arras praestitis custodiri censemus: quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit. 6. Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptials libera potestas esse debet.⁵³

⁵³[La donna sui iuris è tenuta al doppio delle arre, a titolo di fidanzamento, ovvero in ciò che ha ricevuto e non di più, se dopo aver compiuto venticinque anni o dopo aver richiesto la dispensa di età e comprovata in competente giudizio ricevette arre in tal maniera: (sia tenuta) invece in *simplum*, cioè soltanto in ciò che ha ricevuto, se minore di età, sia nubile che vedova, o di per sé o mediante il tutore o curatore o altra persona abbia ricevuto le dette arre. 1. Il padre invero o la madre, naturalmente di età legittima (maggiori di 25 anni) che insieme o separatamente abbiano ricevuto le arre per la figlia, o l'avo o il proavo per la nipote o la pronipote si conviene che siano tenuti solo al doppio. 2. Le quali norme intendiamo che si osservino se non sia vietato che il futuro matrimonio abbia luogo a causa della persona o della situazione o per altro motivo interdetto dalle leggi o da generali costituzioni; allora, infatti, le dette arre consegnate quasi per un fatto nullo, giacché senza causa, ordiniamo essere conseguente che siano soltanto restituite. 3. E aggiungiamo anche, se le nozze sperate non siano proibite dalle leggi, e se dopo la consegna delle arre sponsalizie la fidanzata abbia rifiutato di contrarre matrimonio con il fidanzato a causa o del comportamento indegno o licenzioso, o della diversità di religione o di setta, o perché il fidanzato non era in grado di compiere il coito, dal quale nasce la speranza della prole, o per un'altra causa di dispensa, se mai sia provato che la donna o i suoi genitori siano venuti a conoscenza di ciò prima che venissero date le suddette arre sponsalizie, lo devono a se stessi imputare. 4. Ma se ignorando questi motivi, abbiano ricevuto le arre sponsalizie e dopo date le arre sia sopraggiunta una qualche causa lecita di pentimento, restituite soltanto queste, siano conservati esenti circa la pena dell'equivalente. 5. Le quali norme tutte in simile modo intendiamo che si osservino anche per i fidanzati circa il riprendere o no le arre consegnate: cessando naturalmente la pena del quadruplo, che era stata fissata da leggi anteriori, nella quale si calcolava anche la quantità delle arre, a meno che in particolare si stabilì altrimenti di comune accordo fra i contraenti sullo stesso calcolo del quadruplo. 6. Se poi, oltre alla precise indicazioni di questa legge, sia stata interposta una cauzione, non avrà nessun valore per entrambe le parti, poiché per contrarre le nozze vi deve essere libera facoltà]. [trad. C. FAYER].

Focalizzando l'attenzione sul testo sopra citato, la disciplina in esso contenuta può essere sintetizzata partendo da un'importante distinzione relativa allo *status* della figura femminile. Nel caso di femmina *sui iuris* si pone un'ulteriore demarcazione facente leva sull'età della stessa: nel caso di donna venticinquenne, si prevede la restituzione del doppio delle arre, solamente se dopo averle ricevute, senza giustificato motivo, si sottrae alle nozze; nel caso di *sponsa* minorenni (fascia di età inferiore ai 25 anni) si prevede la restituzione in *simplum* (restituisce solamente ciò che ha ottenuto) se dopo essersi fidanzata personalmente o mediante l'ausilio di altri, rifiuta il matrimonio.

Con riguardo alle donne *alieni iuris*, la disciplina è indirizzata solo sul fidanzamento e la conseguente ricezione delle *arrae* ad opera della madre o del padre⁵⁴, oppure ad opera del nonno paterno. In questo caso, i soggetti rispondevano del doppio delle *arrae* se la fanciulla rifiutava il matrimonio senza un valido motivo; se invece le nozze erano vietate, gli stessi erano responsabili e destinati alla restituzione in *simplum*, poichè il divieto rendeva invalidante il contratto matrimoniale.

Data la vastità della tematica qui trattata, in sintesi è opportuno rilevare che in realtà, Giustiniano e più in generale l'intero diritto giustiniano, non apportò forti modifiche all'istituto delle *arrae sponsaliciae*, tanto che il recesso senza giusto motivo continuò ad essere punito con la pena del *duplum*⁵⁵ oppure con la semplice restituzione di ciò che si aveva ottenuto⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. ASTOLFI, *Fidanzamento*³, cit., p. 192.

⁵⁵ Sono soggetti alla pena del *duplum*: la fidanzata *sui iuris*, avente 25 anni, i genitori della fanciulla, purché maggiorenni oppure il nonno, l'avo, i bisavoli paterni, che una volta ottenute le arre, avevano rifiutato le nozze. La pena del *duplum* non veniva applicata sia in tutte quelle situazioni nelle quali le nozze erano vietate da un impedimento legislativo, sia in presenza di una *iusta excusationis causa*: la diversità di religione o di setta, la condotta infamante del futuro marito, la scelta di vita monastica (motivo di recesso aggiunto dalla legislazione giustiniana, in quanto assente nella costituzione di Leone) e la qualifica, assunta dal fidanzato, di funzionario della provincia in cui era residente la fidanzata. A differenza di quest'ultimo motivo di recesso, per gli altri si richiedeva l'avveramento o la conoscenza, ad opera della parte interessata, solo in seguito alla costituzione del fidanzamento.

Circa la vita monastica quale motivo di recesso si veda Cod. Iust. 1.3.54.56.; con riguardo alla divergenza cfr. Cod. Iust. 5.1.52-3.; con riferimento alla qualifica di funzionario cfr. Cod. Iust. 5.2.1.

⁵⁶ Sono destinatari della restituzione in *simplum*: i genitori della fanciulla minorenni, che insieme o separatamente avevano ricevuto le arre; la fanciulla *sui*, minore di 25 anni, che aveva accettato, personalmente o mediante il suo curatore, tutore, le arre.

Con riguardo alla prima situazione si osservi VOLTERRA, in RISG. 4 (1929), p. 27 e nt.1 (=Scritti 1, p. 117 e nt.1.); Sul secondo caso cfr. Cod. Iust. 5.1.5.

6. Gli Sponsali tra effetti e conseguenze giuridiche.

Venuto meno l'uso solenne della *sponsio*, in dottrina si cominciò a diffondere la convinzione che il fidanzamento dell'epoca repubblicana e del principato doveva essere inquadrato come un rapporto di fatto avente limitati effetti giuridici. Di conseguenza, con l'equiparazione degli *sponsali* al matrimonio (avvenuta nel periodo post classico-giustiniano) tal pensiero dominante arriva ad inquadrare gli *sponsalia* come un anticamera delle nozze⁵⁷.

L'affermazione appena esposta non è del tutto corretta, in quanto da un attento esame delle fonti si rileva che la parificazione in questione era già ben diffusa nella società romana del III° e II° secolo a.c.⁵⁸.

A sostegno di tal analisi, Paolo, in *Fragm. Vat.* 302, nel commentare la *Lex Cincia*, evidenzia: “*Excipiuntur et adfinium personae ut privignus, privigna, noverca vitricus, socer socru, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa*⁵⁹”.

In effetti la *Lex Cincia* del 204 a.c sancendo, per le persone connesse da rapporti di affinità il divieto di porre in essere donazioni oltre una certa misura, inserisce sotto il concetto di *exceptae personae* non solo i coniugi ma anche i fidanzati, considerandoli *adfines*.

Nelle commedie di Plauto, ed in particolare nel già citato *Trinummus*⁶⁰, Philto, padre di Lysiteles, si reca da Lesbonicus, fratello della fanciulla che suo figlio vuole sposare, in modo tale da chiedere, data l'assenza del padre, a lui la mano della sorella.

In *Trinummus* 442ss:

Philto : Meus gnatus me ad te misit, inter te atque nos

Adfinitatem ut conciliarem et gratiam.

⁵⁷ Circa la parificazione degli *sponsi* ai coniugi, frutto del solo diritto giustiniano si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di Istituzioni di diritto romano II, Parte generale. Diritto di famiglia e di successione*, Napoli 1923, p.198 e nt.1.

⁵⁸ Sul rilievo sociale piuttosto che giuridico degli *sponsalia* classici cfr. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia, Il fidanzamento nella “Lex Iulia et Papia”*, in studi in onore di E. Volterra, 3 Milano, 1971, p. 671 ss; cfr. C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati*, p. 1165 ss.

⁵⁹ (Sono eccettuate, dal divieto di donazione, anche le persone degli affini, come il figliastro e la figliastra, la matrigna e il patrigno, il suocero e la suocera, il genero e la nuora, il marito e la moglie, il fidanzato e la fidanzata).

⁶⁰ Sul passo relativo al fidanzamento concluso fra Charmides e Lysiteles si v. *supra* p.5 nt. 16.

*Tuam volt sororem duocere uxorem*⁶¹;

*E Lesbonicus 505s.: Quom adfinitate vostra me arbitramini
dignum, habeo votis, Philto, magnam gratiam*⁶².

Charmindes, di ritorno, ricorre all'appellativo *socer*, tanto che viene utilizzata in 1151, la seguente espressione: "*charmidem socerum suom, Lysiteles salutat*".

Successivamente, con la presenza del garante Callicres, il padre della fanciulla formalizzò il fidanzamento, esclamando, in 1163: "*Oh salvete, adfines mei*".

Ulteriori conferme, relative ad un legame non molto distante da quello che sorgeva tra parenti in seguito al matrimonio, si ricavano nel pensiero di Servio Supplicio Rufo, condiviso da Pomponio e contenuto in D. 38,10,8: "*Servius recte dicebat soci et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri*⁶³".

Tal pensiero costituì l'espedito grazie al quale la giurisprudenza classica impose diverse conseguenze giuridiche derivanti dall'uguagliamento in esame nonché gli impedimenti matrimoniali e l'esonero della testimonianza.

Focalizzando l'attenzione su quest'ultima, è opportuno richiamare la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, *leges* contenente un esaustivo elenco nel quale erano brillantemente indicati tutti coloro esenti dall'onere della testimonianza, in quanto legati dal vincolo di parentela. Tali

⁶¹ [Mio figlio mi ha mandato da te, perché stringa rapporti di parentela e di amicizia fra te e noi. Egli vuole sposare tua sorella].

⁶² [Per il fatto che voi, o Filtone, mi ritenete degno di imparentarmi con la vostra famiglia, vi sono molto grato].

⁶³ [Servio diceva giustamente che l'appellativo di suocero e di suocera, di genero e di nuora, si acquista anche con il fidanzamento].

A tal riguardo occorre tener presente, che il pensiero di Servio Supplicio Rufo, oltre ad essere riportato nel II° secolo da Pomponio, fu trasmesso, nell'epoca dei Severi, da Ulpiano, in D. 38.10.6.1. Nel frammento, il giurista classico, si limita semplicemente a ribadire quanto sostenuto da Rufo, tanto che leggiamo: "*Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item soci et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videtur*".

Che anche in età severiana la compagna (*sponsa*) del *filius* rivestiva la qualifica di nuora e che suo padre fosse il suocero del suo compagno (*sponsu*) viene attestato da molteplici fonti, tra le quali, preme richiamare ,quella testimoniante un importante coppia, formata da Fulvia Pupilla e Aurelio Antonio Caracalla. In tal contesto ciò che deve essere resuscitato riguarda la qualifica ricucita intorno sia alla fanciulla: *sponsa* di Antonio Caracalla e nuora di Settimo Severo, sia di quest'ultimo: suocero dell'imperatore.

Su quest'ultimo punto cfr. *A.E.* 1914, p.38 n. 177 = *I. Lat. Afr.* 565 da Thugga: *Fulviae Plautillae Aug. / sponsae / Imp. Caes. M. Aurelii Antonini Aug. / nurui / Imp. Caes. Septimi Severi Pii Pertinacis Aug. / filiae / C. Fulvi Plautiani ... / soci et consoceri / Augg.*

soggetti, *gener*, *nursus*, *socer* e *socrus* (genero, nuora, fidanzato della figlia, fidanzata del figlio) erano esenti dall'onore probatorio. Cassazione di ciò la si estrapola da:

Gai. 4 *ad leg.*, D. 22.5.5:” *In legibus, quibus exceptitur, ne gener et socer invitus testimonium dicere cogereetur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem*⁶⁴”.

Ulp. 5 *ad leg.*, D. 38.10.6.1: “*Generi et nurus appellatione sponsum quoque et sponsa continentur: item socri et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur*⁶⁵”.

Tracce della seconda conseguenza giuridica: gli impedimenti matrimoniali si ricavano sia in Paolo, sia nel pensiero di Giuliano, racchiuso nei seguenti frammenti ulpiani:

Ulp. 26 *ad Sab.*, D. 23.2.12.3: “*Si uxores mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Julianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptis eius abstinendum*⁶⁶”.

Ulp. *inst.* 1.10.9: “*Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua; sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere ait; nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint*⁶⁷”.

Paul. 35 *ad ed.*, D. 23.2.14.4: “... *item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum*⁶⁸”.

⁶⁴ Cfr. C. FAYER, *La familia* II, *cit.*, p.148 e nt.430, precisa che in realtà il giurista classico nel porre un commento alla Lex Iulia et Papia, evidenzia i termini *gener* e *socer* che risultano da *Fragm. Vat.* 218.

⁶⁵ Ulpiano, in tal frammento, va semplicemente a riportare, in epoca severiana, il pensiero di Sergio Sulpicio Rufo, volto ad equiparare i genitori dei fidanzati ai suoceri, il fidanzato della figlia al genero e la fidanzata del figlio alla nuora.

⁶⁶ [Se mia moglie, dopo il divorzio, abbia sposato un altro e ne abbia avuto una figlia, Giuliano ritiene che questa non è figliastra, ma che invero bisogna astenersi dallo sposarla].

⁶⁷[Se tua moglie dopo il divorzio abbia procreato una figlia da un altro, questa non è certa tua figliastra; ma afferma Giuliano che bisogna astenersi da tali nozze: infatti neppure la fidanzata del figlio è nuora, né la fidanzata del padre è matrigna, tuttavia si comporteranno più rettamente e conformemente al diritto coloro che si asterranno da simili nozze].

⁶⁸[Ugualmente Augusto decise per interpretazione che non posso sposare la madre di colei che ebbi come fidanzata: infatti essa è stata mia suocera].

Se Paolo, nel suo frammento, facendo perno sull'equiparazione augustea che identifica la madre della fanciulla alla suocera, sottolinea il divieto di fidanzamento fra la suocera e il genero, Giuliano si limita ad aggiungere il divieto di contrarre le nozze con la figlia che la moglie divorziata ha concepito da altro partito⁶⁹.

L'equiparazione fino ad ora esposta viene condivisa e assorbita dal diritto giustiniano poiché nella *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* si andò a prevedere il divieto di nozze tra ingenui-prostitute o ex prostitute, mezzano o mezzana con l'adultera condannata ma allo stesso tempo lo si estese anche alla classe senatoria. Il divieto di matrimonio tra i soggetti adesso citati viene esteso anche al fidanzamento in quanto fu proprio ad opera della *Lex Iulia et Papia* che gli *sponsalia* furono posti sullo stesso livello del matrimonio. La violazione di tali divieti, per tutto il II secolo, era rilevante solo ai fini della legislazione augustea la quale raffigurava gli attori di tale azione come *caelibes*. Che la violazione di tal ordine comportasse la nullità del matrimonio o del fidanzamento, fu una conseguenza sancita da un senato consulto, emanato in virtù di un oratio di Marco Aurelio e Comodo, trova conferma in Ulpiano:

Ulp. 3 *ad leg.*, D. 23.1.16: "*Oratio imperator Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inhiuit, de sponsalibus nihil locusta est. recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullies esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest*".

In realtà, i termini utilizzati in tal passo sono volti a precisare che il discorso degli imperatori Marco Aurelio (Antonino) e Commodo, volto a proibire ai senatori alcuni matrimoni, nulla disse del fidanzamento. Per supplire a ciò che manca all'allocuzione, si ritiene che anche i fidanzamenti siano, in questi casi, automaticamente nulli⁷⁰.

Chiarita la presenza di un legame di parentela e le conseguenze che ha prodotto tra la fine del II e gli inizi del III secolo, da un lato, a titolo meramente conoscitivo, è opportuno rilevare che

⁶⁹ Di parere completamente opposto è il pensiero del Volterra, in quanto egli ha ben sostenuto che il termine astenersi, utilizzato da Giuliano, abbia poi assunto il significato di impedimento ad opera dei compilatori giustiniani. Cfr. E. VOLTERRA, *Ricerche*, p.136 s. (= *Scritti* 1, p. 388 s.).

⁷⁰ Su tal causa invalidante quale strumento utilizzato dalla giurisprudenza per colmare la lacuna testuale cfr. R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nella Lex Iulia et Papia*, cit., p. 676.; di contro ritroviamo tutti coloro volti a sostenere che in realtà l'*oratio* di Marco Aurelio e Commodo sia priva di un riferimento agli *sponsalia* e che il periodo finale: "recte-deest" sia frutto dei compilatori giustiniani. Su tal corrente dottrinale cfr. ad. es. C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia. Corso di diritto romano 1909-1910*, Napoli, 1910, p. 249 ss.

un ulteriore conseguenza degli sponsali era strettamente connessa a tutti quegli effetti legati al fondo costituito in dote⁷¹, dall'altro invece si può tentare di sostenere che l'equiparazione del fidanzamento al matrimonio, contenga al proprio interno, un ulteriore parificazione tra la *sponsa* e la *uxor*, equiparazione che i giuristi classici elaborarono con riguardo all'adulterio⁷². In realtà la sua natura etico sociale può essere facilmente smentita, in quanto, da un attento esame delle fonti, emerge quel tratto giuridico e non etico del fidanzamento, che consente di qualificare quest'ultimo come un rapporto regolato da norme dalle quali si è ben ricavata quella parificazione⁷³ non forzata ma naturale degli *sponsalia* al matrimonio.

⁷¹ Con riguardo all'istituto della dote, gli *sponsalia* producevano due tipologie di effetti: il primo si aveva con riguardo al fondo costituito in dote, il secondo fa riferimento al privilegio *exigendi*. Per ciò che concerne la prima tipologia di effetto, il punto di partenza è rappresentato dalla *Lex Iulia de Adulteriis*, in quanto tal *leges* pose il divieto per il marito di alienare il fondo costituito in dote senza il consenso della moglie. La giurisprudenza classica non fece altro che estendere tal divieto (di ipoteca e di alienazione) anche alla figura del fidanzato. Cassazione di tal volere, la si può estrapolare da Gai. 11 *ad ed.*, D. 23. 5. 4: "Lex Iulia, quae de dotali praendio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito". In effetti, il giurista classico parla di un'interpretazione estensiva (*plenior interpretatio*) della legge in questione, in modo tale da estendere il medesimo regime giuridico al marito ma anche al fidanzato.

In realtà, la stretta connessione tra l'istituto della dote e degli *sponsalia*, consentì di attribuire alla figura femminile il privilegium *exigendi*. Destinatari di quest'ultimo erano la moglie e la fidanzata. Se per la prima venne prevista l'*actio rei uxoriae* (azione attraverso la quale la donna richiedeva la restituzione della dote in seguito allo scioglimento matrimoniale), la seconda fu destinataria della *condictio ob causam datorum* nonchè di un'azione personale da poter esercitare per riottenere tutto ciò che aveva dato *dotis domine* e aveva arricchito il patrimonio del fidanzato. Per quanto appena detto, si può sostenere che attraverso tal privilegio sia la moglie sia la fidanzata rivestivano il ruolo di creditrici privilegiate in quanto si potevano soddisfare sul patrimonio del marito-fidanzato, in un momento antecedente, rispetto agli altri creditori.

Su tal materia si osservi l'illustre lavoro elaborato da C. FAYER, *La familia II, cit.*, p.174 ss.

⁷² L'uniformazione di tali figure, che la giurisprudenza classica fece con riguardo all'ambito dei rapporti sessuali extraconiugali, può apparire come un'opera volta a privare gli *sponsali* del loro carattere formale. Questa annotazione la si ricava dall'obbligo di contrarre le nozze, vincolo che i classici persero di vista e che consentì al pensiero dottrinale maggioritario di etichettare il fidanzamento come un rapporto di fatto, avente rilevanza etico-sociale e utilizzato, durante il principato, per risolvere questioni legate alla sfera della morale.

⁷³ La parificazione non deve essere attribuita solamente alla legislazione del tardo impero, in quanto fu mediante un insieme di elementi (norme del diritto romano e attività dei giuristi classici) che si cominciò a diffondere e a concepire il fidanzamento come un'anticamera delle nozze.

CAPITOLO II

LA CONCEZIONE ROMANA DEL MATRIMONIO

Sommario: 1. Matrimonio *cum manu* e matrimonio *sine manu*. 2. I requisiti per la validità del matrimonio. 3. Il paradigma matrimoniale, tra tradizione e ambiguità della morale. 3.1. Unioni affettive non matrimoniali tra *pelex* e concubinato. 3.2. Il *contubernium mixtum* quale espressione fondante il mito della sessualità-virilità romana. 3.3 Tribadismo: orientamento sessuale “contro natura”. 4. Il Rapporto tra *Lex Scatinia* e l’editto *de Adtemptata pudicitia*. 5. La *Lex Iulia de adulteriis coercendis*. 6. L’impero: legge e mutamento della morale sessuale. 7. Evoluzione della morale e dei costumi nella storia di Roma.

1. Matrimonio *cum manu* e matrimonio *sine manu*

La concezione romana del matrimonio è da tenere ben distinta dalla nostra. Per noi il matrimonio assume le forme di un negozio giuridico finalizzato a far sorgere in capo ai coniugi, marito e moglie, un vincolo destinato a durare fino alla morte di uno di essi oppure fino all’eventuale pronuncia di scioglimento o di annullamento da parte di un organo giudiziario.

Per i romani, invece, il matrimonio era un fatto sociale piuttosto che giuridico finalizzato ad una convivenza stabile tra due persone di sesso diverso, aventi la volontà di convivere in un’ unione monogamica come marito e moglie.

Quanto appena detto trova conferma sia nel pensiero di Modestino, ben racchiuso in D.23.2.1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*⁷⁴, sia nei vari testi giurisprudenziali che lo definiscono come: “*societas vitae*”.

⁷⁴ [Le nozze sono unione di uomo e donna e consorzio di tutta la vita, comunione di diritto divino ed umano]. Cfr. Mod. 1 *reg.*, D. 23.2.1

Al di là di tali definizioni volte a sintetizzare l'alta considerazione che la società romana dell'età arcaica aveva del matrimonio, è opportuno rilevare che sino ai primi decenni del secolo scorso il pensiero degli studiosi di diritto privato romano era volto a rilevare un importante distinzione tra *matrimonio cum manu* e *matrimonio sine manu*⁷⁵.

Il primo, etichettato come il vero matrimonio romano, consisteva nel passaggio della donna dalla propria famiglia d'origine in quella del marito, nella quale assumeva la posizione di *filia familias*. In altri termini si può sostenere che nel momento in cui il matrimonio era accompagnato dalla *conventio in manum* ne susseguivano: L'incorporamento della donna nella famiglia maritale e il mutamento di status della donna stessa, in quanto veniva sottoposta alla *patria potestas* del marito se *sui iuris*, oppure alla potestà del *pater familia* se il marito era *filius familias*.

Il passaggio era determinato attraverso una delle tre articolazioni della *conventio in manu*: la *confarreatio*, la *coemptio* e l'*usus*⁷⁶, volte a far ricadere la donna sotto la *manus* maritale. Se per effetto della *manus* la donna perdeva *iure civili* (ogni legame con la famiglia d'origine) nei matrimoni *sine manu* manteneva il proprio *status familiae* continuando ad essere *sui iuris* se già lo era, oppure se *alieni iuris* rimaneva sotto la potestà del proprio *pater*. La teoria appena esposta fu sì accolta dalla dottrina maggioritaria ma allo stesso tempo fu soggetta a forti critiche elaborate sia da Di Marzo sia da Bonfante.

Di Marzo⁷⁷ osserva come nella società giuridica romana l'affiancamento della *conventio in manum* al matrimonio costituiva una consuetudine, questo però non giustifica l'esistenza di due istituti matrimoniali differenti in quanto i romani avevano una concezione unitaria del matrimonio dal quale sorgeva una posizione diversa della donna, *uxor in manum o sine in manum conventione mater*⁷⁸. Tale pensiero non è del tutto diverso dall'elaborazione del Bonfante, in quanto quest'ultimo pur essendo l'ideatore della teoria che vede la *familia* romana come un organismo politico, arriva a sancire da un lato una netta distinzione tra matrimonio e *conventio in manum*. Dall'altro però precisa che fin dall'origine la solennità

⁷⁵ Cfr. C.FAYER, *La familia* II, *cit.*, p.185 ss., cfr. M.MARRONE, *Manuale di diritto privato romano, La concezione romana del matrimonio*, Torino, 2004, p.142 ss.

⁷⁶ Sulla *confarreatio*, la *coemptio* e l'*usus* v. *infra* p. 37 ss.

⁷⁷ Cfr. S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo, 1919, p. 62.

⁷⁸ Due termini, questi, portatori di due diverse condizioni giuridiche. L'espressione: "*uxor in manum*" indica una condizione di sottomissione della figura femminile a differenza del termine "*uxor sine manu*" in quanto esso è indicativo del mantenimento dello status già ricucito sulla donna.

della *confarreatio* e della *coemptio* costituiscono per la donna quegli strumenti che le consentono di entrare nella famiglia politica del marito. Tal riflessione è volta ad evidenziare come i romani, nella trattazione del matrimonio, non parlano della *manus* tanto che la distinzione tra *matrimonio cum manu* e *matrimonio sine manu* presenta quel carattere di modernità. Essendo egli l'ideatore della teoria politica che etichetta la *familia* agnatizia come un organismo politico anteriore all'organizzazione gentilizia, sostenere che il matrimonio poteva non essere accompagnato dalla *conventio in manus* significherebbe affermare che la donna, dopo aver contratto le nozze e restando al di fuori del gruppo agnatizio del marito, rimaneva membro di un altro organismo politico. Infatti, pur di correggere quel lato seppur giusto ma ingannevole del proprio ragionamento, arriva a sancire da un lato l'indipendenza del matrimonio rispetto alla *conventio*, dall'altro, giocando sui lati solenni (religiosi e civili) della *confarreatio* e della *coemptio*, evidenzia sia il loro ruolo fondamentale in tutte quelle situazioni in cui si voglia costituire il matrimonio e la *conventio*, sia l'illegittimità del matrimonio, frutto dell'assenza dell'assoggettamento della *manus* e dei tratti solenni⁷⁹. Sussiste quindi uno stretto legame tra matrimonio e *conventio in manu*, il cui carattere ambivalente può essere estrapolato dagli iscritti del Volterra.

In primo luogo, il giurista sottolinea come la distinzione tra il *matrimonio cum manu* e *sine manu* (sconosciuta dai romani) sia un artefatto dei giuristi moderni, frutto di quell'erronea convinzione che distingueva il matrimonio più antico dal matrimonio libero⁸⁰.

In realtà, come sopra precisato, la diversità intercorre tra un univoco istituto matrimoniale e la *conventio*, nonché su strumenti aventi caratteri ed effetti giuridici diversi e appoggianti le proprie radici su altrettanti distinti atti giuridici. Di conseguenza si può affermare che il matrimonio, da un punto di vista giuridico, non era soggetto a particolari formalità costitutive e rituali: Bastava la presenza del requisito dell'*affectio maritali* anche quando era accompagnato dalla *conventio in manum*, che a sua volta si poteva attuare attraverso una delle sue articolazioni prive di quel carattere costituente l'istituto matrimoniale. A sostegno di tal tesi, volta a sancire l'unicità dell'istituto matrimoniale, sussistono diverse fonti le quali

⁷⁹ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, Roma 1925, rist. a cura di G. Bonfante e G. Grifò, Milano, 1963, p. 262.; cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*². 1. *Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso*; 2. *Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni*, Milano 1948 (rist. 1947), p. 326.; cfr. S. PEROZZI, *Problemi di origine II. Confarreatio e coemptio matrimonii causa*, in *Studi in onore di V. Scialoja* 1 (1905), p. 191, attualmente in *Scritti giuridici* 3, p. 529.

⁸⁰ Cfr. E. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940, p. 9 ss. (*Scritti* 2, p. 11).

facendo leva sulle condizioni della donna sposata (*uxor* o *filia*), sono indirizzate a far emergere non una distinzione tra due forme matrimoniali (matrimonio libero e matrimonio antico) ma tra l'istituto matrimoniale e la *conventio in manu*. Attestazione di quanto appena illustrato trova, innanzitutto, linfa vitale nel seguente passo gelliano:

Gell., *noct. Att.*, 18.6.9: "... *mater autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*⁸¹"

Il sopracitato frammento assume un'importanza radicale, in quanto la demarcazione tra il matrimonio e la *conventio* la si estrapola dalla frase finale: "*quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*". Tal periodo consente di ricavare che la posizione-condizione di *uxor* è frutto dell'istituto matrimoniale, mentre la qualifica di *filia* e di erede del marito viene assunta mediante la *conventio*, nonché attraverso il suo effetto primario: il passaggio-soggezione nella famiglia del marito⁸². Medesimo fine si riscontra anche in un importante passo di Cicerone, che pur essendo stato mal interpretato da Quintiliano⁸³ andava semplicemente a ribadire la demarcazione su cui si sta ponendo l'attenzione, facendo leva sulla posizione della figura femminile:

In Cic. *Top.* 14: "*Si ita Fabiae pecunia legata est a viro, si ei viro materfamilias esset, si ea in manum non convenerat, nihil debetur. genus enim est uxor; eius duae formae: una matrum familias (eae sunt, quae in manum convenerunt), altera earum, quae tantum modo uxores habentur. qua in parte cum fuerit Fabia, legatum ei non videtur*".

⁸¹ [.. madre di *familia* viene definita colei che si trova *in manu mancipioque* del marito o di colui, *in manu mancipioque* del quale si trova il marito, in quanto non ha solo contratto matrimonio ma è anche entrata a far parte della famiglia maritale e ha preso la posizione di erede propria].

⁸² Cfr. Serv. *Aen.* 11. 476.

⁸³ Sull'erronea parafrasi posta da Quintiliano si vedano Quint. *Inst. or.* 5.10.62: "... *at si quis, cum legatum sit ei quae viro materfamilias esset, neget deberi ei, quae in manum non convenerit, specie, quoniam duae formae sint matrimoniorum...*" (.. invece se uno nega che quanto è stato lasciato per testamento a colei che fosse madre di *familia* nei confronti del marito sia dovuto a colei, che non abbia compiuto la *conventio in manum*, ricorrerebbe alla specie, in quanto le forme del matrimonio sono due); cfr. DI MARZO, *Lezioni, cit.*, p. 63

Nel passo il giurista, ponendo l'attenzione su un caso relativo ad un legato disposto a favore di Fabia, evidenzia come tal disposizione testamentaria non poteva spettare a codesta figura femminile, in quanto essa non rispecchiava la condizione di *mater familia*. In sintesi, Cicerone con l'espressione "*duae formae*" ha ben ribadito il focus di tal divergenza, nonchè la conseguente condizione che sorgeva sulla figura della donna.

Il termine "*duae formae matrimoniorum*" non deve assolutamente essere parafrasato, attribuendogli quel significato che lo stesso Quintiliano e gli studiosi moderni hanno utilizzato per far sorgere erroneamente una distinzione tra due figure matrimoniali.

L'errore posto sull'oggetto della distinzione trova ulteriori conferme all'interno delle Istituzioni di Gaio ed in particolare nei paragrafi 55-95 del primo libro, nei quali si tratta del matrimonio senza richiamare le tre forme della *conventio*, forme esposte nei paragrafi 108-123⁸⁴. In quest'ultimi, Gaio, parlando *de his personis quae in manu nostra sunt*, modella la *confarreatio*, la *coemptio* e l'*usus* come quegli espedienti a causa dei quali la donna viene assoggetta alla *manus maritali*, ovvero come quegli strumenti volti a far sorgere la manus e non il vincolo matrimoniale. Si sta quindi facendo riferimento ad un *ius proprium civium Romanorum*, la cui titolarità viene evidenziata all'interno dei seguenti passi:

Gai. 1. 108: "*Quod et ipsum ius proprium civium romanorum est.*"

Gai. 1. 109: "*Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manu autem feminae tantum conveniunt*".

Analizzando e comparando i frammenti ora citati emergono due fattori connessi tra loro: la definizione dell'istituto della *conventio* e il soggetto destinatario. Annotazione questa che verte sul periodo: "*in manum autem feminae tantum conveniunt*" volto ad illustrare non solo l'applicabilità dell'istituto alle sole donne, ma anche il suo effetto principale: l'assunzione o

⁸⁴ Cfr. E. VOLTERRA, *La conception du mariage* cit., p. 12 (=Scritti 2, p. 14); Cfr. E. VOLTERRA, *Lezioni*, p. 99.

la sottomissione alla manus⁸⁵. Tale conseguenza è ben annotata in un'ulteriore particella gaiana ed in particolare in Gai 1,111:”

“ *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; <nam> [o <quia enim>] veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*”.

Al di là della definizione di *usus* offerta dal giurista classico, l'aspetto più importante del frammento è ben racchiuso nelle seguenti parole:”*in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat*”. In esse si può rilevare che l'effetto automatico dell'istituto è volto ad assimilare la figura della *uxor in manu* all'immagine della *filia in potestate*, poiché il termine “*filia*” è strettamente connesso con l'espressione *filia familia* ed in particolare con il conseguente assoggettamento alla *potestas* del marito, se *pater familias*, oppure del *pater familia* del marito se quest'ultimo è *filius familias*⁸⁶.

Di contro, il Volterra offre un'ulteriore interpretazione del significato del termine *filiae loco* fondata sul fatto che il pensiero di Gaio, frutto della concezione romano giuridica del II° secolo d.C., vede solamente nella condizione di figlia legittima, nata da giuste nozze, il

⁸⁵ In altri termini Gai. 1,109: *Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manu autem feminae tantum conveniunt*, precisa che la *patria potestas*, essendo un potere diverso dalla *manus*, si poteva applicare sia agli uomini sia alle donne, mentre la *manus* aveva come soggetto destinatario solamente la figura femminile. In virtù dell'affermazione: *in manum autem feminae tantum conveniunt*, è giusto sostenere che la *conventio in manu* era un istituto destinato solamente al genere femminile, in quanto l'espressione *in manum convenire* ha sempre come soggetto attivo (destinatario) le donne, indipendentemente dalla loro condizione sociale-giuridica. Attestazione di quanto appena detto trova conferma in molteplici fonti ed in particolari in altri passi di Gaio, nei quali oltre a riportare la donna quale soggetto destinatario, si evidenzia che il sorgere della *conventio* dipendeva dalla volontà delle donne stesse. Su tal punto cfr. Gai. 1. 108:” *Quod et ipsum ius proprium civium romanorum est.*”

⁸⁶ Su tal punto il S. PEROZZI, *Istituzioni*² I, cit., p. 327, precisa che la donna, solamente a seguito dell'ingresso nella nuova famiglia, possiede la qualifica di *loco filiae* solo se è moglie al *pater familias*. Se è moglie di un suo figlio risulta *loco neptis*.

Su tal corrente dottrinale maggioritaria cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 289 ss.; cfr. E. CANTARELLA, *La vita delle donne, in Storia di Roma. 4. Caratteri e morfologie*, a cura di E. Gabba e A. Schiavone, Torino, 1989, p. 561.

motore che dà vita a quel rapporto di *patria potestas* conseguente al compimento della *conventio in manu*⁸⁷.

L'interpretazione di Edoardo Volterra trova conferma nell'espressione che il giurista classico pone in 2, 139: "*nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*" in quanto l'utilizzo della qualifica di *filia, filiae loco* e di *quasi sua* rappresenta la netta conferma del ricorso che Gaio fece a due termini identificativi di due diverse condizioni, l'ultima successiva alla prima, nonché di figlia legittima e di *filia familia*. Il ragionamento posto dal Volterra fonda il proprio sguardo su ulteriori passi del giurista Gaio, nel quale la distinzione tra il matrimonio e la *conventio* viene ricavata all'interno di due esempi posti in Gai. 2, 138 ed in particolare in Gai. 2, 139, rispetto ai quali è opportuno procedere alla trascrizione dei testi.

In Gai. 2. 138: "*Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum- eum qui sui iuris est- aut per praetorem- eum qui in potestate parentis fuerit-, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis*⁸⁸".

In Gai. 2. 139: "*Idem iuris est si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat vel quae in manu fuit nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*⁸⁹".

I testi qui riportati si riferiscono a due casi: il compimento, ad opera della donna già unita in matrimonio con il testatore, della *conventio in manu* a seguito del testamento, e la situazione nella quale il matrimonio viene concluso successivamente alla *conventio*, posta dalla donna con il testatore.

Gli aspetti rilevanti fanno leva sia sul fatto che la figura femminile acquisisca i diritti di successione nei confronti del marito, poiché in entrambi i casi possiede la qualifica di *filiae*

⁸⁷ E. VOLTERRA, *Nuove ricerche*, p. 330 (= *Scritti* 3, p.82), evidenza che << i giuristi di epoca classica, con il termine *filiae loco*, vogliono esprimere un rapporto di discendenza fittizia: la donna, compiendo la *conventio* con l'uomo a lei unito in *iustae nuptiae*, viene a trovarsi *ipso iure* nella stessa condizione giuridica di una figlia nata dal marito. Per effetto di tale atto entrerà allo stesso modo dei figli nati all'uomo da *iustae nuptiae* e quindi anche degli stessi figli da essa generati, nella *familia* del marito, sotto la *patria potestas* di questo o, se egli è *filius familias*, sotto la *patria potestas* del di lui *paterfamilias* >>.

⁸⁸ (Se qualcuno, dopo aver fatto testamento, abbia adottato un figlio o mediante il popolo-colui che è sui iuris- o mediante il pretore-colui che sia stato in podestà del pater familias- in ogni caso il testamento è rotto come dall'agnazione di un erede proprio)

⁸⁹[Lo stesso avviene se a uno, dopo aver fatto testamento gli venga in manum la moglie, o se colei che si trovava già in manus lo sposi; infatti in tal modo, la donna viene a trovarsi nella posizione di figlia e come erede propria].

loco, sia su quel tratto irrilevante che caratterizza il compimento cronologico di entrambi gli istituti. Rispetto ad essi Gaio evidenzia il fattore comune: la rottura del testamento per l'inserimento di un *heres suus*, sopravvenienza che si avrebbe anche nel caso di *adoptio*, *adrogatio* e di nascita.

Per tal ragione, il Volterra, da un lato rileva nel frammento gaiano il sorgere della distinzione sia con riguardo all'aspetto cronologico, sia con riguardo alle conseguenze di entrambi gli istituti; dall'altro arriva a rilevare una mancata connessione tra l'acquisto della condizione di *filiae loco*, ad opera della donna, e il compimento temporale degli atti⁹⁰.

Con la *conventio* la donna, venendo incorporata nella famiglia maritale ed essendo assoggettata alla *manus* del marito e non potendo appartenere a due famiglie diverse, cessava ogni connessione con il suo nucleo familiare primitivo tanto che usciva dalla potestà del suo precedente *pater*, tagliava i legami con i suoi agnati, con la sua *gens* e perdeva sia i suoi sacra sia il suo culto domestico⁹¹.

⁹⁰ Sul fondamento di tali analisi cfr. E. VOLTERRA, *Nuove osservazioni*, p. 31 s. (=Scritti 2, p. 201 s.); E. VOLTERRA, *Nuove osservazioni, cit.*, p. 33 (=Scritti 2, p. 203); E. VOLTERRA, *Nuove ricerche, cit.*, p. 332 (=Scritti 3, p. 84).

Circa la traduzione dei passi gaiani cfr. C. FAYER.

⁹¹ Per ciò che concerne la rottura dei vincoli civili fra la figura femminile e i suoi agnati, bisogna innanzitutto precisare, che essa rappresenta, una diretta conseguenza della *capitis deminutio minima*, subita dalla donna stessa. Ciò che invece non può essere oggetto di rescissione riguarda la parentela di sangue con la familia d'origine, in quanto tal conservazione era di fondamentale importanza in relazione a tutti quei diritti successori, sanciti da disposizioni, che essendo diverse da quelle sancite dallo *ius civile*, attribuirono alla cognatio un ruolo pregnante, in vista dell'attribuzione di pretese successorie. Attestazione di ciò è collocata in Inst. 1, 15, 3, Gai. 1, 158, :” *Sed adgnationis quidem ius omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio iuris est nomen. cognationis vero ius non omnibus modis commutatur; quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non utique*”. [Ma il vincolo di agnazione si estingue mediante tutte quelle modalità di menomazione civile: agnazione, infatti, è il nome di un diritto. Difatti il vincolo di cognazione non per tutti i modi cambia, in quanto i diritti civili possono essere alterati solamente da eventi civili e non da quelli naturali].

Su tali questioni relative alla perdita, iure civili, dei legami con la familia originaria cfr. M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano, cit.*, Torino, 2005, p. 142, e, con riguardo alla *capitis deminutio minima*, in particolare si v. infra p.... E nt.; sull'importanza della cognatio in relazione alle pretese successorie cfr. B. ALBANESE, *Le persone, cit.*, Palermo, 1979, p. 302.; cfr. Gai. 1,158.

Se la fanciulla era una *filius familias*, per la *conventio* da lei compiuta si richiedeva l'autorità del suo *pater* in quanto da *alieni iuris in potestate patria* diveniva *alieni iuris* nella famiglia del marito⁹².

Se la donna era *sui iuris*, era fondamentale l'*auctoritas* dei suoi tutori legittimi, in quanto da un lato si determinava il passaggio di tutti suoi beni *ipso iure* al marito se *sui*, oppure se *filius familias* al suo *pater*; dall'altro si aveva la cessazione di qualunque aspettativa ereditaria da parte degli agnati⁹³. In entrambi i casi avveniva un mutamento di *status familiae, capitis deminutio minima*⁹⁴, in quanto nel caso di *filius* diveniva *alieni iuris* nella famiglia maritale ma anche se *sui* si determinava un mutamento di status di *persona sui* a *persona alieni iuris*.

⁹² Circa all'*auctoritas* e il suo effetto integrativo rispetto alla *conventio* posta dalla *filia familia*, notevoli conferme si ottengono osservando un passo di Paolo, collocato rispettivamente in *Collatio 4,2,3*.

In *Collatio 4,2,3*, il giurista, ponendo un commento alla disciplina della *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, si espone nel seguente modo: "Secundo vero capite permittit patri, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit".

Paolo, partendo dal diritto di uccidere la figlia sorpresa in flagranza di adulterio, riconosce tal facoltà non solo al *pater* titolare della potestas ma anche a colui che aveva perso tal potere perpetuo in seguito alla *conventio* compiuta dalla figlia stessa. Nel caso di specie ciò che si deve rilevare riguarda la perdita della potestas conseguente al compimento della *conventio* ad opera della figlia.

Maggiori conferme si ottengono collegandosi al pensiero ben esposto dal VOLTERRA, in *Nuove ricerche, cit.*, p. 326 s. (=Scritti 3, p. 78 s.). Esso, infatti precisa che l'utilizzo dell'imperfetto: "in potestate esset" era indicativo di quella perdita di potere che il padre incontrava a seguito della *conventio*.

⁹³ Con riguardo alla figura femminile *sui iuris* e alla relativa autorità dei rispettivi tutori, maggiori conferme si hanno osservando un importante passo estrapolato da Cic. *pro. Flacc.* 84., passo relativo ad una difesa elaborata da Cicerone a favore di Valerio Flacco, accusato di appropriamento indebito dell'eredità di Valeria (moglie di Andro Sextilius).

Contro l'accusa mossa da quest'ultimo (da ricordare che l'oggetto della stessa era il compimento della *conventio* e il conseguente diritto ad essere il legittimo destinatario dell'eredità), l'astuto avvocato respinse il capriccio, domandando all'attore quali erano i modi attraverso i quali sarebbe sorta la *conventio in manum*.

In effetti traspare il seguente testo:"

In manum, inquit, convenerat. Nunc audio; sed quaero, usu an coemptione? Usu non potuit; nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui. Coemptione? Omnibus ergo auctoribus; in quibus certe Flaccum fuisse non dices." (Ora comprendo; ma domando per usus o per coemptio? Per usus non lo potè. I diritti alla tutela legittima non possono essere lesi senza l'autorità di tutti i tutori. Per coemptio? Con l'*auctoritas* di tutti i tutori, fra i quali non potrai di certo dire che ci fosse Flacco).

Analizzando il testo e altre fonti, ciò che si rileva è che l'autorità e quindi l'intervento dei tutori era necessario solamente con riguardo al compimento della *coemptio*.

In concreto, non sussistono tracce volte a sancire l'obbligatorietà della figura del tutore, in relazione al compimento delle altre articolazioni della *conventio*.

Circa l'*auctoritas tutoris* cfr. Gai. 1.115; cfr. E. SACHERS, *s.v. Tutela*, in *A.Pauly-G.Wissowa (ed altri)*, *Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. 10 in RE. 7. A.2 (1943), 1497; sulla *conventio* posta dalla donna *sui iuris* o *filia familias* si veda C.FAYER, *La familia II, cit.*, p. 203.

Con riguardo all'aspettative ereditarie relative al patrimonio della donna occorre richiamare Gai. 3, 83. In tal passo, il giurista classico compara la condizione della donna *sui iuris* che compie la *conventio* con un uomo alla posizione del *pater familia* che pone in essere l'arrogazione sottoponendosi alla potestas dell'arrogante. Il punto comune ad entrambe le situazione riguarda il trasferimento *ipso iure* delle *res incorporales* e *corporales*, o al *coemptionator* o al *pater adoptivus*. Su tal punto cfr. Gai. 3, 83.

⁹⁴ L'espressione: "capitis deminutio" va ad indicare un mutamento di status a causa del quale si spezzano i vincoli precedenti di *agnatio*. Nel caso di specie il termine opportuno è *capitis deminutio minima* in quanto il mutamento verte sul solo *status familiae*.

Andando oltre gli effetti conseguenti alla condizione di *filia loco*⁹⁵, un tema largamente dibattuto in dottrina riguarda il concetto di *manus* e il titolare di tal potere, che veniva esercitato sulla donna che aveva compiuto la *conventio* con il marito *filius familia*.

Nonostante nel corso dei secoli illustri studiosi hanno elaborato conclusioni diverse, la teoria dominante identifica per il periodo arcaico il concetto di *manus* con quello di *potestas* spettante al marito *pater familias*, mentre nel periodo classico pur essendo distinte *patria potestas* e *manus*⁹⁶, si fa sì che la titolarità di quest'ultima spetti sempre ad una *persona sui iuris*⁹⁷. Distanziandosi dalla collocazione, nell'ambito delle situazioni potestative dell'*in manum convenire*, si è precisato che in realtà la *filia* risulta sempre in *potestate patris* e che la condizione di *uxor in manu* sorge dal rapporto con il *vir*; tanto che la fanciulla che pone in essere la *conventio* è sempre *in manu viri* e non *in manu patris*⁹⁸.

⁹⁵ A tal riguardo preme innanzitutto rilevare che un primo effetto è strettamente connesso alla nascita di un vincolo agnatizio fra la donna, il marito, i componenti del nucleo familiare. Tal vincolo, comportava una serie di rapporti di parentela e vari diritti in ambito successorio.

Le venne infatti attribuito da un lato titolo di *sua res* rispetto al marito, se *pater familia*, titolare della *manus*, alla pari dei suoi *filius familias*, dall'altro la condizione di *sororis loco* nonché di sorella dei figli legittimi nati da matrimoni antecedenti tanto che rispetto ad essi era legata da rapporti di consanguineità e titolare, nel caso di successione ereditaria, dello *ius consanguinitatis*.

Un ulteriore effetto, connesso alla morte prematura del marito e di conseguenza alla tutela muliebre che sorgeva sulla donna, riguardava la facoltà del marito stesso di poter porre in essere una *dato tutoris* e quindi di darle mediante testamento la possibilità di scegliere il tutore di piacimento.

⁹⁶ Su tal punto, occorre porre alcune considerazioni per le quali è opportuno farsi assistere da alcuni scritti del Volterra. Innanzitutto, esso in *Nuove Ricerche, cit.*, p. 262 ss. (= *Scritti* 3, p. 14 ss), attesta la presenza di fonti classiche volte a rilevare come nella formula: "in potestate, manu mancipiove", i tre poteri: *patria potestas*, *manus* e *mancipium*, rappresentano tre facoltà aventi ampiezze e caratteri diversi. In effetti lo stesso Gaio in 1, 49: "Rursus earum personarum quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in manu, aliae in mancipio sunt", con riguardo alle *personae quae alieno iuri subiectae sunt*, arriva ad attribuire ai poteri in questione la qualifica di istituti, ovviamente diversi. Continuando sulla stessa onda, il Volterra in *Nuove Ricerche, cit.*, p. 282 (= *Scritti* 3, p. 34 ss), facendo leva su un ulteriore frammento gaiano (Gai. 1, 109: "Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manu autem feminae tantum conveniunt"), connette ciascun potere ai suoi destinatari: la *patria potestas* diffondeva la propria applicazione sia con riguardo agli uomini sia con riferimento alle donne; la *manus*, potere distinto dalla prima aveva come unico soggetto destinatario la componente maschile. Di conseguenza, da un attento combinato disposto, il Volterra consente di sancire che nel II° secolo d.C., la formula prima richiamata, a differenza del periodo postclassico, non può essere definita "una semplice formula di stile", in quanto pone una netta distinzione tra *manus*, *patria potestas* e *mancipium*, dalla quale consegue un'ulteriore demarcazione fra la posizione giuridica delle *personae quae in manum mancipiove sunt* e quella relativa alle *personae in potestate*. Circa il significato che la formula "in potestate, manu mancipiove" ha assunto nel periodo postclassico (segmento storico nel quale si determinò la scomparsa sia della *manus* sia del *mancipium*) cfr. J. GAUDEMET, *Observations sur la manus*, in *Revue des droits de l'antiquité* 2° s.2 (1953) p. 327.

⁹⁷ Circa i destinatari della *manus*: il marito se *sui iuris* oppure il suo *pater familia* se era persona in potestate cfr. P. BONFANTE, *Corso I, cit.*, p. 67.

⁹⁸ In effetti la sottomissione della *uxor* al *pater familia* si può avere solamente nell'ambito dei rapporti patrimoniali, in quanto nella sfera patrimoniale del *pater* sono ben collocati tutti quei soggetti *alieni iuris* e, in parallelo, tutti coloro che trovandosi in *manu* (indipendentemente dal titolare di tal facoltà) sono impiantati in ambito patrimoniale, sotto la figura del soggetto *sui iuris*.

Su tal punto cfr. I. PIRO, *Riflessioni in tema di " in manu filii esse" in Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* 47, 1996, p. 149.

In specchio riflesso a quanto appena detto si può quindi evidenziare la vera funzione della *conventio in manum*, volta quindi alla costituzione di un rapporto tra la *uxor* e il *vir* in modo tale da integrare la donna nella famiglia maritale, tanto che per individuare l'integrazione in questione si utilizzano termini come: "in manu viri, in manu nepotis, in manu filii". Tali espressioni sono portatrici di tutte quelle modalità che consentono l'ingresso nella *familia viri*, poiché l'accesso è strettamente connesso a quella precisa occupazione che la *uxor* assume rispetto al marito e, da un punto di vista patrimoniale, rispetto al *pater*⁹⁹.

Chiarita la funzione dell'istituto in questione, da un lato non ci resta che analizzare le sue forme costitutive, dall'altro bisogna invece domandarsi se queste ultime costituiscono delle sagome antiquate del matrimonio.

Nel tentativo di ricostruire i caratteri portanti dei tre sotto-istituti della *conventio*, notizie funzionali possono essere apprese sia con riferimento a Gaio sia osservando il pensiero di B. Biondo. Gai, in 1,110: "*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*" consente di comprendere che la *conventio* si costituiva mediante l'uso, la confarreazione e la coemzione¹⁰⁰. Biondo ci offre la possibilità di poter esaminare le tre forme seguendo la loro successione storica¹⁰¹. Nonostante quest'ultima abbia ottenuto un'ottima risonanza dottrinale, per ragioni espositive ritengo più opportuno far fede all'ordine indicato ed esposto da Gaio. Di conseguenza, in primo luogo, bisogna porre l'accento sulla *confarreatio* descritta da Gai in 1.112.

In Gai 1. 112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Iovi Farreo fit, in quo farreus panis adhibetur: unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales,*

⁹⁹ Circa la reale funzione della *conventio in manu* cfr. I. PIRO, *Riflessioni, cit.*, p. 159 e nt. 158.; sulla connessione fra l'accesso e l'occupazione si vedano I. PIRO, *Riflessioni, cit.*, p.159 ss.; U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romano arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma, 1999, p. 164.

¹⁰⁰ Cfr. Gai., 1. 110.

¹⁰¹ Al riguardo, preme rilevare che la successione storica, contenuta nella celebre espressione: "*Farreo coemptione usu*", ha avuto un ampio successo in dottrina in quanto permette di analizzare le tre forme costitutive della *conventio* in maniera più ordinata. Sull'espressione: "*Farreo coemptione usu*" si veda B. BIONDI, *Farreo coemptione usu*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli, 1984, p. 1303.

*Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt*¹⁰².

Dal suddetto frammento, la *confarreatio* così come definita da Gaio era un arcaico e solenne rito religioso, il cui momento essenziale era rappresentato da un sacrificio del pane o focaccia di farro, *panis farreus*, offerto a Giove¹⁰³.

Per garantire un corretto svolgimento del rito, oltre al sacrificio era richiesta la pronuncia di *certe verba* alla presenza di dieci testimoni, individuati fra tutti coloro che fossero stati concepiti da genitori farreati o che avessero essi stessi effettuato tal rituale¹⁰⁴.

Parte attiva in codesto usale era svolta dagli sposi, in particolare dalla donna, tanto che con l'offerta a Giove dell'antico cereale coltivato nel Lazio e con il compimento di tutti gli altri rituali, la *uxor* si sottoponeva alla *manus* maritale, entrando a far parte della famiglia e dei

¹⁰² (Le donne si assoggettano alla *manus* con la focaccia di farro mediante un tipo di sacrificio che si offre a Giove Farreo, nel quale si adopera il pane di farro: onde si dice anche *confarreatio*; inoltre per compiere ordinatamente questo rito si fanno ed avvengono molte cose con precise e solenni parole, alla presenza di dieci testimoni. Questo rito si pratica anche ai nostri tempi: infatti i flamini maggiori, cioè i flamini di Giove, di Marte e di Quirino, e egualmente i *reges sacrorum* non si scelgono se non nati da genitori che non abbiano la confarreaione; ed essi stessi non possono rivestire il sacerdozio senza aver effettuato la confarreaione).

¹⁰³ Su questo punto occorre comparare tre importanti passi : Gai 1.112, Ulp. 9 e Serv. *geog.*, 1. 31, nei confronti dei quali è opportuno procedere alla trascrizione del testo.

Serv. *geog.* 1, 31:” *Tribus enim modis apud veteres nuptias fiebant... Farre, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per fruges et molam salsam coniungebantur - unde confarreatio appellabatur - ex quibus nuptiis patrimi et matrimi nascebantur*”

Tix .ex corp. Ulp. 9:” *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus X praesentibus et sollemni sacrificio facto, in quo pani quoque farreus adhibetur*”.

Gai 1, 112:”*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Iovi Farreo fit, in quo farreus pani adhibetur: onde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt*”.

Da un'attenta analisi testuale, ciò che risulta riguarda il fatto che se in Servio l'espressione *mola salsa* viene etichettata come l'espedito da cui il rito ha ricavato il *nomen*, in Gaio e in Ulpiano invece non si hanno tracce del termine su cui si sta ponendo l'attenzione, in quanto entrambi i giuristi classici fanno derivare il termine *confarreatio* dal *panis farreus*.

Ancora oggi non si è riusciti a comprendere quali dei tre frammenti sia portatore di notizie veritiere; ciò che invece si sa con estrema certezza riguarda il ruolo che la *mola salsa* ricoprì all'interno del Sacerdozio delle Vergini Vestali, sacerdozio risalente all'epoca di Numa Pompilio.

Sul frammento di Servio cfr. Paul-Fest. 124 L.; Paul-Fest. p. 97 L.; sul sacerdozio cfr. Ov. *Fast.* 1. 337.; cfr. Liv. *Ab urb.*, 1,20.; cfr. Gell. *noct. Att.*, 1.12.10.; cfr. Plut. *Rom.* 22.1 che pone l'istituzione del sacerdozio non in capo a Numa Pompilio ma a Romolo.

¹⁰⁴ Sul rituale si vedano C. FAYER, *La Familia*, II, *cit.*, p. 224 ss; cfr. M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano, cit.*, p.158; E. CANTARELLA, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma, i più antichi riti matrimoniali*, Milano, 2009, p.31.

sacra privata del marito¹⁰⁵. Ruolo non certamente passivo venne attribuito sia alla presenza del *pontefifex Maximus* e del *flamines Dialis*. Attestazione di quanto appena detto è collocata nel pensiero di Servio, volto a rilevare come la presenza di entrambi i sacerdoti era finalizzata a conferire alla cerimonia un carattere pubblico e solenne, con la conseguenza che il rito doveva essere svolto nella curia di appartenenza di uno oppure di entrambi gli sposi. In realtà, il tardo commentatore, definendo il rito come il matrimonio del Flamine e della Flaminica, fa risorgere ulteriori caratteri di questa solenne celebrazione:

Serv. *Aen.* 4. 374: *mos enim apud veteres fuit flamini ac flaminicae, dum per confarreationem in nuptias convenirent, sellas duas iugatas ovilla pelle superiniecta poni eius ovis, quae hostia fuisset, ut ibi nubentes velatis capitibus in conferreatione flamen ac flaminica residerent*¹⁰⁶.

Da Servio si è ben ricavato che essi sedevano su due *sellae iugate*, sui quali era stata precedentemente distesa la pelle della pecora sacrificata, sacrificio che tra l'altro rappresentava il primo atto della *confarreatio*.

Come affermato nelle righe precedenti, nella cerimonia della *confarreatio* oltre ai gesti era richiesta la pronuncia di precise e solenni parole, tendenzialmente ricavate dalla cerimonia nuziale della *deductio in domum viri*¹⁰⁷.

Gai in 1.112¹⁰⁸, nei *certa et solemnia verba*, colloca le seguenti e reciproche interrogazioni:"

da parte dell'uomo: *an sibi mulier materfamilias esse vellet?*

da parte della donna: *an sibi vir paterfamilias esse vellet?"*

¹⁰⁵ Su tal punto cfr. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano (anno accademico 1960-61)*, Roma, 1961, p. 101 ss.

¹⁰⁶ (Era infatti usanza presso gli antichi che per il Flamine e la Flaminica, al momento del matrimonio, venivano preparati dei seggi rivestiti di pelle ovina, recuperata dallo stesso animale prima sacrificato. Terminata la preparazione, era il momento per loro di sedersi con il volto velato.)

¹⁰⁷ L'espressione *deductio in domum viri o mariti* va ad indicare il tratto finale della celebrazione del matrimonio consistente nella conduzione/ingresso della moglie nella casa familiare.

¹⁰⁸ Cfr. v. *supra* p. 38 e ntt. 102,103.

La conclusione di tale celebrazione, oltre ad attribuire alla *donna in manus* la condizione giuridica di *alieni iuris*, dall'altro faceva sorgere un vincolo del quale si discute circa la propria indissolubilità. In effetti le fonti, pur regalandoci notizie scarse, rilevano la presenza di un'ulteriore cerimonia definita *diffareatio*. Si tratta di un rituale avente una forte relazione con i matrimoni accompagnati dalla *conventio in manu*, in quanto mediante l'offerta del *libum farreum*, focaccia di farro, si provoca lo scioglimento del rapporto tra moglie e marito. Testimonianze meritevoli si hanno sia in Paul-Fest. 65 L :*"Diffareatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta diffareatio, quia fiebat farreo libo adhibito"* sia dall'iscrizione CIL. 10.6662 ,di Anzio, nella quale viene illustrato un *sacerdos confarreationum et diffarreationum*¹⁰⁹.

L'esistenza di un rituale di scioglimento dell'unione tra marito e moglie ha prodotto opinioni contrastanti. Per coloro che sostengono il carattere indissolubile della *farreatio*, l'introduzione della *diffareatio* avuta in un periodo più recente poteva riguardare solamente le unioni laiche e non quelle dei flamini¹¹⁰. Di contro, i sostenitori dell'indipendenza dell'istituto matrimoniale rispetto alla *conventio*, vedono nella *diffareatio* un abile strumento volto a far cessare la *manus* sulla donna, nonché a sterminare gli effetti giuridici della *conventio* e non del vincolo matrimoniale, sciolto nel caso con il divorzio¹¹¹.

Non è dato sapere fino a quando la *diffareatio* rimase in vigore, ma tendenzialmente essendo legata sia alla religione Romana sia alla *confarreatio*, non si può andar oltre il 394 d.C., anno in cui Teodosio abolì i sacra pagani¹¹².

¹⁰⁹ Su tal testimonianza, De Ruggiero evidenzia come essa rappresenti un episodio isolato dovuto forse a qualche situazione esterna: la vacanza del flaminato. A tal riguardo cfr. E. DE RUGGIERO, *s.v. Confarreatio*, in *Dizionario epigrafico* 2,1 (1900), p. 598.

¹¹⁰ A tal orientamento appartengono tutti coloro che collocarono come ratio del loro pensiero l'elaborazione e la testimonianza, che Dionigi di Alicarnasso diede in 2.25. 3. In Dio. Hall 2.25.3 si va semplicemente a ribadire il carattere indissolubile che sorgeva dalle nozze confarreate. Su tal punto cfr. I. PIRO, *Unioni confarreate e diffarreatio. Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index* 25 (1997), p. 255.

¹¹¹ Cfr. C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia. Corso di diritto romano 1909-1910*, Napoli, 1910, p. 342.; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Napoli, 1984, p. 197.

¹¹² Cfr. P. BONFANTE, *Corso I, cit.*, p. 74.

Continuando ad analizzare le sfumature che costituiscono la *conventio*, bisogna focalizzare l'attenzione sulla *coemptio* che altro non è che una *mancipatio*¹¹³, mediante la quale la donna si sottoponeva alla *manus maritale*.

Si tratta quindi di una vendita fittizia che si attuava in presenza del *mancipio dans*, del *mancipio accipiens*, di cinque cittadini romani puberi e del *libripens*, pesatore e cittadino romano pubero, *emit eum mulierums*, alla cui *manus* si assoggettava.

In tal contesto è opportuno precisare che l'espressione: “*emit eum mulierums*” non appartiene e non è collocata nella definizione che Gaio offre della *coemptio*, ma è frutto di un'erronea copiatura contenuta nel codice Veronese 1,113 che si può individuare solo ponendo un'analisi comparata dei seguenti frammenti:

In effetti Gai in 1,119: “*Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitibus non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: << Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra >>; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco*”.

Nel Codice Veronese 1,113: “*Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitibus non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit eum mulierem cuius in manum convenit*”.

Se il giurista classico evidenzia come le donne, per *coemptio*, si sottopongono alla *manus mariti* attraverso una *mancipatio* (*mancipatio imaginaria quaedam venditio*) nonchè mediante una vendita, ai suoi tempi fittizia, la definizione riportata dal copista nel codice Veronese è connotata da un grave errore di copiatura posto in relazione al ruolo svolto dalla donna e dall'uomo nell'atto¹¹⁴. In effetti, a quest'ultimi gli si connette l'espressione *emit eum mulierem*, espressione non di appartenenza gaiana e di difficile comprensione data l'assenza

¹¹³ Sulla *mancipatio*, quale negozio dello *ius Quiritium*, volto a far acquisire la *manus* della donna si veda M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano, cit.*, p. 85 ss.

¹¹⁴ Cfr. C. FAYER, *La Familia II, cit.*, p. 245 ss.

di fonti a riguardo. Per tal ragione si sono diffuse varie proposte ermeneutiche¹¹⁵. Di tali proposte, la dottrina maggioritaria ha accolto le integrazioni *emit <is> mulierem* oppure *emit <vir> mulierem*, cassando che la *coemptio* era costituita da un' unica *mancipatio*¹¹⁶. Fanno parte di tal orientamento dottrinale tutti coloro che vedono la *coemptio* come un adattamento della *mancipatio*, in modo tale che la donna avente una condizione di persona libera non divenisse proprietà, ovvero schiava del *mancipio accipiens*. Lo stesso Gaio, in 1,123, dopo aver precisato la differenza tra la donna che pone in essere la *coemptio* e le persone che a seguito della *mancipatio* si trovano *servorum loco*, afferma: “*Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiuntur quibus servi, quod non similiter fit in coemptione.*”¹¹⁷ Gaio, con tale aggiunta, fa sì che nella *coemptio matrimonii causa facta* la formula della *mancipatio* viene modificata in modo tale da evitare che la donna venisse venduta come una schiava. Ciò che il giurista classico non precisa, riguarda sia la distinzione tra la formula usata nella *coemptio* e quella relativa alla costituzione *in mancipio* di un soggetto, sia chi doveva rivestire il ruolo di alienante della donna (*mancipio dans*). Per ciò che concerne la formula, nonostante il silenzio delle fonti, secondo il Bonfante il marito aggiungeva alla parte finale della formula ordinaria della *mancipatio*, *uxor liberorum quaerendorum causa* oppure *in manu mancipioque*, in modo tale da dichiarare nel primo caso l'acquisto della donna, mentre nel secondo caso l'assoggettamento alla manus viri¹¹⁸. Per quanto riguarda invece il ruolo del *mancipio dans*, basta evidenziare il ruolo attivo svolto dalla donna. In altri termini si è largamente sostenuto

¹¹⁵ Un esempio di tali proposte lo si ricava nel pensiero di Servio, Isidoro e Boezio. Il focus della loro ideazione faceva leva sul fatto che nella *coemptio* il ruolo svolto dalla donna e dall'uomo fosse destinato ad una cooperazione di entrambi. Tal elaborazione non venne ritenuta soddisfacente dalla dottrina, in quanto caratterizzata da una molteplicità di errori legati ad un effetto non attribuibile all'articolazione di cui si sta trattando, ovvero alla nascita di un matrimonio. Sulla ratio di tale equivoco cfr. E. VOLTERRA, *La conception du mariage*, cit., p. 22 ss. (= *Scritti* 2, pg. 24 ss.); di contro ritroviamo L. MESSINA, *Coemptio sacrorum interimendorum causa e coemptione fiduciariae*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 7 Milano 1987 p. 403 e U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romano arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma, 1999 p. 130, volti a rivalutare l'ipotesi di cui si sta trattando.

¹¹⁶ Sull' accoglimento relativo all'integrazione: “*emit <is> mulierem*” cfr. ad. es. G. HANARD, *Manus et mariage a l'époque archaïque. Un essai de mise en perspective ethnologique*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 3° s. 36 (1989) p. 242 s.; sulla seconda integrazione: “*emit <vir mulierem>*” cfr. ad. es. M. LAURIA, *Matrimonio. Dote in diritto romano*, Napoli, 1952. p. 7.; cfr. O. CARELLI, *Coemptio matrimonii causa*, in *Annali dell'Università di Macerata*, a cura della Facoltà giuridica 9 (1933), p. 198.

¹¹⁷ (Ma la ragione della differenza è manifesta, poiché si ricevono in *mancipio*, dai *patres familias* e da coloro con i quali si fa la coemzione, con le stesse parole usate per gli schiavi, la qual cosa non allo stesso modo avviene nella coemzione).

¹¹⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso I., cit.*, p.65.

che fosse la donna stessa ad attuare la *mancipatio* di se stessa al marito, con l'assistenza del *pater familia* se essa era in sua podestà, mentre se *sui iuris* con l'*auctoritas* dei tutori¹¹⁹. Di conseguenza, l'acquirente sarebbe incardinato nella figura del marito oppure del suo *pater*. La conferma di quanto appena detto è collocata nella natura della *conventio in manu* e nelle sue forme, in quanto si sta facendo riferimento ad un istituto che poteva accostarsi al matrimonio e quindi è logico che gli attori erano gli sposi stessi. Al di là delle altre forme di *coemptio*, ben indicate da Gai in 1,114¹²⁰, preme sottolineare che la donna si poteva liberare dalla *manu*, ricorrendo al medesimo espediente utilizzato dalle figlie di famiglia, ovvero mediante un'ulteriore *mancipatio* in modo tale da essere manomesse *sui iuris efficiuntur*. Come sopra detto, Gai in 1,110 descrive i modi di acquisto della manus non iniziando dalla *confarreatio* e dalla *coemptio* ma dall'*usus*, istituto caduto in disuso nel II° secolo d.C. La dottrina pone un'interpretazione univoca relativa alla definizione che il giurista classico offre con riguardo a tal forma di *conventio*, ben collocata in 1,111.

Gai 1. 111: “ *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; <nam> [o <quia enim>] veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaequae locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumpere. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est¹²¹ ”.*

¹¹⁹ Circa l'intervento del pater cfr. E. VOLTERRA, *Nuove Ricerche*, cit., p. 306 (= *Scritti* 3, p. 58).; circa il ruolo dei tutori e la rispettiva *auctoritas* cfr. L. PEPPE, *Storie di parole storie di istituti sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 2 Napoli 1997, p. 141 e nt. 81.

¹²⁰ Cfr. Gai. 1. 114: “*Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem*”. [La donna, inoltre, può porre in essere la *coemptio* non solo con il proprio marito, ma anche con uno straniero; la *coemptio* viene dichiarata effettuata a causa di matrimonio o fiduciaria; infatti, colei che fa la *coemptio* con suo marito, per essere presso di lui nella posizione di filia, si dice aver compiuto *coemptio* a causa di matrimonio; colei che invero per altro motivo fa *coemptio* o con il proprio marito o con uno straniero, per evitare la tutela, si dice aver fatto una *coemptio* fiduciaria].

¹²¹ [Per *usus* si assoggettava alla *manus* colei che rimaneva sposata per un anno ininterrotto. Poiché infatti veniva usucapita come per annuo possesso, passava nella famiglia del marito e otteneva la posizione di figlia. Pertanto dalla legge delle XII Tavole fu stabilito che se una non volesse in quel modo assoggettarsi alla manus del marito, ogni anno si allontanasse per tre notti consecutive e così interrompesse l'uso di ciascun anno. Ma tutto questo diritto in parte è stato abrogato dalle leggi, in parte è caduto in oblio per desuetudine]. (trad. C. FAYER).

Gaio evidenzia come la donna rimanendo *nupta maritata* per un intero anno nella casa coniugale, veniva usucapita ricadendo sotto la *manus* del marito. L'*usus*, così come inquadrato dal giurista classico, si presenta come un *usucaptio arcaica*¹²², in quanto possedeva sia i requisiti dell'*usus* e del *tempus* (l'esercizio della proprietà e il decorso del tempo) sia la medesima finalità volta a sanare i vizi di una invalida *mancipatio* o meglio, nel caso di specie, di un'invalida *coemptio* o *confarreatio*. L'interpretazione dottrinale definisce l'*usus* come quell'artefatto volto a far sorgere la *manus* sulla donna maritata, considerata fittiziamente una *res mobilis*¹²³, mediante il possesso per *usucapio* della medesima per un anno. Di conseguenza, come ben sottolineato da Gaio, il trascorso del tempo comportava la costituzione della *manus mariti* sulla *nupta*, facendo sì che quest'ultima rientrava nel nucleo maritale nel quale era *filiae loco*¹²⁴.

L'attuazione della *conventio in manum per usus* poteva essere nella prassi interrotta dalla donna, la quale poteva ricorrere all'istituto del *Trinoctium*, sancito dalle XII Tavole, consistente nell'allontanamento per tre notti consecutive dalla casa maritale. Tal atto viene definito *usurpatio trinoctii*¹²⁵, ovvero l'interruzione dell'usucapione o meglio interruzione dell'*usus* maritale (significato tra l'altro attribuito all'espressione gaiana: "*atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet*") . Per quanto sostenuto da Gaio, le sorti della *conventio per usus* dipendevano dalla volontà della fanciulla, tanto che la dottrina prevalente arriverà a sostenere un ruolo fortemente attivo della donna nella possibilità di servirsene. La finalità principale di tal istituto non era quella di interrompere le nozze ma quella di impedire l'acquisto della *manus*, in modo tale che la donna potesse mantenere la propria posizione giuridica. Il *trinoctium* è stato oggetto di studi e scontri tra varie correnti dottrinali: Si sono infatti contesi il campo da un lato tutti coloro (tra i quali il Bonfante) che vedono l'introduzione della *coemptio* e della *farreatio* per le unioni dei plebei-patrizi come una legittimazione del *matrimonio sine manu*, dall'altro tutti quegli studiosi che intravedono nel

¹²² Sull'*usucaptio* si veda M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano, cit.*, p.198 ss.

¹²³ Su tal considerazione cfr. P. BONFANTE, *Corso I, cit.*, p. 66.; cfr. F. FABBRINI, s.v. *Usucapione. Diritto romano*, in *NNDI*. 20 (1975), p. 282.

¹²⁴ Cfr. v. *supra* p. 32 ss.

¹²⁵ Tale espressione compare in un solo testo giuridico, testo nel quale dal significato di interruzione, legato all'*usurpatio*, si esclude una valenza tecnica. Su tal punto Cfr. Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.3.2.

Trinoctium la nascita dei matrimoni liberi, anche se essi acquisirono un corpo giuridico solo tra il III e II secolo a.C.

Attestata sia la funzione sia la decadenza degli istituti fino ad ora analizzati bisogna, infine, chiedersi se essi equivalgono a delle forme matrimoniali. A tal riguardo occorre tener presente che il diritto romano antico considera le tre forme della *conventio* come forme del *matrimonio cum manu*¹²⁶, e che solamente in tempi più recenti tal ruolo venne prevalentemente ricoperto dalla *confarreatio*, vista come l'unica forma di cerimonia nuziale produttiva della *manu* e riconosciuta dai romani. Contrario a tal inquadramento sostenuto da Eva Cantarella e dai suoi seguaci, ritroviamo il Volterra. Quest'ultimo facendo perno su Gai 1. 112¹²⁷ - 1. 111¹²⁸ arriva ad attestare che in realtà gli istituti costitutivi della *conventio*, tra cui la *farreatio* e l'*usus*, potevano sì accompagnare il matrimonio ma erano semplicemente volti a far sorgere la *manus* e non un vincolo matrimoniale.

Si ritorna quindi ad evidenziare l'indipendenza del matrimonio dalla *conventio* volta a soggiogare la donna sotto la *manus* del marito. Non si può precisare il momento in cui scomparve la concezione in virtù della quale non poteva esistere un matrimonio senza l'assoggettamento della donna alla *manus* maritale, ma si può comunque connettere la nascita del *matrimonio sine manu* all'istituto del *trinoctium*, matrimonio che ottenne il suo acme durante l'epoca in cui Roma fu oggetto di un importante crescita economica¹²⁹.

2. I requisiti per la validità del matrimonio.

Del matrimonio la giurisprudenza romana non ha elaborato una forte trattazione, tanto che è opinione condivisa sostenere che tal istituto viene trattato come un tema accessorio, finalizzato a garantire un profondo sostegno per completare l'analisi di altri

¹²⁶ Le fonti su cui verte tal annotazione si ricavano in Servio . A tal propositivo cfr Serv. *georg.* 1. 31 e Serv. *Aen.* 11. 476 - 11. 581.

¹²⁷ Cfr. *supra* p. 38 e ntt. 102,103.

¹²⁸ Cfr. *supra* p. 43 e nt. 121.

¹²⁹ Non è un caso che proprio in tal periodo (tra il III il II secolo a. C.), a Roma, le donne ottennero posizioni rilevanti sia in ambito successorio sia nell'ambito della sfera relativa diritti e alle libertà.

istituti¹³⁰. Nonostante tal vuoto normativo possa costituire un espediente negativo, in realtà esso per gli studiosi moderni ha rivestito quel carattere linfatico volto quindi a nutrire illustri ricostruzioni dogmatiche. Andando in ordine cronologico, l'abbandono della concezione contrattualistica¹³¹ del matrimonio romano a favore di un impostazione imperniata sul concetto di volontà continuativa, è frutto di un'attenta analisi di Carlo Manetti.

Egli, sottolineando uno stretto legame tra l'unione matrimoniale e la comunanza di vita, arriva a sostenere che l'unione in questione deriva da una volontà continuativa e non da un accordo istantaneo di volontà. La distinzione che Manetti vuole illustrare focalizza la propria attenzione sul termine consenso, espressione che nel caso di specie non assume quel significato civilistico dei contratti generali, ma si distanzia da quest'ultimo proprio perché getta le proprie radici in un consenso consistente in un accordo di volontà non istantaneo ma continuativo, avente un effetto limitato alla sua durata¹³². La teoria appena esposta fu accolta da Bonfante e da Scialoja, i quali definirono il matrimonio romano come la convivenza dell'uomo e della donna aventi l'intenzione di essere marito e moglie, di procreare e di allevare figli e di costituire tra essi una società perpetua e intima sotto tutti i rapporti. Tale intenzione è definita dai romani: " *affectio maritalis*"¹³³.

Il requisito materiale (la convivenza) e l'elemento di carattere spirituale (*l'affectio maritalis*) oltre ad essere elementi costitutivi dovevano coesistere e dovevano essere continuativi, in quanto lo smarrimento di uno di essi comportava la cessazione del matrimonio. Di tali elementi si fece un uso analogico finalizzato ad estendere la figura del matrimonio al possesso-quasi possesso. I sostenitori della teoria possessoria, ragionando analogicamente,

¹³⁰ In effetti C. FAYER, *La Familia II, cit.*, p. 327 ss, osserva come sia la giurisprudenza classica sia quella giustiniana non hanno elaborato una trattazione storica dell'istituto ma alcune esposizioni teoriche, fallimentari, tra le quali preme evidenziare la Novella 22 di Giustiniano, vista come un "codice matrimoniale". Il matrimonio, quindi, assume le vesti di un tema accessorio finalizzato e studiato mediante l'ausilio di altri istituti. Su tali annotazioni cfr. Gell. *noct. Att.*, 4.4.4.; cfr. E. VOLTERRA, *Nuove Ricerche, cit.*, p. 729 ss. (=Scritti 3, p. 226).

¹³¹ Focus di tal concezione lo si estrapola da quel carattere di negozio giuridico attribuito al matrimonio e frutto di una forte equiparazione tra il consenso matrimoniale e quello che le parti manifestavano al momento costitutivo del contratto.

Sulla concezione contrattualistica si veda R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano, Premessa: Le teorie sulla struttura del matrimonio romano*, in << *Bullettino dell'istituto di diritto romano* >>, *Quarta Serie V. I*, 2011, p. 147.

¹³² Cfr. C. MANETTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1889, p. 40 ss.;

¹³³ Cfr. P. BONFANTE, *Corso I, cit.*, p. 256.; cfr. V. SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano <<Corso universitario 1911-1912>>*, rist. Roma, 1934, p. 227.; cfr. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano, 1946, rist. a cura di G. Bonfante e G. Grifò, Milano, 1987, p. 149.

inquadrono il matrimonio come un rapporto-stato di fatto, caratterizzato da una componente materiale, spirituale ed esistente grazie alla sussistenza di un fatto alla pari del possesso¹³⁴. Se per Manetti la convivenza rappresentava un elemento costitutivo, in realtà alcune testimonianze e fonti giuridiche escludono che dalla sua assenza si determinasse lo scioglimento matrimoniale:

In Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24.1.32.13: “*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, se honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*¹³⁵”

In Pom. 4 *ad Sab.*, D. 23.2.5: “*Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*¹³⁶”.

In Paul. Sent., 2.19.8: “*Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest*¹³⁷”

Sebbene Ulpiano si limiti ad attestare la legittimità del matrimonio per tutti quei coniugi che pur vivendo separatamente si comportavano come marito e moglie e quindi conservavano l'*honor matrimonii*¹³⁸, in Pomponio e in Paolo, si esprime il principio in forza del quale il matrimonio si poteva stabilire tra persone assenti, purché l'assenza ricadeva solo sulla figura maschile in quanto la donna, dovendo entrare nella famiglia del marito, era soggetta alla

¹³⁴ Cfr. C. FAYER, *La Familia*, II, *cit.*, p.329 e nt. 10.; cfr. R. FIORI, *La struttura*, *cit.*, p.198 ss.

¹³⁵ [Se moglie e marito sono vissuti a lungo separatamente, ma conservano vicendevolmente il rispetto del matrimonio (e sappiamo che ciò è accaduto a volte e fra persone di dignità consolare), ritengo che le donazioni non abbiano valore, come se le nozze non siano mai interrotte: infatti non il rapporto sessuale costituisce il matrimonio, ma il sentimento, l'intenzione coniugale].

¹³⁶ [Si è dell'avviso che la donna possa maritarsi ad un uomo che è assente, mediante lettera o intermediario, se sia condotta nella casa di lui; invero la donna assente non può essere spostata dal marito per mezzo di lettera o di un suo intermediario: infatti è necessario che l'accompagnamento avvenga nella casa del marito, non in quella della moglie, al pari del domicilio nel matrimonio].

¹³⁷ [L'uomo assente può prendere moglie: la donna assente non può sposarsi].

¹³⁸ Sulla validità del matrimonio si consiglia di visionare L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938.

deductio in domum mariti. In effetti l'assenza dell'uomo non escludeva il matrimonio in quanto quest'ultimo sarebbe sorto anche con una semplice manifestazione di volontà, da parte dell'uomo assente, purché sussistevano due condizioni: la presenza della donna nella casa maritale e l'intenzione legittima dell'uomo di sposare la fanciulla.

Tali fonti giuridiche permisero alla dottrina moderna di privare la convivenza del carattere costitutivo e di affermare che solamente il *consensus* o *affectio maritalis* rappresentava quell'elemento giuridicamente essenziale per la costituzione dell'unione matrimoniale. Per *affectio maritalis*, così come ben evidenziato dal Volterra, va intesa l'intenzione dell'uomo e della donna di essere marito e moglie in modo tale da far sorgere un'unione monogamica volta alla formazione di una *familia*, ovvero alla creazione di una società domestica per l'educazione e la procreazione dei figli, fondata su rapporti di protezione e di assistenza¹³⁹. Si sta quindi facendo riferimento a una volontà giuridica avente quel carattere duraturo in quanto il tratto iniziale non era sufficiente per saldare il rapporto matrimoniale. Non era richiesta una manifestazione formale, perché ciò che interessava era quel lato continuativo poiché la sua cessazione successiva era causa di scioglimento matrimoniale.

Attestato quindi che l'istituto matrimoniale sorgeva in presenza del *consensus* o dell'*affectio maritalis* dei *nubendi*, di conseguenza, è logico poter affermare che nel momento in cui essa accompagnava una convivenza, tratteggiava il momento in cui il matrimonio si costituiva. Dato il carattere oggettivo della convivenza, per poterla provare e per poter sancire sia l'inizio sia la costanza dell'*affectio maritalis*, i giuristi classici fecero ricorso a qualunque elemento esterno in grado di dimostrare l'esistenza giuridica del rapporto¹⁴⁰.

Un primo strumento fu l'*honor matrimonii* consistente nel medesimo comportamento dell'uomo e della donna, nella *reverentia*¹⁴¹ reciproca, nella partecipazione della donna al rango sociale del marito¹⁴² e nel contegno esteriore fra gli sposi volto ad ottenere un'ottima

¹³⁹ Cfr. E. VOLTERRA, *Lezioni*, cit., p. 125 ss.

¹⁴⁰ Su tal punto si veda E. VOLTERRA, *Nuove Ricerche*, cit., p. 741 (=Scritti 3, p. 238)

¹⁴¹ Il termine in questione riassume una serie di divieti: il divieto di donazione tra coniugi, il divieto di esercitare azioni penali ed infamanti oppure di citarsi in giudizio senza l'adeguato permesso del magistrato. Per maggiori dettagli cfr. C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., p. 298.

¹⁴² Tal partecipazione viene considerata una caratteristica propria dell'istituto matrimoniale in quanto la sua assenza avrebbe etichettato tal unione non un matrimonio ma un concubinato. Tal tratto, lo si ritrova solamente nel matrimonio romano, in quanto in altre culture, quella semitica, la donna oltre ad essere posta su un piano di inferiorità rispetto all'uomo, veniva considerata e trattata come una schiava. Su tali punti cfr. E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. 129 ss.

considerazione sociale. Esso si doveva manifestare nel luogo (*domicilium matrimonii*) in cui il marito viveva abitualmente e la donna, quale legittima sposa, veniva inserita. In realtà, il modo più solenne a cui fecero ricorso i giuristi classici fu la *deductio in domum mariti*. Si trattava di una cerimonia religiosa, che tendenzialmente nella prassi comune accompagnava l'instaurazione dell'unione matrimoniale, dimostrandone l'esistenza e il momento iniziale. Ruolo non inferiore fu attribuito sia alle dichiarazioni giurate dinnanzi ai censori, solenne giuramento compiuto dal cittadino in occasione del censimento, sia alle *tabulae dotales*.

Di essi basta evidenziare sia il loro egual fine probatorio sia il fatto che la dote, pur avendo un'ottima risonanza nella coscienza sociale, non gli venne mai conferita dal diritto quella funzione costitutiva. Se da queste modalità non si ricavano elementi utili ad attestare il primo requisito essenziale, il diritto classico ha ammesso una presunzione di matrimonio in virtù della quale un'ipotetica e dubbiosa convivenza con una donna ingenua deve essere sempre interpretata come matrimonio. Questa presunzione la si ricava da un importante frammento di Modestino:

Mod. 1 reg., D. 23.2.24:” *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*”.

Il giureconsulto, nella sua particella, evidenzia l'ambito operativo di essa ovvero le sole relazioni stabili con una fanciulla libera e di onesti costumi. Vista l'ampiezza di significato contenuta nel termine libera, la dottrina in maniera unanime colloca nell'espressione utilizzata da Modestino solamente le donne ingenue ed oneste.

Chiarita la funzione probatoria dell'*honor matrimonii*, della *deductio in domum mariti*, della dichiarazione giurata dinnanzi ai censori e delle scritture dotali o matrimoniali, bisogna tener presente che per far sì che l'unione tra uomo e donna fondata sull' *affectio maritalis* fosse produttiva di effetti giuridici caratterizzanti le *iustae nuptiae*, si richiedeva oltre al *consensus*, anche la pubertà e il *conubium*.

L'espressione *conubium*, in materia di *iustae nuptiae*, indica quella capacità (riconosciuta dal diritto) che il marito e la moglie dovevano possedere per dare vita al matrimonio romano. Si trattava quindi di una sorta di capacità civile a cui Ulpiano offre sia un'importante definizione sia alcune precisazioni che consentono di poter analizzare oggi l'istituto in questione:

Tit. *ex corp.* Ulp. 5.3: “*Conubium est uxoris iure ducendae facultas*”

Tit. *ex corp.* Ulp. 5.4: “*Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis et peregrinis, si concessum sit*”.

Ulpiano dopo aver definito il connubio come la facoltà di sposare la donna secondo il diritto¹⁴³, precisa sia i soggetti destinatari (cittadini romani, i latini con i peregrini solo su concessione) sia coloro che sono esclusi da tal facoltà (gli schiavi e coloro che sono legati da vincoli di parentela e affinità¹⁴⁴).

Più precisamente: i classici collegavano il requisito in questione al divieto di matrimonio tra parenti, nonché tra parenti in linea retta senza limiti di grado, in linea collaterale dapprima entro il sesto grado, poi il quarto ed dall’ultima età repubblicana entro il terzo¹⁴⁵. Nonostante il *conubium* fosse un istituto *iuris gentium*, Roma gli attribuì una grande importanza in quanto da esso si stabiliva sia la condizione giuridica dei figli rispetto ai genitori¹⁴⁶ sia tutti quegli ostacoli che impedivano le relazioni matrimoniali tra famiglie aristocratiche detentrici di potere in città diverse¹⁴⁷.

Focalizzando invece l’attenzione sull’ultimo requisito essenziale, la pubertà, preme richiamare quanto è stato esposto nelle righe precedenti.

Attestato che a Roma per capacità d’agire s’intende l’idoneità a compiere personalmente atti giuridici e che tale idoneità non si accosta esclusivamente alla capacità giuridica, maggiori problemi in tal ambito si possono riscontrare con riguardo alle persone *sui iuris*. In tal

¹⁴³ Cfr. Tit. *ex corp.* Ulp. 5.3:

¹⁴⁴ Cfr. Tit. *ex corp.* Ulp. 5.4

¹⁴⁵ C. FAYER, *La Familia*, II, *cit.*, p. 392 ss.

¹⁴⁶ I figli nati da genitori fra i quali vi era connubio seguivano lo status giuridico del padre. Al contrario, nel caso di figli nati da genitori fra i quali vi era l’assenza di connubio seguivano la condizione giuridica della madre. Attestazione di ciò è ben collocata sia nel pensiero di Gaio e Ulpiano. Su tal punto si vedano Gai. 1,56.; cfr Ulp. Tit. *ex corp.* 5.8.

¹⁴⁷ In effetti Roma utilizzò lo *ius conubii* per imprimere la propria autorità nei confronti di famiglie aristocratiche, titolari di poteri nelle città limitrofe. In altri termini, Roma pur volendo stringere alleanze con tali famiglie, allo stesso tempo cercava di tutelare la propria integrità, ponendo forti limiti ad eventuali matrimoni-unioni volte a coalizzarsi contro lo stessa.

Cfr. E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium* *cit.*, p. 381 ss. (=Scritti 2, p. 317 ss.); cfr F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920, rist. 1963.; cfr. G. VINTUCCI, *s.v. Latium*, in *Dizionario epigrafico di Antichità Romane*, di E. De RUGGIERO, 4 (1947) p. 440 ss.

contesto, per il riconoscimento della capacità d'agire, è di fondamentale importanza l'età del soggetto. Opera infatti un' importante distinzione tra *impuberi*, coloro che non avessero raggiunto la capacità fisiologica di generare e *puberi*, nonché coloro che proprio in virtù di un antico principio dello *ius civile* erano pienamente capaci, se maschi, e lievemente capaci se femmine¹⁴⁸.

Per quanto riguarda i fanciulli, ampia discrezionalità relativa all'accertamento della pubertà dei propri *fili* venne attribuita al *pater familia*. Il passaggio dall'essere *puer* all'essere *vir*, era incoronato attraverso alcune cerimonie di carattere privato-pubblico (*sollemnitatis togae purae*¹⁴⁹), volte a sancire l'inserimento del fanciullo nella società romana, precedute dall'*inspectio corporis*, ovvero dall'esame fisico volto ad accertare la presenza dei caratteri esteriori della maturità a seguito del quale il *puer* diveniva *vir*. Nonostante questo, il range d'età riguardante la pubertà comprendeva tutti quei fanciulli aventi dai 14 ai 16 anni. Solo successivamente, si affermò il principio per cui la pubertà si riteneva raggiunta al compimento del quattordicesimo anno. Il principio appena esposto, nei primi anni dell'impero, provocò un forte scontro tra la scuola dei Sabiniani, coloro che esigevano l'*inspectio corporis*, e la scuola dei Proculiani più favorevoli verso il far coincidere l'inizio della pubertà con il quattordicesimo anno di età¹⁵⁰.

Se il *pater familia* nell'andare ad attestare la pubertà del fanciullo era titolare di un potere discrezionale, tal facoltà con riguardo alle fanciulle era molto più ampia. Il *pater*, senza osservare in concreto l'avvento della pubertà, decideva quando fidanzarla e quando darla in

¹⁴⁸ Cfr. M. MARRONE, *Manuale, cit.*, p. 164 ss.

¹⁴⁹ La cerimonia era composta da due parti: una dal carattere privata e l'altra dai tratti pubblici. Con riguardo alla prima parte del rituale, basta evidenziare che essa aveva inizio a seguito dell'esame corporeo, dopo di che si articolava nel seguente modo: il fanciullo dopo aver deposto la *toga praetextata* e aver offerto la *bulla ai lares domestici*, assumeva la *tunica recta*, coricandosi con la stessa. Il giorno seguente, si dava inizio alla seconda parte del rituale, quella pubblica, finalizzata alla *deductio in forum*: il ragazzino, avvolto nella *toga virilis*, veniva accompagnato, dal suo *pater familia* o da colui al quale era sottoposto, dal foro al Campidoglio. Tal processione, consentiva al giovane di entrare a far parte, a tutti gli effetti, nella società romana. Tal fine corrisponde perfettamente con l'obiettivo primario dell'assunzione della toga virile ovvero l'ingresso di un nuovo *civis* nella *civitas*. Dopo l'assunzione della toga il passo successivo consisteva nel depositare una moneta nel tesoro della *dea Iuventus* (protettrice degli adolescenti e delle associazioni giovanili) e nel compiere un sacrificio o sull'altare della medesima o d'avanti alla statua del *Dio liber*. Infine, seguiva un banchetto offerto alla cerchia familiare, salvo, per le persone aristocratiche, l'usanza del *congiarium* nonché un offerta alla plebe. Sulla prima parte del rituale ed in particolare sull'equiparazione tra il comportamento del ragazzino e quello delle fanciulle alla vigilia delle nozze cfr. Festo p. 364 L.; con riguardo alla seconda parte del rituale cfr. Plut. *Brut.* 14. 3.; cfr. Svet. *Aug.* 26.2.; Svet. *Claud.* 2.2.; circa il dono e il sacrificio alla dea Iuventus cfr. Dion. Hall. 4.15.5.; con riguardo, invece al sacrificio al Dio Liber cfr. J. MARQUARDT, *Dan Privatleben de Römer*² 1., Leipzig, 1886, p.126 e nt. 4.

¹⁵⁰ Cfr. M. MARRONE, *Manuale, cit.*, p. 164 ss.

sposa, con l'effetto che la ragazza, devota alla decisione paterna, veniva consegnata al futuro marito accompagnata da una mascherata volontà.

Per quanto riguarda la pubertà delle ragazze, ci può venir d'aiuto il pensiero di due ginecologici antichi. Il primo, elaborato da Sorano di Efeso e dai suoi contemporanei, inquadra il raggiungimento della pubertà nel compimento del quattordicesimo anno di età¹⁵¹. Il secondo, è di Macrobio, il quale arrivò a giustificare l'età matrimoniale di 12 anni per le ragazze, giocando sul fatto che quest'ultime, essendo portatrici di istinti carnali ed emotivi, fossero cullate da un desiderio prematuro, rispetto agli uomini, di sposarsi¹⁵².

Da alcune fonti giuridiche, captiamo che l'età fissata dal diritto e ritenuta idonea per far sì che la donna contragga matrimonio riguarda il compimento del dodicesimo anno di età¹⁵³.

Si cominciò, infatti, a tratteggiare una connessione tra pubertà-maturità fisiologica legata al matrimonio arrivando a sancire che l'unione matrimoniale fosse legittima solamente in tutte quelle situazioni nelle quali la fanciulla fosse considerata viripotente¹⁵⁴.

Di conseguenza la "maturità" femminile fu connessa al dodicesimo compleanno, tanto che i dodici anni divennero l'età legale per contrarre le *iustae nuptiae*. La presenza di un'età legale dovrebbe, in teoria, aver limitato la discrezionalità del *pater*.

In realtà, dalle fonti epigrafiche, si apprende che nella società romana erano ben diffuse le unioni matrimoniali con bambine al di sotto dei 12 anni¹⁵⁵. La giurisprudenza romana, pur non riconoscendo a tali unioni i caratteri tipici dell'istituto matrimoniale è arrivata a parificarle alla *sponsalia*, in modo tale da conservare alcuni effetti patrimoniali¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cfr. P. BURGUIÈRE-D. GOUREVITCH, *Soranos d'Ephèse. Maladies des femmes*, I, Paris 1988, I 20; 25; 33.

¹⁵² Cfr. Macrobius *somn. Scip.* 1.6.70.

¹⁵³ Cfr. Paul-Fest 297 L: "*Pubes puer, qui iam generare potest. Is incipit esse ab annis quattuordecim; femina viripotens a duodecim*". [il ragazzo a partire dai quattordici anni era tenuto capace di procreare, e quindi pubere, la ragazza a partire dai dodici anni era ritenuta *viripotens*, ossia in grado di concepire, e quindi pubere].

¹⁵⁴ Il termine viripotenza fu utilizzato per la prima volta da Antistio Labeone, contemporaneo di Augusto, tanto che la dottrina maggioritaria è concorde sul fatto che già nell'età augustea il concetto di pubertà era strettamente connesso all'età dei dodici anni. In effetti Cassio Dione, riferendosi alla normativa augustea e precisando che per godere dei suoi benefici, il fidanzamento si poteva porre in essere solo con fanciulle aventi dieci anni di età poiché il compimento del dodicesimo anno rappresentava l'età legale per le nozze, ci offre una conferma di quanto appena detto. I giuristi classici del II sec. d.C, tra cui Ulpiano e Papiniano, per indicare con precisione l'età pubere delle adolescenti utilizzavano indistintamente sia il dodicesimo compleanno sia il termine viripotenza.

¹⁵⁵ Si pensi alla povera Bentica Beiena, morta a 13 anni, dopo aver vissuto 23 giorni di matrimonio. Cfr. CIL. 6, 34675 Roma

¹⁵⁶ Cfr. S. TAFARO, *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari, 1991, p.213ss.; cfr. Ulp. *ad leg.*, D. 48. 5.14 (13).8.

La dottrina moderna, cercando di capire la *ratio* sottostante, ha spesso parlato o di matrimoni in bianco, nonché di vite coniugali prive di effetti giuridici nelle quali era vietato qualunque rapporto carnale con la fanciulla fino al suo divenire *viripotens*, oppure di matrimoni riparatori in relazione ad unioni nelle quali la bimba è stata vittima di violenze arrecate da uomini più grandi¹⁵⁷.

Il pensiero è del tutto ottimista in quanto il compimento di tali unioni precoci e della loro intrinseca componente sessuale costituisce sia i caratteri di un usanza ben radicata sia il fine della *deductio in domum mariti*, volta alla *collocatio* della sposa sul letto nuziale in modo tale che la pronuba potesse preparare la sposa per la notte.

Se Catullo in Carmen 61, 179 ss¹⁵⁸ si riferisce al ruolo della pronuba nonché alle matrone che si erano sposate una sola volta, aventi il dovere di preparare la sposa in modo tale da lasciarla sola con il marito, il Fedeli, facendo perno sul termine *bonae feminae* collato in Carmen 61, 179 ss, intravede un duplice significato malizioso¹⁵⁹, che pur essendo estraneo dai caratteri delle *pronubae univirae*, va semplicemente a enfatizzare lo scopo primario di tal preparazione nonché la creazione di un'atmosfera "passionale"¹⁶⁰. Carattere, quest'ultimo, che nella teoria avrebbe dovuto produrre un matrimonio d'amore, ma che nella pratica contrastava con la concezione romana del matrimonio.

Il matrimonio romano, fondato sull' *affectio maritalis*, vede in quest'ultima non un sentimento d'amore ma un sentimento frutto di convenienze ed opportunità. Dal comportamento

¹⁵⁷ Su questa finzione cfr. Svet. *Claud.* 26.1: "*Sponsas admodum adulescens duas habuit: Aemiliam Lepidam Augusti proneptem, item Livias Medullinam ... Priorerem, quod parentes eius Augustum offenderant, virginem adhuc repudiavit.*".

Svetonio fa riferimento ad un importante vicenda relativa a Claudio e a due sue spose, tra cui spicca Emilia Lepida (giovane avente sicuramente un'età che andava al di sotto dei 12 anni). Quest'ultima venne ripudiata dal giovane, in quanto i genitori di lei avevano offeso Augusto. Il comportamento offensivo riguardava la verginità della ragazza. La vicenda permette di comprendere che in realtà le condizioni fisiche della fanciulla promessa sono contro corrente rispetto a quel concetto di normalità che identifica il rapporto con una fanciulla avente un'età inferiore ai 12 anni una sorta di consuetudine.

Sulla mancata esclusione dell'atto sessuale nei rapporti precoci cfr. M. DURRY, *Sur le mariage romain Autocritique et mise au point*, in *Revue internationale des droit de l'antiquité* s. 3°, 3 (1956), p. 230.

¹⁵⁸ Cfr. Catullus' *Carmen* 61. 179 ss.: "*Vos bonae senibus viris cognitae bene feminae collocatae puellulam [...]*".

¹⁵⁹ Tale significato malizioso, secondo il Fedeli, è collocato nel verbo *cognoscere*. Ci si chiede se tal verbo, impregnato di caratteri "passionali" e non propri della pronuba, sia usato da Catullo per evidenziare il fine passionale del termine della cerimonia della *deductio*.

¹⁶⁰ In effetti, la pronuba dopo aver terminato il proprio compito, consistente nel sottrarre dalla sposa tutti ciò che poteva compromettere lo scambio di baci e giochi erotici, invitava lo sposo ad entrare nella camera nuziale. Cfr. Catullus' *Carmen* 61.184 ss.

dell'uomo, finalizzato ad assolvere tramite la sua sposa, il compito riproduttivo¹⁶¹, emerge una moralità discutibile che vede in altre figure come le cortigiane e le schiave (non solo di genere femminile) un parco giochi di soddisfazione sessuale e virile.

¹⁶¹ Sulla strategia riproduttiva quale strumento di pianificazione familiare e cittadina, si hanno una molteplicità di fonti, volte a provare come a Roma, la pratica di concedere-cedere la moglie fosse ben radicata nella coscienza sociale. Attestazione di ciò trova conferma sia in Plutarco sia in Ulpiano.

Se il filosofo si sofferma sul comportamento del maschio romano, volto a cedere e a riprendersi per scopi diversi la moglie, Ulpiano nel Digesto, pur soffermandosi sul comportamento della figura maschile, evidenzia un'ulteriore fine di tale pratica: l'inserimento, all'interno del testamento, di particolari disposizioni volte a salvaguardare il matrimonio delle vedove, in modo tale da attribuirgli alcuni benefici (nel caso di specie ci si riferisce ad un marito che aveva lasciato, alla *uxor*; l'usufrutto dei suoi beni e, solamente in presenza di figli, ne avrebbe acquisito la proprietà).

Al di là dei riferimenti adesso citati preme evidenziare che la pratica della cessione del ventre era consuetudinaria nei tessuti sociali aristocratici, in quanto in essi le mogli venivano date in locazione sia per stringere rapporti familiari sia per scopi politici. Rispetto a tal comportamento maschile, lo sguardo femminile era semplicemente volto ad assolvere una funzione civica tanto che non risultano così estranei tutti quei casi nei quali la donna stessa, incapace di generare, riteneva consuetudinario il ricorso ad un utero appartenente ad un'altra figura femminile.

Il fenomeno della cessione-locazione del ventre, in realtà fu accompagnato da una serie di regole giuridiche, volte a tutelare la figura maschile o meglio il potere assoluto che il marito aveva sul contenuto del ventre stesso. Tali disposizioni, tra le quali preme richiamare l'*Edictum perpetuum*, prevedevano una serie di controlli sul ventre volti ad impedire che la donna potesse simulare o debellare la sua gravidanza.

Tutto ciò non deve assolutamente essere letto con un sentimento di disprezzo, in quanto il matrimonio romano, non sorretto dall'amore di coppia ma da un'ottica di alleanza tra due famiglie, era semplicemente volto ad alimentare una virtù non solo familiare ma anche statale.

Cfr. Plut., *Lycurgus-Numa*, III, 1-2; cfr. Dig., 22, 1, 48 (*Ulpianus*). Circa la regolamentazione del ventre cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederstellung*, III, Leipzig, 1927, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1985, p. 312 ss.; cfr. Plut., *Cator minor*, 25.

Per maggiori chiarimenti si veda E. CANTARELLA, *Passato prossimo: Donne romane da Tacita a Sulpicia, Una pratica sociale: la cessione del ventre*, Milano, 2015, p. 103 ss.;

3. Il paradigma matrimoniale, tra tradizione e ambiguità della morale.

Per Modestino, il paradigma matrimoniale dev'essere fondato sulla monogamicità, esogamicità e consensualità. Oltre a ciò, è necessaria l'unione tra persone di genere diverso, finalizzata alla procreazione ed interrotta con il venir meno dell' *affectio maritalis*¹⁶².

In realtà, lo *iustum matrimonium* non rappresentava l'unica figura matrimoniale giuridicamente rilevante, in quanto da un'attenta osservazione delle fonti, ed in particolare del secondo libro *de Adulteris* di Ulpiano, si può rilevare un quadro molto variegato, il cui carattere amorale-poco tradizionale, lo si può estrapolare riportando e ponendo l'attenzione su alcuni frammenti ulpiane. In primo luogo, lo sguardo deve essere posto, su:

¹⁶²La definizione concessa da Modestino in D. 23.2.1: "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" (le nozze sono l'unione di un uomo e una donna e la comunanza di tutta la vita e la partecipazione del diritto divino ed umano) pur avendo avuto un'ottima risonanza a livello dottrinale, non rappresenta l'unica esplicitazione relativa al matrimonio romano. In effetti, all'interno delle Istituzioni di Giustiniano, ed in particolare in 1.9.1, l'istituto matrimoniale viene così definito: "*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*" (Le nozze o il matrimonio sono l'unione di un uomo e una donna che comporta una inseparabile consuetudine di vita).

Andando oltre quest'ultima e il dibattito relativo agli autori della medesima, l'attenzione deve essere focalizzata sul reale e comune contenuto di entrambe le definizioni: il *consortium omnis vitae* e l'*individua consuetudo vitae*. In altri termini, si è largamente sostenuto che, nelle due descrizioni, non viene messa in luce l'*affectio maritalis* ma lo scopo a cui tende il matrimonio ovvero la convivenza. L'assenza riguardante la costituzione dell'atto e la rilevanza attribuita al matrimonio già costituito, sono due elementi fondamentali in quanto hanno consentito di attribuire alle definizioni di cui si sta trattando, non un valore giuridico ma un carattere etico, sociale e religioso. Attestazione di ciò la si ricava ponendo una comparazione tra il significato di *coniunctio*, contenuto nell'enunciazione del Digesto e quello collocato nelle Istituzioni giustiniane. Su tal punto occorre porre due considerazioni.

In primo luogo, si deve sottolineare, che tendenzialmente, si connette, l'espressione in questione, con l'unione naturale dei coniugi, in quanto la procreazione, pur non possedendo la qualifica di requisito necessario per la nascita dell'istituto matrimoniale, rappresenta la conseguenza diretta della *coniunctio* stessa.

In secondo luogo, invece, si attribuisce alla *coniunctio* il significato ricucito intorno alle locuzioni: *individua consuetudo vitae*, *consortium omnis vitae*, espressioni nelle quali, da un lato si è intravisto, quel tratto perpetuo-intenzionale dell'esperienza matrimoniale, dall'altro quel comportamento confinante con la partecipazione-sostenimento di entrambi i coniugi, fino al venir meno, non solo per divorzio ma anche per la morte del coniuge, dell'*affectio maritalis*. In sintesi, si può essere concordi sul fatto che il significato attribuito al termine *coniunctio* ed intrinseco all'espressioni *consortium omnis vitae*, *individua consuetudo vitae*, riguardi quella modalità-intenzione di vivere insieme, marcata dal tratto dell'inseparabilità.

Con riguardo al dibattito relativo alla titolarità della II definizione ed in particolare all'attribuzione della medesima a Ulpiano cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle <<istituzioni>> di Giustiniano*, in *BIDR.* 13, 1900, p. 130.; di contro, per l'attribuzione della paternità a Fiorentino cfr. C. CASTELLO, *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*, "Utrumque Ius", 4 Roma, 1979, p. 273.

Sul punto comune messo in risalto da entrambe le descrizioni cfr. C. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*², Roma, 1953, p.148.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, p. 60.

Circa i significati attribuiti al termine *coniunctio* si vedano Ulp. D. 1,1,1,3.; cfr. S. SOLAZZI, <*Consortium omnis vitae*> in *Annali della R. Università di Macerata* 5,1929, (=Scritti 3, p. 315.); cfr. C. CASTELLO, *La definizione di matrimonio*, cit., p. 276 ss.

Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14(13), 1:” *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant*”.

Di tale passo, il punto maggiormente discusso riguarda la figura-condizione della *uxor iniusta-iusta*. Al di là delle diverse soluzioni che sono state proposte (c'è chi ricollega tal espressione alla figura della concubina e chi invece estende tal termine all'immagine della *uxor*¹⁶³) ciò che nel caso di specie mi preme riportare, è la possibilità per il marito di poter esercitare lo strumento dell'*accusatio*. A tal proposito occorre tracciare una demarcazione tra due figure: quella della *iusta uxor* e quella della *uxor iniusta*. La prima può essere accusata *iure mariti* mentre la seconda, essendo strettamente connessa ad un matrimonio non riconducibile allo *ius civile*, può essere accusata *iure extranei* dal marito, titolare di alcuni privilegi, il cui riconoscimento lo si può trarre da Pap. 15 *resp.* Coll. 4. 5. 1:

“*Civis Romanus, qui sine conubio sibi peregrinam in matrimonio habuit, iure quidem mariti eam adulteram non postulat, sed ei non opponetur infamia vel quod libertinus rem sestertiorum triginta milium aut filium non habuit, propriam iniuriam persequenti*”.

In effetti Papiniano, in caso di matrimonio con una *peregrina sine conubio* adultera, permette al marito di esercitare l'*accusatio iure extranei* e di salvarsi dalla qualifica di *libertinus* o di *infamis*¹⁶⁴.

Se nel frammento sopra riportato Ulpiano indica la figura della *uxor iniusta-iusta*, nel passo successivo egli tratta il caso della *uxor vulgaris*:

¹⁶³ Circa la diversità delle soluzioni aventi ad oggetto l'immagine della *uxor iusta-iniusta*, occorre osservare il pensiero di due studiosi. In effetti, G. RIZZELLI, in <*Stuprum*> e <*adulterium*> nella cultura augustea e la *Lex Iulia de Adulteriis*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, e F. S. MARANCA, *Omero nelle pandette*, <<*BDR*>> 35 (1927) p. 33 ss, facendo leva sul rapporto tra matrimonio *iustum* e matrimonio, connettono alla condizione della *uxor* la figura della concubina. Tal estensione è errata, in quanto se la prima può essere sempre accusata di *adulterium*, la seconda può essere sì soggetta a tal etichetta, solamente in alcuni casi. Di conseguenza, R. FIORI, *La struttura*, cit., p. 205, cercando di essere il più fedele possibile al testo, propone la seguente soluzione: al marito si deve attribuire quel regime che, nel caso di *uxor iusta*, gli consente di esercitare l'*accusatio viri*; nel caso di *uxor iniusta*, il marito deve essere titolare di un *accusatio iure extranei* rinforzata.

¹⁶⁴ Sull'etichetta di *libertinus-infamis* e al conseguente ostacolo posto dalla stessa all'esercizio dell'*accusatio iure extranei* cfr. Paul. *adult.* Coll. 4.4.2

Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 (13), 2, :”*Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur*”.

La locuzione *uxor-vulgaris*, va ad indicare colei che precedentemente aveva commesso un meretricio¹⁶⁵. Di conseguenza, si offre al marito la possibilità di accusare senza privilegi *iure extranei*, codesta figura femminile. Tal facoltà è frutto di quella stretta connessione tra la donna e tutti quei matrimoni contrari alla *leges (Lex Iulia et Papia)* ma validi con riguardo allo *ius civile*. Tal soluzione interpretativa fu frutto di un lungo dibattito volto a comprendere chi in concreto potesse rivestire i tratti di tal donna. Una prima ipotesi fu volta ad identificare la *uxor vulgaris* con la concubina. Tale elaborazione non ottenne risonanza per due ordini di ragioni: la prima concerne l’assenza, all’interno delle fonti, del contrasto inerente al binomio *concubina-vidua*, la seconda, conseguente alla prima, fa invece leva sul concetto di *stuprum* e sulla caricatura della concubina, in quanto essa essendo una donna di umile estrazione sociale, rientrava nella categoria delle femmine in *quas stuprum non committitur*.

Nel corso del tempo sono state programmate altre soluzioni poco attendibili, in quanto volte ad etichettare l’unione in questione o come un matrimonio *iustum* oppure come un matrimonio nullo. Si è quindi ritenuto più opportuno ricercare una versione più mitigata, finalizzata ad etichettare tali rapporti della qualifica di *iustum* solo con riguardo ai *mores*, mentre di *iniustum* con riguardo alle *leges*¹⁶⁶.

Simmetricamente all’analisi svolta in tal sede, le ultime condizioni femminili che Ulpiano ci permette di incontrare riguardano : la *quae uxor esse non potest* e la concubina.

Un riferimento relativo alla prima espressione lo si ha in:

Ulp. 2 *adult.*, D. 48.5.14 (13), 4: “*Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse.*”

¹⁶⁵ Sull’immagine della *uxor vulgaris* e sulla distinzione, intercorrente tra essa e la *uxor*, relativa all’azione che il marito poteva esercitare in caso di adulterio cfr. G. RIZZELLI, *Stuprum e adulterium*, cit., p. 152 e nt. 111.

¹⁶⁶ Circa la prima ipotesi cfr. E.VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, in Studi P. Bonfante, II, Milano 1930 = Scritti giuridici, I, Napoli, 1991, p. 318 ss e nt. 9.; circa l’estensione di tali unioni ai matrimonio *iustum* o nullo cfr. C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano, 1940, p. 162.

In questo caso il testo non desta particolari problemi, in quanto la figura della *quae uxor esse non post* viene ricucina intorno a due categorie di donne: quella riguardante colei con cui è stato commesso un incesto oppure, più in generale, colei che non possiede i caratteri per poter divenire moglie. Entrambe le figure femminili possono essere *accusate iure extranei*¹⁶⁷, dal marito, senza i privilegi concessi invece alla figura maritale della *uxor iniusta*.

Infine, con riguardo alla tematica del concubinato, notizie rilevanti si trovano in:

Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 (13) pr: “*Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.*”

Viene qui presentato un quadro, che pur essendo generale, tende ad illustrare la presenza di diverse fattispecie dei rapporti di concubinato. Si fa infatti riferimento sia alla condizione della *liberta* concubina (parificandola alla *uxor*, proprio con riguardo ad un omologa *dignitas* e alla possibilità per il compagno, privo di privilegi, di accusarla di *adulterium iure extranei*) sia a tutte le altre concubine le quali non possono essere accusate di *adulterium*, neanche *iure extranei*.

L’esame dei passi sopra citati, porta alla seguente risoluzione: dallo *status* della donna vengono distinte diverse fattispecie di relazioni. Tale demarcazione permette di riportare non solo la presenza di unioni rispetto alle quali la giurisprudenza, influenzata dalla *Lex Iulia de adulteriis*, parla non di *stuprum* ma di *adulterium*¹⁶⁸, ma anche la presenza di rapporti di concubinato¹⁶⁹, nonché di unioni che si distinguono dal matrimonio mediante l’ausilio di due

¹⁶⁷ Circa l’*accusatio* esercitata dal marito, occorre rilevare che la fattispecie dello *stuprum* è da tenere, in tal caso, ben distanziata, in quanto la natura *iure extranei* dell’accusa, si sposa perfettamente e solamente con riguardo all’adulterio. Su tal punto cfr. ANKUM, *La captiva adultera: problèmes concernant l’accusatio adulterii en droit romain classic*, 1985 p. 171.

¹⁶⁸ Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 (13) 1.; cfr Ulp. 2. *adult.* D. 48.5.14 (13) 2.; cfr. Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 (13) 4., v. *supra* pg. 56,57.

¹⁶⁹ Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 (13) pr., v. *supra* p. 58.

elementi: il *consensus* e la *dignitas*¹⁷⁰. In effetti, i rapporti concubinari sono delle unioni di mero fatto caratterizzate dall'assenza dell' *affectio maritali* e dell'*honor matrimonii*, con conseguenze ricadenti sia sulla donna (non assorbiva né dignità né rango sociale dell'uomo) sia sui figli (illegittimi)¹⁷¹.

Si sta trattando di una pratica sociale che pur essendo molto diffusa e non contraria al costume dei romani, da un lato ebbe la sua massima diffusione durante l'età augustea¹⁷², dall'altro invece, pur incontrando forti ostacoli posti dagli imperatori cristiani, ottenne rilevanza nel diritto giustiniano. L'obiettivo di quest'ultimo fu quello di incanalare il concubinato nell'ottica del matrimonio¹⁷³, estendendo a queste unioni sia gli impedimenti matrimoniali sia il limite di età (dodici anni) sulla figura della concubina nonché su colei, schiava o liberta, che tratteneva un rapporto "affettivo" non matrimoniale con un uomo sposato, vedovo, anziano e di classe sociale più elevata.

3.1 Unioni affettive non matrimoniali tra *pelex* e concubinato.

La premessa sopra delineata, è strettamente connessa al tema del concubinato e al suo rapporto con una misteriosa figura femminile, indicata dalla parola *pelex-pae(l)lex*, circa la quale ci offrono importanti indicazioni Aulo Gellio, Sesto Pompeo Festo, il giurista Paolo, i cui testi, che conviene subito riportare, risalgono al II e III secolo d.C.

¹⁷⁰ La disuguaglianza tra il matrimonio e le unioni concubinarie fa leva solamente su due elementi: il *consensus* che solo nel matrimonio assume le vesti dell' *affectio maritalis* mentre nelle unioni di fatto esprime, semplicemente, la volontà di essere in tali rapporti, e la *dignitas* di entrambi gli autori dell'unione. Su quest'ultimo fattore occorre considerare che esso solamente nell'unione matrimoniale riveste un ruolo fondamentale, in quanto fa sì che la *uxor* assuma la condizione giuridica e sociale del marito, che altro non è che la *dignitas*.

Su questa precisazione ad. es. cfr. Paul. 7 *resp.* Vat. fr. 104., ed in particolare Liv. *Ab urb.*, 10.23. 3-10, in quanto si da testimonianza di una vicenda riguardante l'esclusione di Virginia (patrizia sposata con un plebeo) dall'altare della Pudicitia, solamente per aver contratto matrimonio con un uomo avente un *honor* inferiore al suo status.

¹⁷¹ Sulla situazione della concubina e sui suoi rispettivi figli v. *infra*. Cap .III par.1

¹⁷² Cfr. *infra*. Cap. III par.1

¹⁷³ Cfr. *infra*. p. Cap III par.1

Gell., *noct. Att.* 4.3.2. [3]: “*Paelicem autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus: ‘Paelex aedem Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito [...]’*¹⁷⁴”.

Fest., *verb. sign.*, sv. ‘*Pelices*’ (L.248):“ ‘*Pelices*’ nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubeat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege:’ *Pelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus dismissis agnum feminam caedito*¹⁷⁵”.

La lettura dei frammenti sopra citati, porta a sostenere che se Gellio (*noct. Att.* 4.3.3), connette il termine *paelex* alla donna che abitualmente coabitava e si univa sessualmente con un uomo sposato, andando quindi a qualificarla come una femmina *probosa*, nella glossa festina, invece, si propongono due significati del termine: uno più antico, che inquadra la *paelex* nell’ambito di una convivenza con un uomo sposato, e uno più recente che allude non solo alle donne ma anche a tutti quegli uomini che intrattengono rapporti sessuali, *succumbentens*, con coloro che “appartengono” ad altri, gli *alieni*.

Con riguardo a quest’ultima accezione occorre considerare che Festo, ricorrendo al termine *succumbere*, ha inciso sia su quel lato fisico dell’accoppiamento sessuale sia sul fatto che le

¹⁷⁴ Al riguardo, P. ARCES, *Il regime giuridico-sacrale della <<paelex>> tra <<pallakia>> e concubinato*, in *Rivista di Diritto Romano*, XX, 2020 (n.s.), p. 7 ss, osserva che in realtà Gellio pone la sua attenzione sul significato di *paelex*, a seguito di un esplicito riferimento sia alla *cautio rei uxoriae* (promessa giuridicamente vincolante, del marito di restituzione della dote nel caso di scioglimento del matrimonio) sia alle ragioni storiche-sociali che hanno consentito il suo sviluppo. In effetti il vincolo giuridico cominciò a diffondersi, non tanto con la nascita di Roma (epoca in cui, comunque, l’istituto sarebbe già conosciuto) ma a partire dal 230 a.C., periodo a partire dal quale l’istituto medesimo si diffuse.

Circa il riferimento sia alla *cautio rei uxoriae* sia alle rispettive cause introduttive cfr. Gell., *noct. Att.* 4.3.1: “*Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque cautiones in urbe Roma aut in Lazio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus*”.

Con riguardo alla vicenda di Spurio Cavillo Ruga e alla *ratio* fondante il suo divorzio cfr. Gell., *noct. Att.* 4.3.2: “*Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea a corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio P. Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amoris praeventisse, quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum*”.

¹⁷⁵ Cfr. Fest., *verb. sign.*, sv. ‘*Pelices*’ (L.248).

persone con le quali la *paelex* si unisce sessualmente “appartengono ad altri”, cioè sono affettivamente legate (e verosimilmente unite in matrimonio a persone diverse dalla *paelex stessa*). Di conseguenza il termine *alienis*, non deriva come sostenuto dall’Albanese¹⁷⁶ da un errore di scrittura, ma va precisamente a indicare colui che appartiene ad altri, nonché l’uomo sposato che “appartiene” alla *uxor*¹⁷⁷.

La distinzione relativa al linguaggio utilizzato dai due autori verte sull’attribuzione di un giudizio morale negativo, offerto da Gellio, ma anche dal giurista Paolo e assente in Festo, alla figura femminile: “*paelicem autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancioque alia matrimonii causa foret*”.

Questa affermazione è frutto di una precisa disposizione del Re Numa, volta ad imporre alla *paelex* il divieto di toccare l’altare di Giunone, di conseguenza di non praticare il culto della dea, riservato alle donne maritate.

Il riferimento alla legge regia, che compare non solo nella narrazione gelliana ma anche nella glossa festina, è di radicale importanza, in quanto è volto a negare la presenza di un divieto di coabitazione e di coesistenza tra la *uxor* e la *paelex*, sanzionando quest’ultima come riferisce Festo, nel caso in cui ponga in essere un atto riservato alla prima¹⁷⁸, classificandola in una posizione giuridico-sociale ben distinta¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone, cit.*, p. 53.

¹⁷⁷ Cfr. S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in << *Le relazioni affettive non matrimoniali*>> (cur. F. Romeo), Torino, 2014, p. 147.

¹⁷⁸ Il divieto di toccare l’altare di Giunone è connesso all’osservazione del culto da parte delle donne sposate. La *paelex*, figura diversa dalla *materfamilias* (donna sposata) nel caso di inosservanza di tal divieto, avrebbe dovuto sacrificare un’agnella. La trasgressione era quindi volta a sottolineare una netta distinzione tra la *uxor* e la *paelex*, distinzione tra l’altro evidente anche con riguardo al fatto che quest’ultima avrebbe dovuto porre in essere il sacrificio mantenendo i capelli sciolti (segno distintivo rispetto alla *materfamilias* la quale si recava verso l’altare con i capelli raccolti in trecce).

Cfr. P. ARCES, *Il regime giuridico-sacrale, cit.*, p.9 e nt.29; cfr. C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, III, Il concubinato nell’epoca classica*, Roma, 2005, p. 13 ss.; cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova, 2002, p.12.

¹⁷⁹ Il margine di distinzione tra la figura della *paelex* e della *uxor*, fa leva sia sulle disposizioni volte a regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi sia sul fatto che in capo alla concubina non sorgono né obblighi di fedeltà rispetto marito né l’etichetta relativa alla dignità sociale del marito stesso. Con riguardo ai precetti regolatori delle relazioni patrimoniali, preme rilevare che la concubina può ricevere donazioni, ma non può essere destinataria di aspettative ereditarie *ab intestatio* ma allo stesso tempo i giuristi classici le attribuiscono la capacità di *capere ex testamento*, con la conseguenza che è ritenuto valido il legato il cui oggetto riguarda le cose comprate (schiavi, fondi, pertinenze) per l’uso della concubina. Focalizzando l’attenzione sulla seconda fattispecie distintiva bisogna rilevare che ad essa non spetta il titolo di *uxor* con la conseguenza che tal donna viene esclusa dal rango sociale del marito.

Su tal punto cfr. M. SALVADORE, *Due donne romane. Immagini del matrimonio antico*, Palermo, 1990, p. 54 ss.

Ulteriori notizie sul significato di *paelex* emergono dal frammento del decimo libro del commento di Paolo alla *Lex Iulia et Papia*:

Paul.10 ad l. Iul. et Pap. D. 50.16.144: “*Libro memorialium Massurius scribit ‘pellicem’ apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: [quosdam] <quondam> eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam Graeci vocant*”.

Paolo nel suo frammento, riferendosi agli scritti di Sabino Masurio (I secolo d.C.) e di Granio Flacco (età Cesariana), attribuisce al termine in questione due ulteriori significati, derivanti dal tracciato semantico di Flacco. L’accezione di “*paelex*” più contemporanea al periodo di scrittura del giurista, è descritta come colei che mescola il suo corpo con un uomo sposato, significato attuale che Festo ha attribuito con riguardo non solo alle femmine ma anche ai maschi. La nozione più antica, identifica invece la *paelex* come colei che, alla “pari” della moglie, convive con un uomo senza avere un contratto di matrimonio¹⁸⁰. Il contributo degli autori ora richiamati consente di evidenziare due punti di particolare rilievo per quanto qui interessa: la “sensibilità” di Roma verso il fenomeno poliamoroso e il conseguente ruolo ricucito intorno alla figura della concubina.

Tracce relative ad unioni-relazioni poliamorose, si ricavano da glossografi giuristi di età augustea e adrianea tra i quali spicca per primaria importanza lo storico ed erudito Svetonio. Dai passi qui sotto riportati e tratti dalle Vite dei Cesari, si scopre in Cesare una forte libidine, frutto di una grande apertura mentale ma che allo stesso tempo costerà al dittatore le etichette di adultero e pederasta.

Cito Svetonio:

Caes XLIX: *Pudicitiae eius famam nihil quidem praeter Nicomedis contubernium laesit, graui tamen et perenni obprobrio et ad omnium conuicia exposito.*

¹⁸⁰ Cfr. P. ARCES, *Il regime giuridico-sacrale, cit.*, p.15 ss.

Omitto Calui Licini notissimos uersus:

Bithynia quicquid

Et paedicator Caesaris umquam habuit.

Praetereo actiones Dolabellae et Curionis patris, in quibus eum Dolabella <paelicem reginae>, <<spondam interiorem regiae lecticae>>, at Curio <<stabulum Nicomedis>> et <<Bithynicum fornicem>> dicunt. Missa etiam facio edicta Bibuli, quibus proscripsit collegam suum << Bithynicam reginam, eique antea regem fuisse cordi nunc esse regnum.>> Quo tempore, ut Marcus Brutus refert, Octavius etiam quidam, ualitudine mentis liberius dicax, conuentu maximo, cum Pompeium <<regem>> appellasset, ipsum <<reginam>> salutauit, Sed C. Memmius etiam ad cyathum ei Nicomedi stetisse obicit, cum reliquis exoletis, pleno conuiuio, accubantibus nonnullis urbicis negotiatoribus, quorum refert nomina. Cicero uero, non contentus in quibusdam epistulis scripsisse a satellitibus eum in cubiculum regium eductum in aureo lecto ueste purpurea decubuisse floremque aetatis a Venere orti in Bithynia contaminatum, quondam etiam in senatu defendenti ei Nysae causam, filiae Nicomedis, beneficantque regis in se commemoranti: << Remoue,>> inquit, <<istaec, oro te, quando notum est, et quid ille tibi et quid illi tute dederis.>> Gallico denique triumpho milites eius inter cetera carmina, qualia currum prosequentes ioculariter canunt, etiam illud uulgatissimum pronuntiauerunt:

Gallias Caesar subegit, Nicomedes Caesarem:

Ecce Caesar nunc triumphat qui subegit Gallias,

*Nicomedes non triumphat qui subegit Caesarem*¹⁸¹.

Caes LI : *Ne prouincialibus quidem matrimoniis abstinuisse uel hoc disticho apparet iactato aequae a militibus per Gallium Triumphum:*

*Urbani, seruate uxores: moechum caluom adducimus;
Aurum in Gallia effutuisti, hic sumpsisti mutuum*¹⁸².

Caes LII: *Dilexit et reginas, inter quas Eunoen Mauram Bogudis uxorem, cui maritoque eius plurima et immensa tribuit, ut Naso scripsit: sed maxime Cleopatram, cum qua et conuiuia in primam lucem saepe protraxit et eadem naue thalamego paene Aethiopia tenus Aegyptum penetrauit, nisi exercitus sequi recusasset, quam denique accitam in urbem non nisi maximis honoribus praemiisque auctam remisit filiumque natum appellare nomine suo passus est. [...] Heluius Cinna TR. PL. plerisque confessus est habuisse se scriptam paratamque legem, quam Caesar ferre iussisset cum ipse abesset, ut ei uxores liberorum quaerendorum causa quas et quot uellet ducere liceret. At ne cui dubium omino sit et impudicitiae et adulteriorum*

¹⁸¹(Nulla offese la fama della sua pudicizia, se non la sua stretta familiarità con Nicomede, dalla quale tuttavia ricavò un grande e perpetuo obbrobrio che lo espose ad ogni dilleggio. Tralascio i versi di Licinio Calvo, fin troppo noti: “Tutto quel che Bitinia e lo stuprator di Cesare mai ebbe”. Tralascio anche i discorsi di Dolabella e di Curione padre, in cui Dolabella lo chiama << rivale della regina>> e <<sponda interna della lettiga reale>> e Curione << postribolo di Nicomede>> e << bordello di Bitinia>>; tralascio anche gli editti con cui Bibulo insultava il suo collega.” La regina di Bitinia prima volle il re, e ora il regno”. In quell’epoca, come riferisce Marco Bruto anche un certo Ottavio che, essendo pazzo, diceva tutto quel che gli saltava per la mente, avendo salutato Pompeo, in mezzo a molta gente, col titolo di re, chiamò Cesare <<regina>>. Ma Caio Memmio gli rinfacciò persino di aver servito come coppiere, assieme ad altri invertiti, quello stesso Nicomede durante un banchetto a cui erano presenti alcuni uomini d’affari romani, dei quali cita persino il nome. In quanto a Cicerone, non contento di aver scritto in certe lettere che “in Bitinia il discendente di Venere, introdotto dalle guardie nella camera del re, si era coricato con una veste di porpora nell’aureo letto, doveva avere perduto il fiore della sua gioventù”, anche in Senato, una volta, quando Cesare, nel difendere la causa di Nisa figlia di Nicomede, era passato a ricordare i benefici ricevuti da quel re, gli disse:” Passiamoci sopra per carità, perché nessuno ignora che cosa hai avuto e che cosa gli hai dato!”. E infine, durante il trionfo gallico, i suoi soldati, tra le altre strofette scherzose che è costume intonare seguendo il carro, cantavano anche questi versi che ebbero un’immensa popolarità:” Cesare conquistò le Gallie, Nicomede Cesare: ecco ora trionfa Cesare, che conquistò le Gallie, e non trionfa Nicomede, che conquistò Cesare). Cfr. Trad. F. DESSÌ, in *Svetonio: Vite dei Cesari*, Milano, 2018, p. 97.

¹⁸² [Che non rispettasse le donne sposate, nemmeno nelle province, risulta da questi versi che parimenti i soldati cantavano durante il trionfo gallico.” Cittadini, chiudete le vostre donne! Portiamo con noi un calvo scostumato!” e anche: “Ti sei fottuto, in Gallia, l’oro; qui l’hai preso in prestito”]. Cfr. Trad. F. DESSÌ, in *Svetonio, cit.*, p. 101.

flagrante infamia, Curio pater quadam cum oratione <<omnium mulierum uirum et omnium uirorum mulierem>> appellant¹⁸³.

Dai passi sopra richiamati oltre a rilevare nel dittatore un orientamento sessuale che in termini moderni sarebbe indicato come bisessuale-pansessuale¹⁸⁴, preme sottolineare che l'obiettivo di Cesare volto a regolamentare la poligamia per il suo mero interesse, ha fatto sì che accanto all'ideale tradizionale di famiglia, nascesse una nuova concezione di unione¹⁸⁵. I lavori preparatori costituenti l'essenza del progetto cesariano non svanirono nel nulla, ma rivestirono il carattere di presupposti, ovviamente diversi, ubicati a fondamento del disegno augusteo¹⁸⁶. In tal caso però si offrirà un orientamento opposto volto a sancire e a far acquisire alla *paelex*, intesa come concubina, quel giudizio morale negativo ben presente in Gellio e in età Severiana nel pensiero del giurista Paolo.

Il carattere negativo e permanente attribuito alla figura della concubina riveste il ruolo di prova proprio con riguardo alla sua condizione o status della donna:

¹⁸³ Amò anche delle regine, tra cui la mauritana Eunoë, moglie di Bogude, e fece regali immensi a lei e al marito, come riferisce Nasone. Ma amò soprattutto Cleopatra, con la quale s'intrattenne spesso a banchetto fino all'alba, e su una nave fornita di stanze si addentrò con lei in Egitto e fin quasi in Etiopia, dove sarebbe entrato se l'esercito non si fosse rifiutato di seguirlo. In seguito, fattala venire a Roma, la rimandò in patria solo dopo averla colmata di onori e di regali splendidi, e consentì che il figlio nato dalla loro unione portasse il suo nome. [...] Elvio Cinna, tribuno della plebe, confidò a molti di avere già preparato e messo per iscritto una legge, che Cesare gli aveva ordinato di presentare in sua assenza, per cui lo si autorizzava a prendere in moglie quali e quante donne volesse, allo scopo di assicurarsi la discendenza. E perché non vi possa essere nessun dubbio sul fatto che Cesare ebbe la peggior fama di sodomita e di adultero, Curione padre in un suo discorso lo chiama: "marito di tutte le mogli, moglie di tutti i mariti".
Cfr. Trad. F. DESSI, in *Svetonio, cit.*, p. 101.

¹⁸⁴ Circa il binomio bisessuale-pansessuale, da me utilizzato per indicare, in termini moderni, l'orientamento sessuale di Cesare, occorre porre in essere una considerazione riguardante il significato di entrambe le locuzioni. In primo luogo, un soggetto può essere definitivo bisessuale nel momento in cui il suo orientamento si fonda su una visione binaria dei sessi (maschile e femminile). In secondo luogo, invece, il termine pansessuale, si distanzia dal primo, in quanto viene utilizzato nei confronti di persone il cui orientamento sfocia nell'attrazione verso tutti i soggetti, indipendentemente dal genere. Il punto di demarcazione si ha in relazione all'identità di genere, in quanto essa, non rappresenta, per gli individui pansessuali, un vincolo insormontabile (il genere non è un fattore volto a determinare in modo esclusivo la ratio dell'attrazione). Per tal ragione ritengo più opportuno classificare l'orientamento dell'imperatore nell'ambito della pansessualità.

Ciò detto, ci tengo altrettanto a precisare, che le espressioni qui utilizzate, non trovano sostegno all'interno delle fonti romane, in quanto nel contesto culturale-sociale romano non sussisteva una marcata demarcazione tra quei concetti da noi oggi definiti orientamento sessuale ed identità di genere. La differenziazione in questione può essere ripescata all'interno di tal ambiente solamente osservando il gioco di ruoli: attivo-dominatore e passivo-sottomesso, che le parti assumevano nell'atto sessuale. Di conseguenza, è lecito affermare che sia l'utilizzo di espressioni, utilizzate dalla modernità e indicanti una pluralità di fattispecie dell'identità e dell'orientamento, sia la dicotomia omosessuale-eterosessuale, non trovano spazio e non costituiscono il carattere fondante il pensiero che i romani avevano con riguardo alla sessualità.

¹⁸⁵ Cfr. P. ARCÉS, *Il regime giuridico-sacrale, cit.*

¹⁸⁶ Cfr. *infra* p.122 ss

Ulp. 25.7.1.1 (Ulp. 2 ad leg): “*Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.*”

Il frammento ulpiano consente di apprendere che si può instaurare una relazione di concubinato solamente con donne mediante le quali non si commette stupro¹⁸⁷. L'affermazione ora riportata non risulta così estranea dal discorso in questione, ma rappresenta uno dei punti chiave della legislazione augustea.

Se con la *Lex Iulia et Papia*, portatrice di vari impedimenti matrimoniali, il concubinato diviene l'unica pratica possibile, nella *Lex Iulia de adulteriis* si menziona il concubinato in un'ottica relativa alle donne con cui era consentito avere una relazione di fatto senza incorrere nelle pene previste per lo stupro. Di conseguenza le donne *in quas stuprum non committitur* erano le schiave, le *leane* e le attrici, le adulate, le donne condannate in pubblici giudizi, le meretrici, le *obscure loco* (donne di bassa estrazione sociale generate da mezzane-attrici-attori), ed in particolare le *liberte*. Quanto a queste ultime, preme sottolineare che il fenomeno delle relazioni concubinarie si ebbe proprio con riguardo ad esse. Si pensi alla *liberta Cenide*, amata di Vespasiano e richiamata nella casa dell'imperatore alla morte della moglie di quest'ultimo¹⁸⁸.

La portata della questione suscitò un forte interesse nei giuristi, i quali elaborarono diverse riflessioni circa il concubinato tra il patrono e la propria *liberta*.

Si sta quindi trattando di un'unione che proprio in virtù di quel carattere esclusivo del rapporto e dell'etichetta non negativa attribuita dalla società alla donna, può essere intesa come una sorta di matrimonio. In effetti da questo concubinato sorgeva un vincolo giuridico, che da un lato obbligava la donna alla fedeltà tanto che l'infedeltà stessa, essendo considerata adulterio, sarebbe stata perseguibile con l'*accusatio iure extranei* e non con quella *iure*

¹⁸⁷ Sul significato di stupro E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico, Gli amori proibiti: sottomettere un romano*, Milano, 2006, p.138 ss., evidenzia come all'espressione in questione non deve essere attribuito il significato attuale. In effetti se si osserva il pensiero di Modestino:” *stuprum committit qui libera mulierum consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*”, commette stupro chi ha rapporti sessuali con una donna libera che non è sua moglie, eccezione fatta per la concubina, si può ben comprendere che il termine in analisi va ad indicare un rapporto non violento ma un rapporto illecito posto in essere con una persona consenziente.

¹⁸⁸ Cfr. Svet. *Vesp.* III. III: *Post uxoris excessum Caenidem, Antoniae libertam et a manu, dilectam quondam sibi reuocavit in contubernium habuitque etiam imperator pæne iustae uxoris loco.*

*mariti*¹⁸⁹; dall'altro non si poteva sciogliere se non per volontà del patrono. Quest'ultimo infatti, poteva in costanza di concubinato continuare ad avere la *liberta* come moglie, attribuendo a lei l'iniziativa di divorziare¹⁹⁰.

Quanto appena detto, vale a dire che nella società romana, fino all'età di Giustiniano, all'uomo era concesso avere contemporaneamente più concubine conviventi sotto lo stesso tetto¹⁹¹. Di tal harem, Svetonio, nelle Vite dei Cesari, con riguardo ai vizi più segreti degli imperatori Domiziano e Nerone, offre particolari spunti di riflessione tanto che, in primo luogo, è opportuno procedere alla trascrizione dei testi:

Svet. *Domit.*, XXII: "*Libidinis nimiae, assiduitatem concubitus uelut exercitationis genus << clinopalen >> uocabat: eratque fama, quasi concubinas ipse deulleret nataretque inter uulgatissimas meretrices. Fratris filiam andhuc uirginem oblatam in matrimonium sibi cum deuinctus Domitiae nuptiis pertinacissime recusasset, non multo post alii conlocatam corruptit ultro et quidem uiuo etiam tum Tito; mox patre ac uiro orbatam ardentissime palamque dilexit, ut etiam causa mortis extiterit coactae conceptum a se abigere.*¹⁹²"

¹⁸⁹ Cfr. G. RIZZELLI, *La Lex Iulia de Adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, leoncinum, stuprum*, Lecce, 1997, p. 194 ss.

¹⁹⁰ Su tal questione S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma, cit.*, p. 170 ss. ci offre alcune delucidazioni.

Innanzitutto l'autore, focalizzando l'attenzione sul divorzio avanzato dalla *liberta*, precisa sia le conseguenze: il divieto di sposarsi e di rivestire il ruolo di concubina nei confronti di altri, sia la permanenza di tali effetti: permangono fino a quando sussiste la volontà, nel patrono, di averla ancora come moglie.

L'analisi proposta da Cristaldi, continua con riguardo alle cause che possono provocare lo smarrimento della volontà del patrono: il desiderio manifesto di sposare un'altra donna, motivi in presenza dei quali la *liberta* recupererà il *conubium* ovvero la capacità di sposare un'altra persona.

In generale si può sostenere che le facoltà attribuite al patrono siano abbastanza ampie in quanto gli consentivano di poter scegliere il destino del matrimonio in corso con la *liberta*. In conclusione gli era concesso mantenere in concomitanza, l'unione matrimoniale con la *liberta* (le si scaricava a lei l'iniziativa di divorzio) e un rapporto concubinario con un'ulteriore donna.

¹⁹¹ In effetti la politica giustiniana essendo volta ad incanalare il concubinato nell'universo matrimoniale, non solo cercherà di debellare tal fenomeno ma porrà in maniera nascosta una serie di requisiti che se osservati conferiranno a tali unioni la qualifica matrimoniale.

¹⁹² [Uomo di libidine eccessiva, considerava i rapporti sessuali come una specie di esercizio, che chiamava "ginnastica da letto", ed era di pubblico dominio che depilava personalmente le sue concubine e nuotava assieme a meretrici notorie. Poiché era molto legato alla moglie Domizia, aveva ostinatamente rifiutato la figlia di suo fratello, che gli era stata offerta in sposa quando era ancora vergine. Ma poi, non molto tempo dopo, quando era sposata con un altro e mentre Tito era ancora vivo, la sedusse, e più tardi, dopo che ebbe perduto il padre e il marito, la amò apertamente con tale passione che fu causa della sua morte, avendo costretta ad abortire mentre era in cinta di lui]. Cfr. Trad. F. DESSI, in *Svetonio, cit.*, p. 793.

Svet. Nero., XXVIII: “*Super ingenuorum paedagogia et nuptarum concubinitus Vestali uirgini Rubriae uim intulit. Acten libertam paulum afuit quin iusto sibi matrimonio coniungeret, summissis consularibus uiris qui regio genere ortam peierarent.*

Puerum Sporum exectis testibus etiam in muliebrem naturam transfigurare conatus cum dote et flammeo per sollemnia nuptiarum celeberrimo officio deductum ad se pro uxore habuit; extatque cuiusdam non inscitus iocus << bene agi potuisse cum rebus humanis, si Domitius pater talem habuisset uxorem.>>

Hunc Sporum, Augustarum ornamentis excultum lecticaque uectum, et circa conuentus mercatusque Graeciae ac mox Romae circa Sigillaria comitatus est identidem exosculans. Nam matris concubinitum appetisse et ab obtrectatoribus eius, ne ferox atque impotens mulier et hoc genere gratiae praeualeret, deterritum nemo dubitauit, utique postquam meretricem, quam fama erat Agrippinae simillimam, inter concubinas recepit. Olim etiam quotiens lectica cum matre ueheretur, libidinum incestu ac maculis uestis proditum affirmant.¹⁹³”

Svet. Nero., XXIX: “*Suam quidem pudicitiam usque adeo prostituit, ut contaminatis paene omnibus membris nouissime quasi genus lusus excogitaret, quo ferae pelle contactus emitteretur e cauea uirorumque ac feminarum ad stipitem deligatorum inguina inuaderet et cum affatim desaeuisset, conficeretur a Doryphoro liberto cui etiam, sicut ipsi Sporus, ita ipse denupsit, uoces quoque et heiulatus uim patientium uirginum imitatus [...].¹⁹⁴”*

¹⁹³ [Oltre al commercio con ragazzi liberi e al concubinato con donne maritate, violentò anche la vergine vestale Rubria e poco mancò che si sposasse in giuste nozze con la libertà Atte: aveva persino corrotto dei consolari perché testimoniassero che la donna era di famiglia reale. Dopo aver fatto tagliare i testicoli al ragazzo Sporo, cercò anche di mutarlo in donna, e se lo fece condurre in pompa magna, con la dote e il velo rosso, come nelle cerimonie nuziali solenni, e lo considerò, come moglie legittima. Ci fu chi disse, non senza ragione che sarebbe stato un bene per l'umanità se anche suo padre Domizio avesse preso una moglie del genere! Questo Sport, vestito e adornato da Augusta, lo seguì in lettiga per tutti i luoghi di assise e per tutti i mercati della Grecia; a Roma, poi, lo conduceva con sé a passeggiare e al mercato di pietre incise, coprendolo di baci. Si dice che abbia desiderato di giacere con la propria madre Agrippina, i quali temevano di vedere quella donna fiera e tirannica diventare troppo potente. Nessuno dubitò in seguito di questo suo desiderio, quando prese tra le sue concubine una meretrice che era famosa per la rassomiglianza con Agrippina. Dicono inoltre che si eccitasse libidinosamente, in modo incestuoso, ogni volta che andava in lettiga con la propria madre, e che venisse tradito dalle macchie sui vestiti]. Cfr. Trad. F. DESSÌ, in *Svetonio, cit.*, p. 585.

¹⁹⁴ [Prostituì il suo pudore al tal punto che, dopo aver contaminato quasi tutte le parti del proprio corpo alla fine immaginò questo nuovo genere di gioco. Rivestito di pelle di belva, si faceva spingere fuori da una gabbia e assaliva all'inguine uomini e donne legati ad un palo; poi, quando aveva soddisfatto questo suo turpe desiderio, si faceva infilzare dal liberto Doriforo con cui si era unito in matrimonio assumendo la parte di moglie, come aveva fatto Sporo con lui. Nella quale occasione aveva persino imitato le grida e i gemiti delle vergini quando vengono deflorate]. Cfr. Trad. F. DESSÌ, in *Svetonio, cit.*, p. 587.

Mettendo a confronto i frammenti sopra riportati, Svetonio parla di Domiziano e della sua passione per le donne¹⁹⁵, dopo la descrizione delle pulsioni sadomasochistiche di Nerone¹⁹⁶, e l'allusione alla probabile relazione con il liberto Sporo¹⁹⁷, considerato dall'imperatore stesso come moglie legittima. Il che permetterebbe di considerare l'effettiva sussistenza di rapporti tra persone dello stesso sesso in certi ambienti della società romana, e a prescindere dalla considerazione in cui tali rapporti erano tradizionalmente tenuti. Nel caso di specie, Nerone, afflitto dalla perdita della propria moglie Poppea Sabina, fece ricercare in ogni angolo dell'impero una figura che gli potesse ricordare i caratteri dell'amata. Il prescelto non fu una donna, ma fu il povero liberto Sporo, il quale dopo essere stato soggetto alla castrazione, si unì in "matrimonio" con l'imperatore¹⁹⁸. Se in tale rapporto Nerone rappresentava la figura "attiva", in un'ulteriore unione "matrimoniale" avuta con il liberto Doriforo, egli ricopriva il ruolo "passivo" o meglio debole del rapporto, parte che contrastava con la visione identitaria-sessuale romana, incentrata, come si vedrà in seguito, sul concetto di virilità¹⁹⁹.

In definitiva, ciò che solitamente compone una classica relazione concubinaria è la presenza di un uomo e di una donna, ma tramite l'ausilio delle fonti comincia ad emergere una realtà nella quale il ruolo femminile viene svolto da una figura maschile. Infatti, a partire dal II. sec. d.C., il termine *paelex* assunse un significato diverso da quello originario, in quanto cominciò ad essere utilizzato per indicare unioni contro-natura. I *pelices*, nonchè coloro che venivano marchiati con la seguente definizione dispregiativa: *gli alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares*, esercitarono il ruolo di attori in tutte quelle relazioni, contrarie ai valori fondanti il paradigma matrimoniale tradizionale, ma caratterizzanti una figura alternativa al concubinato ovvero il *contubernium*.

¹⁹⁵ V. *supra* p. 67 e nt. 192

¹⁹⁶ V. *supra* p. 68 e nt. 194

¹⁹⁷ V. *supra* p. 68 e nt 193

¹⁹⁸ Con riguardo a tali forme matrimoniali, alcune tracce si ricavano all'interno del pensiero o meglio nella II satira di Giovenale. Il retore romano, nei suoi versi, esprime un forte sentimento di disprezzo legato sia all'ipotetica registrazione delle nozze gay sia alla conseguente volontà dei due coniugi di avere dei figli.

In realtà si sta trattando di unioni, ben radicate nella società romana, ma attuate, solamente da figure, che incitate da manie di fama e protagonismo (Nerone), risuonavano all'interno della collettività romana.

Sul disprezzo verso i matrimoni omosessuale cfr. Juven., Sat., 6. 135-136: "*Liceat modo vivere; fient fient ista palam, cupient et in acta referri*" [se per poco ancora si campa; si faranno, oh si faranno simili riti in pubblico, e per giunta si vorrà nei civili atti segnarli].

¹⁹⁹ V. *infra* pg. 70 ss

3.2. Il *contubernium mixtum* quale espressione fondante il mito della sessualità-virilità romana.

Il quadro del costume risultante dalle fonti, rileva la presenza e un' ampia diffusione del fenomeno dell'omoerotismo, gettante le proprie peculiarità all'interno della relazione tra *dominus e puer* (padrone e schiavo-schiava) nonché nel *contubernium misto*²⁰⁰.

Tale unione, non proibita dal diritto e dalla morale sociale²⁰¹, ha fondamento nella fusione di due termini: soggezione e ruolo passivo, ricuciti sulla figura del servo. In effetti tra condizione servile e sottomissione non esisteva alcuna distinzione, in quanto lo schiavo doveva soddisfare qualsiasi volere, compreso quello sessuale, del padrone. Ed è su questa annotazione che si può tentare di rianimare il mito della virilità romana, racchiusa erroneamente, per troppi secoli, nei dettami dell'eterosessualità.

²⁰⁰ Si sta trattando di una convivenza stabile, priva di *conubium*, per la cui costituzione e scioglimento non era richiesta alcun tipo di formalità. Circa la disciplina giuridica dell'istituto, in maniera generale, occorre, innanzitutto, precisare che essa era strettamente connessa allo *status* di libero del soggetto, maschile o femminile, che istaurava la relazione con il servo.

In effetti il Senato Consulto Claudiano, del 52 d.C., sancì una serie di dettami volti a regolare l'istituzione di tali rapporti e i rispettivi effetti, sulla base del genere del soggetto libero: nel caso di femmina libera, essa avrebbe acquisito la condizione di schiava, solamente se a seguito di tre *denuntiationes*, avrebbe mantenuto il rapporto, salva la possibilità di accordarsi (mantiene il proprio status in cambio di figli schiavi) con il dominus del servo (disposizione questa che venne abrogata da Andriano, il quale riconobbe come liberi tali figli); la relazione istaurata dall'uomo libero non comportava un mutamento della propria condizione giuridica ma allo stesso tempo, se la figura femminile, a sua insaputa, era una *liberta*, i figli da lei concepiti se femmine ricadevano nel catalogo proprietario del dominus, se maschi erano considerati liberi (tal concetto di libertà mutò in schiavitù ad opera di Vespasiano).

In secondo luogo, occorre tener presente che l'istituto in questione si distingue da un'ulteriore unione: il *contubernium*, rapporto nel quale gli attori erano semplicemente una coppia di schiavi. Queste unioni si svilupparono nel contesto sociale romano a partire dal 396 a.C., anno in cui, giunsero a Roma un numero elevato di prigionieri di guerra. Tale annotazione, pur non precludendo la presenza di unioni tra schiavi, nel periodo precedente, è finalizzata ad evidenziare che solamente nel periodo successivo al V secolo a.C., le famiglie romane conobbero il fenomeno delle unioni tra servi. Si sta facendo riferimento ad un'unione stabile, che pur avendo avuto un'ottima diffusione, non ottenne, soprattutto per il primo periodo, alcun tipo di rilevanza giuridica, in quanto istaurata da una coppia di "soggetti" che essendo di condizione servile rientravano nel catalogo delle cose appartenenti al padrone.

Si spiega quindi quel forte atteggiamento di tolleranza che i proprietari riservano a codesti legami, il cui scopo, nell'ottica del dominus, era semplicemente focalizzato ad aumentare la forza lavoro e di conseguenza il proprio patrimonio. In definitiva in entrambi i rapporti (schiavo-schiava, libero e schiava-schiavo) da un lato bisogna tener presente che non sussistevano obblighi di fedeltà, dall'altro che nei secoli successivi queste unioni mantennero la propria natura di fatto.

Circa la disciplina del *contubernium misto* ed in particolare sulle disposizioni del Senato Consulto Claudiano si vedano F. TAMBURI, *Intorno ad una scelta terminologica impropria in tema di contubernium servile*, in *"Iuris quidditas". Liber amicorum per Santalucia*, Napoli, 2010, p. 417 ss.; cfr. Gai. 1. 91.; cfr. Tac. Ann. 12.53.; circa il ripristino della regola dello *ius gentium* ad opera di Adriano cfr. Gai. 1.84.

Con riguardo sia allo sviluppo sia alla disciplina del *contubernium* cfr. BUDRY, *Contubernium*, in *DS.*, I, 2, Paris, 1918, p. 1488.; cfr. P. SILVERIO.LEICH, *Il matrimonio del servo*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubbl. in occasione beatificazione*, I, Milano, 1947, p. 305 ss.

²⁰¹ Concetto per il cui significato si rimanda alla metamorfosi dei costumi del I secolo a.C. Su tal punto cfr. *infra* p. 112 ss

Per i romani la virilità era sinonimo di massima virtù, con la conseguenza che fin da fanciulli, i maschi, venivano allevati per essere dei dominatori volti a conquistare il mondo, in tutte le sue fattispecie, compresa quella sessuale.

Espressione dell'obiettivo è racchiusa nella celebre frase di Virgilio: "*Parcere subiectis et debellare superbos*" (risparmiare chi si sottomette e debellare chi osa opporsi). Tale affermazione consente di richiamare quell'antica morale finalizzata a trasmettere nel *puer* i tratti caratterizzanti il puro cittadino romano, e racchiusi nella celebre espressione: "*virtus*". In effetti, fin dalla nascita, il bambino veniva a contatto con un contesto sociale governato dall'etica della sopraffazione: imporsi sui nemici mediante l'ausilio delle armi e la superiorità delle leggi, mentre sui concittadini con l'uso della parola. Non deve quindi stupire se questa mentalità, la cui forza si intravede non nel singolo ma nell'intero gruppo romano, acquisisce quella natura dominatrice anche in ambito sessuale²⁰².

Focalizzando l'attenzione su quest'ultimo, è giusto osservare come il carattere conquistatore del maschio romano ricorda il potere assoluto del *pater familia*, con la conseguenza che l'espressione massima della sessualità dei romani doveva per forza estendersi anche al mondo maschile. In tale ottica infatti l'omosessualità assume le vesti di una manifestazione del potere e della virilità del cittadino sui suoi sottoposti.

A Roma, sia in età repubblicana sia nei primi tempi dell'età classica, era consentito avere rapporti al di fuori del matrimonio, non solo con donne ma anche con persone dello stesso sesso purché dediti alla prostituzione²⁰³ o di stato servile. Attestazioni più o meno attendibili ci pervengono sia dai racconti di Valerio Massimo sia da Seneca.

Valerio Massimo racconta di un *dominus*, che pur di compiacere le voglie alimentari del proprio servo amato lo accompagna in campagna ed uccide un bue, incorrendo in una condanna non per omosessualità ma per aver ucciso un animale da lavoro. Seneca, nelle *Controversie*, riporta la vicenda di un ex liberto, che essendo criticato di avere una relazione con il suo ex padrone, viene difeso dall'avvocato mediante l'utilizzo delle seguenti parole:

²⁰² Attestazione di ciò la si può ricavare collegandosi a due figure della storia romana: Orazio Coclite, combattente valoroso che riuscì, da solo, a gestirsi l'assalto delle truppe di Porsenna (Re degli etruschi); la Vestale Rea Silvia ovvero colei che fu vittima di uno stupro, ad opera del Dio Marte. Sulla *virtus* quale concetto fondante la morale antica cfr Verg., *Aen.*, VI. 851-853.

Circa la figura di Orazio Coclite quale esempio di *virtus* cfr. LIV. *Ab urb.*, II. 10.; circa la figura della Rea Silvia, immagine espressiva del rapporto sessuale quale manifestazione dell'etica di sottomissione cfr. LIV. *Ab urb.*, I. 3.11.

²⁰³ Su tal punto v. *infra* p. 73 ss.

“La passività sessuale per un uomo libero è un crimine, per lo schiavo una necessità, per un liberto un dovere”. Le fonti offrono un importante ausilio per poter sostenere che in realtà Roma non conobbe l'omosessualità solamente a causa dell'influenza ellenica, ma il legame con il proprio schiavo o liberto era un atteggiamento rientrante a pieno titolo nell'etica dei rapporti sessuali della società romana²⁰⁴.

Fondamentale, è l'appartenenza dello schiavo con cui si consuma il rapporto. Sorge infatti una netta distinzione tra tutti quei rapporti stabili, occasionali tra padrone e servo e le unioni con uno schiavo altrui.

La demarcazione in questione verte sul fatto che lo schiavo, essendo forza lavoro, nel caso in cui abbia un rapporto (etichettato tra l'altro come riprovevole) con un soggetto diverso dal *dominus* andrebbe a diminuire il proprio rendimento²⁰⁵. Fare del servo il proprio amante, invece, rientra nell'esercizio del potere appartenente al *dominus*, pratica dalla quale il padrone stesso può ottenere innumerevoli vantaggi non solo lavorativi²⁰⁶.

Non tutti gli schiavi percepivano il rapporto con il *dominus* come un dovere, tanto che per il padrone stesso non tutti i servi erano uguali. In altri termini, è giusto precisare che dalle fonti si rileva la presenza e la preferenza dei padroni verso i servi più giovani, tra i quali emerge la figura del concubino, ovvero colui che, fino al momento del matrimonio del *dominus*, condivideva abitualmente il letto²⁰⁷.

²⁰⁴ Sul racconto di Valerio Massimo cfr. Val. Max., 8.1.8.; circa la testimonianza di Seneca cfr. Sen., *Contr.*, 4 praef. 10.

²⁰⁵ Il tratto deplorabile caratterizzante i rapporti con uno schiavo altrui, trova conferma all'interno delle fonti ed in particolare nel pensiero di Cicerone. In effetti l'oratore ha più volte ricucito un'etichetta di disprezzo su colui, che sbandierando la propria lussuria, attirava *puer* o schiavi appartenenti ad altri. La ratio di questo pensiero faceva leva sul fatto che gli schiavi, instaurando legami con diversi soggetti, diminuivano il proprio rendimento lavorativo e di conseguenza il patrimonio del proprio *dominus*. Per tale ragione i proprietari controllavano attivamente la vita sessuale dei propri servi, facendo sì che questi potessero instaurare delle relazioni sessuali-amiche solamente con schiave rientranti nelle loro ricchezze. In specchio riflesso a quanto appena riportato, il senatoconsulto Claudiano, sancì un mutamento di status, da libero a schiavo, riguardante la donna che a seguito di tre diffide, non interrompeva l'unione con lo schiavetto.

Sulle fonti volte a illustrare il carattere riprovevole dei rapporti con schiavi altrui cfr. Cic. *De fin.*, II, 3. Circa le disposizioni del senatoconsulto Claudiano cfr. Gai., *Inst.*, 1,84.; cfr. *supra*. p. 70 e nt. 200.

²⁰⁶ Su tal tendenza occorre considerare che l'espedito utilizzato dai padroni per alimentare la soddisfazione del proprio diritto di sopraffazione era rappresentato dal perpetuo dovere morale ricucito intorno alla figura dello schiavo o del liberto. In altri termini i padroni si prendevano gioco dei propri schiavetti ricordandogli il loro dovere principale: mettersi a quattro zampe per soddisfare le loro richieste. Su tal stratagemma si osservi P. VEYNE, *L'omosessualità a Roma*, in *AA.VV.*, *I comportamenti sessuali*, Torino, 1983, p. 37 ss.

²⁰⁷ Su tal punto cfr. E. CANTARELLA, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, cit., p.85 ss.; sulla tradizione e sui significati del *nuces dare* si veda C. FAYER, *op.cit.*, p. 526 ss.

Molteplici tracce relative all'immagine del concubino dello sposo, si ricavano in Catullo, in quanto egli proprio con riguardo al matrimonio di Manlio Torquato, evidenzia sia la partecipazione del concubino ai festeggiamenti (egli era incaricato di distribuire le noci, simbolo di fecondità, agli invitati) sia lo stato d'animo di tristezza che sorgeva sui due amanti:

Cat., *Carm.*, 61. 124-131.: “*Da nuces pueris, iners / concubine: satis diu/ lusisti nucibus: lubet / iam servire Talasio/. Concubine nuces da!*²⁰⁸”.

Cat., *Carm.*, 61. 134-144: “*Diceris male te a tuis / unguentate glabris marite/ abstinere. Sed abstine! / Io Hymen Hymeneae io, / (Io Hymen Hymenaeae) / Scimus haec tibi, quae licent, / sola cognita. Sed marito / ista non eadem licent. / Io Hymen Hymenaeae io, / io Hymen Hymenaeae.*²⁰⁹”.

Nei Carmi, Catullo, ci consente di normalizzare oppure di inserire nella cartella degli amori possibili, tutte quelle relazioni sessuali che il *dominus*, prima del matrimonio, instaurava con il fanciullo di sua preferenza (il concubino) nonché tutti quei rapporti che in seguito alle nozze, tendenzialmente, sarebbero divenuti proibiti²¹⁰.

A Roma, però, oggetto del desiderio maschile potevano essere anche i prostituti, gli stranieri oppure tutti coloro che pur essendo romani in virtù della mansione svolta non erano degni di essere cittadini. A differenza della prostituzione femminile²¹¹, quella maschile oltre ad essere

²⁰⁸ [Concubino svogliato dà le noci / ai ragazzi! Hai giocato / abbastanza con le noci ! / Di servire Talasio è l'ora ormai / concubino, coraggio, dà le noci].

²⁰⁹[Si dice in giro, sposo profumato, / che rinunciare ai tuoi ragazzi imberbi / ti pesa assai. Ma devi farlo. / Viva Imeneo ! / Sappiamo bene che conosci solo / piaceri consentiti. Ma per un marito / questi piaceri non lo sono più. / Viva Imeneo!]

²¹⁰ Circa l'osservanza del vincolo che sorge in capo al marito, è giusto tener presente che nella realtà sociale romana tal ostacolo non riveste il ruolo di divieto anche perché nella maggior parte dei casi, il novello sposo continuerà a mantenere relazioni e giochi sessuali con il proprio concubino.

²¹¹ Con riguardo alla prostituzione femminile, per l'analisi in questione, occorre porre alcune considerazioni generiche. La prima è volta a rilevare che nel contesto romano, la professione svolta dalle prostitute avveniva in due luoghi ben distinti: per le strade oppure nelle case di un quartiere romano ben preciso: il *Submemmum*. La seconda, invece è volta a rilevare alcune analogie e differenze con il ruolo e la condizione svolta dagli scortum (prostituti maschili). Se le differenze fanno leva sia sulle tariffe (per la figura femminile il prezzo richiesto era di due- tre assi; per i prostituti si offrivano cifre e doni dai tratti elevati) sia sui caratteri di entrambe le figure (le donne provenivano dai bassifondi, gli uomini erano dei veri e propri cortigiani), il carattere comune riguarda il riconoscimento di una festiciola (25 Aprile per le donne; 26 Aprile per gli uomini) mediante la quale lo Stato romano, poneva, alle prostitute e ai prostituti, una sorta di riconoscimento, ringraziamento per adempiere alla loro funzione sociale.

molto diffusa, venne vista come un consumo di lusso. In proposito, Marco Porcio Catone, non contestava l'attività meretrice maschile ma la dispersione di denaro che i suoi concittadini erano disposti a porre in essere pur di soddisfare i propri impulsi sessuali con gli *scortum*. Nei suoi scritti, influenzati dal pensiero di Polibio, il censore evidenzia due particolari sfumature di tale condotta: il pagamento, in cambio di servizi sessuali, di somme superiori a quelle che avrebbero consentito l'acquisto di una fattoria e il consumo di giare di caviale del Mar Nero, il cui prezzo si aggirava intorno alle trecento dacme²¹².

I giovani prostituti, a differenza delle loro colleghe, non erano dei reietti sociali ma dei fanciulli viziati, cortigiani d'alto borgo, che essendo soggetti a continui corteggiamenti, potevano vedere i propri vizi soddisfatti da soggetti che, abbagliati, ricorrevano in gravi sanzioni. Si pensi al povero Lucio Flaminio, espulso ad opera dei censori, nel 184 a.C., dal Senato non per la sua omosessualità ma per aver ucciso un uomo senza osservare la regola vigente per le esecuzioni. In effetti dai racconti di Tivio Livio, emerge che Lucio Flaminio, acciecato dall'amore verso il prostituto Filippo, lo condusse con sé in Gallia. Il fanciullo, avendo lasciato Roma, si era perso uno spettacolo di gladiatori. Evidentemente le continue lamentele di Filippo portarono il generale ad organizzare un banchetto nel quale sarebbe avvenuta un'esecuzione capitale. Tornato a Roma, fu infatti allontanato dal senato per mano dei censori ed in particolare mediante una arringa pronunciata da Catone. Successivamente, egli fu perdonato dal popolo in una particolare circostanza: nel corso di uno spettacolo, egli essendo seduto nei posti che spettavano alla plebe, fu acclamato da quest'ultima, tanto che riuscì a riottenere la sistemazione che gli spettava, ovvero un posto nella fila riservata ai senatori²¹³. Ciò che dalla vicenda preme rilevare, riguarda quel lato mascherato o meglio sotteso alla grazia concessa dalla plebe: la normalità che la società romana attribuiva alle relazioni tra un uomo di status libero e un prostituto.

²¹² Su tal punto si vedano E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p.135 e nt.17; Cfr. E. CANTARELLA, *Dammi mille baci, cit.*, p.82 ss.

²¹³ Sul racconto di Tivio Livio cfr. Liv. *Ab urb.*, XXXIX. 45. 2 ss.; sull'episodio relativo al perdono concesso dal popolo cfr. Plut., *Titus*, 18-19, ed in particolare cfr. F. Le Corsu, *Plutarque et les femmes*, Paris, 1981, pg. 175-176.

In sintesi, per i romani gli amori omosessuali maschili erano accettati, purché, il partner passivo del rapporto non sia un cittadino romano-libero ma uno schiavo o meglio un soggetto il cui dominio risulti ben chiaro²¹⁴.

3.3 Tribadismo: orientamento sessuale “contro natura”.

Nella società pagana, dalle origini fino al tardo antico, era consuetudine considerare la figura femminile come un essere sottomesso e privo di capacità giuridica. Le donne romane, per godere di un'ottima considerazione e rispetto sociale, dovevano osservare la *pudicitia*, ovvero la castità e la purezza. Caratteri, questi, che la società romana ricollega all'immagine di Lucrezia, la cui storia, in breve, è opportuno richiamare.

La vicenda si sviluppò durante l'assedio posto alla città di Ardea ed in particolare nella tenda di Sesto Tarquinio, figlio dell'ultimo Re etrusco di Roma (Tarquinio il Superbo). Infatti, in una calda sera d'estate, per ingannare il tempo i validi combattenti tra cui il marito di Lucrezia, Collatino, scelsero di tornare verso Roma, in modo tale da osservare come le loro mogli occupavano il tempo in loro assenza. Collatino, per dimostrare la purezza di sua moglie, scelse di presentarla ai suoi compagni ed in particolare a Sesto Tarquinio. Tal decisione costò la vita di Lucrezia: nei giorni successivi Sesto Tarquinio, pensando di poter soddisfare la sua lussuria, si presentò da Lucrezia, la quale, subito l'oltraggio poi si uccise.

Circa il gesto estremo della matrona preme richiamare le parole che Tito Livio riporta in *Ab urbe condita libri, lib I*, capoverso 58:

Liv. *Ab urb.*, I. 57. 4-11; 58: ” *Aduentu suorum lacrimae abortae, quaerentique viro “Satin salve?” Minime inquit; quid enim sali est mulieri amissa pudicitia? Vestiga viri alieni, Collatine, in lecto sunt tuo; ceterum corpus est tantum violatum, animus insons; mors testis erit. Sed date dexteras fidemque haud impune adultero fore. Sex est Tarquinius qui hostis pro hospite priore nocte vi armatus mihi sibi, si vos viri estis, pestiferum inc abstulit gaudium. Dant ordine omnes fidem; consolatur aegram animi avertendo noxam ab coacta in auctorem*

²¹⁴ Ciò che invece viene condannato sia giuridicamente sia moralmente riguarda tutte quelle unione tra uomini liberi in quanto contrastanti con il mito della virilità e il costume dei padri fondatori.

delicti: mentem peccare, non corpus, et unde consilium aufuerit culpam abesse. Vos inquit uideritis quid ili debeatur: ego me etsi peccato absoluo, supplicio non libero; nec ulla deinde impudica Lucretiae exemplo uiuet. Cultrum, quem sub ueste abditum habebat, eum in corde deficit, prolapsaque in volnus moribunda cecidit. Conclamat vir paterque²¹⁵”.

A tal vicenda vennero affiancati due significati interpretativi: il primo, quello del narratore, volto ad attribuire un’accezione morale; il secondo, invece, volto a conferirgli un significato politico, in quanto fu proprio a causa di tale vicenda che Collatino e Bruto, cacciarono da Roma gli Etruschi e posero la prima pietra per la nascita del periodo repubblicano²¹⁶.

Andando oltre le ipotesi interpretative, ciò che deve essere catturato dalla narrazione riguarda la vera natura del termine *pudicitia*. Si tratta infatti di un’ espressione che attribuisce alla donna un dovere morale, non finalizzato solamente alla procreazione ma anche alla formazione ed educazione dei figli.

Tutto ciò non è da tradurre come un atteggiamento di reclusione delle donne nelle case maritali²¹⁷, anzi è finalizzato ad illustrare il fine machiavellico: tramandare i valori, le virtù degli antichi in modo tale da trasmettere, con orgoglio, ai fanciulli la fierezza di essere romani.

Difficile compito spettava alle donne romane, che pur essendo sottomesse e appartenendo ad uno *status* che le escludeva sia da funzioni giudiziarie sia legislative, doveva essere portato a termine con estrema virtù. Il non adempimento, avrebbe comportato il sorgere di etichette poco gradevoli: adultere, meretrici sfrenate e, perché no, anche tribadi.

²¹⁵[Alla vista dei congiunti, scoppiò a piangere. Il marito allora le chiede:” Tutto bene?” Lei risponde:” Come fa ad andare tutto bene a una donna che ha perduto l’onore? Nel tuo letto, Collatino, ci sono tracce di un altro uomo: solo il mio corpo è stato violato, il mio cuore è puro e te lo proverò con la mia morte. Ma giuratemi che l’adultero non rimarrà impunito. Si tratta di Sesto Tarquinio: è lui che ieri notte è venuto qui e, restituendo ostilità in cambio di ospitalità, armato e con la forza ha abusato di me. Se siete veri uomini, fate sì che quel rapporto non sia fatale solo per me ma anche per lui”. Uno dopo l’altro giurarono tutti. Cercando di consolarla con tali argomenti: la colpa sorge in capo all’autore della violenza e non sulla vittima, non si può parlare di colpa perché manca l’intenzione (ciò che commette peccato è la mente e non il corpo). Nonostante tali suppliche, essa replica:” Sta a voi stabilire quel che si merita. Quanto a me, anche se mi assolvo non significa che non avrò mai una punizione. E da oggi in poi, più nessuna donna, dopo l’esempio di Lucrezia, vivrà nel disonore!” Afferrato il coltello che teneva nascosto sotto la veste, se lo piantò nel cuore, e piegandosi sulla ferita, cadde a terra esanime tra le urla del marito e del padre]

²¹⁶ Circa la mancata connessione tra il significato politico e l’oltraggio posto a Lucrezia cfr. Liv., *Ab urb.*, I, 57. 4-11; 59.

²¹⁷ A differenza del mondo greco, contesto nel quale le donne venivano segregate nella case maritali escludendole dalla vita quotidiana e sociale, i romani controllavano le proprie mogli educandole e rendendole partecipi della loro vita.

A questo punto sorge una domanda spontanea: come veniva considerata l'omosessualità, in questo caso femminile, agli occhi della società pagana e del maschio romano?

A differenza degli omosessuali maschi, le tribadi venivano etichettate come delle femmine depravate, donne il cui orientamento era considerato "contro natura". Attestazione di ciò perviene dalle scarse ma precise fonti, volte ad evidenziare che il contesto sociale e culturale romano etichetta il lesbismo come un orientamento rappresentate il peggior vizio e depravazione del genere femminile.

Data la complessità del discorso in questione, l'analisi deve iniziare ponendo l'accento su due termini stigmatizzanti: "contro-natura" e "crimine".

Focalizzando l'attenzione sulla prima connotazione, maggiori notizie si ricavano dalla *Metamorfosi* di Ovidio, dove si narra la storia di Iphis, fanciulla nata sull'isola di Creta.

La madre, dopo aver appreso la tragica notizia che il marito avrebbe ucciso il suo erede, nel caso fosse di genere femminile, decise su consiglio di Iside di nascondere la verità e di crescerla ed educarla come un maschio. Raggiunta l'età del matrimonio, Iphis, fu promessa dal padre a Ianthè, donna che portò la ragazza a scontrarsi con un amore profondo e, descritto da lei, mostruoso allo stesso tempo. Arrivato il giorno delle nozze, pur di evitare che queste venissero ostacolate, Iside, trasformò Iphis in uomo²¹⁸.

Se in Ovidio l'aspetto innaturale dell'omosessualità femminile viene espresso dalla donna stessa, per quanto riguarda la sfera maschile si tratta di un vero e proprio crimine associato all'adulterio. Che le unioni tra donne venivano connesse alla fattispecie dell'adulterio e dei reati di lesa maestà²¹⁹, trova conferma sia in Marziale sia nel pensiero di Giovanale.

Marziale narra di Bassa, nonché di una donna della cui morale nessuno, compreso l'autore, avrebbe sospettato. In realtà questa figura, pur ricordando i tratti caratteristici delle matrone romane, conservava un importante segreto:

In *Mart. Sat.*, I, 90, si legge: "Mai un maschio al tuo fianco, nessuna storia d'amanti, Bassa, e attorno a te solo un affaccendarsi di donne a ogni servizio prestarti senza un sol uomo nei paraggi, accidenti mi dicevo è una Lucrezia questa.

²¹⁸ Su tale vicenda cfr. *Ov., Met.*, IX. 666-797 ed in particolare, in relazione all'aspetto innaturale citato dalla donna, cfr. *Ov., Met.*, IX. 737-738.

²¹⁹ Circa il crimine di lesa maestà è giusto tenere presente che esso fonda le proprie radici sul fatto che la donna, sposata, unendosi con un'altra, si assume il compito: dominare una donna per darle e trarne piacere, caratteristico dell'uomo. Su tal punto cfr. A. DOSI, *Eros. L'amore in Roma antica*, Roma, 2008, p. 137 ss.

Ma tu, misericordia, un chiavatore sei. Memorabile audacia, tu stringi e avvinghi come un sol uomo due sorelle fica, la tua clitoride meravigliosa ha il ruolo dello sposo. La macchina prodigio di tua invenzione è indovinello da Sfingi tebane: come, mancando l'uomo, non manchino le cornute e le puttane²²⁰.

In effetti, Bassa, non essendo mai vista in compagnia di uomini ma solo di donne, sente giudicare dall'autore il proprio orientamento sessuale, comparandolo all'adulterio. Non a caso il poeta in Mart. *Sat.*, I,90, ultimo verso, evidenzia:

” *Hic ubi vir non est, et ut sit adulterium*” (Qui non c'è marito, quindi c'è adulterio)²²¹.

Ripugnante, sempre per Marziale, è anche la figura di Philaenis, donna che oltre ad allenarsi come un atleta, pone in essere atteggiamenti maschili. Si dice, infatti, che essa dopo aver bevuto molto vino, amava far valere la sua potenza virile sottomettendo sia ragazzini sia decine di vergini. Quanto appena detto lo si ritrova nella settima Satira di Giovenale²²², anche se, in essa, l'accusa di omosessualità compare solo con riguardo ad un'ulteriore coppia di due donne, Tullia e Maura:

In Juven., *Sat.*, VII, 314-319, si legge: le due sorelle di latte s'incontravano di notte al tempio della *Puditicia*, scendono di lettiga e contro l'altare, urinano, inondando, di getti interminabili, la faccia della Dea, per poi cavalcarsi sotto la luna²²³.

In sintesi, il denominatore comune che unisce questi autori, è la profonda avversione verso il mondo omosessuale femminile il quale, a detta loro, ha l'unico scopo di distruggere la morale sessuale maschile, unica fonte di piacere e soddisfazione. Che l'essere maschile fosse visto dalla società romana come un “dispencer” di piacere non sussiste alcun dubbio, in quanto vi sono innumerevoli fonti che proprio nella figura del Dio Priapo esaltano ed inquadrano il

²²⁰ Cfr. Trad. da E. CANTARELLA, in *Secondo natura, cit.*, p. 215.

²²¹ Cfr. Mart. *Sat.*, I. 90. 9-10.; per maggiori considerazioni si rinvia a J.P. SULLIVAN, *Martial's Sexual Attitudes*, *Philologus: Zeitschrift für Antike Literatur Und Ihre Rezeption* 123 (1-2): 293, 1979

²²² Cfr. Juven., *Sat.*, VII. 225-235 e 246-264.

²²³ Cfr. Juven., *Sat.*, VII, 314-319.

sesso come una pratica del vincitore. In proposito, infatti bisogna richiamare sia i Carmina Priapea sia i graffiti di strada²²⁴.

Focalizzando l'attenzione sui primi, a titolo meramente conoscitivo, occorre precisare che si sta ponendo lo sguardo su una composizione, scritta in lingua volgare, del I. sec. d. C, dedicata al Dio Priapo: rappresentazione e perfetta personificazione del fallo. Descritto come un uomo dotato di enormi genitali, egli utilizzando il suo membro teneva ben distante sia i ladri sia gli uccelli rapaci:

In Carm. Pria., 35: "*Pedicare fur semel; sed idem si deprensus eris bis, irrumabo. Quod si tertia furta molieris, ut poenam patiare et hanc et illam, pedicaberis irrumaberisque*"²²⁵.

In Carm. Pria., 44: "*Nolite omnia quae loquor putare per lusum mihi per iocumque dici. Deprensos ego ter quaterque fures omnes ne dubitetis irrumabo*"²²⁶.

Per quanto riportato, si può largamente sostenere che i romani mediante la figura del dio Priapo, cercavano, attraverso l'uso di espressioni e di affermazioni volgari, di richiamare a gran voce il concetto di sopraffazione e di virilità. Conferma di ciò la si ricava nella letteratura popolare ed in particolare attraverso i graffiti, ben esposti nella città di Pompei. Nessun dubbio ci può essere in relazione al tema che veniva rappresentato: il *futuere* ovvero l'atto sessuale attraverso il quale l'uomo si rendeva glorioso. Si ricordavano sia le gesta gloriose in compagnia di amici sia la sottomissione violenta di corpi femminili.

Il continuo richiamo all'etica di stupro e di virilità, in realtà, nasconde una maschera di insicurezze e di paure, che tendenzialmente nella coscienza e nei tratti dell'uomo romano, devono essere collocate all'esterno²²⁷. Quanto detto trova conferma nella figura di Ovidio, il

²²⁴ Circa l'esaltazione della virilità sia nei Carmina Priapea sia nella letteratura di strada cfr. A. DOSI, Eros. L'amore in Roma antica, *cit.*, p. 144 ss

²²⁵ [Ladro t'inculerò la prima volta. Se ci riprovi, allora nella bocca te lo ritroverai. E se una terza volta torni a farlo perché tu provi l'una e l'altra pena in culo e in bocca te lo metterò]. Per la traduzione cfr. E. PIANEZZOLA, in *Dammi mille baci*, *cit.*, p. 22

²²⁶ [E non pensare che quello che dico io lo dica per scherzo o per giocare. Ai ladri, se li sorprendo per tre, per quattro volte non dubitare, glielo metto in bocca]. Circa la traduzione cfr. PIANEZZOLA, in *Dammi mille baci*, *cit.*, p. 22.

²²⁷ Circa il rapporto tra il vanto e l'insicurezza si veda E. CANTARELLA, *Dammi mille baci*, *cit.* p.22 ss.

quale nonostante la vergogna, riuscì ad ammettere di non aver regalato alla fanciulla Corinna una notte di passione:

Ov. *Amores.*, III. 5-7: “ ... l’ho stretta turpemente fiacco, senza goderne, e ho giaciuto obbrobrioso peso per il pigro letto e non ho potuto, pur desiderandolo ... valermi della parte voluttuosa dell’inguine sfinito²²⁸”.

Ov. *Amores* III. 27-30-37: “Forse, infelice, mi nuocciono formule ed erbe magiche? O una strega ha fissato il mio nome su rossa cera e piantato entro il mio fegato sottili aghi?... Forse da qui l’impotenza dei miei lombi. E s’è aggiunta la vergogna: la stessa vergogna dell’accaduto mi nuoceva, seconda causa del fallimento..²²⁹”.

Le parole di Ovidio trasudano debolezza e fragilità d’animo, in netto contrasto con la politica maschile della virilità e dello stupro²³⁰, rischiando così di distruggere quell’etica del vanto ricucita intorno al maschio romano, idealizzato nelle vesti di dominatore e conquistatore.

Altro pericolo per l’ego maschile è quindi il sopra citato lato omosessuale femminile, che con la sua esistenza porta l’uomo romano a mettere in discussione la propria prestazione e la sua autorità.

Non deve infatti stupire se nel *Libro dei sogni* di Artemidoro di Efeso (opera nella quale i sogni erotici sono suddivisi in tre categorie: secondo natura, consuetudine e legge, contro natura) e più precisamente in *Artemid.*, I,80, i rapporti tra donne sono collocati nei sogni contro natura, a differenza delle unioni tra uomini che trovano ampio spazio nei sogni secondo natura. Non deve però neanche suscitare grande scalpore se oltre al termine innaturale si fa anche riferimento alla malattia mentale. In tal senso, sono molto rumorose le parole con cui si espone Celio Aureliano:” Queste donne sono più desiderose di giacere con donne che con uomini. Di fatto esse bramano le donne con concupiscenza maschile, e quando sono stanche o temporaneamente soddisfatte della loro passione si precipitano, come vittime

²²⁸ Per la traduzione cfr. E. PIANEZZOLA, in *Dammi mille baci*, cit., p. 26.

²²⁹ Circa la traduzione cfr. E. PIANEZZOLA, in *Dammi mille baci*, cit., p. 27.

²³⁰ Sul concetto di virilità di stupro si veda P. VEYNE, *La famille est l’amour sous le Haut-Empire romain*, in *Annales E.S.C.* 33, 1978, p. 36 ss.

di un intossicazione perenne, a nuove forme di piacere e, irretite da questo sciagurato sistema di vita, trovano piacere nell'uso dei loro poteri sessuali²³¹".

4. Il rapporto tra *Lex Scatinia* e l'editto *de Adtemptata pudicitia*.

Con l'ellenizzazione, l'omosessualità maschile fu destinataria di un' importante metamorfosi: da sinonimo di sopraffazione-stupro a desiderio di seduzione e corteggiamento dei ragazzi liberi. In effetti a partire dal II° secolo a.C., i romani conobbero l'amore efebico, nonchè quel sentimento che la società romana antica condannava in tutte le sue forme. La pederastia, nel senso greco del termine, oltre ad avere una funzione educativa, volta a far divenire l'amato (fanciullo avente un età compresa tra i 15 e 18 anni) un perfetto cittadino, impone un codice di corteggiamento caratterizzato da importanti giochi intellettuali, psicologici e sessuali, esterni alla cultura primitiva della Roma dell'età arcaica, ma rappresentanti, se osservati, la bontà dell'amore. Sintomi di galateo si possono rintracciare nell'opera di Tibullo.

Il poeta nella quarta Elegia del I° libro, disperato per il suo insuccesso in ambito amoroso, chiede consigli a Priamo, in modo tale da avere un ampio successo in tale campo:

In Tib. I. 4., si legge: "Oh, evita di affidarti alla tenera turba dei fanciulli, poiché essi hanno sempre un giusto motivo per essere amati: questo piace perché sa frenare il cervello stringendo le briglie; quest'altro spinge la placida acqua col niveo petto; quest'altro ancora dotato di grande audacia, seduce; quello poi mostra sulle tenere guance un pudore verginale. Ma tu non lasciarti prendere dal fastidio se per caso dapprima negherà: porgerà a poco a poco il collo sotto il giogo... E non aver paura di giurare: i venti rendono vani gli spergiuri degli amanti portandoli per le terre e sulla superficie del mare. Grande è la gratitudine per Giove: lo stesso Padre ha voluto che non avesse valore tutto che un amante inetto nel suo cupido ardore giurasse. Diana (Dictinna) ti concede di giurare in nome delle sue saette, Minerva in nome dei

²³¹ Circa il discorso dispregiativo del medico Celio Aureliano cfr. Caelius Aurel ., Tard. Pass., VI, 9, 132-133, in *On Acute Diseases and on Chronic Diseases*, Chicago, 1950.; per maggiori informazioni circa il rapporto tra omosessualità femminile e malattia mentale si vedano L. SANDIROCCO, *Cum vir nubit in feminam*, *Rivista di Diritto Romano*, IX, 2009, p.2.

suoi capelli. [...] Tu, qualunque cosa piaccia di tentare al tuo fanciullo, cedi; col cedere l'amore riporterà moltissime vittorie. Non rifiutarti di fargli da compagno, anche se ti prepari un lungo viaggio e la Canicola bruci i campi col suo ardore sitibondo, anche se l'arco apportatore di pioggia (annunci) l'acqua che sta per venire, diffondendo nel cielo una caligine picea. Oppure, se vorrà andare su una nave per le onde cerulee, tu stesso spingi col remo sulle onde il leggero naviglio. E non ti infastidire se devi sopportare dure fatiche e rovinarti le mani non abituate con questo lavoro. E se egli volesse tendere insidie nelle valli profonde, le tue spalle non si rifiutano di portare le reti, pur di piacergli. Se poi vorrà prendere le armi, cercherai di partecipare al gioco con mano leggera; spesso porterai nudo il fianco perché vinca lui. Allora diventerà mite con te, allora potrai carpirgli i baci graditi: si schermirà, ma tuttavia te ne darà di buoni. Sulle prime ti darà solo quelli strappati con forza, poi sarà lui stesso a dartene se gliene chiedi, finirà così col volere che tu ti getti al suo collo. Ahimè, ora questi tempi trattano male le misere arti: orami il tenero fanciullo si è abituato a volere doni. Ma tu, che per primo hai insegnato a vedere l'amore, chiunque tu sia, ti pesi addosso una pietra infame. O fanciulli, amate le Muse (Pieridi) e i dotti poeti: e gli aurei doni non abbiano il sopravvento sulle Pieridi... La stessa Venere vuole che ci sia posto per le parole carezzevoli: essa protegge i lamenti supplichevoli, i miseri pianti. Queste parole il dio pronunciò dalla sua bocca, perché io le ripetessi a Tizio, ma sua moglie gli impedisce di ricordarsele. Obbedisca pure alla sua donna; ma voi celebratemi come maestro, voi che un esperto fanciullo tratta duramente con le sue molte arti. Ciascuno ha il suo titolo di gloria; quanto a me, mi consultino gli amanti che si vedranno disprezzati: la nostra porta è aperta a tutti. Verrà il giorno in cui una svelta schiera di giovani mi accompagnerà, vecchio oramai, mentre vado insegnando i precetti di Venere. Ahimè!, come è lento il fuoco con cui mi tormenta Marato! Mi mancano le arti, mi mancano gli inganni. O fanciullo, ti prego, abbi pietà, che io non diventi turpe motivo di favola, quando si riderà del mio vano magistero²³²".

Se dal testo ricaviamo la diffusione di regole relative al comportamento che sia i *pueri* (si dovevano fare desiderare, corteggiare e coccolare) sia gli amanti (dovevano giurare amore eterno, assecondare e soddisfare i desideri del fanciullo) dovevano osservare durante la fase

²³² [trad. E. CANTARELLA].

del corteggiamento, Tibullo in I,9, invece, evidenzia quel lato meravigliosamente crudele del suo amore verso Marato:

In Tib. I, 9:” Perché mai, se dovevi tradire il mio misero amore, facevi promesse in nome degli dei, per violare poi di nascosto?... Da doni si è lasciato prendere il mio fanciullo: ma il dio li possa mutare in cenere e in acqua corrente. Ben presto mi pagherà il fio, e la polvere e il vento, che gli scompiglierà le chiome, distruggeranno la sua bellezza. Quanto volte l’ho ammonito: non contaminare con l’oro la bellezza: spesso molti mali sogliono nascondersi sotto l’oro. Se qualcuno, vinto dal denaro, ha violato l’amore, Venere è con lui aspra e feroce... Allora, tu mi giuravi che non volevi vendere la tua fedeltà per nessuna somma di ricco oro, non per gemme, nemmeno se ti fosse data come compenso la terra di Campania, nemmeno se ti fosse stato dato l’agro di Falerno, amore di Bacco. Con quelle parole mi avresti convinto che le stelle del cielo non risplendono e che le vie del fulmine non sono pure. Ed anzi piangevi: ed io, non esperto nell’ingannare, asciugavo continuamente fiducioso le tue guance bagnate. Che farei io, se tu pure non fossi preso dall’amore di una fanciulla? O quante compagno, le fiaccole a notte inoltrata! Spesso per opera mia, quanto tu non speravi, essa venne a te di notte si nascose velata dietro la porta chiusa. Allora misero mi rovinai, credendo stolidamente di essere amato da te... Tu sta lontano da qui, tu cui piace vedere la propria bellezza e riportare grande ricompensa a piene mani. Ma di te, che hai osato corrompere con doni il fanciullo, rida tua moglie, e impunemente sempre ti inganni, e dopo che avrà fiaccato il giovane negli incontri furtivi, stia a letto con te, stanca, interponendo la veste.. Credi forse che essa acconci per te i capelli, o ravvii pe te con pettine fitto le chiome sottili? Non a te, ma a un certo giovane vuol apparire bella... Con costei, tuttavia, giacque il nostro fanciullo: io crederi che Venere potrebbe accoppiare costui con le bestie feroci. E tu hai osato vendere ad altri le mie carezze, tu insensato hai osato offrire ad altri i baci che erano miei ? Allora piangerai, quando un altro fanciullo mi terrà avvinto a sé e porrà il suo superbo regno là dove era il tuo regno. Ma allora mi giunga gradita la tua pena, e un’aurea palma appesa in onore della benigna Venere indichi i miei casi:<< Tibullo, liberato da un amore fallace, questa palma dedica a te, e ti prega, o dea, di accoglierla con animo grato>>²³³”.

²³³ [trad. E. CANTARELLA]

Indipendentemente dal fatto che tali racconti siano o no veritieri²³⁴, ciò che preme evidenziare è la diffusione di come, anche a Roma, le regole e il corteggiamento verso i *pueri* fossero all'ordine del giorno. Situazione innovativa, quest'ultima, che ci deve portare a chiedere come il diritto sia intervenuto con l'obiettivo di contrastarla.

Dalle fonti, risulta la presenza di una prima legge di età repubblicana, la *Lex Scatinia*, volta a regolare il comportamento sessuale dei romani. Nonostante l'assenza di riferimenti testuali, si può presumere che la legge in questione non penalizzava tutte le relazioni omosessuali,²³⁵ ma solamente due tipologie di rapporti: quelli tra uomini adulti e quelli intrapresi con fanciulli liberi e di giovane età.

Focalizzando l'attenzione sui primi, si può sancire con assoluta certezza, che i destinatari del precetto normativo erano coloro che rivestivano, nel rapporto, il ruolo passivo. Tracce a sostegno di quanto detto, si ritrovano nella II satira di Giovenale ed in particolare nei versi 36-48. In tali versi, il retore romano, nella parte in cui Laronia accusa un uomo barbuto di aver sul corpo una fragranza di profumo eccessiva, fa accenno ad una violazione della legge *Scatinia* da parte di costui. In ogni caso gli uomini a cui Laronia rivolge le proprie accuse sono definiti dalla stessa rammolliti²³⁶. Per la società romana, coloro che presentavano il carattere della "mollezza", erano tutti quei soggetti che si identificavano in un partner passivo. Di conseguenza, è di assoluta limpidezza, che la prima fattispecie di reato abbia ad oggetto i rapporti tra adulti e che in tali casi la pena ricada sui soggetti passivi.

²³⁴ Circa l'attendibilità delle vicende amorose raccontate da Tibullo, è opportuno tener presente che i dubbi a tal riguardo, devono essere collocati all'esterno di tal ottica, in quanto pur ammettendo che essi siano frutto di finzioni, allo stesso tempo sono portatrici di una metamorfosi relativa alla modalità (sensazioni e comportamenti) attraverso la quale la Roma del II° secolo cominciava a vivere i rapporti.

²³⁵ Circa i destinatari o l'oggetto della legge, bisogna considerare che su tal punto non sussiste un'opinione unanime: c'è chi sostiene che l'oggetto del reato riguardi lo *stuprum cum puero*; altri, invece, pongono come destinatario del precetto in questione il soggetto passivo di un rapporto tra adulti oppure più in generale la relazione istaurata tra due adulti.; altri ancora, intravedono la colpevolezza, nel partner attivo.

Al di là di tali illustri pensieri dottrinali, per ragioni di tracce all'interno delle fonti, preferisco essere concorde con l'orientamento proposto da E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p. 147 ss., e riguardante la presenza di due fattispecie di reato.

Circa il primo orientamento cfr. P. VEYNE, *L'omosessualità, cit.*, p. 41.; circa l'identificazione del reo con colui che esercita il ruolo passivo o con la relazione tra uomini adulti si veda ad. es. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano 1901, rist.an. Roma 1976, p. 361., sottolinea il carattere degli abusi *inter ingenuos*; cfr. A. RICHILIN, *The Garden of Priapus*, (Appendix 2: The Circumstances of Male Homosexuality in Roman Society of the late Republic and Early Empire, 1951-p. 220), il quale a differenza del FERRINI, ipotizza la presenza di una pena in capo tutti coloro, ingenui di qualunque età, che accettano di essere sottomessi.

²³⁶ Cfr. *Juven. Sat.*, II. 36-48.

Per ciò che concerne i rapporti con i *puer*, la disposizione era volta a punire solamente il soggetto adulto del rapporto. In merito a ciò, notizie brillanti pervengono da Plutarco e da Valerio Massimo. Entrambi narrano della vicenda di Caio Scattino Capitolino, il quale fu condannato ad una sanzione amministrativa per aver tentato di corteggiare e sedurre il fanciullo di Marco Claudio Marcello. Al di là della distinzione riguardante l'accusa (Plutarco sostiene che essa sia stata prodotta dal senato, mentre lo storico evidenzia che essa provenga dal popolo) il punto fondamentale riguarda la *multa rogata*, pena che sarebbe ricaduta sulla parte adulta nel rapporto con un giovane libero²³⁷.

In questa ottica, preme rilevare che il carattere innovativo della *leges*, non è dato dal suo destinatario, ma lo si osserva con riguardo alla pena prescritta nonchè la *multa rogata*. Se l'importo di quest'ultima, nei periodi precedenti, era lasciato alla discrezionalità del pretore, nel caso di specie, l'ammontare della sanzione viene fissato a diecimila *sesterzi*.

Con le suddette disposizioni, oltre ad andare a punire la passività, si diede inizio ad una redazione di provvedimenti volti a penalizzare un'etica morale che identifica il maschio passivo del rapporto, fatta eccezione per il *puer*, il corpo del reato. Sostenere che la presenza di tale disposto normativo, e della correlata sanzione, avesse diffuso un sentimento di terrore nella società romana, è errato. In effetti l'affermazione di un nuovo stile di vita, ha fatto sì che i romani continuassero a corteggiare per le strade quei fanciulli che per la legge erano intoccabili. Data l'ampiezza del fenomeno, il pretore urbano decise di emanare l'editto *de Adtemptata pudicitia*, volto a punire i "pappagalli stradali", nonchè coloro che per le strade tenevano comportamenti molesti sia nei confronti delle donne ma soprattutto nei confronti dei *praetexati*²³⁸. In realtà, per osservare i punti chiave sanciti dal pretore, un supporto non indifferente viene offerto da Ulpiano:

In D. 47.10.15.15 (Ulp. 57 *ad ed.*), si legge: "*Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent; si igitur non matronali habitu femina fuerit, et quis eam appellavit, vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur*²³⁹."

²³⁷ Sulle vicende di Caio Scattino Capitolino cfr. Plut., *Marc.*, II. 3-4; cfr. Val. Max., IV. 1,7.

²³⁸ Con tal termine si vanno ad indicare tutti quei ragazzi liberi, distinti dai cittadini, in quanto portatori di una tunica bianca e privi di capacità politica.

²³⁹ Cfr. D. 47.10. 15. 15 (Ulp. 57 *ad ed.*).

Dal frammento dove Ulpiano commentò l'editto, si possono evidenziare tre fattispecie criminose: chi seguiva lungo la strada una *materfamilias* o un *praetextatus*, chi gli sottraeva la scorta²⁴⁰ e chi infastidiva verbalmente a ritmo persuasivo²⁴¹. Di conseguenza, l'editto pretorio nasce per tutelare gli intoccabili, ossia le donne e i *puer*. Si deve quindi escludere qualsiasi repressione nei confronti della pederastia, sanzionata, per il momento, solamente dalla Legge *Scatinia*.

Si tratta infatti di due provvedimenti la cui diversità fa leva sia sul periodo di emanazione, sia sui destinatari.

Circa il primo tratto distintivo bisogna considerare che *Lex Scatinia* risulta un prodotto di età repubblicana mentre l'editto è stato emanato trent'anni dopo. In aggiunta a quanto appena sostenuto, è giusto tenere presente che la data di emanazione della legge, per molto tempo, ha costituito un valido motivo di contrasti dottrinali. Si sono infatti contesi il campo due orientamenti: coloro che indicavano l'anno 149 a.C. come periodo di approvazione della legge; di contro, invece, si pose l'accento sul 225 a.C.

A sostegno della prima tesi, si pose lo sguardo sui Papiri di Ossirinco, ed in particolare su alcune espressioni collocate nelle linee 115-116 della V colonna del nuovo Livio di Ossirinco. In esse, si evidenzia il nominativo di Scantius, estrapolato dai termini: "*am tulit in stupro deprehensi*", preceduti da un'assenza di nove lettere. Tale mancanza fu integrata e corretta con la seguente frase: "*Scatinus plebiscitum tulit de in stupro deprehensis*", affermazione con la quale si è attribuita la titolarità del provvedimento a Scatinus. Su tale correzione, alcuni autori hanno posto alcune critiche, facenti leva sia sulla sostituzione del nominativo (si sostiene che il cambio di nome, da Scantius a Scatinus non sia corretto in quanto il primo nomignolo appare nelle fonti), ma anche sulla titolarità a Scantius, non del provvedimento, ma di una triste fama di stupratore. Secondo il ragionamento e le successive integrazioni poste

²⁴⁰ Preme ricordare che a Roma sia i ragazzi liberi sia le donne oneste erano accompagnate dai pedagoghi o *comites*. Ulpiano in D. 47.10.15. 16-18 (Ulp. 77 *ad ed.*) evidenzia il fatto che l'editto puniva colui che allontanava, dai fanciulli o dalle donne, la scorta. Togliere loro tali protettori significherebbe permettere di ledere la loro onestà ed etichettarle persone di facili costumi.

Ulteriori tracce relative a tal comportamento si recano nell'*Asinaria* e nel *Curculio* di Plauto. Il poeta, in tali commedie, offre le vicende di un farabutto che pur di sottrarre la scorta al *puer*, è disposto a spendere molte energie.

Su quest'ultimo punto cfr. Plaut., *Asin*, 35.; cfr. Plaut., *Curc.*, 37-38.

²⁴¹ Ulpiano in D.10.15.20 e 23 sancisce che la molestia verbale non avveniva solamente mediante parole romantiche ma doveva essere spinta da un impulso contrario alle norme sociali comunemente accettate ovvero contrarie ai *bonos mores*.

da tali studiosi, si deve escludere che l'anno 149 a.C sia l'anno di approvazione della legge poiché è più probabile che esso rappresenti il momento in cui Scantius pose in essere uno stupro. Per tali ragioni, ma anche grazie al supporto delle fonti, tendenzialmente si ricollega la data dell'emanazione al 225 a.C, in quanto, nel 227 a.C, Scatinio Capitolino, mediante il suo comportamento depravato, aveva macchiato il nome degli Scatinii. Di conseguenza, per ripulirsi dallo scandalo, un ulteriore membro della *familia* degli Scatinii propose, nel 225 a.c, la *Lex Scatinia*²⁴².

In relazione al secondo fattore distintivo ossia i destinatari, basta illustrare che a differenza della *leges*, che penalizzava la passività e i rapporti tra un adulto ed un fanciullo (l'omosessualità maschile), l'editto, invece, pur ponendo l'accento sulla figura del *puer*, non sanzionava la pederastia ma qualsiasi corpo che poteva provocare un attentato all'onore. Da notare il fatto, non scontato, relativo alla trasposizione dell'editto de *Adtemptata Pudicitia* nell'ambito del reato d'ingiuria.

Questo collocamento, avvenuto ai tempi di Ulpiano, si fonda semplicemente sull'obiettivo di tutelare l'integrità morale-sessuale dei soggetti destinatari, o meglio, proteggere la fondamentale virtù della *pudicitia*.

In conclusione non resta che richiamare quanto sostenuto nelle righe precedenti: la pederastia non trova spazio nell'editto pretorio ma ottiene una sua regolamentazione solamente nella *Lex Scatinia*.

²⁴² Circa il primo orientamento cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, p. 91 e nt.1.; cfr. P. VEYNE, *L'omosessualità*, cit., p. 41.; sulle critiche relative sia alla sostituzione del nominativo sia sull'oggetto della titolarità di Scantius cfr. E. KORNEMANN, *Die neue Livius-Epitome aus Oxyrhynchus. Text und Untersuchungem*, Aalen, 1963.; cfr. O. ROSSBACH, *Periochae omnium librorum, Fragmenta Oxyrhinchi reperta*, Lipsiae, 1910, in quanto egli fa un preciso riferimento alle integrazioni, corrette, poste da ulteriori autori.

Circa il secondo filone di pensiero si conceda un profondo rinvio a J. CHRISTIUS, *Historia legis Scatiniae*, Magdeburg, 1727, p. 8 ss.; circa la presenza nella Roma del 216 a.C della *familia* Scatinii cfr. Liv. XXIII, 21.; circa la fondatezza della data (225 a.C) cfr. M. VOIGT, *Über die lex Cornelia sumptuaria*, in *Berichte über die Verhandlungen der Kön. - Sachs Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, Phil - Hist. Kl.* 42, 1890, p. 243 ss.

5. La *Lex Iulia de adulteriis coercendis*

Nel 18 a.C.²⁴³ venne approvata, su proposta di Augusto, la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, *leges* volta alla repressione dei crimini sessuali²⁴⁴.

Questo disposto normativo rientra a pieno titolo nel disegno legislativo augusteo, mirato a ripristinare quell'antica morale posta a garanzia della *familia* la cui dignità sociale fu oggetto di particolari mutamenti. In effetti, i rapporti coniugali, oramai privi di quel lato affettivo, cominciarono ad essere percepiti come un dovere sociale. Conferme di ciò si possono estrapolare nel pensiero del poeta Lucillo, il quale diede una rappresentazione del matrimonio equivalente ad un tormento e sciagura per l'uomo. Quest'ultimo, vincolato alla tragedia matrimoniale, doveva prender moglie andando contro a qualsiasi sua volontà o svago più segreto. Sulla stessa onda, sia il censore Metello Numidico (nel 131 a.C.) sia, in un momento successivo, Augusto, consci delle noie matrimoniali, furono costretti a porre in essere un'opera di esortazione, in modo tale da invitare la società ad assolvere il loro compito nei confronti dello Stato²⁴⁵. In questo contesto sociale lo scopo perseguito risulta molto chiaro: punire, come delitto pubblico, qualunque rapporto posto in essere al di fuori del matrimonio e del concubinato, ad eccezione di quelli avviati con prostitute o donne a queste equivalenti²⁴⁶. Sostenere che il termine adulterio debba essere inteso nella sola accezione stretta è del tutto errato. In realtà, nella sua *leges*, Augusto, pose in essere un uso analogico del termine, in modo tale da colmarne il contenuto con il significato di *stuprum*, espressione collocata nel seguente frammento di Modestino:

In D. 48.5.35(34) (Mod.,1 *reg.*):” *“Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur”*”.

²⁴³ Circa la data di emanazione, la dottrina maggioritaria è concorde sul fatto che la *leges*, su cui si sta ponendo l'attenzione, sia stata emanata nel 18 a. C. Tuttavia altri studiosi, ritengono che l'intervallo di tempo si debba collocare tra la metà del diciassettesimo e sedicesimo secolo.

Su tal punto si vedano T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della Lex Iulia*, in <<*Iuris vincula. Studi in onore di M. Tala-maca*>>, Napoli, 2001, VIII, p. 84 ss.; cfr. L. SANDIROCCO, *Cum vir nubit in feminam*, *cit.*, p. 8.

²⁴⁴ Crimini, la cui punizione venne sottratta all'autorità e alla discrezionalità del *pater familia* e attribuita allo Stato. Tal attribuzione non venne vissuta così pacificamente dalla società romana. Tacito, nel secolo successivo, accusò l'imperatore di aver introdotto nei contesti famigliare delle spie statali.

²⁴⁵ Cfr. Lucil., 678-679; cfr. Gell., *noct. Att.*, 1.6.2; cfr. Gell., *noct. Att.*, 1.6. 4-6

²⁴⁶ Su tal punto si veda *infra* p. 90-91.

Da un attenta osservazione del frammento, sorge la seguente interrogazione: se lo stupro ex legge Iulia può risultare da un rapporto posto in essere *cum virgine, cum vidua o cum puero*, si può sostenere che tra i vari obiettivi della politica augustea fosse compresa anche una nuova regolamentazione delle unioni omosessuali?

Per poter dare un responso alla questione è opportuno far risorgere il contenuto di due passi, uno collocato nelle *Pauli receptae Sententiae*²⁴⁷, l'altro nelle Istituzioni di Giustiniano²⁴⁸:

In Paul. *Sent.* 2.26. 12-13, si sancisce la previsione di due pene distinte imposte a due soggetti diversi: veniva punito con la morte solamente colui che aveva stuprato un maschio libero; invece, una pena diversa, veniva inflitta a chi si sottometteva volontariamente ad uno stupro pederastico. In questo caso, si procedeva alla perdita della capacità di disporre per testamento e alla confisca di metà del patrimonio.

In *Inst.* 4.18.4., troviamo riportato che la Lex Iulia puniva con la morte sia coloro che mettevano in bilico un matrimonio altrui, sia coloro che soddisfavano i propri impulsi libidinosi servendosi di un corpo maschile. Indicativa è la frase: "*eos qui masculino infandam libidinem exercere audeant*".

Analizzando più attentamente le suddette fonti, il risultato non è del tutto positivo. Si tratta di testimonianze risultanti poco attendibili che possono far supporre un' opera di interpolazione e di ricostruzione dei moderni. Tale annotazione fonda le proprie radici sia sulla natura delle *Pauli receptae Sententiae* sia su un' imponente contraddizione riguardante le pene e i soggetti destinatari.

Circa la natura delle Sentenze pseudo - pauline occorre focalizzare lo sguardo sia sul periodo di redazione, sia sull'intento modificatore volte a fornirgli una struttura differente.

In effetti, si sta trattando di una raccolta di pareri giurisprudenziali, il cui periodo di redazione deve essere ricondotto all'età di Diocleziano, fine del III e inizi del IV secolo. Pur essendole riconosciuto, nel 327-328 d.C., valore ufficiale, ad opera di Costantino, occorre anche tener

²⁴⁷ Cfr. Paul. *Sent.* 2.26. 12-13.; cfr. *Mos. et. Rom. Legum Coll.*, 5.2. 1-2

²⁴⁸ Cfr. *Inst.* 4, 18, 4.

presente, che, fino al V secolo, essa fu oggetto di importanti modifiche. Con quanto appena detto, non si può escludere un' integrazione e una rifinitura ad opera dei moderni, i quali non fecero altro se non ricondurre lo stupro violento all'interno delle norme della *leges augustea*²⁴⁹.

Ad alimentare lo scarso supporto di tali fonti, svolge un ruolo non marginale, una netta contrapposizione tra la pena, a carico dei pederasti, prevista da queste e quella sancita dalla *Lex Iulia*. Infatti, Le *Pauli Sententiae* dispongono una pena nei confronti della passività, mentre nelle Istituzioni si sancisce, nei confronti dell'attività e della passività, la pena della morte a mezzo spada. Da notare, in quest'ultimo caso, che i compilatori giustinianeî attribuirono l'iniziativa mortuaria ad una previsione contenuta nella *leges augustea*, disposizione che quindi avrebbe punito con la morte sia l'orientamento omosessuale sia l'adulterio. Tutto ciò non è assolutamente possibile in quanto la pena prevista per l'adulterio era la *relegatio in insulam*, affiancata da una sanzione patrimoniale.

Cassazione di ciò si ha osservando il II capo della *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, nel quale era presente una disposizione che consentiva al *pater* o al marito di ottenere diversi poteri.

In primo luogo, il marito non poteva procedere all'uccisione della moglie ma gli era offerta la possibilità di sopprimere l'amante nei seguenti casi: flagranza di reato, consumato nella propria abitazione, e quando la figura dell'amante era rappresentata da un liberto, uno schiavo o un infame (prostituti, gladiatori e ballerini). In secondo luogo, l'attenzione deve essere posta sul *pater*: egli poteva uccidere la figlia e/o il suo amante ma, nel caso di flagranza, poteva esercitare lo *ius occidendi*, indipendentemente dal luogo (casa propria o l'abitazione dell'amante) in cui il padre aveva intravisto l'effusione peccaminosa.

Sempre con riguardo a tale figura, l'aspetto innovativo riguarda il fatto che l'uccisione della figlia, oltre ad essere un diritto, consentiva la legittimazione a procedere nei confronti dell'amante. In altri termini, l'uccisione del solo amante non rientrava nell'ambito dello *ius occidendi* ma nella fattispecie di omicidio, in tal caso però, giustificato, in quanto volto ad una repressione del crimine. In generale, la *leges augustea*, non destinava ai poveri adulteri la pena di morte, ma gli "concedeva" la possibilità di essere parti di un processo.

²⁴⁹ Con riguardo alla redazione e alle modifiche delle *Pauli Sententiae* cfr. J. GAUDEMET, *La formation du droit seculier et du droit de l'Eglise aux IV^o et V^o siècles*, Paris, 1978, p. 95.

Le sorti erano le seguenti: la donna era destinata alla confisca fino alla metà della dote e esiliata su un' isola; il compagno era vincolato alla restituzione di metà del patrimonio e alla relegazione su un'isola differente²⁵⁰.

Continuando ad analizzare le fonti a nostra disposizione, bisogna collegarsi ad un ulteriore traccia contenuta in un passo di Papiniano:

In Dig., 48. 5. 9 (Pap., 2 *de adult*) risulta una punizione a carico di colui che aveva prestato la sua casa in modo tale che in essa si fosse consumato uno stupro eterosessuale-omosessuale o un adulterio.

In realtà, si tratta di un passo soggetto all'ennesima interpolazione giustiniana, in quanto le fonti classiche definiscono lo stupro omosessuale ricorrendo all'espressione *stuprum cum puero*, e non alla locuzione *stuprum cum masculo*. Di conseguenza, è legittimo sostenere che quest'ultima sia frutto dei compilatori dell'età post classica - giustiniana, i quali influenzati da una politica tendente a reprimere qualsiasi rapporto tra persone dello stesso sesso, andarono a sostituire il termine ragazzo con uomo²⁵¹.

Tralasciando quindi la funzione di supporto di tali fonti, ed in particolare del frammento di Papiniano, bisogna escludere che la legge augustea si sia preoccupata di regolare direttamente i rapporti tra persone dello stesso sesso. Tuttavia, da un combinato disposto tra la *Lex Plautia*²⁵² e la *Lex Iulia*, si può ipotizzare che quest'ultima abbia indirettamente affrontato la tematica della pederastia, attraverso una forte repressione del leoncino o meglio della prostituzione. In merito a ciò occorre precisare che la *Lex Plautia de vi*, essendo caratterizzata da un precisa *quaestio de vi*, dai risvolti politici e sociali, permette da un lato di poter escludere una connessione diretta con la violenza sessuale, dall'altro, fa sì che quest'ultimo concetto, sia stato utilizzato dalla giurisprudenza per elaborare la categoria dello *stuprum per*

²⁵⁰ Sulla disposizione speciale contenuta nella *leges* cfr. E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, Torino, 2014, p. 163 ss. Circa la pena generale prevista dalla *leges augustea* cfr. Paul. Sent. 2, 26, 14.

²⁵¹ Circa l'ipotesi di rimaneggiamento cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del Diritto Penale italiano* a cura di E. Pessina, 1976, p. 237.; in aggiunta a quanto al pensiero del Ferrini, T. MOMMSEN, *Le droit penal romain*, II, Paris, 2023, p. 427 e nt. 4., sottolinea che pur esternando l'ipotesi dell'interpolazione, resterebbe aperta l'offerta di pensare che Papiniano possa far riferimento all'unico caso in cui la politica augustea avrebbe preso in considerazione tale ambiente della sessualità.

²⁵² Legge emanata nel 78 a.C e volta a contenere atti di violenza nei confronti dei senatori e magistrati.

vim, partizione che permise a Marciano e a Ulpiano di giustificare la repressione della violenza carnale come *crimin vis*²⁵³.

In sintesi, non sussiste alcun tipo di fonte che ci permette di poter affermare con estrema certezza che il progetto legislativo augusteo fosse volto a punire l'omosessualità, ma al contrario, sussistono tracce che permettono di ricondurre la punizione di tal orientamento all'autorità della *Lex Scatinia*.

Svetonio nelle Vite dei Cesari, con riguardo all'imperatore Domiziano ci riferisce che costui abbia punito alcune persone secondo i dettami della *Lex Scatinia*:

In Svet., *Dom.*, VIII. III: “*Quosdam ex utroque ordine lege Scantinia condemnavit*²⁵⁴”.

Se attraverso la testimonianza di Svetonio viene confermata l'osservanza della *Lex Scatinia*, fu tramite Prudenzio e Giovenale che invece viene trasmessa una contemporaneità tra due leggi volte, però, a punire due crimini distinti.

Nella figura di Prudenzio, l'aspetto più rilevante è connesso ad una sua interrogazione volta a domandarsi il perché dovrebbe venerare Giove:

In Prud. *Peristeph.*, 10, 204, :” *Qui si citetur legibus vestris reus, laqueis minacis implicatus Iuliae luat severam victus et Scatiniam*”.

In effetti, Giove non essendo estraneo sia vicende extraconiugali sia all'ambiente omosessuale, secondo il pensiero del poeta, dovrebbe essere punito secondo i precetti della *Lex Scatinia*.

Nella seconda Satira di Giovenale, invece, il richiamo alla *Lex Scatinia* si ha in *Juven.*, II, 36-48, frammento nel quale Laronia pur di rispondere a tono ad un uomo, oleante di profumi, volto a criticare le figure femminili per le continue violazioni della *Lex Iulia*, afferma:”Dove sei Giulia, dormi?” e Laronia risponde:” E tu dimmi, dove compri i profumi che si diffondono dal tuo collo peloso?”. La testimonianza ha una portata fondamentale, in quanto consente non

²⁵³ Sulla giustificazione di Ulpiano e Marciano cfr. Ulp. 4 *de ad.*, D. 48.5.30[29] 9.; cfr. Mar. *Ad leg.*, D.48.6.34. Con riguardo a quanto detto cfr. L. SANDIROCCO, *Cum vir nubi in feminam*, cit., p. 10.

²⁵⁴ [Condannò alcuni membri di entrambi gli ordini, in virtù della legge Scantinia]. Cfr. trad. F. DESSI, in *Svetonio*, cit., p. 769

solo di trasmettere l'opinione che il mondo femminile aveva nei confronti dell'omosessualità e della passività²⁵⁵, ma di evidenziare due punti cruciali. In materia di omosessualità, la continua osservanza dei precetti della *Lex Scatinia* a distanza di tre secoli dalla sua emanazione, e il focus esclusivo della *leges* augustea: le sole unioni eterosessuali.

Sebbene la legislazione augustea fosse volta a recuperare la dignità fondante la *familia* tradizionale romana, bisogna chiedersi se tale obiettivo rispecchia i caratteri della figura dell'imperatore. In effetti l'immagine di Augusto non rispecchiava sia la sua legge sia quella morale familiare che egli intendeva ripristinare.

Andando con ordine, innanzitutto, occorre rilevare che sulla figura di Ottaviano si sono ricucite due tipologie di etichette: quella di *molles* e quella di adultero.

In proposito un collegamento con le Vite dei Cesari di Svetonio deve essere effettuato in quanto ci vengono incontro alcuni importanti estratti:

In Svet., *Aug.* LXVIII: “*Prima iuuenta uariorum dedecorum infamiam subiit. Sextus Pompeius ut effeminatum insectatus est; M. Antonius adoptionem auunculi stupro meritum; item L. Marci frater, quasi pudicitiam delibatam a Caesare Aulo etiam Hirtio in Hispania trecentis milibus nummum substrauerit solitusque sit crura suberere nuce ardenti, quo mollior pilus surgeret. Sed et populus quondam uniuersus ludorum die et accepit in contumeliam eius*

²⁵⁵ Su tal punto, data l'assenza di testimonianze, è opinione maggioritaria, sostenere che le donne maritate non osservavo i fanciulli, gli amanti del proprio marito, con un arduo sguardo di rivalità, poiché l'unione matrimoniale non era pregiudicata dalle relazioni parallele. Ciò che invece poteva essere osservato con disprezzo e preoccupazione, riguardava la qualifica di *molles*, avuta dall'allegro marito. Tal stigma, al di là dei chiacchiericci diffusi nell'ambiente sociale, comportava sulla figura femminile un deterioramento della sua condizione giuridica e della sua immagine. Di contro a tal pensiero razionale, è ben collato il quadro misogino di Marziale e Giovenale. In Marziale si intravede una figura femminile che, in preda ad attacchi di gelosia, promette al marito, di dispensargli i piaceri, utilizzando le medesima tecnica dei ragazzi. In Giovenale, si tratteggia l'immagine di una donna, che in maniera continuativa e paranoica, accusa il marito di tradimenti in contesti omosessuali ed eterosessuali. Al di là di quest'ultime notizie, si può sancire che la bisessualità degli uomini era un dato socialmente accettato e certo, mentre le sensazioni e le emozioni provate dalle donne rimangono tutt'oggi ancora oscure.

Sul pensiero di Marziale cfr. Mart., 11. 43.; circa l'immagine femminile disegnata da Giovenale cfr. Juven. *Sat.*, VI. 268 - 272.

*et adsensu maximo conprobavit uersum in scaena pronuntiatum de gallo Matris deum tympanizante: Videsne, ut cinaedus orbem digito temperat?*²⁵⁶.

In tal frammento l'etichetta di *molles* e di *impudicus*, oltre che dalle testimonianze di Sesto Pompeo, Marco Antonio e Lucio, traspare dalla connessione tra la figura dei sacerdoti di Cibele e il verso: "Videsne ut cinaedus orbem digito temperat". L'attenzione deve ricadere sull'espressione *orb*, in quanto, se con riguardo agli Archigalli assorbiva il significato di cerchio, con riferimento ad Ottaviano, assume un ritmo diverso: "Il cinedo che manovra il mondo con il dito". Lo stigma di passività trova un ulteriore sostegno nelle *glandes perusinae*, ovvero sulle scritte poste sui proiettili che i soldati romani utilizzarono durante l'assedio della città di Perugia. In effetti tali strumenti, pur avendo uno scopo bellico, venivano utilizzati per insultare o trasmettere il pensiero circa la figura del nemico. Al passaggio di Ottaviano, le fonti, rilevano un uso ricorrente di tali espressioni: Ottavia, *fellatio*, *pathicus* o *laxus*²⁵⁷.

Focalizzando invece l'attenzione sulla fama di adultero, ulteriori tracce si ricavano:

In Svet. *Aug.*, LXIX: "Adulteria quidem exercuisse ne amici quidem negant, excusantes sane non libidine, sed ratione commissa, quo facilius consilia aduersariorum per cuiusque mulieres exquireret. M. Antonius super festinatas Liuias nuptias obiecit et feminam consularem e triclinio uiri coram in cubiculum abductam, rursus in conuiuium rubentibus auriculis incomptiore capillo reductam; dimissam Scriboniam, quia liberius doluisset nimiam

²⁵⁶ [Durante la prima gioventù, subì l'infamia di molte accuse vergognose. Sesto Pompeo lo insultò come effeminato, Marco Antonio diede il merito della sua adozione al fatto di essersi prostituito al prozio. Lucio, il fratello di Marco disse inoltre che, in Spagna, aveva sottratto ad Aulo Irzio trecentomila sesterzi, offrendogli quel fiore della sua pudicitia che già Cesare aveva colto, e lo accusa anche di avere l'abitudine di bruciacchiarsi le gambe con gusci di noce arroventati, per far crescere più morbidi i peli. Ma anche tutto il popolo, una volta, in un giorno di spettacoli, accolse come se fosse un'allusione offensiva contro di lui e applaudì clamorosamente un verso detto sulla scena e che si riferiva a un effeminato sacerdote della Madre degli dei, il quale stava suonando un tamburello: Guarda come il cinedo manovra il cerchio col dito!]. Cfr. Trad. F. DESSÌ, in *Svetonio, cit.*, p. 241

²⁵⁷ Circa le iscrizioni o meglio le etichette poste sui proiettili dei soldati cfr. CIL XI. 6721,7.; cfr. CIL XI, 6721, 9.; cfr. CIL XI, 6721, 10 e 39.

potentiam paelicis; condiciones quaesitas per amicos, qui matres familias et adultas aetate uirgines denudarent atque perspicerent, tamquam Toranio mangone uendente²⁵⁸”.

Dal passo emerge una figura di Augusto che negli anni ha aggiunto alla passione verso il mondo omosessuale anche l'arte delle relazioni extraconiugali.

Continuando con l'analisi posta sulla figura ambivalente dell'imperatore, non bisogna neanche dimenticare la fine che egli fece fare a sua figlia, a causa del comportamento di quest'ultima, ben conosciuto a Roma. In breve, per le condotte contrastanti la politica del padre, e forse aggiungerei, anche per cercare di mascherare la sua persona, Augusto, nel 12 a. C., obbligò Tiberio a divorziare dalla moglie, in modo tale da poter combinare le nozze tra lui e la figlia. Egli, conscio delle avventure di sua moglie Giulia, piuttosto che denunciarla per continui atti di adulterio, decise di recarsi in esilio presso Rodi.

La sintesi è la seguente: Augusto denunciò la figlia e la fece relegare sull'Isola di Ventotene. La reclusione durò per ben cinque anni, fino a quando il pessimo padre, decise di farla trasferire presso Reggio Calabria, città nella quale la fanciulla passò a miglior vita²⁵⁹.

Tali notizie, pur derivando da chiacchiere popolari, sono portatrici di una morale distante anni luce dalla propaganda augustea, ma questo non deve stupire in quanto lo stesso Augusto non rappresentava di certo quel sentimento riformista e tradizionalista che cercava di inculcare nelle menti della società. Ottaviano, personaggio dalla dubbia morale, cercò di ripristinare il comportamento sessuale e familiare relativo unicamente all'ambiente eterosessuale, non preoccupandosi dell'omosessualità, la quale pur vivendo un periodo quasi angelico sarà poi oggetto di una forte politica repressiva dell'età imperiale.

²⁵⁸ [Nemmeno i suoi amici negano che abbia commesso degli adulterii, scusandolo però col dire che non gli aveva commessi per libidine, ma per venire a conoscenza dei progetti dei suoi avversari a mezzo delle loro mogli. Marco Antonio, oltre alla fretta delle sue nozze con Livia, gli rinfacciò anche di avere, durante una cena, condotta fuori dal triclinio, in camera da letto, la moglie di un console, sotto gli occhi del marito, e di averla poi riaccompagnata in sala con le orecchie in fiamme e i capelli in disordine. E gli rinfacciò anche di aver ripudiato Scribonia perché si era lagnata troppo vivacemente dalla potenza di un rivale; e le relazioni procurategli dagli amici che denudavano spose e vergini fatte e le scrutavano come se fossero in vendita dal mercante di schiavi Toranio]. Cfr. Trad. F. DESSÌ, in *Svetonio, cit.*, p. 243.

²⁵⁹ Circa la vicenda di Giulia cfr. Svet., *Aug.*, LXV.

6. L'impero: legge e mutamento della morale sessuale.

Nella Roma dei primi due secoli dopo Cristo, si ebbe una forte metamorfosi nell'ambito dei costumi sessuali. Si è infatti passati da un'etica sessuale etichettata "virilità di stupro" ad una morale di coppia, frutto di una nuova ideologia, quella cristiana, che riuscì tramite il mito della continenza a spezzare i dettami di quella virilità che consentiva agli uomini di sentirsi veri cittadini romani. In realtà, il cristianesimo, non fece altro che alimentare una concezione del sesso quale pericolo sia per lo spirito sia per l'anima, già radicata nella Roma pagana dell'età imperiale, attraverso l'ausilio di medici e di filosofi. In altri termini, le radici del mito della continenza sono da ricercare sia nel pensiero degli stoici sia nell'attività medica. I primi, ideatori della contraddizione tra carne e spirito, riuscirono a dettare una regola di condotta morale volta a nobilitare la continenza a discapito del piacere fisico. Non a caso Musione Rufo, nel I secolo a.C., pose l'aggettivo "riprovevole" e "animalesco" su qualsiasi rapporto sessuale finalizzato al piacere e non allo scopo riproduttivo²⁶⁰. Rientrano a pieno titolo non solo le unioni di fatto ma anche tutte quelle unioni matrimoniali nelle quali l'atto sessuale era volto alla soddisfazione dei piaceri della coppia. Sulla stessa linea d'onda, deve essere collocata la figura di Seneca, il cui pensiero concentra l'attenzione sulla componente maschile dell'unione matrimoniale e sul relativo comportamento: "egli deve amare la propria moglie, non come se fosse una prostituta, ma con giudizio, controllando quindi i propri istinti senza farsi trascinare dai pensieri ardenti²⁶¹. Si comincia quindi a delineare una nuova visione nella quale gli esseri umani mutarono la propria condizione etica-morale, seguendo nuove regole: continenza, astinenza, la sacralità quale anticamera del matrimonio e la riproduzione quale fine esclusivo dell'unione matrimoniale, le quali trovarono maggiori conferme nella precettistica medica. I medici romani, coniugarono ai rapporti sessuali non solo l'aspetto inerente alle malattie e alla stanchezza fisica, ma anche quel lato che intravede nel liquido seminale l'unica fonte vitale. Su tal punto si diffusero due orientamenti: il primo, elaborato da Sorano, facente leva sull'astinenza e sugli effetti benefici della medesima; di contro, invece, ritroviamo coloro tra

²⁶⁰ Cfr. *Musonius Rufus and Greek Diatribe*, ed. D. L. Hijamans, jr., Assen, 1963, pg. 71-77.

²⁶¹ Cfr. *Fragm. 85 in Opera*, ed. F.G. Haase, Teubner, 1853. Il passo in questione è collocato in Hieronim, c. Iovin., 1, 30.

cui Galeno, che qualificarono la continenza come fattore nocivo della vita sessuale degli esseri umani²⁶².

Al di là di ciò, è importante rilevare che proprio a partire dal I secolo d.C., nella società romana, i rapporti di fatto o matrimoniali persero il loro lato sessuale-erotico a favore di una morale di coppia, volta ad intravedere nel concetto di famiglia, il mito dell'amore coniugale. In tal clima, le nuove regole morali (la continenza e la fedeltà coniugale) pur diffondendosi all'interno del contesto sociale, non riuscirono del tutto a debellare tutte quelle unioni o fenomeni alternativi al matrimonio ed in particolare i rapporti tra uomini adulti, categoria questa che raggiunse il suo acme nella società imperiale²⁶³. Dinnanzi a tale contaminazione, infatti, gli imperatori dovettero trovare un compromesso con la tradizione della Roma antica volta a condannare la sola piaga dell'omosessualità passiva.

I primi ad intervenire furono i figli di Costantino, nonché Costante e Costanzo II i quali con la costituzione del 342 d.C. non fecero altro se non punire la sola passività:

²⁶² Sorano di Efeso e i suoi seguaci, evidenziano gli aspetti positivi dell'astinenza facendo leva sulla nocività quale conseguenza derivante dalla dispersione del liquido seminale. In effetti, cercarono di inculcare nella società, l'osservanza della verginità fino alla conclusione del matrimonio. A differenza di tal corrente, Galeno e i medici a lui vicino, sottolinearono una stretta connessione tra astinenza ed effetti negativi sul corpo e sulla mente umana. In altri termini, le loro considerazioni, facenti leva sul fenomeno fisiologico delle polluzioni notturne, erano volte ad attribuire alla continenza quel tratto reclusivo e poco liberatorio per l'essere umano. Circa la tesi di Sorano di Efeso cfr. Soran., I. 30-31.

²⁶³ La passività virile, divenuta oramai un comportamento consuetudinario, non fu frutto di un unico fattore, l'influenza greca, ma derivò anche da performance di imperatori, divenute, con il tempo, legittime, nella coscienza dell'uomo medio romano. In altri termini i connotati passivi (la mollezza) di Cesare ma anche dello stesso Augusto, sottesi alla fama di essere grandi conquistatori, costituirono per il popolo romano un abili, volto ad infrangere indirettamente le leggi e ad offrire un fondamento per la diffusione di un movimento seppur nascosto ma ben presente nel tessuto sociale romano.

Ciò detto non significa che tutti gli imperatori presentarono quel tratto bisessuale. In effetti, una condotta diversa fu posta dall'imperatore Claudio, figura che non può essere tacciata di mollezza ma di sfortuna ricucita intorno a quel senso poco morale delle sue due rispettive mogli: Messalina e Agrippina, entrambe connotate dal tratto impudico.

La figura di Messalina viene descritta da Giovenale come una donna attratta sia dalla passione diffusa nei Lupanari (era l'ultima ad uscire da tali luoghi solo in seguito ad un'estrema soddisfazione fisica e sessuale), ma anche dalle ricchezze e dalla fama. Ed è proprio in rapporto a quest'ultimo desiderio che essa decise di sposare, previo repudio, il giovane senatore Gaio Silio.

La notizia delle future nozze venne appresa dall'imperatore Claudio nel medesimo istante in cui il suo liberto Narcisso gli aveva recapitato un memoriale contenente la prova di tutte le tendenze e perversione di Messalina.

Quest'ultima, temendo la morte, scelse di ritirarsi nei giardini di Lucullo in modo tale da stendere una supplica per poi presentarla a Claudio. Tal atteggiamento non riuscì a sottrarla dal suo triste destino: il liberto, ordinò ai soldati l'uccisione di essa.

Con riguardo invece ad Agrippina, una sua rappresentazione viene offerta da Tacito. Egli la descrive utilizzando i seguenti appellativi dispregiativi: "prostituta, donna incestuosa, omicida".

In sintesi, il povero imperatore pur essendo fedele e provando attrazione verso figure di genere femminile fu destinato solamente a donne che non presentavano sicuramente il tratto della *puditicia*.

Circa l'assenza di passività e di bisessualità dell'imperatore cfr. Svet., *Claud.*, 43.; circa la figura di Messalina cfr. Juven., *Sat.* VI. 127-130.; Cfr. Dio Cass., LX. 31.1; circa la figura di Agrippina cfr. Tac., *Ann.*, XIV. 2.; cfr. Tac., *Ann.*, XII. 66, 67.

In Cod. Theod., 9. 7.3: “*Cum vir nubit in feminam, femina viros proiectura quid cupiat? Ubi sexus perdidit locum, ubi scelus est id, quod non proficit scire, ubi Venus mutatur in alteram formam, ubi amor quaeritur nec videtur, iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore, ut exquisitis poenis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei.*”²⁶⁴

Nonostante la limpidezza del corpo del reato, maggiori problemi si sono radicati con riguardo sia al termine *nubere* sia in relazione *alla poena*.

In relazione all’espressione *nubere*, i malintesi si sono estrapolati dalla frase iniziale della costituzione: “*Cum vir nubit in feminam, femina viros proiectura quid cupiat?*”, periodo nel quale al verbo *nubit* (sposare) sono stati attribuiti due significati: matrimoni tra uomini o unioni tra maschio gay e donna²⁶⁵. Entrambi facilmente smontabili in quanto, per esempio, le nozze omosessuali erano concluse solamente tra persone il cui status gli consentiva di poter sbandierare il proprio orientamento, alterando la pubblica opinione²⁶⁶. Di conseguenza il verbo *nubere*, utilizzato in maniera atecnica, indica come destinatario di tale precetto normativo, l’uomo che assume le vesti di Venere (passivo) nel rapporto.

Al di là degli equivoci incardinati all’interno del termine “sposa”, si può nettamente sostenere che l’obiettivo degli imperatori non fu quello di condannare i matrimoni tra uomini o le nozze tra un maschio omosessuale e una donna, ma fu quello di debellare i rapporti sessuali passivi. Per ciò che concerne la pena, emerge una connessione con la costituzione di Teodosio I, rapporto che permette di escludere in principio l’uccisione a mezzo spada. Di tale esclusione, notizie funzionali si ricavano nella frase: “*iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore*”, periodo composto da termini i quali non vanno ad indicare la *poena gladi* ma

²⁶⁴ (Quando un uomo si accoppia, sposa, come se fosse una donna, una donna che si offre agli uomini che cosa può desiderare? Quando il sesso ha perduto la sua funzione, quando si commette quel delitto che è meglio non conoscere, quando Venere ha cambiato natura, quando si cerca l’amore e non lo si trova, allora comandiamo che le leggi si levino, che il diritto sia armato della spada vendicatrice, così che agli infami che sono e che saranno siano inflitte le pene stabilite). Cfr. Trad. E.CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., pg. 224-225.

²⁶⁵ Circa la prima corrente di pensiero cfr. J. BOSWELL, *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, London, 1980, p. 119 ss.; di contro cfr. D. GRODZINSKI, *Tortures mortelles et catégories sociales, in du Châtiment dans la cité*, Roma, 1984, pg. 361 e 378 nt. 50.

²⁶⁶ Circa il matrimonio tra Nerone e Sporo cfr. Svet., *Nero*, XXVIII.

l'atrocità della pena che altro non è che la vivicombustione, pena le cui tracce sono collocate nella costituzione, del 390 d.C., di Teodosio I²⁶⁷.

Nonostante la previsione sia volta a punire la passività con le fiamme, l'assunzione delle vesti di Venere continuò a essere ben presente, motivo per il quale nel 390 d.C. Valentiano, Arcadio e Teodosio emanarono una costituzione diretta al vicario della città di Roma, ovvero ad Orazio:

In Mos. et Rom. Legum Coll., 5.3 : "Non patimur urbem Roman uirtutum omnium matrem diutius effeminati in uiro pudoris contaminatione foedari et agreste illud a priscis conditoribus robur fracta mollieter plebe tenuatum conuicium seaculis uel conditorum inrogare uel principium, Orienti karissime ac iucundissime nobis. 2. Laudanda igitur experientia tua omnes, quibus flagiti usus est uirile corpus muliebriter constitutum alieni sexus damnare patientia, nihilque discretum habere cum feminis, occupatos, ut flagitii poscit inmanitas, atque omnibus eductos, pudet dicere, uirorum lupanaribus spectante populo flammae uindicibus expiabit, ut uniuersi intellegant sacrosanctum cunctis esse debere hospitium uirilis animae nec sino summo supplicio alienum expetisse sexum qui suum turpiter perdidisset. Prop. pr. id. Maias Romae in atrio Mineruae²⁶⁸.

Osservando attentamente il contenuto del testo, si notano una molteplicità di problemi che non si hanno con riferimento alla pena (il rogo), ma con riguardo ai destinatari della punizione: *"..quibus flagiti usus est uirile corpus muliebriter constitutum alieni sexus*

²⁶⁷ Attestazione quest'ultima ricavabile dal pensiero di Gotafredo volto ad evidenziare l'introduzione delle *poenae exquisitae* ad opera dei figli di Costantino. Tramite quest'ultimi non si fece altro se non quello di introdurre una pena specifica, il rogo, i cui soggetti destinatari era gli omosessuali passivi. Di contro ritroviamo sia coloro che intravedevano nell'espressione *poena exquisitae* il significato di pena raffinata.

Su quest'ultima attribuzione cfr. M. LEVER, *Les bûchers de Sodome*, Paris, 1985, p. 34.

Circa il pensiero di Gotafredo cfr. D. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetui commentariis. Editio nova in VI tomo digesta*, top III, Mantue, 1714, p.62 ss.

²⁶⁸(Non sopportiamo che la città di Roma, madre di tutte le virtù, sia più a lungo macchiata dalla contaminazione dell'effeminatezza virile, e che quella forza agreste, che discende dai fondatori, mollemente infranta dal popolo, infligga biasimo ai secoli dei nostri fondatori e dei principi, o Orazio, a noi carissimo e graditissimo. La tua lodabile esperienza farà dunque spiare tra le fiamme vendicatrici, alla presenza del popolo, come richiede l'immanità del crimine, tutti coloro che sono dediti all'infamia di condannare il corpo virile, trasformato in femminile, a sopportare pratiche riservate all'altro sesso, che nulla hanno di diverso dalle donne, portati fuori, è vergogna dirlo, dai lupanari maschili, così che tutti capiscano che la dimora dell'animo virile deve essere sacrosanta a tutti, e che colui che ha turpemente perduto il suo sesso non potrà aspirare a quello altrui senza subire il supplizio estremo). Cfr. Trad. E.CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., pg. 226-227.

damnare patientia, nihilque discretum habere cum feminis, occupatos, ut flagitii poscit inmanitas, atque omnibus eductos, pudet dicere, uirorum lupanaribus..²⁶⁹”.

Si sono infatti elaborate tre diverse interpretazioni, rispetto alle quali per motivi espositivi, è in primo luogo opportuno porre l’accento sulla prima categoria, ovvero sull’ambiente transessuale²⁷⁰.

Nonostante alcune espressioni:”*usus est uirile corpus muliebriter*” possano farci pensare al transessualismo, questa prima interpretazione è da escludere, poichè facente leva su una tendenza, che a Roma, non essendo vista come un disturbo psicologico, era ben praticata. Si pensi ai racconti di Pomponio, il quale riporta un importante caso risolto dal giurista Quinto Mucio. Protagonista della vicenda fu un senatore, il quale aveva disposto mediante testamento, che ad una determinata persona (legatario), per legato, gli fossero attribuiti degli abiti femminili. Usanza non estranea alle abitudini del senatore, in quanto per esso era naturale cenare vestito da donna²⁷¹. Ciò che preme rilevare in tale vicenda, non riguarda la risoluzione del caso, ma l’indifferenza che la società poneva circa l’assunzione di abiti femminili.

L’indifferenza e il piacere connesso a questa tendenza lo si può ricavare in altre figure, tra le quali brilla per nota conoscenza: Eliogabalo. In proposito, alcune tracce si ricavano sia in Cassio Dione, sia in Erodiano. Entrambi, tratteggiano una figura dell’imperatore la cui identità di genere si potrebbe oggi collocare nell’ambito della transessualità. In effetti, lo storico romano evidenzia nell’imperatore una similitudine comportamentale tipica delle prostitute (amava star nudo sulla porta imperiale o abitativa in modo tale da attrarre, muovendo le tende, i passanti). Erodiano, invece, riporta non solo l’amore verso alcuni nominativi (“la regina-amante di Lerocle”) ma anche la sua passione verso i cosmetici. Nonostante la presenza di tali tracce, ciò che occorre tenere presente è che il sentimento d’indifferenza, ben radicato nel popolo, non deve essere inteso nel significato di legittimazione, in quanto la pratica in questione era portatrice anche di sensazioni e di commenti riprovevoli.

²⁶⁹ [Tutti coloro che sono dediti all’infamia di condannare il corpo virile, trasformato in femminile, a sopportare pratiche riservate all’altro sesso, che nulla hanno di diverso dalle donne, portati fuori, dai lupanari maschili].

²⁷⁰ Cfr. D. MANFREDINI, *Qui commutant cum feminis vestem*, in *RIDA*,XXXII, Ferrara, 1985, p. 257 ss.

²⁷¹ Cfr. Pomp. 4 *ad Quin.*, D. 34.2.33

Al riguardo, diviene infatti fondamentale il pensiero di Quintiliano, il quale connette l'abitudine di indossare abiti femminili, alla passività o più in generale alla pederastia²⁷².

Sebbene il travestitismo fu portatore di un *métissage* d'indifferenza e di appellativi riprovevoli, sta di fatto che se la pratica fosse stata condannata dagli imperatori, di conseguenza questi ultimi avrebbero fatto sorgere una disposizione contraria alla tradizione romana.

Escluso quindi tal ambiente, nell'attribuzione del precetto ai destinatari, si contesero il gioco altre due interpretazioni, volte ad attribuire, rispettivamente, all'omosessuale attivo o passivo, la titolarità del precetto di cui si sta discutendo²⁷³.

Il dilemma ruota intorno alla frase *"nihilque discretum habere cum feminis"*, periodo attraverso il quale gli imperatori accennano a tutti coloro che costringevano il proprio corpo a subire un altro uomo. In realtà la soluzione viene offerta direttamente dal testo, poichè l'enunciato: *"occupatos atque omnibus eductos virorum lupanaribus"* è espressivo di una condotta non tenuta da un omosessuale attivo o passivo, ma da tutti coloro che si facevano donne nei bordelli. Per tali ragioni è opportuno sostenere che con la frase: *"nihilque discretum habere cum feminis, occupatos, ut flagitii poscit inmanitas, atque omnibus eductos, pudet dicere, uirorum lupanaribus"*, si vada a punire i prostituti ovvero coloro che nei lupanari assumevano le vesti di una donna aprendo le porte alla passività.

Estrema sorte sorgeva sui peripatetici, visti come portatori di quell'eccessiva passività che Roma, in quel momento storico, cercava di reprimere. Una repressione che solamente con Teodosio II, fu estremizzata e ricondotta a tutti gli omosessuali passivi. In effetti nel 438, la costituzione precedente fu inserita ad opera di Teodosio II nel Codice Teodosiano:

In Cod. Theod., 9.7.6, si è previsto: *"Omnes, quibus flagitii usus est virile corpus muliebriter constitutum alieni sexus damnare patientia, nihil enim discretum videntur habere cum feminis, huiusmodi scelus spectante populo flammae vindicibus expiabunt"*²⁷⁴.

²⁷² Circa la descrizione di Cassio Dione e di Erodiano, rispettivamente, si vedano Cass. Dione, Storia Romana LXXX.14 e LXXX.13.; cfr. Erod., V. 2. 9 e V. 5.34.
Sul pensiero di Quintiliano cfr. Quintil., *Inst. Ora.*, V.9.4.

²⁷³ Cfr. D. BAILEY, *Homosexuality and the Western Christian tradition*, 1975., pg. 71-73.

²⁷⁴ (Tutti coloro che sono usi condannare il proprio corpo virile, trasformato in femminile, a subire pratiche sessuali riservate all'altro sesso, e che non hanno nulla di diverso dalle donne, espiaranno un crimine di tal fatta fra le fiamme vendicatrici dinanzi al popolo). Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., p. 231.

L'opera di cucito²⁷⁵, posta in essere dall' imperatore, fu volta a modificare e a sintetizzare una prassi orami diffusa: l'omosessualità passiva deve essere condannata con la pena delle fiamme e quindi con la morte. La versione abbreviata della costituzione fu poi inserita, nel 506 d.C, nel codice emanato da Alarico II (re dei Visigoti). In effetti, l'inserimento di essa nel *Breviarium Alaricianum* aveva un solo scopo: quello di regolare le unioni e i rapporti di coloro che vivevano nel suo regno. Ciò detto assume un'importanza radicale in quanto è espressione di una continua osservanza nei territori di Occidente, anche a seguito dell'epoca giustiniana. Tracce di questa continuità si possono ricavare sia in Isidoro di Siviglia ma soprattutto negli stessi Epitomi del codice di Alarico II°.

L'arcivescovo, nelle sue *Etimologie*, colloca Teodosio II° come ultimo grande imperatore romano. Tale riconoscimento è portatore di due fattori rilevanti: la scarsa considerazione offerta alla figura di Giustiniano e la mancata conoscenza dell'immenso *Corpus Iuris Civilis*. Implicitamente, le *Etymologiae sive Origines* consentono di poter, a piccole dosi, sostenere una continua applicazione nei territori occidentali del *Codex Theodosianus* ed in particolare del disposto normativo in forma abbreviata, anche a seguito della legislazione giustiniana²⁷⁶. Questa tesi viene avvalorata dal contenuto degli Epitomi del *Breviarium Alaricianum*, poichè la pena prevista per l'omosessualità (senza alcuna distinzione tra passività e attività) era la vivicombustione²⁷⁷. Fine quest'ultima che non sarà diversa, ma anzi costituirà la scintilla per quell'estrema repressione del periodo giustiniano.

Per analizzare correttamente la figura di Giustiniano e la sua politica imperiale, il punto di partenza è rappresentato da un'importante distinzione facente leva sui soggetti dei precetti

²⁷⁵ Circa i punti su cui l'imperatore ha instaurato la propria giunzione si sono sviluppati diversi pensieri. Secondo Dalla, nel testo riportato nel Codice Teodosiano, l'imperatore sancisce un'importante modifica relativa ai destinatari del suo precetto. Se all'origine, la costituzione era volta a debellare la sola prostituzione, nella versione su cui si sta ponendo l'attenzione, è ben presente un tentativo di eliminare non solo la sottomissione-omosessualità passiva ma anche l'assunzione, mediante il travestimento, di tratti femminili. Sull'inesattezza di tal ragionamento ritroviamo, coloro che parlano di tali modifiche non attribuendogli l'espressione: rilevante ma qualificandole come ritocchi di scarso valore. Su quest'ultimo orientamento cfr. D. A. MANFREDINI, *Qui commutant cum feminis vestem*, cit., p.268; sul pensiero di Dalla, cfr. D. DALLA, <<Ubi Venus mutatur>>: omosessualità e diritto nel mondo romano", Milano, 1987, p. 183.

²⁷⁶ Cfr. Isid., *Etym.*, V. 1. 1-7. Circa la titolarità dell'ipotesi volta ad affermare la continua osservanza ed applicazione del Codice Teodosiano e della relativa costituzione, su cui si sta ponendo l'attenzione, mediante l'ausilio del *Breviarium Alaricianum* cfr. F. PATETTA, *Il Breviario Alariciano in Italia*, in *Arch. Giur.* 47, Bologna, 1981, ed in particolare in *Sulle fonti giuridiche medievali*, p. 601 ss.; cfr. E. VOLTERRA, *Intorno alla formazione del Codice Teodosiano*, in *BIDR* 3° serie XXII, 1983, p. 109 ss.

²⁷⁷ Cfr. *Epit. Suppl. Lat.* 215.

normativi. L'accento non viene più posto sulle unioni intercorse tra soggetti passivi, ma sull'intero ambiente omosessuale, etichettato "contro-natura".

Andando con ordine, il primo testo di legge che deve essere richiamato è rappresentato dalle Istituzioni, pubblicate nel 533 d.C.

Esse, pur possedendo la natura di testo indirizzato alle scuole di diritto, in realtà erano state composte per essere inserite nel *Corpus Iuris* e di conseguenza per essere applicate. Il loro valore normativo lo si intuisce per due ordini di ragioni. La prima riguarda la presenza di una norma volta a destinare coloro che manifestavano la propria libidine con altri uomini alla pena del gladio, in forza dei precetti della Lex Iulia²⁷⁸. La seconda, invece, era volta ad evidenziare una forte repressione di qualunque rapporto omosessuale attraverso la pena di morte.

Che il richiamo della Lex Iulia possa farci pensare ad una sorta di continuità con il periodo augusteo è errato. Attestazione di ciò fa leva sul termine "l'*infanda*" connesso al reato perseguito: "*infanda libido cum masculis*", contenuti nel seguente passo delle Istituzioni:

In Inst. 4, 18, 4:” *Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent*”²⁷⁹.

In questo frammento si richiama *La lex Iulia de Adulteriis Coercendis* ponendola in aggiunta ad una disposizione introdotta da Giustiniano, volta a punire con la spada sia colui che profana le nozze altrui mediante adulterio, sia chi soddisfa la propria libidine istaurando un rapporto con soggetti del medesimo genere.

Conferme di quanto appena riportato si ricavano dal periodo : "*infanda libido cum masculis*" ed in particolare dall'aggettivo "*infanda*", il quale è portatore di due sintomi. Il primo riguarda il perfetto sposalizio con l'intento repressivo di Giustiniano nei confronti dell'omosessualità. Il secondo, è di portata fondamentale, poichè le sanzioni previste dalla *lex Iulia* (in materia di crimini sessuali) erano la *relegatio in insulam* e la *deportatio*²⁸⁰. In altri termini, in Inst. 4, 18,4., oltre a rilevare la mancata natura augustea sia dell'aggettivo sia del

²⁷⁸ Cfr. Inst. 4.18.4

²⁷⁹ [Si punisce con la spada sia colui che profana le nozze altrui sia tutti coloro che danno sfogo alla propria libidine con maschi].

²⁸⁰ Cfr. *supra*. pg. 90-91

crimine punito, si evidenzia come Giustiniano conferì ai precetti della Lex Iulia le vesti di precedente giudiziale. In questo modo riuscì a garantire un'estrema fondatezza e autorità ad una sua nuova disposizione che proprio in relazione ai soggetti destinatari (le unioni omosessuali) si distingueva e contrastava con la *leges augustea*, legge tra l'altro indirizzata a regolare e a ripristinare il solo contesto eterosessuale²⁸¹.

Valore veritiero, invece, deve essere attribuito al secondo ordine di ragione, in quanto nel periodo successivo all'emanazione delle *Institutiones*, la materia dei rapporti pederastici-saffici, fu regolamentata da due diverse costituzioni. A quest'ultime fu attribuita la natura di editto, in quanto volte a regolare in maniera genale il decadimento e la morale pubblica. L'obiettivo comune ad entrambe le Novelle lo si ricava, come si vedrà in seguito, da quel forte collegamento tra la salvaguardia della città e il peccato sanzionato.

Con la prima costituzione del 538 si cominciò a porre l'accento su tutti coloro che compivano atti contro natura. In effetti nella categoria: "*autēs tēs physeōs tanatia prattuosi*" ritroviamo, non a caso, la condotta omosessuale accompagnata da altri comportamenti peccaminosi-criminali (le bestemmie e i falsi giuramenti). Non deve infatti stupire se in Nov., LXXVII, caput 1 ed in Nov., LXXVII, caput 1.1 l'omosessualità, quale crimine religioso, deve essere punita sulla stregua della bestemmia. Un'esortazione viene posta alle autorità, le quali dovevano punire tutti coloro che con la loro continua condotta peccaminosa avrebbero istigato l'ira divina provocando carestie, terremoti e pestilenze:

In Nov., LXXVII, caput 1. 2, si legge: "Noi abbiamo ordinato al gloriosissimo prefetto della capitale di arrestare coloro che persistono nel compiere i predetti atti illeciti ed empì, anche dopo la nostra ammonizione, e di sottoporli ai supplizi estremi, perché, per non essersi preoccupati di queste colpe, le città e lo Stato non siano messi in pericolo da questi atti empì. E se, dopo questo nostro ammonimento, trovando ancora che questi individui le nascondano saranno condannati anche da dio. E se il gloriosissimo prefetto troverà ancora chi commette questi crimini, e non li punirà secondo le leggi, in primo luogo sarà sottoposto al giudizio divino, e in secondo luogo incorrerà nella nostra indignazione"²⁸².

²⁸¹ Circa il significato e la perfetta connessione con intento repressivo di Giustiniano cfr. D. DALLA, <<*Ubi Venus mutatur*>>, cit., p. 101 ss.

Circa le sanzioni previste dalla Lex Iulia cfr. *supra*. p. 71 ss.; cfr. L. SANDIROCCO, *Cum vir nubet in feminam*, cit., p. 14.

²⁸² Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., p. 233

Le unioni omosessuali, senza distinzione di ruoli e di genere, sono state trasportate nell'ambito dei delitti e soggette ad una duplice pena: morale e divina.

Se con la prima costituzione Giustiniano trasferisce l'omosessualità nell'ambito dei delitti offensivi rivolti alla Divinità²⁸³, con la seconda, pone al centro dell'attenzione i soli rapporti omosessuali, stigmatizzandogli attraverso l'utilizzo della seguente espressione "*luxuriantes contra natura*":

In Nov., CXLI, pr, si afferma:” La clemenza e la benevolenza di Dio, che è sempre necessaria, è tuttavia particolarmente necessaria in questo momento, in cui abbiamo provocato in molti modi la sua ira, a causa della moltitudine dei nostri peccati. Egli ha infatti minacciato e mostrato quali pene meritassimo per le nostre colpe, ma ha agito con clemenza, e trattenuto la sua ira aspettando la nostra penitenza, dimostrando di non volere la morte di noi peccatori, ma la nostra conversione e la nostra vita. Non è giusto, dunque, che noi disprezziamo la benevolenza, la pazienza e l'indulgenza di Dio clemente, attirando su di noi l'ira nel giorno dell'ira a causa del nostro animo duro e alieno dal pentimento. Noi dobbiamo tutti cessare da ogni abitudine e azione malvagia, in particolare coloro che sono stati contaminati dall'abominevole empio comportamento giustamente odioso a Dio: parliamo dello stupro degli uomini, al quale, molto turpemente agendo, nefandamente si abbandonano, uomini con uomini”²⁸⁴

Analizzando il passo non sussistono novità rispetto ai destinatari della precedente Novella, poichè anche in questo caso si fa un esplicito riferimento all'ambiente omosessuale e alla pena divina - morale ad esso collegata. In effetti in Nov. 141 si può intravedere un sottile rimando alla precedente Novella, dettato forse dalla combinazione di due fattori connessi tra loro: la mancata osservanza del vecchio precetto imperiale e il forte terremoto o l'epidemia di peste che colpirono Costantinopoli nel 557-558 d.C:

AGATHIA, *Historiae* 5,3: “Τούτων δὲ οὐ πολλῶ ἔμπροσθεν πάλιν ἐν Βυζαντίῳ ἐξαίσιόν τι σεισμοῦ χρεῖμα ἐνέσκηψεν, ὡς μικροῦ ἅπασαν ἀνατετράφθαι καὶ διαρρηῖναι τὴν πόλιν.

²⁸³ Cfr. *supra* Nov., LXXVII, caput 1 ed in Nov., LXXVII, caput 1.1

²⁸⁴ Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, pg. 233-234.

γέγονε μὲν γὰρ καὶ καθ'αὐτὸν μέγιστος ἡλικίος καὶ ὁποῖος, οἶμαι, οὐπάποτε πρότερον, τῇ τε τραχύτητι τοῦ βρασμοῦ καὶ τῷ μονίμῳ τοῦ σάλου. ἔτι δὲ αὐτὸν φρικωδέστερον ὁ καιρὸς ἀπέδειξε καὶ ἡ τῶν ἐπισυμβάντων ἀνάγκη. (...) 4 οὕτω δὴ οὖν ἀπάντων ἀφυπνισθέντων κωκυτὸς ἠκούετο πάντοθεν καὶ ὀλολυγὴ καὶ ἡ πρὸς τὸ θεῖον ἀναβοᾶσθαι αὐτομάτως ἐν τούτοις εἰωθυῖα φωνή· ἐπεὶ καὶ ἤχος τις βαρὺς καὶ ἄγριος, ὥσπερ χθονία βροντή, ἐκ τῆς γῆς ἀναπεμπομένη ἐπηκολούθει τῷ κλόνῳ καὶ ἐδιπλασίαζε τὰς ἐκπλήξεις. ὁ τε περίγειος ἀὴρ ὀμίχλη καπνώδει οὐκ οἶδα ὅθεν ἀναχυθείση κατεμελαίνετο: καὶ ἦν ἅπας ζοφερὸς καὶ οἶον γεγανωμένος. 5 τοιγάρτοι ἀλόγῳ τινὶ τὸ ἀνθρώπειον καὶ ἀνεξετάστῳ ὑπὸ τοῦ δείματος ἐχόμενοι γνώμη ὑπεξήρσαν τῶν οἰκημάτων. καὶ αὐτίκα αἱ τε ἀγυαὶ καὶ οἱ στενωποὶ ἐνεπίπλαντο τοῦ ὀμίλου, ὥσπερ οὐχὶ καὶ ἐνταῦθα ἐνόν, εἰ οὕτω τύχοι, διαφθαρήναι. 6 ξυνεχεῖς γὰρ ἀπανταχοῦ αἱ οἰκοδομαὶ τῆς πόλεως καὶ ξυνημμένοι ἀλλήλαις καὶ σπανιαίτατα ἴδοι τις ἂν χωρίον ὑπαιθρον καὶ ἀναπεπταμένον καὶ παντάπασιν ἐλεύθερον τοῦ ἐπιπροσθοῦντος. ὅμως τῷ ἄνω τὰς ὄψεις ἰθύνειν καὶ τὸν οὐρανὸν ἀμωσγέπως ἐπιθεᾶσθαι οὕτω τε τὸ θεῖον ἰλάσκεσθαι, ταύτη γοῦν αὐτοῖς ἡρέμα ὑποχαλᾶν ἐδόκει τὸ δεδιὸς τῆς ψυχῆς καὶ ταραττόμενον. καίτοι νιφετῷ τε ὀλίγῳ ὑπερραίνοντο καὶ ὑπὸ τοῦ κρύους ἐπέζοντο: ἀλλ' οὐδ' ὡς ὑπωρόφιοι ἐγίγνοντο, πλὴν εἰ μὴ ὀπόσοι ἐν ἱεροῖς ἐρκεσι καταφεύγοντες ἐκαλινδοῦντο²⁸⁵".

Che la combinazione tra la mancata osservanza delle disposizioni e l'avvenimento di tali eventi o calamità può aver indotto Giustiniano a ritornare, per un'ultima volta, a legiferare in materia, è maggiormente condiviso e di assoluta limpidezza²⁸⁶.

²⁸⁵ [1. Non molto tempo prima di questi fatti Costantinopoli fu ancora una volta quasi completamente rasa al suolo da un terribile terremoto. Uno sconvolgimento di impareggiabile forza e durata il cui orrore fu inoltre accentuato dal periodo dell'anno e dagli eventi fatali e traumatici che seguirono. (...) 4 Tutti vennero svegliati e si potevano udire grida e lamenti accompagnati dalle solite pie giaculatorie che spontaneamente vengono alle labbra in tali momenti di crisi. Ogni scossa successiva fu seguita da un profondo boato simile a un tuono uscito dalle viscere della terra che raddoppiò la sensazione diffusa di terrore e panico. L'aria circostante si oscurò per le esalazioni di vapore da nuvole di fumo che sorgevano da una fonte sconosciuta, e baluginò di una debole radiazione. 5 Presa dal panico la gente si riversò fuori dalle proprie case riempiendo strade e vicoli, come se la distruzione non potesse raggiungerli allo stesso modo fuori dalle case come all'interno. 6 Il fatto è che ogni quartiere della città è così densamente costruito che ampi spazi aperti, interamente liberi da intralci, sono una vista assai rara. Tuttavia la loro paura e angoscia sembrava acquietarsi gradualmente alla mera possibilità di volgere in qualche modo gli occhi al cielo nel tentativo di ingraziarsi Dio. Essi vennero bagnati lievemente da una caduta di nevischio e soffrirono molto il freddo, ma nonostante ciò non cercarono rifugio a eccezione di quelli che ebbero riparo nelle chiese, prostrandosi davanti agli altari].
Cfr. Trad. l'A.; circa la testimonianza cfr. AGATHIA, *Historiae* 5,3.

²⁸⁶ Circa la connessione tra il fenomeno negativo e la condotta umana peccaminosa cfr. F. ZUCCOTTI, "*Furor haereticorum*". *Studi sul trattato giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa del tardo impero romano*, Milano, 1992, pg. 238-260.

In realtà, sommari caratteri di novità si possono intravedere nell'utilizzo di alcuni termini²⁸⁷ e nella riserva che precede l'eventuale repressione, posta nel *caput. 1*:

In Nov., CXLI, caput. 1, infatti, si legge:” Tutti debbono astenersi dall'empia e nefanda azione che neppure gli animali commettono. Quelli che non hanno mai commesso queste azioni continuino ad astenersi per il futuro. Quelli che sono stati contaminati da questo atteggiamento non solo si astengano da esso per il futuro, ma facciano la dovuta penitenza, si sottomettano a Dio denunciando il morbo al beatissimo patriarca, ricevano la ragione della salvezza, e secondo quanto è scritto portino il frutto della penitenza, così che Dio misericordioso, nell'abbondanza della sua pietà, degni anche noi della sua clemenza. Proclamiamo dunque che tutti coloro che sono consapevoli di aver commesso questo peccato, se non cessino di peccare e non denunzino il morbo dinanzi al beatissimo patriarca pensando alla propria salvezza, placando Dio per queste empie azioni entro i giorni festivi, subiscano le pene più severe, in quanto non saranno più degni in futuro di alcun perdono”²⁸⁸

Da un attento esame di Nov., CXLI, pr e da Nov., CXLI, caput. 1., si può estrapolare l'intento rieducativo dell'imperatore.

Egli pur essendo intenzionato a reprimere qualunque atto pederastico, tramite l'ausilio di Dio, offre la possibilità agli omosessuali di potersi redimere entro l'inizio del periodo pasquale²⁸⁹, a patto di una promessa al patriarca della città, finalizzata ad evitare qualsiasi atto lesivo dell'autorità e della rispettabilità di Dio.

Ciò che invece fa sorgere parecchie perplessità riguarda il sistema repressivo imposto dall'imperatore e non la pena divina. In effetti, in rapporto a quest'ultima, si può essere concordi circa la connessione tra la condotta omosessuale e il castigo dei sodomiti.

Tal penitenza la si osserva estrapolando il racconto relativo alla distruzione della città di Sodoma:

²⁸⁷ Se in Nov. 77 l'imperatore ricorre al binomio:” crimine-pena”, in Nov. 141, si intuisce una metamorfosi linguistica frutto dell'utilizzo di alcune espressioni affini: peccato-castigo e penitenza-conversione.

²⁸⁸ Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., p. 234.

²⁸⁹ Circa il termine, 13 Aprile (data relativa all'inizio del periodo pasquale), rispetto al quale l'omosessuale può ricevere il perdono di Dio cfr. F. GONFROY, *Un fait de civilisation méconnu: l'homosexualité à Rome*, Poitiers, 1972, p. 320.

In Gen. 18-21-19,11-26., si narra: “Intanto i due angeli giunsero a Sodoma sul far della sera, e Lot si trovava seduto alla porta della città. Appena li vide, si alzò, andò loro incontro e si prostrò fino a terra, dicendo: << Vi prego, signori miei, degnatevi di venire in casa del vostro servo: vi passerete la notte, vi laverete i piedi e domattina, appena alzati, continuerete il vostro cammino>>. Ma essi risposero: <<No, passeremo la notte sulla piazza>>. Tuttavia egli fece loro tanta insistenza, che essi andarono da lui, passarono in casa ed egli fece loro un convito, cosse dei pani azzimi ed essi mangiarono. Ma prima ancora che si fossero coricati, gli uomini della città, i Sodomiti, circondarono la casa, giovani e vecchi, tutto il popolo accorse da ogni parte; chiamarono Lot e gli dissero: <<Dove sono quegli uomini venuti da te questa notte? Mandaceli fuori, perché li vogliamo conoscere>>. Lot si presentò loro sulla soglia e chiuse la porta dietro di sé. Poi disse: << Deh, fratelli miei, non vogliate commettere un male così grave! Ecco io ho due figlie che non hanno conosciuto l’uomo: lasciate che io ve le conduca fuori, e ne farete quel che ne vorrete, ma a questi uomini non fate nulla perché sono venuti all’ombra del mio tetto>>. Quelli invece gli risposero: << Levati di mezzo!>> E si dicevano: << Quest’individuo è venuto qua come straniero e ora vuol farci da giudice: faremo a te peggio che a loro>>. E si spinsero con violenza contro di lui, Lot, e volevano abbattere la porta. Ma i due uomini stesero le mani, riportarono Lot dentro in casa, chiusero la porta e colpirono di accecamento la gente che stava alla porta di casa, dal più piccolo al più grande, sicché si affaticarono invano per ritrovare la porta. Poi quei due uomini dissero a Lot: << Chi c’è qui ancora dei tuoi ? Fa’ uscire da questo luogo generi, figli e figlie e chiunque dei tuoi si trovi in questa città, perché noi siamo qui per distruggere questo luogo: grande è il clamore dei peccati che da loro si è innalzato al Signore, e il Signore ci ha mandati a distruggerlo>>. Lot allora uscì fuori, parlò ai suoi generi che dovevano prendere le sue figlie e disse loro: << Alzatevi, partite da questo luogo, perché il Signore sta per distruggere la città!>> ma essi credettero che volesse scherzare.

Quando l’alba incominciò ad apparire, gli angeli sollecitarono Lot, dicendo: << Levati, porta via la tua moglie e le tue due figlie, che si trovano qui, altrimenti perirai nel castigo della città >>. E siccome egli indugiava, allora questi uomini presero per mano lui, la moglie e le figlie e le fecero uscire e le misero fuori dalla città, perché il Signore voleva salvarlo. Dopo averli fatti uscire fuori, uno degli Angeli gli disse: << Mettiti in salvo! Ne va la vita! Non guardare indietro e non fermarti in nessun luogo della pianura; salvati al monte, per non perire >>. Ma

Lot rispose loro: «Deh, no Signore mio. Ecco, il tuo servo ha trovato la grazia agli occhi tuoi e tu hai mostrato grande bontà verso di me conservandomi in vita, ma io non potrò salvarmi al monte prima che il castigo mi raggiunga, e morirò. Guarda, ti prego, vi è qui vicino questa città, mi ci posso rifugiare, è poca cosa. Permetti che io mi salvi là; - non è forse piccola cosa ed andrò salva la vita». Ed egli rispose: «Anche in questo caso io ti ho esaudito: non distruggerò la città di cui tu hai parlato. Presto, salvati là, perché io non potrò far nulla, finché tu non ci sia arrivato». Perciò quella città fu chiamata Segor. Il sole si levava sulla terra, quando Lot arrivò a Segor. Allora il Signore fece piovere sopra Sodoma e sopra Gomorra zolfo e fuoco, da parte del Signore, dal cielo, e distrusse quelle città e tutta la pianura, tutti gli abitanti della città e ogni germinazione del suolo»²⁹⁰.

In realtà, sulla storia di Sodoma sussiste un'ulteriore traduzione-interpretazione facente leva su due fattori: il significato intrinseco del comportamento sodomita e la connessione del peccato alla violazione dei doveri di ospitalità verso i missionari del Signore²⁹¹. Tale ipotesi interpretativa può essere facilmente smentita attraverso due ordini di ragioni. La prima è ben collocata nella Bibbia, testo nel quale la condotta omosessuale viene punita non facendo un espresso riferimento al comportamento Sodomita, comportamento che in alcuni casi viene illustrato per i suoi tratti avidi ed abominevoli²⁹². La seconda, invece, dimostra l'estrema assurdità legata allo scopo dei sodomiti: una conoscenza amichevole degli angeli²⁹³. Su quest'ultimo punto basti pensare all'offerta fatta da Lot, offerta cullata non tanto dalla volontà di concedere le sue figliocce vergini, ma destinata a placare lo stupro-abuso omosessuale.

Questa donazione è portatrice di un sentimento o ideale collettivo: l'abuso o il rapporto tra persone dello stesso genere è intollerabile rispetto ad un comportamento sacrificale.

Al di là della scarsa veridicità dell'ultima interpretazione, ciò che non deve stupire riguarda l'istinto degli imperatori cristiani, ed in particolare di Giustiniano. Essi, infatti, avevano ben

²⁹⁰ Cfr. Gen. 18-21-19, 11-26.; cfr. Trad. in La Sacra Bibbia, ed. Paoline, Roma, 1971.

²⁹¹ Cfr. Deut., 29, 23.; cfr. Gen., 13,19 e 18, 20

²⁹² Circa la presenza e l'attribuzione dell'espressione: atti abominevoli, alla condotta Sodomita, nei testi biblici cfr. R. W. WOOD, *Homosexual Behavior*, p. 11 ss.

²⁹³ La connessione tra il peccato e la violazione del dovere di ospitalità viene sostenuta attraverso il verbo *yādhā*, verbo avente due significati: fare conoscenza, significato su cui tal interpretazione ama far leva, o avere-volere rapporti sessuali.

Su tal punto ed in particolare sui frammenti biblici nei quali vi è la presenza di *yādhā* si veda F. BROWN-R. Driver - C.A. Briggs, *A Hebrew and English Lexicon of the Old Testament*, Oxford, 1952.

ricavato dal racconto biblico non solo la punizione divina, ma anche quell'espedito volto a condannare moralmente i rapporti omosessuali, che altro non è che il carattere innaturale ed esecrabile. Annotazione quest'ultima che deve essere soggetta ad alcune considerazioni aggiuntive in quanto nei testi legislativi sussiste una forte lacuna relativa al martirio regalato agli omosessuali. In proposito, notizie funzionali possono essere rintracciate ricorrendo agli esiti dei processi, le cui tracce sono collocate all'interno di alcune fonti letterarie ed in particolare nel racconto di Teofane, relativo a due vescovi: Isaia (vescovo di Rodi) e Alessandro (vescovo di Diospoli di Tracia). Ciò che bisogna estrapolare da questa vicenda riguarda la punizione legislativa, la castrazione, e la punizione morale ovvero la processione volta ad imprimere nelle menti delle persone il triste destino a cui sarebbero stati soggetti tutti coloro che avrebbero presentato tendenze amorali²⁹⁴.

Sostenere che nei primi periodi di legiferazione giustiniana l'omosessualità era destinata alla castrazione, non è del tutto sbagliato. In effetti, i processi sono antecedenti alla pubblicazione del *Corpus Iuris* e quindi risalgono ad un periodo (529 d.C.) dove Giustiniano non aveva ancora avviato una vera e propria repressione dei rapporti omosessuali²⁹⁵. Di conseguenza si può ritenere che prima del 533 d.C, la pena prevista fosse la castrazione, pena tra l'altro avente un importante significato simbolico: debellare il tratto virile in coloro che delittuosamente se ne erano privati. Tale tesi può essere avvalorata facendo leva sul fatto che le punizioni corporali erano già presenti negli anni precedenti e nel primo periodo in cui Giustiniano prese il potere. Tracce di mutilazioni personali si ricavano sia in Costantino, sia in *Nov. 134*, testo di legge giustiniano. Nel periodo intercorso tra il 319-320 d.C, Costantino impose due tipologie di pene corporali: il taglio della lingua e una colatura di piombo fuso, ricadenti rispettivamente sui delatori e su coloro che incoraggiavano le fanciulle a fuggire con uomini indesiderabili. Nel testo giustiniano, invece, venne destinata la mutilazione del piede allo schiavo fuggitivo²⁹⁶. I sopracitati fattori sono in realtà fondamentali in quanto volti ad esprimere una continua applicazione di tali castighi anche nei primi anni di regno giustiniano. In realtà se fino al 533 d.C la pena prevista per l'omosessualità era la castrazione, non sarebbe così errato sostenere che al termine *poenae exquisitae*, contenuto

²⁹⁴ Cfr. *Theophanis Chronographia*, ed C. De Boor, voll., 2, Leipzig, 1883-1885, I, p. 177.

²⁹⁵ Cfr. D. DALLA, <<*Ubi Venus mutatur*>>, cit., p. 195 ss.; cfr. A.M. JONES, *The Prosopography of the later Roman Empire*, II, Cambridge, 1971.

²⁹⁶ Circa le pene corporali di Costantino e di Giustiniano cfr. Cod. Theod., 10.10.2.; cfr. Cod. Theod., 9.42.1.

nella costituzione del 342 dei figli di Costantino, debba essere attribuito il significato di pena speciale²⁹⁷, piuttosto che di nuova pena. In questo caso ci si metterebbe in contrasto con il pensiero di Gotafredo volto ad individuare nel periodo:” *insurgere leges, armari iura glaudio ultore*”, la severità della punizione (le fiamme) e non la *poena gladii*²⁹⁸.

Sebbene l’assenza di documenti non consente di confermare la presenza di questa pena, ciò che invece risulta cassato riguarda l’assenza della castrazione nelle fattispecie contenute nelle Istituzioni e nelle *Novellae*. In queste ultime, l’imperatore stabilì, presumibilmente, un triste destino per l’ambiente omosessuale: la pena di morte²⁹⁹. In altri termini, la politica giustiniana non si limitò ad assorbire il nettare delle disposizioni del periodo precedente, ma sancì un profondo mutamento nel modo di osservare la pederastia. Essa, oramai vista come una condotta blasfema-criminale, doveva essere sempre punita indipendentemente dalle modalità e dalle circostanze attraverso le quali si manifestava.

Questa annotazione evidenzia il punto finale di un’evoluzione normativa. Infatti, qualunque condotta inerente all’ambiente sodomita o saffico, essendo blasfema e contro-natura, è destinataria di una sola punizione: la morte. Non sussiste più una demarcazione tra l’ambiente omosessuale maschile e quello femminile poiché a differenza dei tempi precedenti, le donne, essendo equiparante agli uomini, erano destinatarie di predicazioni volte ad educarle e a guidarle al di fuori dei peccati contro-natura.

Tracce di questo spiritualismo si ritrovano sia in Paolo (si riferisce a tutte quelle figure femminili che avendo attribuito al sesso il tratto innaturale avevano scaturito l’ira divina³⁰⁰), ed in particolare, attraverso Agostino. In effetti, nel pensiero di quest’ultimo emergono parole volte ad illuminare sia il lato direttivo sia l’assurda preoccupazione del mondo cristiano:

²⁹⁷ Con riguardo al significato di pena raffinata cfr. M. LEVER, *Les bûchers de Sodome*, cit., p. 34.

²⁹⁸ Sul significato di *poenae exquisitae* offerto da Gotafredo cfr. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, cit., p. 62 ss.; sulla questione relativa alla pena prevista dalla costituzione dei figli di Costantino cfr. *supra*. p. Cap.II par.6

²⁹⁹ Su tal punto R. BONINI, *L’ultima legislazione pubblicistica in Giustiniano*, 543-565, in *il mondo del diritto nell’epoca giustiniana*, Ravenna, 1985, pg. 139-167, precisa che se in Nov.77 si ha un riferimento specifico alla pena di morte, in Nov. 141, non sussiste alcuna disposizione che vada ad indicare con precisazione la natura della pena giustiniana.

Sull’incertezza di Nov. 141, E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit.,p. 237 e nt. 135, ritiene opportuno rilevare che le disposizioni di essa, consentono di pensare ad una pena la cui natura è inerente alla morte o alla castrazione.

³⁰⁰ Cfr. Paul., Rom., 18. 26.

In Epist., 21.27, si intravede una forte esortazione rivolta al mondo femminile: "L'amore fra voi, tuttavia, non deve essere terreno ma spirituale. Le cose che le donne vergognosamente fanno anche ad altre donne in bassi scherzi e giochi devono essere evitate, non solo dalle vedove e dalle caste vergini di Cristo, che vivono secondo una santa regola di vita, ma anche da quelle sposate e dalle ragazze destinate al matrimonio"³⁰¹.

In sintesi, al termine del periodo imperiale, tutte quelle fattispecie inerenti ai rapporti contrari all'ordine naturale non vennero più tenuti distinti ma furono portatori di un comune carattere oltraggioso. Per periodi di lunga durata il concetto naturale era il seguente: le donne erano le destinatarie dell'arte della sottomissione mentre gli uomini erano i maestri di questo mestiere. Nel nuovo contesto, invece, la natura non solo riuscì a spaccare quel continuo conflitto tra due orientamenti, quello omosessuale e quello eterosessuale, ma lasciò spazio solamente a quelle unioni tra uomo e donna definite dalla tradizione ebraica: "i soli rapporti naturali"³⁰².

Nonostante questo, il cristianesimo non deve essere visto come l'unico artefice della pena e degli stigmi posti sulle persone e sulle unioni gay, ma una fonte dalla quale la società pagana riusciva a trarre risposte e a veder soddisfatte le proprie esigenze derivanti da una nuova morale distante anni luce da quella primitiva dei padri fondatori.

7. Evoluzione della morale e dei costumi nella storia di Roma.

La regola morale della Roma arcaica poneva un determinato codice di comportamenti, sintetizzati in due locuzioni: *pudicitia* e *virtus*, ricucite rispettivamente, sulla figura femminile e sul genere maschile.

La *pudicitia*, quale dovere morale, era volta ad inquadrare la donna romana all'interno di due aggettivi: castità e pudicità, necessari al mondo femminile per essere considerate e rispettate.

³⁰¹ Cfr. Hieron., Epist., XXI. 27.

³⁰² Circa il principio della naturalità dei rapporti si v. *infra* p. 112ss

Oltre che nella figura di Lucrezia³⁰³, questi due requisiti emergono anche dall'immagine di Virginia, fidanzata del tribuno Icilio e figlia del centurione Virginio, la cui storia è opportuno riportare. Virginia, vittima delle perpetue e insistenti lusinghe di Appio Claudio, faceva valere la propria morale opponendosi agli atteggiamenti molesti del decemviro.

Nonostante la presenza del chiaro rifiuto, il magistrato riuscì a trovare un modo per soddisfare la propria libidine: istituì un processo, da lui presieduto, in modo tale da farla rivendicare da un suo cliente, come schiava.

Triste destino sorse sulla pudica fanciulla poiché il padre, pur di evitare la concessione della figlia, la uccise:

In Liv. *Ab urb.*, III. 48 : *"Hoc te uno quo possum - ait - modo, filia, in libertatem vindico... Te - inquit - Appit tuumque caput sanguine hoc consecro³⁰⁴"*.

La vicenda con il suo finale più amaro che dolce, fa emergere quel lato della *pudicitia* che va a discapito della donna. Se non avesse osservato tale regola, forse, non sarebbe finita a miglior vita. Ma in un certo senso, rispettando quel codice morale, per Virginia si finisce per provare nient'altro che rispetto. Rispetto che, di riflesso, ricade sulla figura dell'uomo.

In tal senso, infatti, non deve stupire se la condizione delle figure femminili sia la soggezione al genere maschile, in quanto la donna, per molto tempo, verrà parificata ad uno strumento

³⁰³ Cfr. *supra* pg. 75 ss.

³⁰⁴ [Nell'unico modo in cui mi è possibile, figlia mia, io rivendico la tua libertà. Con questo sangue, Appio, io consacro te e la tua testa alla vendetta degli dei].

utile alla famiglia, non solo per l'educazione dei figli ma anche per l'istallazione di rapporti mediante la stipula di contratti matrimoniali³⁰⁵.

Sebbene le norme morali etichettarono sulla donna arcaica i caratteri del casto e del puro, non si può dire che esse fecero lo stesso con riguardo al genere maschile. In questo caso, il termine utilizzato è *virtus*, espressione volta ad attribuire al maschio la natura di dominatore da esercitare in tutte le fattispecie della vita quotidiana. Il simbolo di una moralità ferrea è il Censore Catone, ovvero colui che apprese con costanza gli insegnamenti degli antichi *mores* pur di servire lo Stato nella maniera più opportuna³⁰⁶. Ciò che deve essere colto da tale immagine, non riguarda solamente la sua politica morale ma la sua avversione verso il pensiero e la cultura greca, poiché quest'ultima avrebbe comportato la distruzione del concetto di virilità mediante la diffusione di idee lussuose e bramosi³⁰⁷.

Tale pensiero, seppur carico di pregiudizi, è fondamentale in quanto sottolinea maggiormente quello che fino all'età augustea era considerato il vero uomo romano, virile e prevaricante, anche nella sua vita sessuale. Tutto ciò non deve stupire per due ordini di ragioni.

La prima la si può estrapolare dal "ratto delle sabine", ovvero da una delle vicende più antiche della storia di Roma³⁰⁸. Si narra che Romolo, dopo aver fondato la città eterna, decise di

³⁰⁵ Circa la soggezione e il ruolo della donna nell'antichità bisogna porre alcune considerazioni. In primo luogo occorre rilevare che l'avvento di una società androcentrica e patriarcale si ebbe solamente a partire dal 4300 e il 2800 a. C, frazione temporale nella quale si ebbe la diffusione e l'incontro di più culture e ideologie religiose. In realtà nel periodo precedente sussisteva una parificazione tra i sessi ed in particolare si riteneva che la donna godesse di uno status superiore rispetto all'uomo. Non a caso si venerava una figura femminile: la grande Dea avente un simbolismo lunare e ctonico.

In realtà, a partire dal 753 a. C, si cominciò a ritenere che vi fosse un parallelismo tra la grande Dea e una figura femminile, che nel caso di Roma, pose le sue tracce in alcuni culti tra i quali preme evidenziare quello di Tanaquilla. Tal divinità racchiude una figura femminile dai tratti regali inquadrata e venerata alla pari di una dea domestica rappresentante il modello delle matrone romane. In effetti lo storico Livio tratteggia tal donna (moglie di Tarquinio, colui che diventò poi re di Roma) come una figura capace di prodigi, caratteristica tipica delle donne etrusche, e capace di aumentare la sua posizione assumendo poteri di solito attribuiti agli uomini romani. Di tal descrizione una cosa risulta certa: le vicende trasmesse dallo storico romano devono essere inquadrare all'interno delle leggende volte ad avvalorare una tradizione trasmessa dagli scrittori. Ciò detto, dalla figura di tal dea si può solamente ricavare la condizione delle donne romane finalizzata ad evidenziare come tali figure femminili siano volte ad assolvere il loro compito materno e ad essere soggette a quel potere che il titolare esercita sia su loro stesse sia sull'interno contesto familiare.

Circa il passaggio da una società matriarcale ad un contesto androcentrico cfr. E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., p. 149 ss.; cfr. A. DOSI, *Eros. L'amore in Roma antica*, cit., p. 34 ss.

Circa i racconti dello storico Livio cfr. Liv. *Ab urb.*, I. 34. 9.; cfr. Liv. *Ab urb.*, 34. 9-10.; cfr. Liv. *Ab urb.*, I. 41.3.; cfr. Liv. *Ab urb.*, I. 41.5.; cfr. Liv. *Ab urb.*, I. 41. 6-7.

³⁰⁶ Non a caso Plutarco, in *Cator Minor*, riporta una condotta consuetudinaria del censore: si recava, nel corso della mattina, al Foro, pur di donare i suoi consigli a tutti coloro che glielo richiedevano. Cfr. Plut, *Cator Minor* 7.

³⁰⁷ Cfr. A. DOSI, *Eros. L'amore in Roma Antica*, cit., pg. 20-25.

³⁰⁸ Sul ratto delle sabine si veda E. CANTARELLA, *Dammi mille baci*, cit., p. 34 ss.

aprire un rifugio per tutte le persone che ne avevano bisogno. Con l'obiettivo di prosecuzione della specie, scelse di organizzare i *Consualia* (giochi in onore di Nettuno) e di invitare i Sabini e le loro consorti a parteciparvi. L'esito della vicenda, terminata con il rapimento e il conseguente matrimonio di tali donne con i primi romani, è portatore di un sentimento di sopraffazione e di arroganza caratterizzante il contesto romano antico.

La seconda ragione, conseguente alla prima, riguarda l'educazione finalizzata a creare il superuomo romano. Fin dall'infanzia, infatti, il fanciullo veniva allevato in modo tale da essere in grado di osservare, con estrema rigidità, la regola della sua vita ovvero l'assoggettamento e la sottomissione altrui. Una virtù illimitata che Roma conobbe fin dall'origine e che si diffuse in tutte le fattispecie della vita quotidiana, diventando promotrice di relazioni extraconiugali nonché il concubinato, istaurato non solo con donne ma anche con figure maschili purché servi o prostituti. Su tali basi, la società romana conobbe l'omosessualità, espressione equivalente ad una manifestazione del potere del più forte sul più debole³⁰⁹.

Con l'avvento della greco-mania, il codice della Roma antica fu accompagnato dalla presenza di un nuovo costume: la diffusione e la visibilità dell'omosessualità passiva³¹⁰. In effetti, la diffusione della mollezza fu incentivata dall'esperienza greca, la quale determinò un fondamentale mutamento dei caratteri dei maschi romani. Questi ultimi, corteggiando i ragazzi liberi, si spogliarono dei loro tratti virili ricoprendoli di quel lato sentimentale, tipico dell'amore efebico. In realtà quanto appena detto non è del tutto veritiero, poiché l'affetto verso i *puer* non deve essere inteso nella sua funzione politica ed educativa ma rappresentò, per il maschio romano, il fine del gioco pederastico. La perseveranza nel corteggiamento, rappresentava un perfetto compromesso per la conservazione di quella virilità che il maschio romano manteneva all'atto di cedimento del *puer*.

Questo gioco di flirt e potere si può osservare nel rapporto amoroso intercorso tra Catullo e il giovane-libero Giuvenzio:

Cat., *Carm.*, 99: “ *Subripui tibi dum ludis mellite Iuventi / saviolum dulci dulcius ambrosia /*
Verum id non impune tuli namque amplius horam / suffixum in summa me memini esse

³⁰⁹ Sul mito della virilità romana e sul significato di omosessualità quale manifestazione del più forte sul più debole v. *supra* p. 70ss.

³¹⁰ Cfr. *supra* p. 88 ss.

*cruce / dum tibi me purgo nec possum fletibus ullis / tantillum vestrae demere saevitiae /
 Nam simul id factum est multis deluta labella / guttis abstersisti omnibus articulis / ne
 quicquam nostro contractum ex ore maneret / tamquam commictae spurca saliva lupae /
 praeterea infesto miserum me tradere Amori / non cessasti omnique excruciare modo / ut
 mi ex ambrosia mutatum iam foret illud / saviolum tristi tristius elleboro / Quam quoniam
 poenam misero proponis amori / numquam iam posthac basia subripiam³¹¹”.*

Il carne 99, permette di intravedere nel rapporto tra il poeta e Giuvenzio non solo quel lato sentimentale tipico del corteggiamento ellenico, ma anche quella scarsa virilità incardinata in Catullo. In effetti, il fanciullo mantiene una condotta evitante che fa scaturire nel corteggiatore un’emozione che di primo acchito può essere definita:”criminalmente molle³¹²”. In realtà l’aspetto dominatore, tipico del maschio romano, è ben racchiuso nei seguenti Carmina:

*Cat. Carm., 16: “Predicabo ego vos et irrumabo/ Aureli pathice et cinaede Furi / qui me ex
 versiculis meis putastis / quod sunt molliculi parum pudicum / Nam castum esse decet pium
 poetam / ipsum versiculos nihil necessest / qui tum denique habent salem ac leporem / si sint
 molliculi ac parum pudici / et quod pruriant incitare possunt / non dico pueris sed his pilosis /
 qui duros nequeunt movere lumbos / Vos qui milia multa basiorum / legistis male me marem
 putatis? / Pedicabo ego vos et irrumabo³¹³”.*

³¹¹ [Un bacio ti rubai, più dolce dell’ambrosia, Giuvenzio mio di miele, intento ai giochi. Ma fui punito, poi: per più di un’ ora, ricordo bene, tu m’hai messo in croce mentre chiedevo scusa, e non riuscivo, anche piangendo, ad addolcire un poco della tua durezza. Appena ti baciai, a mani piene le labbrucce bagnate ti tergesti perché dalla mia bocca non restasse contatto quasi fosse saliva sporca di un’ impura baldracca. E poi, non la finivi di invocare contro me misero l’ira d’Amore, e tormentarmi finché quel bacio diventò, da dolce ambrosia, più triste dell’elleboro amarissimo. Ma se al mio amore questa pena dai mai ruberò, d’ora in avanti, i baci].
 Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p. 161 ss.

³¹² Sul gioco pederastico v. *supra* p. 88 ss.

³¹³ [In culo e in bocca ve lo metterò Aurelio patico e Furio cinedo. Poco virile mi credete, voi, perché son molli i miei versetti? Convieni che il poeta, lui, sia puro: ma i versi no. Questi hanno sale e grazia se son lubrifici, poco pudichi così da far venire il desiderio non dico ai ragazzini: a quegli irsuti dai lombi intorpiditi, ormai immoti. E perché ho scritto di baci a migliaia, mi giudicate voi poco virile? In culo e in bocca ve lo metterò]. Cfr. Trad. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p. 162

In Cat. *Carm.*, 21: “*Aureli pater esuritionum / non harum modo sed quot aut fuerunt / aut sunt aut aliis erunt in annis / pedicare cupis meos amores / Nec clam: nam simul es iocaris una / haeres ad latus omnia experiris / Frustra nam insidias mihi instruentem / tangam te prior irrumatione / Atque id si faceres satur tacerem / nunc ipsum id doleo quod esurire / mellitus puer et sitire discet / Quare desine dum licet pudico / ne finem facias sed irrumatus*³¹⁴”.

Analizzando il contenuto del Carme 16, ciò che si scopre è che il poeta essendo stato etichettato come effeminato, da Furio e da Aurelio, cerca di reagire in modo tale da far emergere la sua figura di dominatore e stupratore. Sintomi di vendetta si intravedono nell’ultimo verso: “*pedicabo ego vos et irrumabo*”, rigo nel quale è ben indicata l’intenzione del poeta: la sottomissione e la *fellatio* dei suoi due falsi amici. Non sussistono quindi dubbi circa la modalità a cui Catullo ricorre per smentire le false accuse di *molles*, in quanto cerca, almeno con le parole, di offrire ad Aurelio e Furio una delle azioni più infamanti, ovvero la *fellatio*. In effetti l’espressione *fellare* è portatrice di un significato volto a distruggere lo scopo primario del maschio romano: soddisfare il proprio piacere. Le conseguenze di tale atto, secondo il codice morale, sono volte sia a ledere la dignità di chi è vincolato a subirlo, sia l’infamia che si diffonde su colui che lo pone in essere spontaneamente³¹⁵.

Continuando a porre lo sguardo sul passo, si nota l’utilizzo di due locuzioni: *cinaedus* e *pathicus* (indicanti la passività), a cui il poeta ricorre per minare rispettivamente Furio e Aurelio. Tale annotazione ha un connotato fondamentale, in quanto permette di potersi collegare al Carme 21, particella nella quale Catullo ha ben rafforzato la propria virilità, prendendosi gioco del *pathicus* Aurelio troppo focalizzato sull’arte del corteggiamento nei confronti del suo amato Giuvenzio.

In sintesi, dagli estratti sopra riportati, emerge una figura di Catullo che alterna attimi di amore, riservati solo al suo amato e scopi di dominazione e sopraffazione destinati solamente ai nemici, oppure anche a figure femminili.

³¹⁴ [Aurelio, padre dei morti di fame, e non solo di questi, ma di quelli che furono e che saranno, tu vuoi sedurre l’amor mio. E apertamente: stai con lui, giochi con lui, incollato al suo fianco le tenti tutte. Ma invano: mentre combini le tue trame, in bocca prima te lo metterò. Se tu facessi questo a pancia piena, io tacerei: ma quello che mi secca è che da te a morir di fame e sete il mio dolce ragazzo imparerà. Perciò falla finita, finché puoi farlo con il pudore salvo. Per non dover farla finita, poi con la bocca insozzata]. Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p. 163

³¹⁵ Sul punto cfr. P. VEYNE, *L’omosessualità, cit.*, p. 43.

Non deve infatti suscitare perplessità se il richiamo al poeta sia fondamentale in quanto volto a illustrare l'insediamento, nella società romana, di due modelli culturali opposti: quello greco e quello romano. Maggiori informazioni relative a questo *métissage* si trovano in altri poeti risalenti al I secolo a.C. In proposito bisogna fare innanzitutto riferimento a Lucrezio, il quale nel *De rerum natura*, offre alcune informazioni volte a delineare un'educazione sessuale frutto di fattori non solo ellenici ma anche antichi:

Lucr., *De rerum natura*, IV. 1052-1055: “*Sic igitur Veneris qui telis accipit ictus / sive puer membris muliebribus hunc iaculatur / seu mulier toto iactans e corpore amorem / unde feritur eo tendit gestitque coire / et iacere umorem in corpore de corpore ductum*³¹⁶”.

Per l'uso dei termini contenuti in questo passo, la testimonianza di Lucrezio non fa altro che richiamare l'antica regola sessuale il cui ambito applicativo, a differenza del passato, non è più oscurato in relazione agli uomini quali soggetti destinatari.

Oramai era di assoluta limpidezza e accettazione che la soddisfazione della proprie passioni poteva avvenire usufruendo di qualsiasi corpo femminile o maschile.

Che nel catalogo degli amori possibili e comodi rientrassero le schiave o gli schiavetti di casa, oltre alle fonti già richiamate³¹⁷, se ne ha conferma ricollegandosi ad Orazio Flacco. Egli attribuisce agli amori servili la qualifica di amori semplici e comodi, in quanto essendo a portata di mano allontanano il tormento derivante dalla loro ricerca³¹⁸.

Sintomi contrari a tale atteggiamento d'indifferenza o di apatia si ritrovano invece nel poeta Ovidio, il cui pensiero si fonda esplicitamente sull'attrazione sia nei confronti dei fanciulli ed in particolare nei riguardi di figure femminili:

Ov., *Ars amat.*, II, 683-684:” *Odi concubitus qui non utrumque resolvunt / hoc est cur pueri tangar amore minus* ³¹⁹”.

³¹⁶ [Così, chi è colpito dai dardi di Venere, sia che li scagli un fanciullo dalle membra femminee, sia che li scagli una donna che spira amore da tutto il corpo, è attratto da chi lo ha colpito, e aspira a unirsi a lui, e a gettare nel suo corpo l'umore tratto fuori dal suo corpo]. Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p. 176.

³¹⁷ Cfr. *supra* pg. 70 ss.

³¹⁸ Cfr. Horat., *Sat.*, I. 116-119.

³¹⁹ Cfr. Ov., *Ars amat.*, II. 683-684

Sebbene Ovidio fosse più tendente verso il genere femminile, questo non significa che egli provasse un sentimento di disprezzo verso i rapporti omosessuali. La ratio di tale preferenza, è ben collocata all'interno della *forma mentis* del poeta, che porta il medesimo ad attribuire al piacere un significato di soddisfazione bilaterale del desiderio:

Ov., *Ars amat.*, II, 687-688: " *Quae datur officio, non est mihi grata voluptas; / officium faciat nulla puella mihi* ³²⁰".

In realtà l'attrazione del poeta deriva da due particolari e connesse ragioni: il piacere è maggiore se reciproco, soprattutto se condiviso con una donna rispetto ad un uomo³²¹. Convinzione quest'ultima ricavata dal mito di Tiresia, l'indovino tebano che in seguito ad una convivenza istaurata sia con uomini ma anche con donne, aveva affermato che proprio quest'ultime, dal rapporto sessuale, traevano un piacere nove volte maggiore rispetto agli uomini³²².

La combinazione di tali fattori ha scaturito nel poeta una preferenza amorosa verso il mondo femminile:

Ov., *Ars amat.*, II, 719-728: " *Cum loca reppereris quae tangi femina gaudet / non obstet tangas quo minus illa pudor / adspicies oculos tremulo fulgore micantes / ut sol a liquida saepe refulget aqua / accedent questus accedet amabile murmur / et dulces gemitus aptaque verba ioco. / Sed neque tu dominam velis maioribus usus / desine nec cursus anteeat illa tuos / ad metam properate simul! tum plena voluptas / cum pariter victi femina virque iacent* ³²³".

³²⁰ [Il piacere concesso per dovere non mi è grato. Compiacenza di donna non la voglio]. Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p.177.

³²¹ Circa il rapporto tra Ovidio e la teoria del piacere cfr. P. VEYNE, *La poesia, l'amore, l'occidente. L'elegia erotica romana*, Bologna, p. 131, 144 e nt. 74.

³²² Cfr. Ov., *Met.*, 3. 316 - 338.

³²³ [E quando avrai trovato quel che alla donna piace sia toccato, non vergognarti a farlo. Gli occhi vedrai brillare di tremulo fulgore come spesso l'acqua limpida riluce il sole. E ci saranno in più i lamenti, il mormorare piano, gemiti dolci e le parole adatte al gioco. Non sorpassarla, con le tue vele al vento, e non lasciarla andare innanzi a te. Guadagnatela insieme, quella meta: solo allora, quando ugualmente vinti giacciono la donna e l'uomo, pieno è il piacere]. Cfr. Trad. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, pg.177-178.

Analizzando le fonti letterarie fino ad ora riportate, si può sancire con assoluta limpidezza che a cavallo tra la fine dell'età repubblicana e l'inizio della legislazione augustea, il quadro del costume risulta il seguente: oggetto del piacere, per il maschio romano, poteva essere raffigurato sia da figure femminili ma anche da soggetti di genere maschile.

Sussiste però un forte mutamento della regola antica relativo al suo ambito applicativo: i fanciulli se prima costituivano un puro strumento di soddisfazione sessuale e virile, con l'avvento del principato divennero il focus primario del sentimento amoroso³²⁴.

In altri termini l'amore celeste non aveva trasformato l'uomo romano in un "mollaccione", in quanto il lato del conquistatore rimaneva ben saldo all'esito di una guerra, che altro non era che la conquista del fanciullo.

Di conseguenza, nella società romana, il cambiamento non si sviluppò sulle sponde della mentalità ma su quel concetto di costume pregno di tendenze che, pur venendo represses, costituirono i caratteri portanti di una società disorientata.

Che a partire dal I secolo a.C. ciò che fu posto a fondamento delle relazioni e dei rapporti non faceva più riferimento ai dogmi posti dall'antica morale ma da fenomeni quali l'eroticismo, l'adulterio e il concubinato è chiaro a tutti. In effetti dinanzi a tale contaminazione, Augusto cercò di porre una serie di provvedimenti volti a ripristinare l'importanza del matrimonio e della morale familiare. Si tratta di alcune *leges*: la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 18 a.C., la *Lex Papia Poppaea Nuptialis* del 9 a. C. (entrambe racchiuse nel testo unico denominato "*Lex Iulia et Papia*") e la *Lex Iulia de Adulteris Coercendis*.

Con le prime *leges*, Ottaviano impose il matrimonio non solo ai maschi aventi un'età oscillante fra i venticinque e i sessant'anni e le donne di venticinque massimo cinquant'anni, ma vincolò a tal fine anche i vedovi e i divorziati, salvo nel caso di figure femminili, le quali in particolari situazioni (vedovanza o divorzio) godevano di un periodo di tregua avente rispettivamente una durata di due anni o di diciotto mesi.

Andando oltre questo dovere, l'aspetto più bizzarro e sicuramente non innovativo fu connesso al fine dell'unione matrimoniale, nonché la fecondazione/procreazione. Per garantire tale

³²⁴ Tracce ulteriori si ricavano negli scritti di Orazio ed in particolare in Horat., *Od.*, I, 4, 29-30, versi di un'opera nella quale emerge sia il lato del desiderio maschile verso i corpi dello stesso genere, ma si sancisce anche il passaggio dall'attività alla passività o meglio quell'arco temporale, coincidente con l'età adulta, caratterizzato da una metamorfosi amorosa: da omosessuale ad eterosessuale.

Su tal punto cfr. Horat., *Od.*, I, 4, 29-30.; cfr. Horat., *Od.*, IV, 10.; cfr. M. S. CELENTANO, *Licida: la passione degli uomini, l'amore delle donne* (Horat., *Carm.*, I, 4, 19-20), in *Quad. Urb.*, 47, 1984, p. 127 ss.

finalità non si trascrisse una vera e propria disposizione legislativa, ma da un lato si cercò di incoraggiare i soggetti applicando sanzioni su chi non generava un numero elevato di figli, oppure dei premi a chi, invece, ne aveva procreato un quantitativo elevato. Dall'altro si concesse alle donne lo *ius liberorum*, volto a sottrarle dalla tutela nel momento in cui avessero generato per quattro volte consecutive, se *liberte*, o tre volte nel caso di donne libere³²⁵.

Affianco a tali provvedimenti demografici, è giusto tener presente che solamente con la *Lex Iulia de Adulteris Coercendis*, Augusto, nel tentativo di regolare la violazione della fedeltà coniugale, ha posto alcune innovazioni. In merito a ciò occorre focalizzare lo sguardo sulla disciplina relativa all'adulterio, pratica che in questa epoca era ormai divenuta quotidiana. In tale senso, si stabilì una disciplina che pur essendo affievolita rispetto ai periodi precedenti, fu volta a punire come *crimen* qualsiasi rapporto sessuale consumato al di fuori del matrimonio e del concubinato, fatta eccezione per il caso della prostituzione. La pena prevista, come sopra detto³²⁶, riguardava la relegazione in un' isola e la confisca dei beni privati. In proposito l'elemento innovativo oltre a porre le proprie radici su quel carattere mitigato attribuito alla pena³²⁷, fa leva sul fatto che la sfera della morale sessuale venne strappata dalla giurisdizione familiare e attribuita alla competenza dello Stato.

Emblematica fu la frase pronunciata da Tacito, il quale nell'accusare Augusto di violare il rispetto e la privacy familiare arrivò ad esclamare quanto segue: "Ogni casa era sconvolta dagli intrighi dei delatori. Prima erano i delitti a provocare i mali, adesso le leggi³²⁸".

In altri termini l'adulterio quale delitto pubblico poteva essere perseguito su iniziativa di qualsiasi cittadino. Andando oltre quanto appena detto, è opportuno considerare che l'intento augusteo non si fermò a disciplinare solamente la fedeltà, ma inserì nella fattispecie del *crimen* anche lo *stuprum* con le vedove e le vergini, lasciando al di fuori di questa

³²⁵ Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1961, p. 715.

³²⁶ Cfr. *supra* p. 90-91

³²⁷ In effetti la metamorfosi della sanzione è molto limpida, in quanto durante il periodo repubblicano, la pena prevista era quella del rafano e quella del mugile, consistente nella sodomizzazione mediante una pianta piccante (il rafano) o attraverso un pesce dotato di grande voracità (il mugile), i cui destinatari erano tutti coloro che tramite le proprie condotte seduttive facevano cadere nel peccato la donna. Cfr. Catull., 15. 18.

³²⁸ Cfr. E. CANTARELLA, *Dammi mille baci, cit.*, p. 125 ss.

ambientazione lo *stuprum cum puero*, che, come già detto, rimarrà disciplinato dalla sola *Lex Scatinia*³²⁹.

Sebbene la legislazione di Augusto fosse volta a dettare e a normalizzare una società oramai degradata, è opportuno però domandarsi se la titolarità di ciò derivava da un proprio intento, oppure da progetti “giudiziari” di altri e da fattori che hanno diffuso fenomeni e tendenze risalenti a tempi antecedenti al principato di Ottaviano.

In occasione, bisogna concentrarsi su due fatti storici: le conseguenze della guerra annibalica (218-202 a.C.), e la fusione tra i territori di Occidente e Oriente, avvenuta mediante l’unione di Cesare e Cleopatra. Il punto in comune di tali vicende, fa leva sugli effetti dell’influenza e della diffusione di miti e di pratiche orientali nel contesto romano.

Sebbene Roma riuscì a contrastare la potenza di Annibale, ciò non toglie che ne uscì intatta. Il popolo, ormai esausto, cominciò a cercare ausilio e risposte in alcuni miti religiosi peregrini, che solamente mediante l’unione dei territori di Oriente ed Occidente, ottennero risonanza e riuscirono a sgretolare i fondamenti della morale, mutando la mentalità arcaica.

Non a caso, a cavallo tra il III e I secolo a.C., nella società romana cominciò a diffondersi un forte interesse verso varie fattispecie di misticismo, tra le quali preme ricordare Dioniso, e il mito di Iside. Circa la prima divinità, adorata nella Magna Grecia, bisogna precisare che esso simboleggiava nel contesto romano sia il Dio della fertilità sia il Dio del vino, da intendersi, in quest’ultimo caso, in perfetta armonia con il mondo degli Inferi, poiché garantiva ai suoi seguaci la salvezza nell’aldilà. Andando oltre le sue rappresentazioni esuberanti, preme considerare che la divulgazione dei riti di Dioniso, oltre ad avere un forte acme a seguito del 208 a.C. (giorno della conquista di Taranto), ottenne un forte successo con riguardo alle Menadi, chiamate anche Baccanti. Si tratta di un insieme di figure femminili che affiancavano ai Satiri e ai Sileni, formavano il corteo di Dioniso, costituendo la parte attiva all’interno del rito (bevevano vino per poi squartare l’animale e mangiare le carni crude). L’obiettivo era quello di reincarnarsi nella vita del Dio³³⁰. Se tali donne costituivano la perfetta rappresentazione del disordine e del degrado che oramai aveva investito la società romana, non si può dire lo stesso con riguardo alla dea Iside, il cui mito di natura egiziana si diffuse particolarmente, a Roma, nel I secolo a. C.

³²⁹ Cfr. *supra* p. 88 ss.

³³⁰ Cfr. A. DOSI, *Eros, cit.*, p. 54 ss.

Al di là del suo significato simbolico, l'aspetto che in tale analisi deve essere riportato si ha in relazione all'effetto che il rituale mistico elargiva: un nuovo rapporto col sesso. In effetti tutti coloro che si recavano presso i templi della dea, venivano etichettati sia dalle autorità sia da alcuni chiacchiericci popolari come prostituti o prostitute.

Non a caso, Augusto, impose nel 48 a.C. la distruzione del tempio di Serapide, costruito dopo la morte di Cesare, e del tempio di Iside. Il povero imperatore, pur volendo fermare la pratica del culto, dovette portare a termine l'obiettivo distruttivo con la propria forza: fu costretto ad abbattere la porta del luogo sacro personalmente³³¹.

La diffusione sia dei nuovi culti sia di altre pratiche (concubinato e bigamia-poligamia) turbavano e minacciavano quell'etica familiare tanto tutelata da Augusto.

In realtà la volontà di ripristinare quell'antica morale era sottesa da alcuni meccanismi che, l'imperatore, fece propri ma che in realtà appartenevano ad altri³³².

Maggiori conferme si ottengono richiamando un frammento di Svetonio, facente riferimento alla figura di Cesare:

Caes. LII: "...sed maxime Cleopatram, cum qua et conuiuia in primam lucem saepe protraxit et eadem naue thalamego paene Aethiopia tenus Aegyptum penetrauit, nisi exercitus sequi recusasset, quam denique accitam in urbem non nisi maximis honoribus praemiisque auctam remisit filiumque natum appellare nomine suo passus est. [...] Heluius Cinna TR. PL. plerisque confessus est habuisse se scriptam paratamque legem, quam Caesar ferre iussisset cum ipse abesset, ut ei uxores liberorum quaerendorum causa quas et quot uellet ducere liceret...³³³".

La particella, oltre a resuscitare l'unione tra Cesare e Cleopatra, è portatrice di un fattore che consente, nell'analisi in questione, di illustrare l'espedito utilizzato da Ottaviano per poter installare la sua politica matrimoniale. In proposito, Augusto si impadronì dell'obiettivo di Cesare (regolamentare la poligamia-bigamia e di conseguenza conferire il suo cognome al figlio avuto con Cleopatra) con lo scopo di regolare i costumi e dare rilevanza alla sola unione

³³¹ Cfr. Dio. Cass., XLVII. 15 e LIII. 2.; cfr. Val. Max. (Julii Paradis Ep.), I. 3. 4.

³³² V. *supra* p. 65 ss.

³³³ Cfr. Svet., *Caes.*, LII.

matrimoniale. Ciò trova conferma nelle *leges* e nello scopo da esse non perseguito. Non a caso il concubinato raggiunse l'apice della sua diffusione durante l'età augustea. Le leggi augustee ed in particolare la *Lex Iulia de Adulteriis*, pur avendo introdotto il reato di *stuprum*, allo stesso tempo hanno consentito la proliferazione di legami che essendo collocati al di fuori di tale fattispecie, risultavano estranei agli occhi del diritto criminale³³⁴.

In altri termini, Augusto pur presentando un notevole impegno³³⁵ sia nella redazione delle disposizioni, sia nel trovare ulteriori espedienti (ad esempio la natalità³³⁶) volti a camuffare le proprie intenzioni, non ha fatto altro se non quello di assorbire progetti la cui titolarità appartiene ad altri, limitandosi quindi ad offrire un significato diverso rispetto a quello naturale³³⁷. In sintesi la *Lex Iulia* e le sue disposizioni risultano semplicemente il frutto di una politica indirizzata a ostacolare varie tendenze oramai troppo consolidate nel contesto sociale ma anche nella figura dell'imperatore. Quest'ultimo e il suo pacchetto legislativo, non riuscirono a far risorgere l'etica dei padri fondatori, tanto che agli inizi dell'età imperiale ci si trovò dinnanzi ad un contesto familiare nel quale sia il ruolo autoritario-imponente del *pater familia* sia, più in generale, la morale familiare era oramai in crisi in quanto soggetta a particolari "distrazioni".

Un'opera di ripristino e di salvezza della dignità familiare o meglio una vera e propria evoluzione della morale, si ebbe solamente durante l'età imperiale ed in partire con la figura di Giustiniano. In effetti a partire dal II secolo d.C., nella società pagana ci fu una vera e propria mutazione dell'etica e dei costumi sessuali.

³³⁴ Cfr. *infra* p. 132 ss.

³³⁵ Circa la devozione e l'impegno di Augusto cfr. T. S. VIGORITA, *La legislazione imperiale*, in <<Storia di Roma>>, II. <<L'impero mediterraneo>>, 3. <<La cultura e l'impero>> (dir. A. Schiavone), Torino, 1992, p. 89.

³³⁶ Che il progetto Augusteo fu condito dalla scusante: "il ripristino del matrimonio e la preoccupazione relativa al calo della natalità" non lascia alcun tipo di dubbio.

Per ciò che concerne l'istituto matrimoniale, basta evidenziare che in una società nella quale il concubinato, l'adulterio, la poligamia erano divenuti uno sport nazionale le ripercussioni relative all'intento di accedere alle nozze rivestivano il tratto emotivo e non giuridico dell'istituto.

In effetti se tra i vari scopi della legislazione di Ottaviano rientrava in primo luogo l'attribuzione di una certa rilevanza al matrimonio non stupisce il fine collegato ad esso: la produzione di figli sottesa a tutti quei provvedimenti demografici volte ad agevolare tal scopo.

Al di sotto quindi della *Lex Iulia de maritandis ordinibus* e della *Lex Papia Poppea Nuptialis* sono state collegate delle cause demografiche, si pensi ad alcune tracce di piombo nelle fognature romane e alla connessa intossicazione oppure a tutte quelle tecniche contraccettive utilizzate dalle donne, volte ad ornamentare le disposizioni in modo tale da conferire maggior valore ad una politica molto fragile.

Circa le cause demografiche cfr. E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., p. 192 ss.

³³⁷ Cfr. *supra* pg. 132 ss.

Si sta trattando di un radicale cambiamento incentrato sulla figura dell'uomo romano, il quale, essendo catturato e soggetto alla figura dell'imperatore, perse la sua identità dittatoriale a favore di un sentimento di tranquillità e di solidarietà, sotteso nella figura della moglie e in più in generale nel contesto familiare.

La *familia*, non più vista come ambiente di potere, divenne un luogo di rifugio per quell'uomo diligente volto ad ottenere un riscatto morale e sociale, alla pari degli imperatori. In altri termini l'uomo romano per secoli ha assorbito la cultura e i tratti di imperatori che pur facendo valere le loro doti di condottieri, rappresentarono la fonte per la diffusione e l'accettazione di condotte adultere, concubinarie e impudiche. Espressione di ciò si ha con riferimento alla figura di Cesare e all'immagine di Augusto, rispetto ai quali Svetonio e Marziale offrono le seguenti caricature:

Svet., *Div. Iul.*, 49: “.. *Omnium virorum mulier, omnium mulierum virum...*³³⁸”.

Mart. *Sat.*, 11.20: “*Quod futurit Glaphyram Antonius, hanc mihi poenam Fulvia constituit, se quoque uti futuam. Fulviam ego ut Futuam ? Quid si me Manius oret pedicem, faciam ? Non puto, si sapiam. << Aut futue aut pugnemus >> ait. Quid quod mihi vista carior est ipsa mentula? Signa canant*³³⁹”.

Il punto in comune di entrambe le testimonianze, riguarda l'equilibrio tra erotismo e virilità, sinonimo di superiorità bellica e forza fisica sia caratteriale, sia sessuale. Non a caso le fonti letterarie romane sono connotate da un particolare argomento, nonché il paragone tra il soldato e l'amante:

Ov., *Amores*, 1.9.1: “*Militat omnis amans, et habet sua castra Cupido*³⁴⁰”.

³³⁸ [La moglie di tutti, il marito di tutte].

³³⁹ [Antonio chiava Glafira: a chiavar lei / Fulvia condanna me. Chiavare Fulvia ? / Se Manlio m'implorasse incular lui / l'inculerei ? No, se ho cervello, mai. / Chiavami, o guerra! Incalza lei. / Ebbene sappi che più della vita / questa minchia m'è cara. Guerra sia!]

³⁴⁰ [Ogni Amante è un soldato, e Amore ha i suoi accampamenti].

Questo *topic* letterario deve essere così inteso: i vincitori in battaglia vincono anche in amore. Annotazione quest'ultima non distante dall'immagine del valoroso Cesare, soldato imbattibile non solo sul terreno bellico ma anche su quello amoroso. Non a caso con egli inizia quella successione di imperatori (tra cui Augusto) che con le loro personalità e abitudini, influenzavano il popolo. Il risultato di ciò, fu la nascita di una condotta che a partire dall'età imperiale cominciò ad essere etichettata riprovevole³⁴¹. Non a caso, P. Veyne, imputa la trasformazione della morale tardo pagana a due fattori congiunti: il passaggio da un aristocrazia concorrenziale ad un aristocrazia di servizio, e l'autorepressione plebea. In effetti il superuomo romano (capo famiglia), schiavo della volontà del principe-imperatore, trasformò inconsciamente la sua morale virile in rispettabilità. Egli non dovendo strumentalizzare e sbandierare il suo lato conquistatore, doveva semplicemente essere in grado di relazionarsi con persone rispettabili.

La nuova regola, sancita da una connessione tra mutamento della condizione sociale e reazione psicologica, non fondava più le radici sulla sopraffazione ma sulla rispettabilità. L'uomo romano, nella società ma anche nella famiglia, non dovendo più impartire ordini dittatoriali, spaccò la sua natura a favore di una capacità volta ad inserirlo in dinamiche e rapporti paritari. Sulla stessa onda, la società plebea, si diede un codice morale-sessuale repressivo, in modo tale da essere vista agli occhi dei ceti più elevati come un gruppo di persone in grado di autodeterminarsi³⁴². In altri termini, i plebei, quali esseri sottomessi, pur di migliorare la propria condizione adottarono la seguente tecnica: l'auto-repressione in cambio di una molteplicità di benefici simbolici.

Nella nuova etica-morale, la sessualità, non più etichettata come strumento di stupro, cominciò ad essere inquadrata e accettata nell'ambito dei rapporti matrimoniali, il cui fine era la riproduzione. Si sta ponendo lo sguardo su un mutamento che permette di connettere l'aspetto sessuale all'istituto matrimoniale. In effetti, la sessualità al di fuori del matrimonio rispecchia il tratto della castità, intesa come una virtù, mentre nell'ambito di esso rappresenta quel fine esclusivo e diverso rispetto a quello che gli era stato attribuito da Augusto. I rapporti matrimoniali subirono delle forti modifiche: si dovevano fondare sull'amore tra i *nubendi* e sull'esclusione di qualsiasi ipotetico contrasto.

³⁴¹ Circa la diffusione della mollezza e il meccanismo giustificativo utilizzato dal popolo cfr. *supra* p. 97 e nt. 263.

³⁴² Cfr. P. VEYNE, *La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain*, cit., pg. 23-24 e 45-56.

Questi connotati consentirono la nascita, all'interno dell'etica pagana, della morale di coppia nonché di quell'espedito che consentirà al cristianesimo di introdurre il principio della naturalità dei rapporti eterosessuali. Principio quest'ultimo, la cui titolarità non deve essere attribuita solamente al cristianesimo, ma anche a tutto quel filone di stoici e di precettistica medica. Il loro scopo era quello di diffondere nelle menti della società il controllo delle passioni e delle pulsioni, in modo tale da vincolare l'attività sessuale solamente al matrimonio, e quindi alla riproduzione. Non a caso, nel I secolo a.C., il messaggio "pubblicitario-propagandistico" era volto ad evidenziare come il sesso praticato nelle unioni matrimoniali, senza finalità riproduttive, fosse sterile. Così dettava Musione Rufo, che insieme al suo amico Sorano, rafforzavano l'idea che la grandezza fosse ben radicata in colui, che evitando una dispersione inutile del seme, riusciva a controllare i propri impulsi e piaceri³⁴³.

È errato quindi sostenere che il contrasto tra ragioni e pulsioni o meglio tra carne e spirito sia opera della sola predicazione cristiana, poiché essa nasce sulle sponde dell'ambiente pagano già a partire dal I secolo a.C. Ciò che quindi si diffonde all'interno della cultura maggioritaria, assumendo le forme di una regola morale, riguarda sia il fenomeno della continenza e quello dell'ascetismo. Ed è proprio in tale contesto che si inserisce la religione cristiana. Un inserimento non forzato, in quanto si accomunava all'oggetto di propaganda politica di Giustiniano. Questo consentì la nascita di una rivoluzione nell'ambito dei rapporti, cosa che gli imperatori precedenti, nel tentativo, avrebbero di certo scatenato una rivolta popolare.

In effetti, in una società nella quale oramai la castità era vista come una virtù e il matrimonio quale fine ultimo del rapporto tra coniugi, qualsiasi rapporto extraconiugale (unioni di fatto, adulterio e pederastia) fu etichettato non solo dal diritto e dalla religione, contro-natura.

Siffatto binomio e il suo rispettivo significato hanno destato non pochi problemi in materia di etica sessuale. Se prima utilizzato per indicare i soli rapporti tra donne, portatrici di condotte che distruggevano l'ordine naturale³⁴⁴, nell'ultimo periodo della storia romana, fu esteso a qualsiasi rapporto alternativo al matrimonio. Precisazione quest'ultima che oltre a toccare le sponde della religione ebraica trova estrema fondatezza nel pensiero di Platone.

³⁴³ Cfr. *Musonius Rufus and Greek Diatribe*, ed. D. L. Hijamans, jr., *cit.*, pg. 71-77.; cfr. Soran., I, 30-31.

³⁴⁴ Cfr. *supra* p. 75 ss.

Andando con ordine, Il rapporto sessuale, per gli appartenenti all'ebraismo, viene considerato lecito solamente nel caso in cui si concludeva con il deposito del seme nel ventre femminile. Al contrario, si parla, infatti, di contaminazione ovvero di emissione del seme per scopi diversi. Annotazione questa che può essere estrapolata sia in un passo del Levitico sia all'interno della Genesi:

In Levit., 15. 16-18, si legge: “Se il seme di un uomo esce da lui, l'uomo deve lavarsi con l'acqua, e sarà impudico fino a sera. Ogni vestito, ogni parte della sua pelle su cui si è depositato il seme deve essere lavato con l'acqua, e sarà impuro fino a sera”.

In Gen., 38. 7-10, si narra del triste destino di Onan, il quale verrà punito con la morte non solo per aver rifiutato le nozze con la vedeva del fratello, ma anche per gettato il proprio seme per terra. Tal uomo fu quindi condannato per aver violato la norma del levirato, disposizione che poneva il divieto di masturbazione, ancora oggi in vigore.

Dai frammenti ora richiamati si può quindi comprendere l'avversione del mondo ebraico nei confronti delle unioni volte ai piaceri e non alla procreazione. In questo senso deve essere concepita la malevolenza e il tratto innaturale posto con riguardo alle unioni tra persone dello stesso genere ed in particolare verso il soggetto attivo del rapporto. Esso, infatti, veniva etichettato come un criminale, colpevole per aver disperso l'unica fonte vitale: il seme³⁴⁵.

Al di là del riferimento al popolo ebraico, l'analisi in questione deve continuare in relazione a Platone poichè, è proprio con riguardo a quest'ultimo che si può estrapolare il vero significato della locuzione di cui si sta trattando.

Analizzando attentamente il contenuto di *Leges.*, 636 c, l'espressione “contro-natura” risulta da una distinzione che il filosofo pone con riguardo ai rapporti tra persone di genere diverso e le unioni istaurate tra soggetti dello stesso genere. I primi, definiti *kata phynis* (secondo natura), i secondi, *para phynis*, (*contro natura*).

In realtà da un analisi generale posta su tre passi precisi, *Leges.*, 636 c, *Leges.*, 838e-839a, *Leges.*, 839 b, ci si trova dinnanzi ad un informazione di notevole significato: i termini secondo natura e contro natura sono portatori di un significato diverso rispetto a quello che

³⁴⁵ Cfr. J.A. SYMONDS, *A Problem in Modern Ethics*, pubbl. privata, London, 1896, p.6.

noi tendenzialmente gli attribuiamo. Sebbene il filosofo, nel primo estratto, ci possa far pensare ad un atteggiamento “omofobo”, quest’ultimo deve essere escluso proprio in relazione ai testi contenuti nelle ultime due particelle. In esse, Platone collega all’interno della categoria qualificata contro-natura qualunque rapporto, anche eterosessuale, finalizzato al piacere e non alla riproduzione. Nel filosofo è ben inserita la ratio relativa alla negatività della dispersione di seme, frutto di quell’ingranaggio testuale incardinato nelle seguenti parole: “è opportuno astenersi da ogni grembo femminile in cui non vorresti che ciò che è seminato nascesse³⁴⁶”.

In sintesi, Platone nelle sue leggi contrappone i binomi: “contro natura” e “secondo natura”, per evidenziare che il solo rapporto portatore della qualifica:”*kata phynis*”, è quello eterosessuale finalizzato alla riproduzione e al concepimento della specie.

Che il termine “contro-natura” fu poi utilizzato analogicamente dalla politica repressiva, dell’imperatore Giustiniano e dal pensiero cristiano non può lasciare spazio a qualunque tipologia di dubbio.

Entrambi erano volti a debellare vari fenomeni zoorastici (unioni di fatto e le connesse questioni legate all’orientamento) rimasti, nonostante secoli di persecuzione, fin troppo a lungo nella coscienza sociale.

In conclusione, il discorso può essere sintetizzato sostenendo che al termine della storia romana, il mito della virilità racchiuso nella celebre espressione:”*Parcere subiectis et debellare superbos*³⁴⁷”, dovette lasciare spazio alla diffusione di un nuovo conformismo, la morale di coppia, utilizzata dagli imperatori per debellare qualsiasi forma o orientamento, contrario al costume e alla nuova etica.

³⁴⁶ A tal riguardo preme considerare che in *Leges.*, 838e-839a, Platone equipara la proibizione, posta da una legge non scritta, relativa ai rapporti tra genitori e figli, ad un’ipotetica legge che vieti l’omosessualità in modo tale da evitare che il seme, poggiato su pietre e macigni, non trovi l’habitat adatto per fissare le sue radici e di conseguenza perdere la sua capacità di generare. Non solo, il filosofo inserisce in quest’ultima disposizione sia il concubinato sia i rapporti con le meretrici proprio in virtù dell’incapacità del seme di poter germogliare. In altri termini si connette la tutela di tal capacità al ventre della moglie ovvero all’unico terreno fertile che consente la procreazione. Ragione per la quale in *Leges.*, 839 b, dona l’etichetta di secondo natura ai soli rapporti eterosessuali fondati non sulle tendenze e sui piaceri ma sulla riproduzione.

Cfr. Plat. *Leges.*, 636 c.; cfr. Plat. *Leges.*, 838e-839a.; cfr. Plat., *Leges.*,839b.; Su tali questioni ed in particolare per un’ampia comprensione del suo reale significato cfr. P. VEYNE, *L’omosessualità, cit.*, pg. 38-39.; cfr. E. CANTARELLA, *Secondo natura, cit.*, p. 83 ss.

³⁴⁷ Cfr. Verg., *Aen.*, VI. 851-853:” risparmiare chi si sottomette e debellare chi osa opporsi”.

CAPITOLO III

LE UNIONI PARA-MATRIMONIALI DALL' ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA ALLA NASCITA DELLA "FAMIGLIA DI FATTO".

Sommario: 1. Il concubinato tra matrimonio e convivenze di fatto in Roma antica. 2. Le convivenze *more uxorio* nell'età tridentina-moderna: amori proibiti-clandestini o matrimoni presunti?. 3. La Famiglia di fatto: analisi della nascita e della sua ricostruzione. 4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'affermazione giuridica della famiglia di fatto. 5. La famiglia di fatto: gli aspetti patrimoniali.

1. Il concubinato tra matrimonio e convivenze di fatto in Roma antica.

Nell'esperienza romana, ritenere che il matrimonio sia il paradigma di riferimento è un'asserzione oramai condivisa. Annotazione che fonda i propri tratti sulla celebre definizione offerta da Modestino, collocata all'apertura del titolo 2 *de ritu nuptiarum* del libro XXIII del Digesto:

Mod. 1 *reg.*, D. 23.2.1: "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*³⁴⁸".

Nonostante l'influenza posta dai compilatori giustiniani e il conseguente dibattito dottrinale relativo al significato del termine *coniunctio* (parola presente sia nella particella di Modestino sia nella definizione dell'istituto matrimoniale contenuta nella Istituzioni di Giustiniano) preme rilevare che il fine del matrimonio, la procreazione e la cura dei figli, è collocato nell'espressione "*coniunctio maris et feminae*". Invece, il fondamento nel diritto naturale si può intravedere attraverso l'utilizzo di "*mas- vir*", e "*femina-uxor*³⁴⁹".

³⁴⁸ [Le nozze sono l'unione di un uomo e una donna e la comunanza di tutta la vita e la partecipazione del diritto divino ed umano]. Cfr. Mod., 1 *reg.*, D. 23.2.1.

³⁴⁹ Su tal punto v. *supra* p. 27 nt.74; p.55 nt.162

In realtà, l'immagine che un uomo e una donna potessero fondersi in un "*consortium omnis vitae*", distante dal matrimonio e volto alla procreazione, era ben tratteggiata all'interno del contesto sociale romano. In esso, erano ben diffuse varie categorie di unioni lontane dal matrimonio, in quanto prive dei requisiti richiesti per essere catalogate come *iustae nuptiae*. Tali prerogative si possono sintetizzare nei termini *conubium* (capacità civile) e *affectio maritalis*, indicanti quell'atteggiamento soggettivo intercorrente tra uomo e donna, rappresentante la volontà di vivere (convivenza stabile) come marito e moglie³⁵⁰.

Tali presupposti, in età postclassica, sono racchiusi nel seguente frammento ulpiano:

Tit. Ulp. 5.2: "*Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parents eorum, si in potestate sunt*"³⁵¹.

In realtà, ciò che distingue l'unione matrimoniale dal concubinato, è rappresentato da un ulteriore fattore nonché dalla "*dignitas*". In altri termini, la demarcazione specifica tra unioni di diritto ed unioni di fatto verte sulla condivisione della *dignitas* tra la *uxor* e il marito, ovvero fa leva sul fatto che solamente attraverso le nozze, la *uxor* assume la condizione-status giuridico sociale del marito³⁵². Tale puntualizzazione consente di definire il concubinato come un'unione di mero fatto, caratterizzata dall'assenza non solo dell'*affectio maritalis*, ma anche dell'*honor matrimonii*. Di conseguenza, la donna non assorbiva il rango sociale del marito e i suoi figli erano illegittimi³⁵³.

Sebbene nelle fonti di età antica e regia si sancisce sia la presenza di questi rapporti, sia l'importanza e la complessità ricucita intorno al "legame" tra un uomo sposato e una donna

³⁵⁰ Sui requisiti per contrarre le *iustae* nozze si veda *supra* p. 36 ss., ed in particolare cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, (cur. G. Bonfante e G. Crifò), Milano, 1963, p. 315 ss.; cfr. C. FAYER, *La familia II, cit.*, p. 329.; cfr. F. ARCES, *Il regime giuridico-sacrale, cit.*, p. 20 ss.

³⁵¹ Cfr. Tit. *ex corp.* Ulp. 5.2.

³⁵² Sul presupposto della *dignitas* cfr. R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano, cit.*, p. 228 ss.

³⁵³ Non a caso Guarino, in *Diritto Privato*, offre la seguente definizione di concubinato: esso è la convivenza manifesta e continuata di due persone di sesso diverso, che fosse priva del carattere di *matrimonium*, non fosse cioè cementata dall'*affectio coniugalis*.

Sulla stessa onda, il Perrozzi, in *Istituzioni I*, lo rappresenta attraverso le seguenti parole: "Tutte le relazioni a scopo sessuale tra uomo e donna, che non fossero strette con l'intenzione maritale, avevano il carattere di mere unioni di fatto, che non originavano di per sé alcun rapporto giuridico fra le parti. Fra queste i Romani, ne distinsero ab antico una, alla quale le conferirono il nome di concubinato".

Cfr. PERROZZI, *Istituzioni*² 1, *cit.*, p. 371.

diversa dalla *uxor* nonché la *paelex* (concubina o amica)³⁵⁴, l'aspetto più controverso riguarda l'attribuzione della natura irregolare a tali fattispecie di relazioni.

Attestazione di ciò, la si ricava all'interno delle *Vite dei Cesari* e più precisamente in un frammento nel quale Svetonio dà prova di una lettera, che Marco Antonio scrisse a Ottaviano, finalizzata ad esporre le proprie perplessità circa il comportamento del principe:

Svet. Aug. LXIX. II: “ *Scribit etiam ad ipsum haec familiariter adhuc necdum plane inimicus aut hostis: <<Quid te mutauit? quod reginam in eo? uxor mea est. Nunc coepi an abhinc annos nouem? Tu deinde solam Drusillam inis? Ita ualeas, uti tu, hanc epistulam cum leges, non inieris Tertullam aut Terentillam aut Ruffillam aut Saluiam Titiseniam aut omnes. An refert, ubi et in qua arrigas?>>*³⁵⁵”.

Per l'analisi in questione, l'aspetto importante di tale particella che fa riferimento al legame intercorso tra la regina Cleopatra e Antonio, (marito di Ottavia, sorella di Ottaviano) fa leva sulla locuzione: “*uxor mea est*”. Quest'ultima è portatrice di una forza rigorosa, in quanto essendo utilizzata da Marco Antonio per definire il legame extraconiugale con la regina d'Egitto, allo stesso tempo, conferisce ad essa il titolo di *uxor*, spettante solamente alla legittima moglie, incardinata nella figura di Ottavia.

Sebbene alcune fonti riportino il conferimento della qualifica matrimoniale, ad opera del Diritto Egiziano all'unione concubinaria su cui si sta ponendo l'attenzione, occorre tener presente che lo *ius civile Romanorum* pone un atteggiamento diverso: l'attribuzione, ad essa, della natura irregolare. In effetti stando ai precetti del diritto romano, il rapporto intercorso tra Antonio e Cleopatra, era una mera unione di fatto per due ragioni: la prima facente leva sulla condizione o meglio sullo *status* di straniera della regina. La seconda, invece, riguarda la

³⁵⁴ Sulle fonti di età antica e regia e sulla posizione giuridico sociale della *paelex* rispetto alla *uxor* si veda *supra* Gell., noct. Att. 4.3.2. [3]; cfr. Fest., verb. sign., sv. 'Pelices' (L.248); cfr. Paul.10 ad l. Iul. et Pap., D. 50.16.144.

³⁵⁵ [Quando non gli era ancora né avversario né nemico, gli aveva scritto questa lettera, in tono scherzoso: “Che cosa ti ha cambiato? Il fatto che io vada a letto con una regina? È mia moglie! Forse che ho cominciato adesso, o non sono già passati nove anni da allora? E tu? Forse te la fai con la sola Drusilla? Ti auguro di godere di buona salute, quant'è vero che, quando avrai ricevuto questa lettera, ti sarai già fottuto Tertulla, o Terentilla, o Ruffilla, o Salvia Titisenia, o tutte quante. Che me ne importa dove e contro tu lo drizzi?”]. Cfr. trad. F. DESSÍ, in *Svetonio, cit.*, p. 243.

concomitanza temporale tra il rapporto paramatrimoniale e il matrimonio, non ancora sciolto, con Ottavia³⁵⁶.

Il richiamo alla vicenda, consente di evidenziare il sentimento posto da Roma nei confronti del concubinato, le cui radici sono collocate in quella connessione tra l'aspetto irregolare e la contemporaneità di un' unione matrimoniale non ancora sciolta. In realtà, il suo lato clandestino non viene dato dalla morale sociale, ma dal diritto del principato volto a considerare come *iustae nuptiae* solamente l'unione precedentemente contratta. Benché la presenza di tracce relative a rapporti concubinari si ritrovano già nel corso dell'età repubblicana, tendenzialmente l'acme di tali fenomeni la si connette all'epoca augustea. Tale circostanza ha provocato la diffusione di diverse opinioni di pensiero. Nella prima, infatti, troviamo coloro che intravedono nella legislazione augustea l'espedito mediante il quale il concubinato aveva acquisito rilevanza giuridica. Nella seconda, invece, sono ben collocati tutti quegli studiosi che etichettano la *Lex Iulia de Adulteriis* e la *Lex Iulia et Papia*, quali strumenti volti sia ad esonerare le unioni concubinarie dalle pene previste per lo stupro, sia a distinguerle dall'istituto matrimoniale³⁵⁷. Queste teorie non hanno ottenuto il successo desiderato, in quanto la dottrina maggioritaria esclude che la politica augustea abbia menzionato oppure abbia elevato il concubinato da un rapporto di mero fatto ad un istituto giuridico. In effetti l'ampliamento sociale del fenomeno si ebbe in riflesso ai precetti del progetto legislativo di Augusto, nei quali venivano indicate sia le persone facenti parte della categoria "*in quas stuprum non committitur*", ma anche una serie di impedimenti matrimoniali, che altro non fecero se non incentivare l'accesso alle pratiche concubinarie³⁵⁸. Non a caso, Ulpiano, nel porre un commento alla *Lex Iulia et Papia*, fa un puntale

³⁵⁶ Con riguardo alle vicende relative al "triangolo amoroso" cfr. J. CARTER, REC. a. H. BENGTON, *Marcus Antonius*, in *JRS*, 69, München, 1979, p.188 ss.; cfr. K. KRAFT, Zu Sueton, *Divus Augustus* 69,2: *M. Anton und Kleopatra*, in *Hermes*, 95, 1967, p. 469 ss. (=ID., *Gesammelte Aufsätze zur antiken Geschichte und Militärgeschichte*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1973, p. 47 ss).

Circa il riconoscimento della qualifica di istituto matrimoniale ad opera del Diritto Egiziano cfr. A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, 25, 1979, p. 11.

Circa sia il significato di *uxor* (concubina, convivente o moglie) attribuito a Cleopatra e alle ragioni per le quali ai sensi del diritto romano tale unione non poteva portare la qualifica di *iustae nuptia* cfr. A. GUARINO, *Antonio e Cleopatra*, cit., p. 519 ss.

³⁵⁷ Circa la prima corrente di pensiero cfr. F. BAUDRY, s.v. *Concubinatus*, in *Daremborg - Saglio*, 1,2, Paris,1887, p. 1436.; di contro cfr. G. BRINI, *Matrimonio e divorzio. Parte Prima: il matrimonio romano*, Bologna, 1975, p. 193 ss.; cfr. E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1925, p. 57.

³⁵⁸ Cfr. BONFANTE, *Corso I*, cit., pg. 316-323.; cfr. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*⁴, Padova,1996, p. 56 ss.

riferimento al pensiero di Atilicino, tanto che precisa che le figure femminili con cui si poteva avere una relazione concubinaria, erano quelle con le quali non si commetteva stupro:

Ulp. 2 *ad leg.*, D. 25.7.1.1: “*Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinatus habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*”³⁵⁹.

In realtà per poter approfondire quali siano quelle donne mediante le quali si poteva instaurare un legame concubinario, senza ricadere nella fattispecie dello stupro, occorre richiamare alcuni estratti della *Lex Iulia de maritandis ordinibus* relativi ai divieti matrimoniali posti sia per la classe senatoria sia sugli ingenui (coloro che erano di nascita libera).

Focalizzando l’attenzione sulla prima categoria di soggetti, un brillante supporto viene offerto dal giurista Paolo:

In D. 23.2.44 pr. (Paul. 1 *ad leg.*): “*Lege Iulia ita cavetur: qui senator est quive filius neposve ex filio, proneposve ex <nepote> filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto. 1. Hoc capite prohibetur senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem ludicram fecerit: item libertinus senatoris filiam ducere*³⁶⁰”.

In tal frammento si fa sorgere in capo ai senatori, ai loro discendenti, fino alla terza generazione, in linea retta, ai nipoti, pronipoti, il divieto di contrarre le nozze con le seguenti categorie di donne: liberte-liberti e attrici-attori.

³⁵⁹ Cfr. Ulp. 2 *ad leg.*, D. 25.7.1.1.

³⁶⁰ [Così è stato stabilito dalla *Leges Iuliae*: « Chi è senatore o chi è o ne sarà figlio o nipote nato da figlio di senatore o pronipote nato da nipote a sua volta nato da figlio di uno di loro, nessuno di questi, pur sapendolo, in mala fede abbia come fidanzata o moglie una liberta o colei che essa stessa o il cui padre o la cui madre eserciti o abbia esercitato l’arte teatrale. Né la figlia di senatore o la nipote nata da figlio di senatore o la pronipote nata da nipote a sua volta nata da figlio di senatore, pur sapendolo in mala fede si fidanzano o si sposano con un liberto o con colui che lui stesso o il cui padre o la cui madre eserciti o abbia esercitato l’arte teatrale e nessuno di costoro, pur sapendolo, in mala fede si fidanzano o si sposano con essa >>. 1. Con questo capitolo si vieta al senatore di sposare una liberta o colei il cui padre o la cui madre abbia esercitato l’arte teatrale: ugualmente si vieta al liberto di sposare la figlia del senatore].

La condotta volta a violare questa disposizione venne definita utilizzando l'espressione "*sciens dolo malo*", in modo tale da far ricadere la pena prevista in relazione sia a comportamenti consapevoli o inconsapevoli relativi allo *status* della donna. La *ratio* del precetto, era semplicemente volta a cullare e tutelare la purezza della condizione giuridico sociale della classe senatoria.

Con riguardo invece ai divieti sanciti in relazione agli ingenui ed estesi anche all'ambiente senatorio, l'accento deve essere posto sulle seguenti figure femminili: le meretrici, le *leane* e le adultere condannate o colte in flagranza³⁶¹. In proposito, occorre precisare che la tematica relativa alla prostituzione e all'adulterio trova ampio spazio anche all'interno della *Lex Iulia de adulteriis*, i cui precetti escludevano dalla fattispecie dello *stuprum*, le *virgo vel vidua*, ovvero le unioni con figure femminile meretrici o adultere conclamate o condannate³⁶². In altre parole la *Lex Iulia*, nell'andare ad imporre i divieti matrimoniali, non ha fatto altro se non quello di indicare tutti quei casi nei quali le unioni di fatto, intercorse con varie tipologie di donne (le schiave, le liberte, le attrici, meretrici e le adultere), non sarebbero cadute sotto lo sguardo del diritto criminale. In questo senso, infatti, deve essere analizzata e compresa la diffusione di rapporti concubinari in quanto rappresentanti la conseguenza primaria del progetto matrimoniale di Augusto, nonché il suo rispettivo fallimento e l'attribuzione di un'ottima risonanza a tal fenomeno sociale. Non a caso, in materia, è opinione condivisa sostenere che le unioni di fatto abbiano ottenuto un nome, attraverso le previsioni e i divieti posti dalla politica augustea. A riguardo, celebre è la frase pronunciata da Marciano:

Marc. 12 *inst.*, D. 25.7.3.1: "*Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit*³⁶³".

L'aspetto più controverso del frammento si pone in relazione al termine *legis*, espressione che fu utilizzata erroneamente da alcuni filoni di pensiero. Questi ultimi, erano volti ad illustrare come il concubinato solamente con la legislazione augustea fu menzionato o riconosciuto

³⁶¹ Cfr. Ulp. 1 *ad leg.*, D. 23.2.43 pr-5.; cfr. Ulp. 1 *ad leg.*, D. 23.2.43. 6-9.; cfr. Ulp. 1 *ad leg.*, D. 23.2.43, 12-13.

³⁶² Cfr. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*, cit., p. 49 ss.

³⁶³ Cfr. Marc. 12 *inst.*, D.25.7.3.1.

istituto giuridico. L'interpretazione in questione ricollega l'espressione precedente alle *leges augustee*³⁶⁴.

In realtà, il ragionamento collocato nel passo di Marciano è volto ad escludere il tratto dell'adulterio nel fenomeno concubinario, in quanto quest'ultimo ha ottenuto un proprio nome in specchio riflesso ai precetti augustei. Di conseguenza la diffusione dei rapporti concubinari fu frutto di un combinato disposto tra le disposizioni della *Lex Iulia et Papia* e della *Lex Iulia de adulteriis*. Non a caso, l'affermazione di Marciano “*concubinatus per leges nomen assumpsit*” è stata interpretata ad opera di Cristaldi, in modo tale da evidenziare che il concubinato, pur non essendo direttamente menzionato nelle *leges* di Augusto, ha ottenuto rinomanza, *nomen*, a seguito di un aumento esponenziale di casi, dovuto alla presenza dei divieti matrimoniali sanciti dalla *Lex Iulia et Papia*³⁶⁵.

La diffusione di tali unioni, viste come un istituto alternativo al matrimonio, ha spinto i giuristi classici a riflettere su alcuni caratteri relativi sia ai rapporti patrimoniali sia alla situazione dell'ipotetica prole.

Focalizzando l'attenzione sulla prima problematica, il punto di partenza è caratterizzato dalla dote, in quanto è proprio tramite tale strumento che si garantiva il mantenimento degli oneri derivanti dalla sola unione matrimoniale. In effetti la *dotis*, quale istituto legato esclusivamente alle *iustae nuptiae*, non poteva essere posta a garanzia e alla soddisfazione di “esigenze” legate ad unioni extra matrimoniali. In effetti, essendo essa un dovere sociale e giuridico, la sua assenza avrebbe incanalato l'unione matrimoniale nei rapporti di mero fatto. Questa puntualizzazione la si può ricavare da due importanti frammenti, il primo collocato nel *Trinummus* di Plauto, il secondo in Ulpiano:

Plaut. *Trin.* 668 ss.: “*Nolo ego mihi te tam prospicere qui meam egestatem leves, / sed ut inops infamis se sim, ne mi hanc famam differant, / me germanam meam sororem in concubinatum tibi, / si sine dote <dem>, dedisse magi' quam in matrimonium, flagitium quidem hercle fiet, nisi dos dabitur virgini*”.

³⁶⁴ Con riguardo ad entrambe le correnti di pensiero v. *supra* p. 135 ss

³⁶⁵ Cfr. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia cit.*, p. 57.; cfr. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma, cit.* p. 163ss.; F. LAMBERTI, *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in << *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali. Atti dell'incontro italo-tedesco*. Imperia, 27-28 novembre 2015 >> (cur. G. Viarengo), Torino, 2016, pg 11, 12 ss.

Ulp. 63 *ad ed.*, D. 23.3.3: “*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*³⁶⁶”.

Se il riferimento al primo passo (la richiesta di matrimonio posta da Lysiteles e non accompagnata dalla dote) è volto ad illustrare quel lato vergognoso sotteso alla mancanza del fondo dotale, nella particella ulpiana, invece, viene ricollegato l’istituto della *dos* ai soli rapporti marchiati dalla qualifica di matrimonio, attraverso il seguente periodo: “*ubicumque igitur matrimonii nomen est, nec dos est*”.³⁶⁷

Ciò detto, nelle unioni di fatto il sostentamento veniva garantito mediante l’ausilio di altri strumenti, in particolare attraverso donazioni reciproche le quali, essendo consentite, assicuravano l’equilibrio degli *onera concubinatus*.

Che il divieto di donazioni reciproche riguardasse solamente l’unione matrimoniale e non i rapporti concubinari, lo si estrapola, oltre che dallo *status* della concubina e dai precetti ad essa destinati³⁶⁸, dal seguente passo di Ulpiano:

In D. 24.1.3 (Ulp. 32 *ad Sab*): “*pr Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: <<Miores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret>>. 1. Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constant donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui <provinciam regit vel qui> ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt. divus tamen Severus in*

³⁶⁶ [Il termine “dote” non può essere relativa a quei matrimoni che siano invalidi: e infatti non può esservi dote senza matrimonio. In qualsiasi caso, dunque non vi sia la qualifica di matrimonio, non sussiste neanche la dote].

³⁶⁷ Circa la sponsalia relativa alla richiesta di Lysiteles cfr. *supra* p. 5e nt.16 ; circa l’assenza del fondo dotale quale espressione di vergogna e di miseria cfr. BONFANTE, *Corso* 1, *cit.*, p. 389.

³⁶⁸ La posizione giuridica di tal figura, essendo estranea dai precetti a cui era soggetta la *uxor*, le consentiva di ricevere donazioni, valide e non revocabili. Con riguardo alla posizione della *pealex* (concubina) cfr. S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, *cit.*, p. 177.; cfr. F. LAMBERTI, *Convivenze e unioni di fatto nell’esperienza romana*, *cit.*, p. 21 ss.

*liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*³⁶⁹”.

Che il periodo “*imperator noster Antoninus*” fu utilizzato dal giurista classico per attribuire la titolarità del provvedimento a Caracalla, non sussiste alcun tipo di dubbio. Esso, infatti, pose una reiterazione relativa al divieto di donazioni tra coniugi, la cui matrice è collocata all’interno del pacchetto legislativo augusteo³⁷⁰.

Non a caso, Ulpiano, nel porre un commento all’*oratio principis*, prima pose l’accento su tutte quelle unioni, che essendo distanti da quelle portatrici della qualifica di “*nuptiae*”, consentivano la stipula di donazioni. Successivamente, invece, gettò lo sguardo verso quelle situazioni nelle quali la *donatio* era vietata. Si sta quindi trattando delle unioni matrimoniali tra tutore e pupilla, donna provinciale e governatore provinciale, senatore e liberte. Rispetto a quest’ultime, viene riportato l’atteggiamento che l’imperatore Settimio Severo dimostrò in un rescritto relativo al rapporto tra il senatore Ponzio Paolino e la sua liberta.

Che la natura di questo legame fosse concubinaria lo si comprende attraverso l’uso di tali espressioni: “*non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*”, in relazione alle quali si sono sviluppate diverse conseguenze riguardanti il destino della donazione rispetto alla qualifica di *uxor* o di concubina posta sulla compagna di Ponzio Paolino.

Andando con ordine, maggiori problemi si hanno rispetto alla qualifica di *uxor*, in quanto la *donatio* sarebbe stata ritenuta legittima solamente nel caso in cui non sia stata revocata fino alla morte del senatore³⁷¹. In altri termini in virtù dell’*oratio Severi*, la validità venne

³⁶⁹ [Tale ragione fu fatta propria anche da un’orazione del nostro imperatore Antonino Caracalla Augusto, infatti egli afferma: << I nostri antenati proibiscono le donazioni fra marito e moglie, ritenendo che l’amore onesto si trova solo nell’animo, e preoccupandosi anche della reputazione dei coniugi, affinché non sembrasse che la concordia venisse procurata col denaro e il migliore cadesse in povertà, mentre il peggiore diventasse più ricco>>. 1. Vediamo fra chi sono proibite le donazioni. E certamente, se, in base alle nostre leggi ed ai nostri costumi, si è uniti in matrimonio, la donazione non sarà valida. Se però intervenga un impedimento alle nozze che faccia sì che non sussista affatto il matrimonio, la donazione sarà valida. Così se la figlia di un senatore abbia sposato un liberto, in violazione del senatoconsulto, o una donna di una provincia abbia sposato chi governa quella provincia o chi in essa esercita un ufficio, la donazione sarà valida, perché quelle non sono nozze. Ma non è onesto che tali donazioni siano ritenute valide, affinché non sia migliore la condizione di coloro che hanno violato il diritto. Tuttavia il divo Settimio Severo stabilì il contrario per la liberta del senatore Ponzio Paolino, perché non era stata tenuta con affetto di moglie ma piuttosto di concubina].

³⁷⁰ Circa la titolarità del provvedimento cfr. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 2, Milano, 1963, p. 187 e nt. 72.; circa il divieto di donazioni tra coniugi cfr. V. GIUFFÈ, *Vicende del divieto di <<donatio inter virum et uxorem>>*, in *Atti Acc. Sc. mor. econ. e. pol.* Napoli, 83, 1972, pg. 3 - 25.

³⁷¹ Cfr. C. 5. 4. 28 pr. (Iustin. Iohanni, a. 531 vel 532): “*Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustrantus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum, quaerebatur, quia Lex Papia inter senatores et libertas stare connubio non patitur*”.

attribuita a tutte quelle donazione stipulate a favore del coniuge e non revocate, per conto e fino alla morte del donante³⁷². In realtà, tal provvedimento normativo andò ben oltre, poiché conferì la legittimità a tutte quelle donazione intercorrenti nei rapporti concubinari, nei quali rientrava il legame tra Ponzio Paolino e la propria *liberta*. Non a caso, infatti, nel proprio rescritto, l'imperatore Settimo Severo ritenne valida la donazione che il senatore pose nei confronti della *liberta*³⁷³. In sintesi, solamente nel caso in cui la donna fosse una concubina la donazione sarebbe stata valida *ipso iure*.

In realtà, il medesimo fine svolto dalle donazioni *inter-vivos* si ha in ambito successorio, attraverso alcune figure (i fedecomessi e i legati) poste a tutela della concubina nel caso di morte del "marito". In effetti, in tali unioni, essendo esclusa la successioni legittima, l'unica modalità a cui si poteva ricorrere erano le disposizioni *mortis causa* a titolo particolare. In altre parole, secondo lo *ius civile* i destinatari della secessione legittima (*ab intestatio*) erano gli eredi. La concubina non essendo soggetta alla qualifica di *uxor*, non poteva succedere *ab intestatio*, in quanto non essendo sottoposta alla *manus* del convivente era esclusa da tal rapporto successorio. Di conseguenza i destinatari della secessione legittimata erano tutti coloro che essendo sottoposti al *pater* (*patria potestas, manus*) alla morte di quest'ultimo divenivano *sui iuris*. Vi sono molteplici casi nei quali il convivente (*de cuius*) mediante testamento, disponeva a titolo particolare:

In D. 31.29 (Cels. 36. dig.): “ *pr. Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset petissetque ab eo, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo*

³⁷² Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1965, p. 240 ss ed in particolare cfr. D. 24.1.32 (Ulp. 33 ad Sab.):” *pr. Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. 1. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donate est. 2. Ait oratio:” Fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse”.*

³⁷³ Cfr. D. 39.5.31 pr. (Pap. 12 resp.):” *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante iure valuit”.*

*testatore decessisset et quod ei relictum erat apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinae reddere*³⁷⁴”.

Il frammento riporta una vicenda che il padre di Celso, facente parte del *consilium* di esperti del console Duecenio Vero, ha dovuto affrontare ed analizzare in materia fedecommissoria. In sintesi il senatore Otalicio Catulo oltre ad aver istituito erede la propria figlia, non solo ha disposto un lascito di duecentomila sesterzi ad un liberto, ma aveva anche disposto un fedecommissario a carico del liberto legatario volto a trasferire la somma a lui legata alla propria concubina.

L'aspetto curioso di questo caso, fa leva sulla decisione di Duecenio Vero, consistente nel trasferimento della somma alla concubina ad opera della figlia, poiché il liberto era premorto rispetto al testatore. In effetti la morte anticipata avrebbe dovuto liberare la figlia dal vincolo di adempiere al lascito. Così non fu, poiché il console decise di tutelare non la figlia ma la concubina, garantendole, mediante una disposizione a titolo particolare, il suo sostentamento³⁷⁵. Andando oltre i profili procedurali, la testimonianza in questione è fondamentale. Essa, infatti, consente di riportare la volontà dei costumi sociali incardinata nella possibilità di poter provvedere al sostentamento *post mortem* delle concubine sia attraverso le donazione *inter vivos*, ma anche ricorrendo a strumenti opposti a quelli che garantivano la successione legittima ovvero i fedecommissi e la figura del legato³⁷⁶.

Attestata la funzione e le modalità di sostentamento, l'ultima problematica su cui bisogna porre l'attenzione riguarda la situazione della prole. In proposito, occorre tener presente, che per tutto il principato sussiste una regola generale volta a considerare illegittimi i figli generati

³⁷⁴ [Mio padre Celso riferiva che, trovandosi nel *consilium* del console Duecenio Vero, si era aderito al suo parere nel seguente caso: Otalicio Catulo aveva istituito erede universale la figlia, lasciando in legato a un liberto duecento; aveva pregato a quest'ultimo di trasferire la somma alla sua concubina, ma il liberto era morto quando il testatore era ancora in vita, e la somma era rimasta presso la figlia di quest'ultimo, tanto che essa doveva essere obbligata a trasferire il fedecommissario alla concubina].

³⁷⁵ Circa il frammento cfr. A. BRIEGER, *Cels. D. 31, 29 pr.: Politische Demonstration und Zeugnis richterlicher Unabhängigkeit*, in AA.VV. (V. Duss, N. Linder, K. Kastl, C. Börner, F. Hirt, F. Züsli ed.), *Rechtstransfer in der Geschichte. Legal Transfer in History*, Meidenbauer, München, 2006, p. 14 ss.; ed in particolare A. BRIEGER, in *Cels. D. 31, 29 pr., cit.*, p. 16 ss, in quanto egli evidenzia la vera ratio della decisione del console, facente leva non su quell'atteggiamento opponente alla politica Domiziana ma sul sentimento dell'età augustea volto ad etichettare il concubinato come una pratica alternativa al matrimonio.

³⁷⁶ La concubina essendo titolare della capacità di *capere ex testamento* poteva essere istituita legatario. Era quindi considerato legittimo, sia il legato avente ad oggetto l'uso di cose (schiavi, pertinenze, frutti) comprate a favore o meglio per l'uso della concubina sia quello, posto a favore di una seconda convivente, avente ad oggetto cose diverse (un fondo e le sue pertinenze oppure l'usufrutto di uno schiavo) da quelle destinate all'utilizzo ad opera di tal figura.

dalle unioni concubinarie, con conseguenze che ricadevano sia sulla condizione o *status* del pargolo (esso seguiva la condizione e il nome della madre) sia sui rapporti successori intercorrenti con il padre in quanto potevano essere nominati solamente eredi testamentari.

La diversità attribuita ai figli generati da unioni di fatto, fu frutto della legislazione augustea volta a considerare legittimi solamente coloro che nascevano da unioni matrimoniali.

In realtà, al fianco delle norme augustee, facilmente aggirabili, si ha la presenza di altre leggi volte a considerare prole legittima i figli nati da concubinato.

Testimonianza di ciò è collocata in un frammento di Ulpiano, la cui rilevanza è attestata nei *fragmenta Vaticana*:

In Vat. Fragm. 168 (Ulp. *l.s. de excus.*): “... *Quidam tamen iustos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita scripserunt:*” *Si instrumentis probas habere te iustos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo praetor vir clarissimus accipiet*”. *Sed iustorum mentio ita accipienda est, ut secundum ius civile quaesiti sint*³⁷⁷”.

In questo passo sia il giurista classico sia gli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero, evidenziano la presenza dell'*excusatio tutelae*, (l'esenzione relativa alla gestione della tutela di un impubere) concessa dal pretore a coloro che avevano almeno tre figli *iusti* ovvero nati da matrimonio legittimo. Il problema su cui bisogna porre l'attenzione fa leva sul significato di “*liberi iusti*” in quanto se per altri giuristi il termine indicava i figli considerati *iusti* dalle leggi augustee, per Ulpiano le cose stavano diversamente. In effetti, egli, facendo leva sul fatto che il matrimonio da cui sorgeva la prole doveva essere lecito secondo il diritto ordinario (*ut secundum ius civile quaesiti sint*), ha ricondotto nella categoria dei *liberi iusti*, i figli generati da unioni proibite dalla *Lex Iulia et Papia*.

Seppur Ulpiano, in linea con una forte diffusione di nascite generate da concubinato, cercava di regalare ai figli nati dal rapporto una sorta di rilevanza e riconoscimento ad opera dell'ordinamento, la loro condizione (venivano pur sempre etichettati e definiti fin dalla nascita *sui iuris e spuri*, conservavano il nome e la condizione giuridica della madre, non

³⁷⁷ [Tuttavia alcuni sono del parere che si intendano legittimi secondo quanto stabiliscono queste leggi. Anche i divi imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero rescrissero ad Apronio Saturnio: “ Se attraverso documenti proverai di avere tre figli legittimi, il pretore, clarissimo, Manilio Carbone accoglierà la tua richiesta di esenzione”. Ma l'espressione legittimi deve essere intesa nel senso che siano legittimi secondo lo *ius civile*].

erano legati da rapporti successori con il padre, salva la possibilità di essere nominati eredi testamentari) rimase a lungo controversa³⁷⁸. Essa, infatti, cominciò ad assumere un ruolo differente durante l'età imperiale ed in particolare con l'avvento di Giustiniano.

Nel corso della prima età imperiale, il sentimento nei confronti del concubinato fu oggetto di un importante metamorfosi frutto di alcuni fattori tra i quali occorre riferirsi al pensiero evangelico. In effetti con l'avvento del cristianesimo si cominciarono ad osservare diversamente tutte quelle unioni alternative al matrimonio. Ciò detto, preme precisare che l'influenza del pensiero cristiano non fu immediata ma progressiva. La Chiesa, essendo consapevole della forza diffusiva del fenomeno, non pose su di esso un'osservanza istantanea e repressiva, poichè avrebbe comportato un allontanamento di fedeli dall'ambiente cattolico³⁷⁹. Sintomi di questo spirito si ritrovano nel contenuto del canone 17 del Concilio di Toledo, 400 d.C:

In Canones Apostolorum et Conciliorum, saec. IV-VII: “ Is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur, tantum aut unius mulieris aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit coniunctione contentus”.

Al testo, racchiuso nel passo ora citato, deve essere attribuito quel connotato di limpidezza e di “benevolenza”. Infatti, piuttosto che punire con la scomunica colui che detiene al proprio fianco una concubina, gli si concede la possibilità di essere ammesso alla comunione dei fedeli purché presti osservanza a due indirizzi conseguenti: la detenzione deve essere cullata da un sentimento di affezione maritale e deve essere indirizzata ad una sola figura femminile. In questo senso, nel primo periodo imperiale, la condotta ecclesiastica non fu volta a sanzionare il concubinato, il quale veniva giustificato salvo il caso in cui i comportamenti dei conviventi ricadessero nella fattispecie dell'adulterio o dell'incesto³⁸⁰.

³⁷⁸ Circa le cause che determinarono un aumento esponenziale di casi relativi a figli generati da unioni concubinarie cfr. C.R. RUGGERI, *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano 1990, p. 85 ss.; circa il frammento cfr. F. LAMBERTI, *Situazione della prole*, in <<Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali>>, cit., p. 24 ss.

³⁷⁹ Su tal punto cfr. C. FAYER, *La Familia Romana: aspetti giuridici ed antiquari, III, Il concubinato nell'epoca postclassica*, Roma, 2005, p. 29 e nt.76.

³⁸⁰ Cfr. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano, 1938, p.263.

Un impronta opposta si ebbe attraverso i primi imperatori cristiani, il cui istinto fu dirottato verso una depenalizzazione dei legami concubinari ed in particolare della concubina e dei suoi rispettivi figli, in modo tale da favorire la sola unione matrimoniale. Attestazione di ciò è collocata nella legislazione imperiale ed in particolare in alcune costituzioni emanate sia da Costantino ma anche dagli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano. Con riguardo al primo imperatore cristiano, Costantino, l'attenzione deve essere posta su tre testi costituzionali.

In primo luogo, lo sguardo deve essere fissato su una breve massima, il cui significato ancora oggi non è del tutto chiaro:

C. 5.26.1: (*Imp. Costantinus A. Ad populum*):” *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere*”.

La confusione ricucita intorno al significato di codesto precetto normativo fa leva sull'ennesima interpolazione ed inserimento nei titoli XVI e XVII del V libro del Codice di Giustiniano, ad opera dei compilatori giustiniani³⁸¹.

In effetti il tratto mancante, la lunghezza delle disposizione rientranti nella legislazione di Costantino, oltre a cassare quanto ora appuntato, ha prodotto due orientamenti volti ad intravedere nelle locuzioni utilizzate un divieto avente due oggetti distinti: la mancata possibilità di una coesistenza tra matrimonio e concubinato oppure il divieto di avere una concubina³⁸². Sebbene l'incertezza e la scarsa precisione testuale non consentono oggi di attestare con precisione i destinatari della “micro” costituzione, non si può dire lo stesso in relazione ad altri due estratti costituzionali, del 336 a. C, contenuti in Cod. Theod 4, 6 e ricuciti dal titolo:” *de naturalibus filiis et matribus eorum*”, normative rispetto alle quali è opportuno procedere alla trascrizione dei testi.

³⁸¹ Cfr. M. SARGENTI, *Il diritto privato*, cit., p. 264.; cfr. l'A, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e Famiglia*, Milano, 1938, p. 133.

³⁸² Con riguardo alla prima interpretazione si vedano BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., p.324; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 2007, p.129; CASTELLO, *In tema*, cit., p.150 ss.; Sulla seconda si vedano S.PEROZZI, *Istituzioni*² 1, cit., p. 172 e nt.1.; cfr. L. De GIOVANNI, *Dai Severi a Giustiniano. Linee di storia giuridica tardoantica*, Napoli, 2004, p.92 ss.

In CTH. 4.6.2:” ... ri fecit vel si ipsorum nomine comparavit, totum legi [tima] suboles recipiat. quod si non sint filii legitimi nec fra [ter] consanguines aut soror aut pater totum fisci viribus [vind] icetur. Itaque liciniani etiam filio, qui per rescriptum sanc [tissi] mum dignitatis culmen ascendit, omnis substantia au [ferat] ur et secundum hanc legem fisco adiudicetur, ipso ver[berato] compedibus vinciendo, ad suae originis primordia redi[gendo]”.

In CTH. 4.6.3: *Imp. Constantinus A. ad Gregorium. Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel fla [monii] vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive romana facta seu latina, vel scaenica (vel scaenicae) filia, vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicist praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti: ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. Sed et (uxori t) ali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel empti(one c) ollatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ip (sas et)iam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, (si qui) d quaeritur vel commendatum dicitur, quod his red(dend) um est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis (subici) iubemus. sive itaque per ipsum donatum est qui pater (dicitu)r vel per alium sive per suppositam personam sive (ab eo e) mptum vel ab alio sive ipsorum nomine comparatum, (stati) m retractum reddatur quibus iussimus, aut, si non exis (tunt, f) isci viribus vindicetur. quod si existentes et in praesen (tia re) rum constituti agere noluerint pacto vel iureiu (rand) o exclusi, totum sine mora fiscus invadat. quibus tacen (tibus et) dissimulantibus a defensione fiscali duum mensuum (temp)ora limitentur, intra quae si non retraxerint vel (propter) retra(hendum) rectorem provinciae interpellaverint, quidquid ta*

(libus fil) iis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus nos (ter inv) adat, donatas vel commendatas res (sub po)ena quadrupli severa quaestione perquirens³⁸³”.

Analizzando complessivamente il contenuto testuale del secondo testo costituzionale emergono due fattori chiave ovvero il fondamento della rispettiva emanazione e la figura dei rispettivi destinatari. In effetti la *ratio* del precetto è da ricercare all'interno della vicenda relativa al figlio naturale di Liciniano, che mediante rescritto imperiale aveva ottenuto, in maniera truffaldina, il riconoscimento della *dignitatis culmen* (la dignità senatoriale). In virtù del provvedimento di cui si sta trattando, egli fu privato dei suoi beni (vennero attribuiti al fisco) per poi essere fustigato, incatenato e soggetto ad un ripristino della sua condizione primitiva nonché quella servile.

Che i destinatari del precetto costituzionale furono la concubina e i suoi figli non sussiste alcun tipo di dubbio, poiché, non a caso, quest'ultimi vennero utilizzati dall'imperatore per seppellire il concubinato. In proposito, si pose, non solo una rescissione relativa a tutto ciò che era stato acquistato a nome dei figli stessi, a favore del fisco oppure a favore dei coniugi legittimi, ma si sancì anche la pena corporale e la confisca a carico del figlio naturale, etichettato: “*dignitas culmen ascendit³⁸⁴*”.

In realtà il sentimento repressivo posto alle unioni di fatto, lo si ricava dalla terza costituzione emanata a pochi mesi di distanza dalla seconda: il 21 *Iul.* 336.

In essa, in primo luogo, si punisce con l'infamia e con la perdita della cittadinanza il genitore di ceto elevato, che avendo avuto dei figli generati da un'unione con una donna di bassa estrazione sociale, intende legittimarli attraverso l'adozione o rescritto imperiale. In secondo luogo, si pone il divieto di donazioni di denaro o di ogni altro bene a favore della concubina o dei figli generati dalla stessa. In caso di mancata osservazione, si è imposta la restituzione (il

³⁸³ [I senatori, i perfectissimi o coloro che nelle città sono insigniti della dignità del duumvirato o della dignità quinquennale o del flaminato o del sacerdozio di provincia vogliamo che subiscano la macchia dell'infamia e siano privati della cittadinanza - è questo il significato che si dà alla frase *peregrinos a Romanis legibus fieri* - se avranno voluto avere, o per propria volontà o per rescritto imperiale, nel novero dei legittimi i figli avuti da una schiava o da una figlia schiava o da una liberta o da una figlia di liberta sia divenuta Romana o Latina o da una attrice o da una figlia di attrice o da una ostessa o da una figlia di ostessa o da una persona umile o abietta o da una figlia di lenone o di gladiatore o da donna che presiedette ai pubblici commerci: cosicché qualunque cosa il padre abbia donato a tali figli (o li abbia detti legittimi o naturali) tutto sottratto sia restituito alla prole legittima o al fratello o alla sorella o al padre o alla madre].

³⁸⁴ Circa la vicenda del filio di Liciniani cfr. M. BIANCHINI, *Caso concreto e <<lex generalis>>*. *Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano, 1979, pg. 22-28.; circa i destinatari e le pene di CTH. 4.6.2 cfr. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, voll.III-La famiglia rapporti patrimoniali di diritto pubblico, Milano, 1954, p.131.;

cui ammontare poteva essere determinato mediante la tortura) a favore dei figli legittimi oppure in assenza al fratello, madre, padre del donatore.

Nelle ipotesi nelle quali non si aveva la presenza di una parentela legittima, ruolo non marginale veniva attribuito al fisco, il quale era il destinatario dell'ammontare aumentato del quadruplo. In sintesi, se il primo imperatore cristiano cercava di sopprimere il fenomeno delle unioni di fatto colpendo sia la figura della concubina sia i suoi figli³⁸⁵, l'obiettivo in questione venne reso meno rigoroso da Valentiniano, Valente e Graziano.

In CTh. 4.6.4, si legge:” *Imppp. Val (entini) anus, Val (ens) et Grat (ianus) AAA. Ad Ampelium p(raefectum) u(rbi). Placuit, manentibus ceteris, quae de naturalibus liberis Constantinianis legibus cauta sunt, heat tantummodo temperare, ut is, qui heredem heredesve filios ex legitimo matrimonio vel nepotes, qui filiorum loco habendi sunt, patrem quoque matremve dimittit, si ex consortio cuiuslibet mulieris naturales susceperit, unam tantum bonorum suorum et hereditatis unciam naturalibus vel mulieri donandi aut relinquendi habeat facultatem. si quis vero nullo ex his, quos excipimus, superstite morietur, atque ex muliere, quam sibi adiunxerat, naturalem quam in naturales, quo maluerit iure, transcri (bat Dat.)*³⁸⁶”.

Nella richiamata costituzione del 371, gli imperatori offrirono al marito la possibilità, mediante donazione o atto di ultima volontà, di poter devolvere alla concubina o ai suoi figli una frazione di 1/12 dei suoi beni, alla presenza di figli legittimi, oppure, nel caso di assenza di questi ultimi di tre *once*.

Nei decenni successivi, ed in particolare nel 477, si ebbe, ad opera di Zenone un richiamo ed un rinnovamento della *constitutio* di Costantino, conservato in:

Cod. Iust. 5.27.5: *Imp. Zeno A. Sebastiano p(raefecto) p(raetorio) pr. Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis*

³⁸⁵ Su tal punto occorre considerare che l'obiettivo repressivo dell'imperatore non era volto a debellare l'intera figura concubinaria ma solamente quelle unioni di fatto nella quali gli attori rientravano nelle categorie di soggetti ben indicati in CTh. 4.6.3 (*duumviri*, i *flamines*, i sacerdoti e la schiava o schiavo, libertà o prole di una liberta, attrici o figlie di attrici). Tal precisazione consente di annotare che in realtà Costantino era volto a minare il concubinato pur di evitare gravi dispersioni patrimoniali e metissage malsani tra soggetti aristocratici romani e persone di bassa natalità.

Su tal pensiero, si veda M. NAVARRA, *Testi costantiniani in materia di filiazione naturale*, in *AARC*, VII, Napoli, 1988, p. 465.

³⁸⁶ Cfr. CTh. 4. 6. 4.

*ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus*³⁸⁷”.

Analizzando il testo sopra riportato, lo sguardo deve essere posto sul periodo: “*sacratissimam constitutionem renovantes*”, poichè attraverso esso si sancisce una logica che non sarà tanto distante da quella costantiniana e giustiniana, volta ad incanalare il concubinato nell’ottica del matrimonio.

Ciò detto, l’analisi in questione deve continuare riferendosi all’interesse che l’imperatore pose sulla condizione dei figli naturali e sulla conseguente legittimazione a seguito del matrimonio. In questo senso, i precetti furono volti a stabilire un importante beneficio posto a favore di tutti quei figli generati da unioni concubinarie prima dell’emanazione della legge. Essi, infatti, potevano essere resi *sui e in potestate patris*, purché il marito contraesse legittimo matrimonio con la madre (concubina ingenua)³⁸⁸. A tale riconoscimento fu poi affiancato il divieto di richiedere all’imperatore il riconoscimento dei figli nati da concubina ingenua, solamente se il matrimonio era stato differito dopo l’emanazione della legge. Non a caso in Cod. Iust. 5.27. 5.1, si legge:

*“ Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimos filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare*³⁸⁹”.

³⁸⁷ [Rinnovando la sacrosantissima costituzione del divinizzato Costantino, che munì l’impero Romano della veneranda fede dei Cristiani, sulla necessità di prendere in moglie le concubine di nascita libera e persino di considerare i figli da esse avuti o prima o dopo il matrimonio sui e legittimi, ordiniamo].

³⁸⁸ Sulla costituzione di Zenone si veda R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto postclassico e giustiniano*, Napoli, p. 265 ss.

³⁸⁹ [Coloro che però al tempo di questa sacrosantissima legge non ancora hanno avuto prole dalla convivenza con concubine di liberi natali, non godano affatto del beneficio di questa legge, essendo loro lecito unirsi prima in matrimonio con le stesse donne, non essendoci figli legittimi o mogli, e procreare figli legittimi, intervenendo le cerimonie nuziali; e non devono richiedere insistentemente che sembrino poi giusti e legittimi quei figli, che avranno voluto far nascere dalla concubina di liberi natali, differito il matrimonio dopo questa legge].

In sentisi, la politica legislativa di Zenone offrì particolari garanzie e benefici solamente a tutti quei figli nati prima dell'emanazione della legge, escludendo dalla portata benefica tutti coloro che in seguito all'emanazione sono stati generati, salva la possibilità di ricorrere al matrimonio per ottenere una legittimazione della prole. In realtà la norma relativa alla *legitimatio per subsequens matrimonium* non passò a miglior vita dopo il tramonto di Zenone, ma fu accolta da Anastasio, nella Costituzione del 517. In quest'ultima, essa assunse il valore di espediente attraverso il quale si previde una disciplina facente leva sulla distinzione tra il tempo presente e quello futuro:

Cod. Iust. 5.27.6 Imp. Anastasius A. Sergio p(raefecto) p(raetorio) pr.: “ *Iubemus eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimosque habere...; in posterum nihilo minus, quisquis huiusmodi mulierem uxoris loco dotalibus instrumentis confectis habuerit, pro eius subole similem eandemque formam custodiri ... 1. Filios insuper vel filias iam per divinos adfatus a patribus suis in adrogationem susceptos vel susceptas huius providentissimae nostrae legis beneficio et iuvamine potiri censemus*³⁹⁰”.

Andando con ordine, la prima categoria di soggetti su cui bisogna porre l'attenzione riguarda i figli non ancora nati o già generati da una concubina al momento dell'emanazione della legge. Sussiste quindi una connessione tra il momento presente, rappresentato dall'entrata in vigore della legge, e la qualifica di *uxoris loco habetur*, attribuita alla prole. In effetti quest'ultima, deve essere considerata legittima e soggetta alla podestà del *pater*, salvo che costui abbia già figli legittimi derivanti da matrimoni antecedenti³⁹¹.

Tale considerazione consente alla prole non solo di ottenere il trasferimento di beni mediante testamento o donazione ma anche di succedere *ab intestato*, contrastando qualunque pretesa ad opera dei cognati o agnati del padre. Sempre con riguardo ai *fili*, l'imperatore sancì una

³⁹⁰ [Ordiniamo che coloro i quali, non avendo figli legittimi, nel presente tengano delle donne in luogo di mogli, abbiano i figli da queste nati o concepiti come sui e in potestà e legittimi; .. tuttavia nel futuro chiunque sposerà tale donna confezionati gli strumenti dotali, che una simile e medesima forma si serbi per la sua prole.... 1. Inoltre riteniamo che i figli e le figlie, che già i loro padri hanno arrogato mediante rescritti imperiali, godano del beneficio e del soccorso di questa nostra previdentissima legge.

³⁹¹ Cfr. G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, p. 206 e nt. 55.

stretta connessione tra il periodo futuro e la legittimazione degli stessi, richiedendo per quest'ultima la stipula matrimoniale e la conseguente istallazione degli strumenti dotali.

Andando oltre il presente e il futuro, l'imperatore, nell'ultimo segmento del testo costituzionale, estende i benefici da lui sanciti anche a coloro che prima dell'emanazione della legge si trovavano nel seguente *status*: “*per divinos adfatus a patribus suis in adrogationem susceptos vel susceptas*³⁹²”.

Lo spirito sotteso alla costituzione, provocò la sua abrogazione ad opera di Giustiniano poiché contrastante sia con il suo obiettivo politico ma anche con una morale poco favorevole ai fenomeni concubinari.

Benché l'obiettivo del regime giustiniano fu volto a debellare il concubinato in tutte le sue fattispecie, fu avviato mediante un'opera di estrema furbizia. Non a caso lo sguardo deve essere posto sulla legittimazione dei figli naturali, la quale non solo venne ripristinata ma venne riconosciuta come un istituto permanente articolato attraverso tre tipologie: la “*legitimatio per subsequens matrimonium*”, la “*legitimatio per oblationem curiae*” e “*per rescriptum principis*”.

Sebbene la *legitimatio per subsequens matrimonium* fu elevata ad istituto permanente nel 529 a.C., il conferimento di quest'ultimo connotato non rappresenta una grandissima novità poiché l'imperatore ha semplicemente ripristinato e modellato una disciplina apparente alla figura di Anastasio. Si sta, quindi, trattando di un'opera caratterizzata da un intento rattoppante il cui *focus*, la parità di trattamento sia dei figli nati prima delle nozze sia per quelli che ne susseguono, fu accompagnato dall'esposizione di un caso. Si fece, infatti, riferimento ad una relazione concubinaria intercorsa tra una donna libera e un uomo e quindi ad un legame il cui fine non fu immediatamente rappresentato dalle nozze, ma dalla generazione di una serie di pargoli.

L'aspetto che deve essere estrapolato fa leva sull'affezione e sugli effetti che essa ha prodotto nel rapporto, consistenti nella redazione (ad opera dell'uomo) degli *instrumenta dotalia* e in una stretta connessione tra le nozze e la riproduzione di ulteriori figli. Ed è proprio in

³⁹² Intorno a tal previsione si sono sviluppati due orientamenti dottrinali volti ad interpretare in maniera distinta l'intento di Anastasio. Secondo una prima corrente, l'intento dell'imperatore era volto a richiamare il potere di arrogazione dei figli naturali, attraverso un rescritto imperiale, facoltà che si opponeva alla legislazione antecedente. Invece di contro, sono collocati coloro che intravedono nel riferimento all'istituto dell'arrogazione per sottolineare che un tempo, la legittimazione dei figli naturali, poteva avvenire solamente ricorrendo a tal istituto. Sui primi cfr. BONFANTE, *Corso* 1, *cit.*, p. 372 ss.; circa la seconda corrente cfr. G. LUCHETTI, *La legittimazione*, *cit.*, 313 ss.

relazione a questi ultimi, i legittimi, che l'imperatore sottolinea una discriminazione nociva ed ingiusta volta a danneggiare la figura dei pargoli nati prima della metamorfosi dell'unione su cui si sta ponendo l'attenzione. Non a caso, egli impone una parità di trattamento volta a garantire i medesimi diritti successori in relazione all'eredità paterna, poiché in entrambi i casi, la prole, essendo generata dai medesimi genitori, doveva essere portatrice della qualifica di legittimaria. In tal senso, è rilevante il testo contenuto in Cod. Iust. 5.27.10.3: "*Quapropter sancimus in huiusmodi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sunt sive postea, una eademque lance trutinari et omnes suos et in potestate suis existere genitoribus, ut nec prior nec iunior ullo habeatur discrimine, sed ii, qui ex isdem maioribus procreati sunt, et simili perfruantur fortuna*³⁹³".

In altri termini, l'imperatore giocando attraverso le espressioni "*posteriores*" ed "*anteriores*", indicanti rispettivamente i fanciulli nati a seguito del matrimonio e quelli procreati prima dell'istallazione della dote, pose (all'interno di un unico precetto) un punto guida relativo alla condotta che i *posteriores* dovevano tenere. Essi non potevano rivendicare l'intero patrimonio del *pater* in modo tale da non escludere gli *anteriores*, poiché fu grazie a questi ultimi che i genitori, spinti dall'emozione affettiva, avevano predisposto il pacchetto dotale al fine di una procreazione successiva³⁹⁴.

Pur di respingere qualsiasi dubbio interpretativo legato al suddetto disposto normativo, l'imperatore estese questa figura di legittimazione anche a tutti quei fanciulli generati da una schiava concubina, i quali sarebbero divenuti "*sub potestate ipsius et ab intestato heredes genitori*". La condizione posta a tale riconoscimento riguardava la situazione del padre. Egli, non avendo né moglie né figli, doveva aver generato dalla relazione con la schiava dei fanciulli, i quali dovevano essere manomessi insieme alla madre, al fine renderla una sposa, pre confezionamento degli strumenti dotali.

Se questo disposto normativo, contenuto in Nov. 18.11, sembra far riferimento ad una manomissione specifica per i singoli figli, è proprio in relazione ad una novella del 539 a.C, che Giustiniano allontana questa possibilità. In effetti, in Nov. 78. 4, egli esclude la centralità

³⁹³ [E perciò stabiliamo che in simili casi tutti i figli, nati o prima o dopo gli strumenti dotali, siano pesati con la stessa bilancia e tutti siano sottoposti alla podestà dei loro genitori, senza fare alcuna differenza fra il primo nato e l'ultimo, ma quelli che sono stati generati dagli stessi genitori devono godere della stessa fortuna].

³⁹⁴ Contrario a tal sintomo buonista, si colloca il pensiero di G. LUCHETTI, il quale in *La Legittimazione*, cit., p. 235 ss, parla di litigiosità tra figli piuttosto che di garanzia.

di una manomissione specificata, poiché la libertà dei figli rappresentava l'effetto primario della combinazione tra la *manomissio* della madre e l'istallazione della dote³⁹⁵.

In realtà, la *legitimatio* per susseguente matrimonio ottenne la sua disciplina definitiva solamente nel 539 ed in particolare in Nov. 89.8.

In quest'ultima Novella, l'imperatore pose un'innovazione fondamentale ovvero l'introduzione dell'istituto dell'*oblatio curiae* (il consenso dei figli) estesa a qualunque forma di legittimazione. A riguardo occorre considerare che il carattere su cui bisogna porre l'accento non fa leva sulla modalità attraverso la quale avveniva l'offerta dei figli naturali³⁹⁶, ma sul fatto che quest'ultima venne riconosciuta come una forma di legittimazione. Fu proprio mediante Nov. 89 che l'imperatore offrì una disciplina completa relativa all'*oblatio curiae* e volta a regolare definitivamente la figura dei figli naturali. Andando con ordine, in primo luogo, si attribuì al padre la facoltà di poter offrire al senato cittadino i propri figli naturali, in modo tale da renderli legittimi indipendentemente dalla presenza o meno di altri legittimi fanciulli. Nel caso di assenza di questi ultimi, si ammise la possibilità per i figli naturali di presentarsi spontaneamente dinnanzi alla curia, a seguito della morte del *pater* e *etiam sic erunt legitimi et curiales*. Tale occasione la si estese analogicamente anche a tutti quei figli naturali nati da un legame intercorrente tra il loro *pater* e la propria schiava, purché previamente manomessi³⁹⁷. In ambito successorio vengono imposti, ai figli naturali, i medesimi diritti dei figli legittimi, offerti alla curia ma solamente in relazione al padre, poiché si esclude qualunque rapporto successorio (in linea agnaticia e cognaticia) tra il figlio naturale legittimato mediante l'*oblatio* e gli ascendenti, discendenti e collaterali del *pater*³⁹⁸.

³⁹⁵ Cfr. C. FAYER, *La familia III, cit.*, p. 47 ss.

³⁹⁶ L'*oblatio curiae* avveniva mediante l'offerta del figlio e dei figli posta dal padre alla curia (senato cittadino) della propria città natale o del paese di appartenenza amministrativa dei centri in cui egli aveva la residenza, salvo il caso in cui egli era oriundo di una delle due capitali, Roma o Bisanzio, poiché in tal caso l'*oblatio* poteva avvenire in qualunque città indipendente dal fatto che fosse una provincia o capoluogo.

Non a caso, infatti, è largamente sostenuto che l'introduzione di tal strumento sia legata alla necessità di conferire alle curie cittadine una nuova fonte di reclutamento. In effetti si sta ponendo l'attenzione su un periodo storico nel quale si ebbe un forte indebolimento finanziario e numerico dei senati cittadini, derivante dall'inosservanza e dalla fuga degli oneri curiali.

Sulla modalità e sulle opinioni volte a rilevare la ratio fondante l'introduzione di tal istituto cfr. V. F. JACQUES, *Les privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident Romain* (161-244), Roma, 1948, p. 579 ss.; cfr. G. LUCCHETTI, *La legittimazione, cit.*, p. 65 ss.

³⁹⁷ Cfr. Nov. 89.2.1.; cfr. Nov. 89.2.3.

³⁹⁸ Cfr. Nov. 89.4 ed in particolare cfr. G. LUCCHETTI, *La legittimazione, cit.*, p. 159 ss.

Continuando ad analizzare la Novella, lo sguardo ricade sul capo IX e X, nei quali si mise l'accento sull'ultima figura di legittimazione: “*la legitimatio per rescriptum principis*”. Quest'ultima venne etichettata come una forma sostitutiva della legittimazione per susseguente matrimonio. Infatti, interveniva solamente in quei casi nei quali le nozze con la concubina non potevano concludersi non per ragioni giuridiche, ma per fattori di sconvenienza o per altri motivi, già indicati nelle sezioni I e II di Nov. 74 e confermati nella novella su cui si sta ponendo l'attenzione³⁹⁹.

Non a caso, la natura del beneficio imperiale ha prodotto un forte contrasto dottrinale tra due correnti di pensiero. La prima formata da coloro che facevano emergere una forte connessione con il testo costituzionale di Anastasio. La seconda, nonché quella maggiormente seguita dalla dottrina attuale, volta individuare nell'introduzione di questa forma di legittimazione la titolarità o meglio l'iniziativa giustiniana⁴⁰⁰.

Andando oltre la paternità di quest'ultima, l'inter legislazione relativo alla figura dei figli naturali può essere sintetizzato nel seguente modo: la posizione dei liberi *naturales* si avvicinò a quella dei legittimi in quanto attraverso la legislazione novellare venne riconosciuto ai primi il diritto di succedere *ab intestato*.

Che il diritto giustiniano abbia prestato parecchia attenzione ai figli naturali trova conferma in una corrente di pensiero volta a precisare che l'imperatore voleva portare il concubinato ad essere un'unione inferiore, autonoma ed alternativa al matrimonio.

Non a caso Giustiniano, mediante l'abrogazione della distinzione tra donne *honestae* e *non honestae*, consentì, attraverso pubblica dichiarazione, l'instaurazione di un'unione di fatto con una donna ingenua *et honesta*. In questo senso si attribuì, mediante l'eliminazione dei divieti matrimoniali (di natura augustea), una nuova natura alle unioni concubinarie. Emerge quindi un forte contrasto con il periodo classico. In effetti con Giustiniano tutti quei rapporti che

³⁹⁹ Nel capo I di Nov. 74 si fa riferimento ad alcuni impedimenti volti ad ostacolare la volontà paterna diretta a legittimare i figli secondo la legge. I casi puntualizzati sono: la morte della concubina prima dell'istallazione degli strumenti dotali, la stretta connessione tra la mancata legittimazione e le nozze insorta per atteggiamenti amorali della madre, la relazione tra la conoscenza legata alla presenza dell'eredità materna e la non comunicazione al *pater* in modo tale da evitare che quest'ultima possa procedere alla dote o al godimento dell'usufrutto relativo alla *res*. Nel capo II°, invece, si prevede una disciplina generale relativa a tal beneficio imperiale. In particolare nel paragrafo primo si concede ai figli naturali la possibilità di richiedere il rescritto imperiale di legittimazione solamente a seguito della morte del *pater* e se quest'ultimo, nel testamento, abbia manifestato la propria volta di vedere i propri figli naturali riconosciuto come legittimi ed eredi, salva la presenza antecedente di ulteriori fanciulli legittimi. Su tal punto cfr. C. FAYER, *La familia III*, cit., p. 49 ss.

⁴⁰⁰Cfr. BONFANTE, *Corso 1*, cit., pg. 372-375.; circa la seconda cfr. C. DUPONT, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au debut du IV siècle*, Roma, 1968, p. 203.

sotto la politica augustea erano soggetti alle pene previste per lo *stuprum*, potevano sorgere con qualsiasi categoria di donna purché sorretti da una volontà di entrambe le parti, manifestata mediante una pubblica dichiarazione. Tali escamotage consentirono al Bonfante di intravedere nell'estensione, alle unioni di fatto, dei requisiti per le *iustae nuptiae*, un intento genocida indirizzato ad elevare il concubinato ad un matrimonio monogamico⁴⁰¹. Affianco a quest'ultima ipotesi interpretativa, sussiste il pensiero di alcuni studiosi volti a mascherare il vero intento del legislatore ovvero la risoluzione o meglio l'incanalamento del concubinato nell'ottica matrimoniale. In altri termini l'unica modalità che assicurava al regime giustiniano una metamorfosi dell'unione (dal fatto al diritto) consisteva nell'imporre e nel richiedere al concubinato le stesse prerogative rivolte all'istituto matrimoniale. Di conseguenza i sintomi buonisti della legislazione novellare non devono essere letti nella volontà dell'imperatore di creare un'unione autonoma ed alternativa al matrimonio ma nel dirottamento verso quest'ultimo di tutte quelle fattispecie concubinarie⁴⁰².

L'istinto giustiniano, pur essendo indirizzato verso una repressione mascherata, non riuscì ad eliminare del tutto il fenomeno delle unioni di fatto, socialmente accettate, solamente se istaurate tra uomo e donna.

Siffatta annotazione deve essere però precisata in quanto stonante con la morale tardo imperiale, la quale avendo assorbito l'influsso della religione cristiana e delle sue correnti, tendeva ad inquadrare nel concetto di innaturale qualunque unione intercorsa tra soggetti di genere diverso o dello stesso genere, non finalizzata alla procreazione.

Nonostante una forte omologazione tra il pensiero morale del tardo impero e la politica giustiniana, è opportuno sostenere che quest'ultima non abbia raggiunto l'effetto desiderato. L'istituto delle unioni di fatto, sentito come un rapporto sorretto da una scelta libera e volontaria, non riuscì ad essere assorbito dall'unione matrimoniale ma ne costituì una valida alternativa. In un ambiente sociale caratterizzato da un lento e continuo pensiero cristiano, il fenomeno concubinario non era destinato ad essere tollerato a lungo. Se in occidente il concubinato rimase fino al XII secolo, in oriente i tempi furono molto più ristretti.

⁴⁰¹ Cfr. G. CASELLI, *Concubina pro uxore: osservazioni in merito al c.17 del primo Concilio di Toledo*, in *Rivista di storia del diritto italiano, 1900-1999*, p. 171.; Sul secondo orientamento si veda C. FAYER, *La familia III*, cit., p. 52 ss. Con riguardo all'eliminazione dei divieti matrimoniali e la ratio della politica giustiniana si vedano O. ROBLEDA, *El matrimonio*, cit., p. 343; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, cit., p. 320. Circa l'intento del regime giustiniano cfr. P. BONFANTE, *Nota sulla riforma giustiniana*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925, p. 284 (= Scritti 4, p. 567).

⁴⁰² Cfr. Nov. 89.15.; cfr. Nov. 89.12.6.; circa il diritto agli alimenti cfr. Nov. 89.12.6 e, Nov. 89.15.

Fu mediante le Novelle 89 e 91, che Leone VI, sancì l'abolizione del concubinato, considerato come stupro e di conseguenza assoggettato alle pene corporali⁴⁰³.

2. Le convivenze *more uxorio* nell'età tridentina-moderna: amori proibiti-clandestini o matrimoni presunti?

Sebbene nel II medioevo, si attesta sia la presenza del paradigma matrimoniale romano sia una certa tolleranza ricucina intorno alle unioni di fatto e alla figura della concubina, la tematica qui trattata, deve essere oggetto di una profonda analisi. Il punto di partenza rimane saldo su quella concezione che identifica il matrimonio quale legame monogamico, istaurato tra un uomo e una donna e caratterizzato dal tratto dell'indissolubilità. Che l'affinità matrimoniale venne, durante il trascorso dei secoli, delineata come un modello di unione ideale, lo si estrapola dall'atteggiamento posto dagli ordinamenti secolari e cattolici. Questi ultimi erano volti a disincentivare il ricorso e la diffusione di unioni diverse da quelle matrimoniali, attraverso una regolamentazione delle condotte sessuali popolari in modo tale da conservare la dignità familiare, ed in particolare quella dei membri che la compongono. Non a caso, infatti, le legislazioni e il magistero della Chiesa, cercarono di cullare e promuovere il ricorso all'istituto matrimoniale attraverso vari strumenti, la cui natura dev'essere collocata all'interno di due branche del diritto: quella privatistica e quella penalistica. La prima cercò di offrire alla famiglia, e ai suoi rispettivi coniugi, vari diritti e privilegi (si mantenne l'idea che la donna dovesse essere accompagnata dalla dote istallata dal padre o più in generale dalla sua famiglia naturale). Mediante l'arte repressiva del diritto penale, invece, si cercò di pubblicizzare l'unione matrimoniale, ponendo pene severe per qualunque fenomeno (adulterio, incesto, pederastia e bigamia-poligamia) ben sviluppato al di fuori del rapporto coniugale⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Sul tramonto dei rapporti di fatto in occidente si veda E. VOLTERRA, s.v. *Concubinato* (diritto romano), p. 1053.

⁴⁰⁴ Cfr. A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini. Appunti di storia su chiese, matrimonio e famiglie*, Bologna, 2015.; cfr. A. ESPOSITO, *Adulterio, concubinato, bigamia: testimonianze dalla normativa statutaria dello Stato pontificio (secoli XIII-XVI), Trasgressioni*, in *Atti del secondo, terzo, quarto, quinto e sesto seminario della serie: "i processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani*, Bologna, 2004, pg. 21-42.

Ciò detto, non risulta così estraneo dal contesto romano dell'età giustiniana, poiché la forza delle relazioni extraconiugali non venne arginata da politiche repressive e preventive i cui effetti, a distanza di anni, presentano un univoco filo conduttore: la diffusione e la permanenza sia di accordi ed unioni alternative al matrimonio sia della figura della concubina. Si sta quindi ponendo lo sguardo su due diverse fattispecie di concubinato, qualificato e semplice, il cui punto di demarcazione fa leva sulla natura contrattuale, consistente nella prestazione di servizi (domestici e sessuali) oppure nella nascita di un legame duraturo alternativo all'unione matrimoniale⁴⁰⁵. Ed è proprio in relazione a quest'ultima tipologia che bisogna collegarsi a tutte quelle convivenze di fatto che, essendo sorrette dal vincolo dell'intenzione tra coniugi e dall'assenza dei requisiti richiesti per l'accesso all'istituto matrimoniale, non solo non risultarono così tanto distanti da quest'ultimo ma furono tollerate dal pensiero ecclesiastico pre - tridentino. In effetti queste unioni, intercorse tra soggetti di *status* libero, potevano risolversi in matrimoni validi e presunti poiché i requisiti richiesti dal mondo cattolico per la costituzione del matrimonio legittimo, facevano leva solamente sul consenso dei *nubendi*.

Fu poi frutto delle legislazioni statutarie che il pensiero ecclesiastico impose una procedura, non vincolante, che posta in un momento antecedente alle nozze, conferiva a queste un carattere formale, all'esito dei seguenti passaggi: l'esplicito consenso dei genitori, la ratifica ad opera della comunità con conseguente affissione delle pubblicazioni e la partecipazione, non obbligatoria, del prete alla messa e al rito nunziale⁴⁰⁶. La connessione tra la formalità e

⁴⁰⁵ La distinzione tra concubinato semplice, derivante dalla tradizione romanistica, e concubinato qualificato riguarda il fatto che quest'ultimo oltre ad avere una natura contrattuale finalizzata ai lavori domestici, poteva far sorgere diversi fenomeni: adulterio ed incesto, portatrici della qualifica di crimine.

Un esempio di concubinato qualificato, fondato su una natura contrattuale lavorista viene ben analizzato da G. L. Barni, il quale, in *Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo*, analizza puntualmente un documento del 1287, rogato da un notaio genovese, nel quale la promessa di servizi posta dalla fanciulla viene illustrata attraverso le seguenti parole: " *Me stare debere tecum pro tua serviciali et amaxia usque ad annos sex proximos venturos et venire tecum in omni loco et terra quo iveris et me tecum ducere volueris pro facere tibi omnia tua servicia personae tuae et domus tuae..*".

Sulla distinzione tra concubinato qualificato e semplice cfr. S. LUPERINI, *Il gioco dello scandalo. Concubinato, tribunali e comunità nella diocesi di Pisa* (1597), in *Trasgressioni*, a cur. di Silvana Seidel Menchio, Diego Quaglioni, Bologna, pg. 383-386.; sul documento notarile cfr. G. L. BARNI, *Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, XXII (1949), pg. 131-155.

⁴⁰⁶ Affianco al requisito del consenso, richiesto dalla legge canonista, la legislazione statutaria-locale cominciò a richiedere ulteriori clausole: il consenso parentale, la *copula* (consumazione), volte a conferire il tratto della validità all'unione.

Su tal punto e sulla prevalenza del requisito canonista cfr. E. BRAMBILLA, *Deflorazione, stupro, ratto, concubinato: la transizione dagli sponsali civili al matrimonio sacramentale dopo il Concilio di Trento e sue conseguenze*, in *EAD., Sociabilità e relazioni femminili nell'Europa moderna. Temi e saggi*, a cura di L. ARCANGELI, S. LEVATI, Milano, 2013, pg. 90-96.

l'assenza del tratto obbligatorio, relativo sia alla presenza del sacerdote sia al luogo di culto, provocarono all'interno del contesto sociale pre-tridentino una conseguenza abnorme: l'affiancamento al matrimonio solenne di unioni risolte in matrimoni, che essendo privi della clausola formale e caratterizzati dal solo consenso, vennero definiti "clandestini"⁴⁰⁷.

Questi ultimi, pur essendo contrari alle disposizioni statutarie, vennero, in un primo momento, ritenuti legittimi dal mondo ecclesiastico, purché osservanti alcuni dettami relativi sia all'età dei *nubendi* (lo sposo doveva aver compiuto i quattordicianni, la sposa invece doveva aver compiuto il dodicesimo compleanno) sia all'assenza di impedimenti matrimoniali. In tale senso, il matrimonio sarebbe stato considerato valido purché il consenso venga prestato al momento delle nozze, oppure in seguito al rapporto sessuale mediante l'utilizzo di locuzioni coniugate al futuro. Non solo, la manifestazione poteva essere rilasciata dinnanzi ad una figura notarile per poi essere depositata, sotto il nome di *sponsalia*, all'interno degli *instrumentum*⁴⁰⁸.

Sebbene l'istinto pacifico e buonista del pensiero ecclesiastico abbia determinato una connessione tra due fattori conseguenti, la concezione contrattualistica - consensuale del matrimonio e la diffusione di unioni di fatto (clandestine), fu proprio nei mesi antecedenti al Concilio di Trento che si ebbe una forte metamorfosi nella modalità di osservare i legami concubinari. Questo mutamento fu dettato da ragioni sociali e giuridiche, poiché a partire dal Cinquecento, nonostante gli sforzi fatti dalle legislazioni statutarie⁴⁰⁹, cominciò ad essere molto difficile poter distinguere le unioni di fatto dal legittimo matrimonio.

⁴⁰⁷ Circa il ricorso al matrimonio clandestino a discapito di quello formale cfr. L. SCHMUGGE, *Marriage on trial. Late Medieval German Couples at the Papal Court, Washington*, 2012, pg. 90-94.

⁴⁰⁸ Sul fine sotteso al ruolo notarile cfr. V. POLONIO, *Consentirono l'un l'altro: il matrimonio in Liguria tra XI e XIV secolo*, in *Serta antiqua et mediaevalia*, V, 2001, pg. 23-53.

⁴⁰⁹ I matrimoni o unioni di fatto venivano considerati clandestini nel momento in cui non erano affiancati dal consenso paterno oppure dalla pubblicità dell'atto. La risonanza di questo fenomeno fu oggetto di un importante intervento posto dalla legislazione statutaria (territori dell'Italia centro-settentrionale), la quale, rispetto al diritto canonico pre-tridentino, richiedeva come prova della celebrazione del matrimonio, la presenza dei testimoni oppure la consegna dell'anello fatta in pubblico. L'assenza di questi elementi probatori e in particolare del consenso paterno, provocava il sorgere di una pena i cui destinatari non era solamente i conviventi ma anche i complici. A partire invece dal XIV secolo, alcuni comuni (Bologna e Lucca), pur di garantire la certezza del vincolo, istituirono dei registri di stato civile.

Su quest'ultimo punto Cfr. D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001, pg. 37,38.; sulla commissione delle pene prevista dagli statuti dell'Italia centro-settentrionale si veda D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, cit., p.42.

Tale sottile demarcazione, non solo portò i padri riuniti al Concilio Lateranense V a porre il divieto di concubinato per i laici, attraverso la Costituzione: “*Supernae dispositionis*⁴¹⁰”, ma gettò le basi per quella forte repressione incardinata nella figura della Chiesa Tridentina.

Con l’avvento di quest’ultima, i rapporti concubinari furono i diretti interessati di un forte annientamento. Che l’impegno dei padri conciliari fosse focalizzato sulla sacramentalità del matrimonio e sulla conseguente indissolubilità del vincolo non sussiste alcun tipo di dubbio.

Si trattò infatti di un’azione volta all’emanazione del *Decretum de clandestiniis matrimoniis*, che accompagnato da dodici *Canones super abusus circa sacramentum matrimonii*⁴¹¹, non solo attribuì la materia matrimoniale in capo alla sola legislazione ecclesiastica, ma mediante un’ implicita regolamentazione dell’etica-morale sessuale dei rapporti, offrì un colpo tremendo alle unioni *more uxorio*⁴¹².

In altri termini, l’apparato ecclesiastico, con il Decreto *Tametsi* (1563), oltre a strappare l’ambito delle nozze dalla strategia familiare-statutaria per attribuirlo al controllo ecclesiastico, sancì tutte quelle modalità, ritenute essenziali, per il compimento della cerimonia nuziale. Si trattava di percorsi facenti parte di un’ unica procedura (consenso parentale, la ratifica della comunità accompagnata dall’affissione delle pubblicazioni nella chiesa parrocchiale, la partecipazione del prete nella messa nuziale) dalla quale si può estrapolare quel passaggio relativo alla natura del matrimonio: da atto consensuale a atto solenne. Di conseguenza, l’istinto canonista, dirottato a riformare l’ambito matrimoniale e il terreno relativo alla lotta legata agli abusi del sacramento e della penitenza, dovette porre lo sguardo anche sulla sfera sessuale, ovvero su quell’ambiente che pur essendo “estraneo” alla morale canonica, rivestì per essa un ruolo fondamentale.

⁴¹⁰ La materia del concubinato, praticata non solo dai laici ma anche dal corpo ecclesiastico, prima del Concilio di Trento, fu oggetto di un’ importante discussione, il cui esito fu la costituzione *Supernae dispositionis* del Concilio Lateranense V, volta a porre, per i laici, il divieto di concubinato.

Nonostante la sua presenza, il fenomeno delle unioni di fatto continuava ad essere socialmente praticato in quanto, in tale momento storico, era impensabile poter distinguere i matrimoni legittimi da tali unioni.

Cfr. J.F. HARRINGTON, *Reordering Marriage and Society in Reformation Germany*, Cambridge, 1995, pg. 123-124.; sull’oscura distinzione tra il matrimonio legittimo e i rapporti di fatto si veda S. LUPERNI, *Il gioco dello scandalo*, cit., pg. 383-384.

⁴¹¹ Cfr. *Conciliorum oecumenicorum decreta*, a cura di J. ALBERIGO etc., Bologna, 1973, pg. 755-757.

⁴¹² Sul Decreto *Tametsi* cfr. G. ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di P. Prodi, Wolfgang Reinhard (edd), Bologna, 1996, p. 457. Circa l’osservanza e l’ultimo strumentale dell’ambiente sessuale ad opera dei padri tridentini cfr. G. ROMEO, *Amori proibiti. I concubini tra Chiesa e Inquisizione: Napoli 1563-1656*, Bari, 2008, p. 19 ss.

In effetti, la sessualità, pur essendo vista dal clero come quell'espedito che allontanava gli uomini dalla confessione e dalla comunione, fu poi strumentalizzata per etichettare i concubini come i peggiori peccatori, abili a aggirare i precetti mediante l'ausilio di falsi pentimenti. Di conseguenza, i concubini essendo gli attori delle relazioni extraconiugali, furono i diretti interessati del divieto di trattenere relazioni al di fuori del vincolo matrimoniale.

Dura sorte sorgeva sul concubinato, ed in particolare sull'immagine del concubino e della concubina. Se per la componente maschile i padri tridentini sancirono la scomunica, le donne furono soggette all'esilio ad opera del braccio secolare⁴¹³. L'intento moralizzatore e persuasivo del mondo cattolico, era semplicemente volto a diffondere ideologie, le quali, con difficoltà, gli assicuravano un controllo della coscienza comune, finalizzato ad inculcare una netta distinzione tra comportamenti leciti e illeciti. Sintomi di tale condotta morbosa, si ricavano sia dall'ambito dei tribunali sia dalla produzione dottrinale. Trattasi di contesti espressivi non solo di un sentimento di stigmatizzazione, volto ad infliggere a tutti quei comportamenti anormali (concubinato adulterio e pederastia⁴¹⁴) pene esemplari, ma anche portatori di un nuovo sport nazionale: la caccia ai concubini, stimolata dalla volontà di rafforzare i valori che si "dovevano" socialmente condividere. In questo contesto, emerge il processo giudiziario subito da Giovanni Angelo Vaccaro, accusato mediante denuncia anonima, di intrattenere una convivenza incestuosa. Egli, dopo essere stato scomunicato il 23 Agosto del 1600, il 15 Aprile del 1602, fu destinatario di un decreto che gli ordinava di comparire dinnanzi a Curzio Palumbo (ufficiale di Curia) per discutere sulla sua fede

⁴¹³ Osservando il capitolo VIII dei *Canones* tridentini relativo alla riforma matrimoniale, in primo luogo si etichetta il comportamento di colui (sposato, libero, di qualunque status sociale) che detiene una concubina come grave peccato. Fu stabilita la pena della scomunica solamente se a seguito di tre ammonizioni, l'uomo non aveva allontanato la donna e non aveva cessato la vita in comune con quest'ultima. In secondo luogo, la donna, disposta a violare sia i precetti sia le tre ammonizioni derivanti dal suo comportamento peccaminoso, a seconda della colpa, doveva essere punita, anche d'ufficio, e cacciata dalla città-diocesi, ad opera degli ordinari su ausilio del braccio secolare.

Questa annotazione consente di rilevare un mutamento di orbita relativo alla figura della concubina: da "quasi moglie" a donna probosa, in quanto punita con la medesima pena prevista per la prostituzione. In effetti tal equiparazione è portatrice di un odio implicito, odio derivante dal fatto che la parte femminile, considerata la fonte da cui sorgeva un'unione di fatto, contrastava con l'obiettivo riformista dei padri tridentini, volto a santificare la sola unione matrimoniale.

⁴¹⁴ In materia di unioni di fatto tra persone dello stesso sesso, preme evidenziare che la pederastia, come l'adulterio, pur facendo parte delle esperienze sessuali proibite non venne attribuita alla competenza degli inquisitori, tanto che gli venne sottratto quel lato eretico che solamente Paolo IV gli aveva attribuito. In sintesi i rapporti omosessuali, vennero marchiati-considerati come un eccesso o meglio come una debolezza carnale.

cattolica. Il 17 giugno si presentò, e dopo due giorni di carcerazione venne rilasciato in quanto assolto dalla scomunica⁴¹⁵.

Dinnanzi a quest'opera di disciplina, posta non solo dalla Chiesa ma anche dagli ordinamenti secolari, si registrarono una serie di comportamenti ribelli, posti in essere dalla Rota Romana e da alcuni movimenti sociali. I giudici appartenenti al suddetto tribunale per riconoscere la paternità dei figli nati da unioni di fatto, oltre a valutare la condotta sessuale della madre, ricercavano una serie di elementi (la consapevolezza del vicinato, la fama pubblica, la nascita generata nella casa coabitativa). Il popolo non si inchinò così facilmente ai decreti tridentini, nonostante l'indottrinamento morale delle autorità ecclesiastiche⁴¹⁶. In sintesi, è opportuno evidenziare come la forte repressione attuata nel periodo successivo al Concilio di Trento, pur avendo attribuito nuovi tratti all'istituto matrimoniale, non aveva ottenuto l'esito desiderato. In effetti, le unioni in assenza di matrimonio furono preferite rispetto a quest'ultimo da tutta quella fetta di società di status popolare⁴¹⁷. Annotazione quest'ultima che vuole illustrare come i rapporti di fatto, pur essendo oggetto di sanzioni e di persecuzioni⁴¹⁸, sono difficilmente estirpabili in quanto portatori di etiche e di abitudini che costituiscono alcune fattispecie consuetudinarie del mondo familiare. Sussiste quindi una sorta di continuità con il mondo Romano, non solo da un punto di vista matrimoniale e familiare ma anche con

⁴¹⁵ Cfr. G. R. VILLATA, *Dall'amore coniugale "proibito" all'infedeltà. L'adulterio nelle summae confessorum italiane (XIV-XVI secolo)*, in *Riviste UNIMI*, n.1 (2015), p.39.; cfr. S. LUPERINI, *Il gioco dello scandalo*, cit., p. 398.; per un'analisi approfondita circa la caccia alle unioni *more uxorio* si veda G. ROMEO, *Amori proibiti*, cit., p. 112 ss.

⁴¹⁶ In entrambi i contesti, giurisprudenziale e sociale, si ebbe una forte reazione. Nel primo caso la Rota Romana, accogliendo varie istanze riguardanti la paternità dei figli, cercò di assimilare le unioni di fatto al matrimonio. Nel secondo caso, ci fu un'ampia gamma di popolazione, comprensiva anche di ecclesiastici, che fino al Seicento e Settecento inoltrato, rifiutava di far rientrare nelle proprie abitudini e nelle proprie coscienze l'obiettivo tridentino.

Cfr. A. S. CORDANI, *L'accertamento della paternità tra dottrina e prassi all'indomani del Concilio di Trento: uno sguardo alle "decisiones" della Rota Romana*, Milano, 2003, p. 1968 ss.; sulle zone italiane considerate nemiche dei dettami dei decreti tridentini si veda A. MARONGIU, *Unioni e convivenze more uxorio in Sardegna prima e dopo il Concilio di Trento*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LII (1979), pg. 5-17.

⁴¹⁷ Una forte resistenza sia alla repressione sia alla morale cattolica la si può intravedere sia nella deposizione rilasciata dal chierico Marino Russo (Napoli 30 Aprile 1639) sia in quella di Costanza Manzo (Napoli 2 Maggio 1639). L'elemento comune di entrambe è rappresentato dal comportamento di Catarina: donna soggetta alla scomunica a causa di concubinato con Giovanni Battista de Leone. Tal figura femminile, vedendosi affiggere da Marino Russo, sulla porta della taverna, il cedolone, comunicante tal grave peccato, uscì di corsa dalla taverna e lo ridusse in mille pezzi.

Su tali vicende cfr. G. ROMEO, *Amori proibiti*, cit., pg. 242-243.

⁴¹⁸ Nonostante varie coppie di fatto riuscirono a mimetizzarsi e a sottrarsi dalle pene stabilite, tra il 1560 e il 1660, il tribunale ecclesiastico della città di Pisa aveva celebrato ben centocinquanta processi. Vittime erano tutte quelle coppie che per una serie di motivi (sentimentali, economici, reputazione peccaminosa) scelsero di vivere un rapporto alternativo al matrimonio. Sul tal punto cfr. S. LUPERINI, *Il gioco dello Scandalo*, cit., p. 386 ss.

riguardo ad un'etica/morale che nel corso dei secoli ha cercato e cercherà di influire nelle menti e nelle coscienze delle persone.

Che la cultura mediavele abbia assorbito il paradigma matrimoniale romano, contenuto sia nella celebre definizione di Modestino:” *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” sia, con riguardo ai requisiti (consenso), in Ulpiano: “*consensus facit nuptiae*”, è argomento oramai assodato⁴¹⁹. Il carattere di continuità, è collocato all'interno di quella componente che ha rivestito e che rivestirà il ruolo di acerrimo nemico del matrimonio, ovvero il concubinato e le sue figure. Si tratta di istituti che seppur tollerati e praticati in entrambi i contesti, saranno poi soggetti a forti repressioni, spinte non solo da politiche moralizzatrici provenienti dalla religione cristiana e dalle legislazioni, ma anche da cambi repentini collocati all'interno della società plebea. La tematica della famiglia sorta da matrimonio legittimo (matrimonio che solamente grazie ai padri conciliatori verrà visto come sacramento), rappresenta e rappresenterà un contenitore di fenomeni (concubinato tra persone di genere diverso e tra persone dello stesso sesso, poliamore) che in base al periodo storico in cui si trovano assumeranno definizioni ed etichette diverse, in quanto soggetti a notevoli e dinamici cambiamenti di un unico filo conduttore:” la morale sociale e di coppia ”.

3. La Famiglia di fatto: analisi della nascita e della sua ricostruzione.

Il passaggio da una famiglia connotata dai tratti autoritari ad una libera istituzione fu frutto del legislatore rivoluzionario francese, il quale attraverso alcune disposizioni normative, non solo pose una netta distinzione tra il sacramento e il matrimonio inteso come contratto, ma sancì l'uguaglianza tra il figlio legittimo e il figlio naturale, conferendo a quest'ultimo

⁴¹⁹ Circa la definizione di matrimonio offerta da Modestino v. *supra* p. 27 e nt.74, p. 55 e nt. 162 e p. 132 e nt. 348. Circa il requisiti v. *supra* p. 46 ss.

medesimi diritti sia in ambito successorio sia con riguardo alla comunione e all'amministrazione del patrimonio familiare⁴²⁰.

Sebbene l'opera rivoluzionaria abbia inciso notevolmente sul diritto di famiglia, portando nell'ambiente un'ebrezza egualitaria e non tirannica, la situazione venne ribaltata proprio con l'avvento di Napoleone, ed in particolare con la compilazione del *Code Civil* del 1804. Non a caso, in perfetta armonia con l'intento napoleonico volto a ripristinare i connotati autoritari e gerarchici della cara *familia* romana, i compilatori del nuovo Codice Civile francese tratteggiarono una legislazione familiare incentrata su quell'antica immagine dispotica del *pater familia*. In particolare, si rianima la forza della *patria potestas*, il cui tratto illimitato lo si osserva sia con riguardo ai fanciulli sia in relazione alla figura femminile. Se per i primi, il potere in questione può essere tradotto ricorrendo agli aggettivi "correttivo", "educativo" e "repressivo", un discorso analogico deve essere posto in relazione all'immagine della donna, parificata ad un "invertebrato". Quest'ultima, catalogata come un essere privo di forza intellettuale e fisica, doveva essere affidata o meglio sottoposta ad una figura maschile (il genitore e poi il marito) rientrante nel ruolo del tutore. In questo senso, i compilatori misero sotto i riflettori la devozione alla figura genitoriale e maritale, in relazione sia all'attribuzione dei diritti patrimoniali in capo alla sola figura maschile, sia in materia di adulterio. Rispetto a quest'ultimo, a differenza del marito che era soggetto ad una sanzione amministrativa, la donna sarebbe stata condotta e reclusa in una casa di correzione, per un lasso temporale avente una durata massima di due anni⁴²¹.

Malgrado la distruzione del regime paritario all'interno del contesto familiare, sostenere che la legislazione napoleonica abbia accantonato tutti i precetti posti dalla normativa e dalla morale liberale, è errato. Una sorta di continuità si può intravedere sia con riguardo alla natura

⁴²⁰ In effetti il tratto civilistico, venne attribuito all'istituto matrimoniale non solo attraverso la definizione contenuta all'interno dell'art. 7 del testo costituzionale del 1791: "*La loi ne considère le mariage que comme un contract civil*", ma anche mediante una trasposizione di tale principio normativo all'interno del testo legislativo del 1792, regolamentazione nella quale si ricorse all'utilizzo delle seguenti parole: "*La Constitution appelle le mariage "un contrat civil", e "ses bases tiennent uniquement au droit civil et naturel et il faut bien se garder de confondre le contract et le sacrement. Le mariage n'est donc qu'un contrat civil, et, si c'est contrat, c'est la à la puissance seculière d'en régler les formes"*.

Su tali testi legislativi e sulla legge volta a conferire l'uguaglianza tra figli naturali e legittimi cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia* (1796-1952), Bologna, 1974, p. 98 ss.

⁴²¹ Circa la ratio della codificazione napoleonica cfr. P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma - Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, Milano, 2002.; in relazione al ripristino dei tratti autoritari tradotti attribuendo al potere del padre il connotato repressivo, educativo e correttivo cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia* (1796-1952), cit., p. 98 ss.; cfr. C. SCHWARZENBERGER, *Voce Patria Potestà (diritto intermedio)*, in *Encicl. Dir.*, XXII, Milano, 1962, pg. 252 - 253.

matrimoniale sia in rapporto ai figli naturali. In effetti, nel codice napoleonico permane l'idea del matrimonio quale contratto ed istituto giuridico regolamentato dal solo diritto civile. In ambito successorio si trasporta l'equiparazione tra fanciulli e fanciulle legittime e la parificazione tra figli legittimi e naturali. Si conferisce a questi ultimi la possibilità di ottenere un terzo della quota spettante ai primi in tutti quei casi nei quali non potevano essere riconosciuti dal padre, essendo egli legittimo marito di una donna diversa da colei che li aveva generati. Non solo: in materia familiare si riuscì a conservare il connotato della laicità, consentendo alle unioni alternative al matrimonio di poter essere presenti all'interno di un tessuto sociale e non giuridico, troppo incentrato sul ripristino della figura legittima familiare. Quest'ultima nozione è ricavabile da quel concreto disinteresse che Napoleone e i suoi compilatori posero sulle unioni di fatto, le quali seppur prive di riconoscimento, tutele e conseguenze giuridiche, vennero socialmente e giuridicamente accettate in quanto fondate su un scelta legittima e volontaria di convivere senza matrimonio⁴²². Le convivenze di fatto non furono oggetto di particolari intenti repressivi, ma rappresentarono i destinatari di quella perfetta combinazione tra il pensiero liberale e napoleonico.

Con l'avvento degli Stati pre e post-unitari la loro situazione non fu oggetto di particolari stravolgimenti. In effetti, per ciò che concerne il territorio italico, l'attenzione deve essere posta sul Codice Civile Pisanelli del 1865, rappresentante in materia di Diritto di Famiglia la perfetta reincarnazione del codice napoleonico⁴²³. Al di là di alcuni limiti posti al potere correttivo, educativo ed autoritario del pater nei confronti dei figli, in generale, si andò a riconfermare non solo la posizione subordinata della figura femminile e la pena carceraria in

⁴²² Celebre fu la frase che Napoleone pronunciò con riguardo alle unioni di fatto: “*Les concubins se passent de la loi. La loi se désintéresse d'eux*”. Tal affermazione consentì ad alcuni studiosi di catalogare il sentimento d'indifferenza come il fine ultimo di una codificazione, riassunta nell'immagine di un legislatore laico, che non poteva far altro se non osservare con distacco un fenomeno giudicato negativamente nel corso dei secoli antecedenti. In realtà secondo il CAGGIA, il disinteresse napoleonico fu ben conservato dal legislatore francese, poiché esso, andando ad introdurre e a disciplinare, mediante la L. 99 - 944 del 15 Novembre 1999, la disciplina del patto civile di solidarietà, decise di concludere la novella ponendo l'art. 515 del *Code Civil*, il quale all'ottavo comma definisce il concubinato come l'unione tra soggetti che rifiutano anche questa forma di riconoscimento e continuano a radicare la loro unioni nel mero fatto.

Cfr. RODIERE, *La ménage de fait devant la loi française*, in *Travaux de l'Association Henry Capitant* (31 Maggio - 3 Giugno 1957), Paris, 1960, p. 55 ss.; cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, pg. 24-25.; cfr. F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti e Cubeddu, 2011, p. 686 ss.

⁴²³ Circa l'immagine d'indifferenza e di perfetta continuazione posta dal Codice Pisanelli del 1865, occorre precisare che in realtà a seguito della caduta napoleonica, si diede inizio ad un'epoca nella quale la redazione dei Codici, poneva come punto di partenza il *Code Civil* del 1804. In effetti il codice del 1865 fu frutto di una perfetta combinazione tra la legislazione liberale-napoleonica e il paradigma - sistema del Diritto Romano. Cfr. G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi*, in *Storia del Piemonte*, vol. I, 1969, p. 538 ss.

caso di adulterio⁴²⁴, ma anche quel sentimento di indifferenza e di distacco posto sulle unioni di fatto. La *ratio* della condotta la si estrapola direttamente dall'obiettivo del legislatore post-unitario, finalizzato a trasmettere nelle menti della società tutte quelle regole volte ad attribuire la centralità alla sola famiglia legittima, a discapito di tutti quei fenomeni che potevano causarne la sua distruzione⁴²⁵.

Un intento manipolatore che riuscì ad attribuire il connotato della debolezza alle unioni di fatto e la forza all'istituto matrimoniale, tratti che non rimasero fermi al periodo del Regno d'Italia ma che vennero trasportati non solo nel Codice Civile del 1942, ma anche nella Carta Costituzionale del 1948⁴²⁶. Se nella normativa codicistica, si sancisce, rispettivamente, all'interno dell'ex. art. 269 e nell'art. 536, sia la dichiarazione di paternità sia lo *status* di *heredes* ai figli naturali, fu mediante il nostro ed attuale testo costituzionale che si pose a fondamento della famiglia l'istituto matrimoniale.

Non a caso, nel Titolo II, rubricato: "Rapporti etico-sociali, all'art. 29, I e II comma, si dispone:

"La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'euguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare".

La portata della definizione consentì di offrire un'ottima risonanza, non solo al tratto autoritario incentrato sulla figura del *pater*, ma anche all'istituto matrimoniale, inteso in senso superficiale, quale unico fattore fondante la vera famiglia tradizionale. Non a caso, la nascita della Repubblica e il suo testo democratico, non provocarono un forte mutamento all'interno della disciplina sociale-giuridico familiare. Permase quindi quell'impostazione codicistica, caratterizzata da contrasti sorgenti in relazione all'uguaglianza e alla parità tra coniugi-

⁴²⁴ Su tali previsioni cfr. D. CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in *Il diritto privato nell'età moderna*. Saggi a cura di Rodotà, Bologna, 1971, p. 56 ss.

⁴²⁵ Con riguardo al disinteresse del Codice Pisanelli verso le unioni di fatto cfr. F. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, pg. 20-21.

⁴²⁶ Cfr. A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, pg. 398 - 408.

genitori e figli, mascherati attraverso un espediente: il matrimonio e il correlato pensiero religioso che a distanza di secoli continuerà ad affiancare la tematica qui trattata⁴²⁷.

Ciò che quindi rimase ben saldo nei decenni successivi all'epoca repubblicana, fa leva su quel vincolo di stabilità offerto solamente dall'istituto matrimoniale e non dalle convivenze di fatto, le quali, essendo sorrette da un consenso non formale, potrebbero estinguersi per qualunque fattore o ragione⁴²⁸. Siffatto approccio pregiudiziale deve essere letto in stretta simbiosi con l'obiettivo del legislatore volto a garantire la stabilità della sola convivenza familiare, la cui figura centrale era rappresentata dall'immagine del *pater* e dalla soggezione della rispettiva moglie e dei rispettivi dei figli. Questo modello giuridico, per un forte lasso di tempo, venne accompagnato dall'espressione "naturale", poiché accettato dalla società e condiviso non solo dal costume ma anche dalla morale sociale⁴²⁹.

Tuttavia, in seguito ad un'evoluzione sociale, si determinò una metamorfosi nel modo di osservare i rapporti coniugali e familiari. I suoi effetti si possono osservare sia da un nuovo atteggiamento posto in relazione al fenomeno della convivenza, ma anche con riguardo ad una netta distinzione tra istituzione familiare e funzione. In questo senso, si estesero anche alle convivenze *more uxorio* alcune facoltà: l'adempimento dei doveri di mantenimento e di istruzione dei figli. La connessione tra queste ultime e la funzione (non istituzionalizzata) di arricchimento della personalità all'interno del contesto familiare, consentirono alle unioni di fatto di esercitare le medesime finalità previste (dall'art.30 della Costituzione) per la famiglia legittima⁴³⁰. In questa prospettiva devono essere indicate le tutele poste nei confronti dei figli naturali, le quali hanno trovato un pieno riconoscimento nella riforma del diritto di famiglia (1975). In conclusione, si può affermare che a partire dagli anni settanta, si cominciarono a

⁴²⁷ Circa i contrasti tra le norme codicistiche e le disposizioni del testo costituzionale e le rispettive decisioni della Corte Costituzionale cfr. D. GIUDICE, *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nel matrimonio unita familiare*, in *JUS*, 1950, p. 300.; Circa l'influenza del pensiero e del matrimonio cattolico cfr. M. PARADISO, *La comunità familiare*, Catania, 1984, p. 24.

⁴²⁸ In tal senso sussistono alcune pronunce della Corte Costituzionale. Su tal punto cfr. C. Cost., Sent. n. 237/1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353., ed in particolare cfr. C. Cost., Sent. n. 310/1989, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446, in quanto in essa i giudici della Corte, pur sancendo la presenza dell'art. 29 e del suo rispettivo conferimento di una sorta di dignità a tutti quei rapporti diversi dal matrimonio, attribuirono a quest'ultimo un ampio valore, poiché è proprio in relazione agli effetti e alle sue conseguenze giuridiche che la famiglia legittima acquisisce una marcia in più, sintetizzata nei termini stabilità e certezza, rispetto ai legami di fatto.

⁴²⁹ Cfr. A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914.

⁴³⁰ Cfr. L. 898/1970 il cui obiettivo fu quello di valorizzare l'esperienza di vita nella *familia*. In tal senso cfr. Cass., n. 556/1977, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 833.

gettare le fondamenta per quel modello familiare, diverso da quello di matrice codicistica, in quanto fondato sulla parità dei coniugi e sul vincolo, non formale, dell'affettività.

4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'affermazione giuridica della famiglia di fatto.

L'affermazione e la rilevanza giuridica della famiglia di fatto fu il prodotto di una serie di interventi posti dalla Corte Costituzionale. In effetti, in diverse occasioni, la Consulta ha posto lo sguardo sulle convivenze *more uxorio* al fine di attribuirle una rilevanza giuridica oppure di estenderle alcune norme sancite per la famiglia tradizionale.

Un mutamento relativo alla rilevanza giuridica di questi rapporti lo si può intravedere all'interno della decisione n.237 del 1986. In essa, la Corte rigetta una questione di illegittimità costituzionale degli artt. 384, I co., e 307, IV co., c.p., per violazione dell'art. 29 Cost., facendo leva sulla mancata inclusione del convivente di fatto tra i prossimi congiunti. Il ragionamento sotteso all'infondatezza rappresenta un perfetto bilanciamento che i giudici del Palazzo fecero con riguardo sia all'oggetto della disposizione costituzionale (la famiglia legittima) sia in relazione alla famiglia di fatto e alla rispettiva rilevanza giuridica. Non a caso, la Corte, pur riconoscendo la tutela che l'art. 29 Cost., pone alla famiglia tradizionale, arriva ad affermare la rilevanza giuridica della famiglia di fatto, ponendola in relazione all'art. 2. Cost., e quindi catalogandola come formazione sociale volta ad uno sviluppo della personalità dell'essere umano⁴³¹.

⁴³¹ La Corte Costituzionale nella sentenza n. 237 del 18.11.1986 (in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353.) dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 384, I° co., e 307, IV° co., c.p., nella parte in cui non prevedono l'estensione dell'operatività, sancita dal I co., dell'art. 384 c.p., al convivente *more uxorio*, in relazione all'art. 29 Cost. Con riguardo a quest'ultima disposizione costituzionale i giudici della Consulta pronunciano le seguenti parole: "L'art. 29, come ben palesato dall'Assemblea Costituente, riguarda la famiglia fondata sul matrimonio, cosicché risulta estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte, ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, diverso al modello che si radica nel rapporto coniugale". Tuttavia in un passo successivo, i medesimi si pronunciano nel seguente senso: "In effetti un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare, anche a sommaria indagine, costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art.2. Cost). Per le basi di fondata affezione e per gli interessi (susceptibili di tutela) che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, difatti interessi appaiono meritevoli, nel tessuto delle realtà sociali ed odierne, di compiuta obiettiva valutazione".

La pronuncia è portatrice di una radicale evoluzione del pensiero della giurisprudenza costituzionale, poiché negli anni precedenti essa osservava ed inseriva i legami *more uxorio* nei rapporti di fatto privi del connotato di stabilità, di tutti quei diritti e doveri sorgenti dall'unione matrimoniale e caratterizzanti la sola famiglia legittima⁴³².

In realtà, già nel 1977, i giudici della Suprema Corte di Cassazione, sulla base dell'art.2 Cost., tratteggiarono il nucleo fondante la convivenza *more uxorio*, come una formazione sociale il cui fine, analogo a quello della famiglia, era la crescita della persona che ne faceva parte. Le conclusioni dei giudici di legittimità anticiparono di qualche anno i presupposti della suddetta pronuncia costituzionale, poiché gettanti le proprie radici sugli effetti derivanti dalle fondamenta dei rapporti di convivenza (l'affettività e gli aspetti di solidarietà) che altro non sono se non tutti quegli interessi (educazione, mantenimento, crescita) meritevoli di concrete e obiettive valutazioni⁴³³. In proposito, è opportuno sostenere che la rilevanza giuridica non deve essere ricercata all'interno di una disposizione (l'art. 29 Cost.) non adattata ad offrire una copertura e un rilievo giuridico a tutti quei rapporti alternativi al matrimonio. Infatti, essa la si estrapola dal contenuto dell'art. 2 Cost., volto a garantire una tutela istantanea a tutte quelle formazioni diffuse nella realtà sociale e finalizzate all'accrescimento della personalità degli individui, tra le quali rientra a pieno titolo la famiglia di fatto⁴³⁴.

Continuando a porre lo sguardo sulle decisioni della Consulta, l'attenzione deve ricadere anche su un'ulteriore pronuncia (n. 404 del 1988) inerente alla problematica relativa alla successione del convivente *more uxorio* nel contratto di locazione nel caso di morte del conduttore. Si sta focalizzando l'attenzione su una decisione volta a dichiarare, per violazione dell'art. 3 Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, della L. n. 392 del 1978 (disciplina della locazione di immobili urbani), nella parte in cui non si prevede la presenza, nel contratto di locazione, del coniuge di fatto nella categoria dei "successibili". In altre parole, i giudici della Corte Costituzionale, evidenziano, nell'art. 6, un regime di successione volto a non privare dell'abitazione un numero esteso di figure soggettive (i parenti senza limiti di grado purché legati da affinità), non rientranti nel nucleo familiare tradizionale, purché conviventi con il conduttore. In questo caso, il tratto irragionevole e contraddittorio viene connesso a

⁴³² Cfr. C. Cost., n. 45/1980

⁴³³ Cfr. Cass., n. 556/1977, n. 556, in *Dir. famiglia*, 1977, p. 514, con nota di Liotta.

⁴³⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Perlingieri, Napoli, 1982, p. 39.

quella disposizione che pur offrendo tutela alla convivenza, allo stesso tempo, esclude, da coloro che nel contratto di locazione rientrano tra i successibili, il soggetto legato *more uxorio* con il conduttore. Di conseguenza si avverte una violazione del diritto fondamentale dell'abitazione, ragione per la quale sussiste una stretta connessione tra l'illegittimità dell'art. 6 e l'estensione al convivente di fatto, della normativa che in materia di successione nel contratto di locazione, tutelava la famiglia legittima⁴³⁵.

Sebbene la Corte, nel 1988 dovette affrontare la tematica sopra trattata, un anno dopo, dovette scontrarsi con una richiesta ben distante dai suoi poteri: l'inserimento nel sistema normativo di una nuova fattispecie di successione legittima. In effetti con la sentenza n. 310 del 1989, la Consulta dichiarò l'inammissibilità della questione di illegittimità costituzionale relativa all'art. 540, II° co., c.c., sollevata nella parte in cui non viene incluso, fra i componenti della famiglia aventi diritto di abitazione sull'alloggio comune, il convivente, non garantendo al medesimo (già escluso dalla cerchia degli eredi) il diritto di abitazione sorgente sulla casa destinata alla residenza di coppia di proprietà del defunto o comune.

In altri termini, la Corte connette l'inammissibilità della questione a lei sottoposta con la *ratio* del diritto di abitazione, incardinata su un particolare presupposto, che in base alla disciplina codicistica, richiede sull'immagine del legatario la qualifica di legittimario, poiché destinatario di una quota di eredità.

In questo modo, il diritto di abitazione, essendo oggetto di una vocazione a titolo particolare connessa all'etichetta di legittimario, potrebbe essere esteso sulla figura del convivente, ponendo su quest'ultimo un'operazione innovativa (l'inserimento tra i legittimari) di competenza esclusiva del legislatore. Di conseguenza in materia di convivenze *more uxorio*, il riferimento all'art. 2 Cost., non sottintende e non garantisce ai conviventi di fatto il reciproco

⁴³⁵ L'illegittimità fu infatti dichiarata attraverso l'utilizzo delle seguenti parole: "È costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., l'art. 6, I° co., l. 27.7.1978, n. 392, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*". Cfr. C. Cost., Sent., n. 404/1988, in *Giur. it.*, 1988, I, I, p. 1627, con nota di Trabucchi.

diritto di successione *mortis causa*, poiché esso non rientra nel novero dei diritti inviolabili di cui all'art. 2⁴³⁶.

In conclusione, l'analisi in questione, seppur breve, evidenzia il fine dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, ovvero l'attribuzione di una rilevanza giuridica accompagnata da un perfezionamento della locuzione: "famiglia di fatto". In effetti la progressiva risonanza che i giudici di Palazzo attribuirono alla convivenza *more uxorio* si sposa perfettamente con una metamorfosi del significato del termine in questione.

Il concetto "famiglia di fatto" non rappresenta una semplice definizione del fenomeno concubinario, poiché contiene un mutamento ideologico e sociale dello stesso. Di conseguenza questa espressione non comporta l'instaurazione di un rapporto finalizzato alla convivenza tra coniugi ma la creazione di una fattispecie familiare connotata da tratti (solidarietà e assistenza morale) che un tempo furono tipici della famiglia tradizionale.

5. La famiglia di fatto: gli aspetti patrimoniali.

La risonanza sociale e giurisprudenziale del fenomeno, per lungo tempo, non fu accompagnata da una disciplina organica di produzione legislativa ma da una serie di

⁴³⁶ Circa il rapporto tra l'inammissibilità e il compito inerente alle facoltà spettanti al ruolo del legislatore, sono espressive le parole che la Corte rilascia con riguardo alle dimenticanze del giudice *a quo*. In effetti, essa si pronuncia nel seguente modo: " Il giudice *a quo* non ha considerato che nel sistema del codice il suddetto diritto di abitazione presuppone nei legatori la qualifica di legittimario al quale la legge riserva una quota di eredità. Ciò comporta che con la prospettazione della questione non si chiede alla Corte semplicemente di inserire il convivente *more uxorio* nella previsione dell'art. 540, II° co., bensì si sollecita l'introduzione nell'ordinamento della legittima di una nuova fattispecie strutturalmente e funzionalmente diversa da quella posta a modello (venendo ad essere attribuito il diritto indipendentemente dalla chiamata all'eredità), a tutela diretta e specifica dell'interesse alla conservazione dell'alloggio (laddove a fondamento della disposizione dell'art. 540, II° co., non c'è il bisogno dell'alloggio, ma vengono in considerazione altri interessi di natura non patrimoniale ricollegati alla qualità di erede del defunto, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali de degli *status* goduti durante il matrimonio). Si chiede, cioè, alla Corte Costituzionale di operare una innovazione nel sistema normativo che esula dai suoi poteri, spettando al legislatore valutare il grado di meritevolezza di tutela dell'interesse all'abitazione nella ipotesi in esame (eventualmente introducendo un diritto personale di godimento temporalmente limitato)". Cfr. C. Cost., Sent., n. 310/1989, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1400.

interventi offerenti una tutela frammentaria e ramificata⁴³⁷. Sebbene essi furono finalizzati ad esprimere una forte attenzione alla famiglia di fatto, in realtà lasciarono aperte alcune questioni legate, principalmente, alla sfera dei rapporti patrimoniali. In effetti, qualunque comunanza di vita o relazione affettiva porta con sé delle ripercussioni connesse alla sfera patrimoniale. In proposito, bisogna cercare di comprendere e di estrapolare sia la natura sia le modalità attraverso le quali i coniugi si scambiano profusioni di denaro destinate alla soddisfazione dei bisogni nascenti dalla vita in comune. Data l'assenza di una forte disciplina omologa a quella prevista per i coniugi, la categoria dei rapporti patrimoniali manifesta innumerevoli problematiche soprattutto nel momento in cui si ha una cessazione del rapporto di convivenza. Non a caso, proprio in questo momento, emergono dei forti contrasti che solamente mediante una ferrea disciplina normativa sarebbero colmati fin da principio. Tale assenza in realtà non costituisce un elemento distruttivo, poiché attraverso un rinvio alla regolamentazione pattizia si cerca di offrire una tutela e un forte validità agli accordi sorgenti da legami di convivenza. Al riguardo, le pronunce giurisprudenziali offrono delle risposte positive finalizzate non solo a riconoscere la validità degli accordi atipici stipulati (ex. art. 1322 c.c) tra le parti, ma anche a differenziare questi contratti da altri accordi personali, in quanto nascenti per finalità diverse⁴³⁸. In altri termini, i contratti stipulati da conviventi *more uxorio* non si fondano sulla volontà o sull'impegno dei coniugi. Essi rappresentano degli strumenti intenti a regolare i soli rapporti patrimoniali - economici in modo tale da evitare e da prevenire, fin da subito, tutti quei problemi che potrebbero insorgere nel corso della convivenza. Si sta trattando di accordi aventi una propria autonomia rispetto all'intenzione e alla volontà posta dai coniugi a fondamento della convivenza, poiché la causa contrattuale non è da ricercare all'interno del *ménage* familiare ma nell'adempimento delle obbligazioni

⁴³⁷ A titolo esemplificativo si ricordano: la l. n. 356/1958 relativa all'assistenza posta a favore dei figli naturali non riconosciuti dal padre deceduto in guerra; l. n. 184/1983 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) volta a riconoscere mediante l'art. 45, sostituito dall'attuale art. 26, l. n. 149/2001, l'adozione alle coppie non coniugate salva la possibilità di ricorrere all'affidamento preadottivo; l'art. 6, IV° co., l. 184/1983, sostituito dall'art. 6, l. n. 149/2001, volto ad indicare la convivenza stabile e antecedente al matrimonio quale requisito idoneo per l'adozione; l'art. 4, d.p.r. n. 223/1989 volto ad attribuire alla famiglia non radicata sull'istituto matrimoniale gli effetti anagrafici purché le persone che la compongono abbiano la dimora abituale nello stesso Comune; art. 317 bis c.c finalizzati ad attribuire la podestà parentale sui figli ai genitori naturali - conviventi; l'art. 342 bis ss. c.c volto ad estendere le forme di tutela contro la violenza in famiglia anche ai soggetti conviventi.

⁴³⁸ Cfr. Trib. Pisa, 20.1.1988, in *Nuovo dir.*, 1988, 561.; cfr. Cass., n. 6381/1993, in *Corriere giur.*, 1993, 947, con nota di V. Carbone.

naturali sorgenti dal rapporto⁴³⁹. Nei medesimi termini si era espressa la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale, riconobbe la validità a tutti quei patti che i conviventi concludono, in modo tale da regolare i rapporti economici ed evitare problemi di conduzione del nucleo familiare. Non solo: in materia, essa ritenne che nessun principio d'ordine pubblico ex art. 1343 c.c., possa opporsi alla stipula di questi accordi, salvo che in essi vengano inserite clausole inerenti ad aspetti di natura personale (doveri di fedeltà e assistenza) in quanto privi della qualità patrimoniale⁴⁴⁰. Attestata la legittimità degli accordi stipulati da conviventi *more uxorio*, l'attenzione deve spostarsi sulla singola specie di rapporti patrimoniali costituenti l'oggetto della regolamentazione pattizia. In merito a ciò, basta semplicemente rilevare il pensiero unanime dottrinario orientato a trasporre nell'oggetto il mantenimento ad opera del convivente posto a favore di colui che nella coppia è più bisognoso. Non a caso si è concordi nel sostenere che in questo schema negoziale rientrano i contratti finalizzati alla contribuzione del fabbisogno comune.

Fino ad ora, l'analisi in questione ha posto l'accento sulla stipulazione di contratti o meglio di accordi di convivenza ex art. 1322 c.c. In realtà, essa deve continuare facendo riferimento a tutte quelle situazioni nelle quali i coniugi non hanno precedentemente deciso come gestire e regolare i propri affari familiari. In questi casi, essi, pur di stabilire e tutelare le rispettive attribuzioni, dovranno far ricorso a strumenti alternativi: l'impresa familiare⁴⁴¹ o le obbligazioni naturali.

Con riguardo a queste ultime, occorre tener presente, che la contribuzione patrimoniale dei conviventi non è stata considerata sempre in maniera analoga, poiché la Suprema Corte ha manifestato un pensiero, che nel corso del tempo fu oggetto di una metamorfosi. In effetti, inizialmente si ebbe un accostamento delle donazioni remuneratorie alle attribuzioni contributive, per poi incanalare nell'ambito delle obbligazioni naturali oppure della liberalità d'uso. Non a caso, la condotta elargiva venne elaborata in modo tale da tratteggiare una figura

⁴³⁹ Cfr. A. SPADAFORA, *Rapporti di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001.

⁴⁴⁰ Cfr. Cass., n. 6381/1993, in *Vita notarile*, 1994.

⁴⁴¹ Circa l'attribuzione mediante l'istituto dell'impresa familiare, preme rilevare la predominanza di un atteggiamento giurisprudenziale accompagnato da un sentimento di chiusura frutto del contenuto di un disposto normativo ovvero dell'art. 230 bis c.c. In effetti, la disposizione, unisce la ratio caratterizzante l'impresa familiare non al sentimento affettivo o al tratto lavorativo, ma alla famiglia legittima rappresentata dai suoi congiunti. Tendenzialmente sussiste un filone giurisprudenziale che estende analogicamente l'art. 230 bis c.c., anche alla famiglia di fatto, consentendo nell'ambito di quest'ultima lo scambio e l'inserimento delle prestazioni lavorative.

inerente e confinante in quel dovere morale di assistenza sorgente su entrambi i coniugi. Si è andati quindi a creare un obbligo di contribuzione, il cui adempimento avrebbe garantito alla prestazione una rilevanza sociale e giuridica, poiché si rese possibile invocare la *solito retentio*. In questo modo, sorse una vera e propria obbligazione naturale, alla quale la giurisprudenza fece ricorso in tutti quei casi nei quali la decisione era strettamente connessa con una restituzione delle somme che il convivente doveva porre all'altro, nel corso del legame⁴⁴². A fondamento di questa configurazione o meglio per la nascita di un'obbligazione naturale venne richiesto un equilibrio proporzionato tra la prestazione e il dovere morale in relazione al quale essa viene eseguita. Tracce di ciò si ricavano nell'orientamento giurisprudenziale maggioritario volto a coniugare l'attribuzione patrimoniale del coniuge all'adempimento di un'obbligazione naturale, solamente quando la prestazione risulta proporzionata sia alle circostanze ma anche ad altri due fattori: l'entità del patrimonio e le condizioni sociali dell'adempiente⁴⁴³. Al di là della portata di tale *excursus* normativo, l'aspetto che bisogna estrapolare da esso, riguarda il passaggio da una concezione identitaria ad una visione connotata dal tratto solidaristico, fissante le proprie radici nella reciprocità intercorrente tra l'obbligazione naturale e il suo rispettivo affidamento, posto dai coniugi a fondamento della stabilità della loro unione. In altri termini, fu proprio grazie all'evoluzione, al mutamento sociale - giuridico sorto in capo al concetto: "famiglia di fatto", che si ebbe una metamorfosi delle modalità attraverso le quali il pensiero giurisprudenziale valuta in concreto il fenomeno delle unioni *more uxorio* in relazione alla sfera patrimoniale.

Tale mutazione genetica offrì alle obbligazioni naturali un fondamento: "il dovere morale di assistenza", somigliante a quello previsto per i coniugi dall'art. 143 del Codice Civile⁴⁴⁴.

⁴⁴² Cfr. L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. Cicu, Messineo e Mengoni*, proseguito da Schlesinger, XLVIII, Milano, 2004, p. 233 ss.

⁴⁴³ Cfr. Cass., n. 3713/2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 530, con nota di Di Gregorio.

⁴⁴⁴ Cfr. F. CAGGIA, *Il regime patrimoniale nella famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, 2008, p. 338 ss.

CAPITOLO IV°

LE UNIONI E LE CONVIVENZE DI FATTO NELLA LEGGE N. 76/2016

Sommario: 1. Il quadro normativo. 2. Il rapporto tra il matrimonio *same-sex* e lo sguardo “giudizioso” delle tre Corti. 3. L’anticamera della L.n. 76/2016. 4. L.n. 76/2016: considerazioni introduttive. 4.1 Parte prima. 4. 2. Parte seconda. 5. Conclusioni.

1. Il quadro normativo.

Nel periodo antecedente l’entrata in vigore della L. n. 76/2016, in Italia, la materia delle unioni o convivenze di fatto tra persone dello stesso sesso, non fu potatrice di una disciplina volta ad offrire, alle medesime, il tratto formale. Questo vuoto disciplinare e normativo ebbe un risvolto non positivo nonché l’assenza di un adeguata tutela, il cui effetto invalidante investì una serie di questioni specialmente legate al fine della comunanza di vita.

Benché si tratti di un aspetto che per lungo tempo fu rimasto ancorato alle convivenze *more uxorio* tra soggetti di sesso diverso, in realtà, la demarcazione tra queste ultime e le unioni *same-sex* è puntualizzata dalla seguente questione: il riconoscimento formale della dignità e del vincolo di solidarietà - affetto. Infatti, mentre l’unione tra persone di genere diverso si assicura (mediante l’istituto matrimoniale) un riconoscimento giuridico-formale, produttivo di effetti su qualunque tipologia di rapporto reciproco, non si può dire lo stesso per i rapporti omosessuali. In effetti questi ultimi non furono, per lungo tempo, destinatari di qualunque riconoscimento volto a formalizzare sia il vincolo di affetto ma anche il loro impegno di solidarietà e di responsabilità.

Codesta precisazione non risulta così distante dal sistema normativo caratterizzato da quella disciplina codicistica che individua nella differenza di genere tra gli sposi il tratto esclusivo per poter accedere al matrimonio. In questo senso, la giurisprudenza di legittimità nega alle

coppie *same-sex* l'accesso all'istituto matrimoniale o il riconoscimento dell'unione contratta in Stati esteri⁴⁴⁵. La conseguenza di ciò: l'insufficiente tutela di diritti fondamentali, la si estrapola richiamando una serie di interventi posti dalla Corte Europea⁴⁴⁶ e dalla nostra Corte Costituzionale⁴⁴⁷, indirizzati a trasmetterci un quadro di principi volto a smascherare i fattori sottostanti alla mancanza di garanzie e di tutele.

Come si vedrà in seguito, l'opera delle supreme magistrature sarà finalizzata a sollecitare il legislatore in modo tale che esso adempia ad un compito di estrema importanza: il riconoscimento di modalità volte a garantire, alle coppie omosessuali, la formalizzazione del vincolo che essi intendono assumere mediante effetti analoghi a quelli offerti dall'istituto matrimoniale.

2. Il rapporto tra il matrimonio *same-sex* e lo sguardo “giudizioso” delle tre Corti.

Attestata la mancanza di qualunque fattispecie di riconoscimento giuridico, l'analisi in questione continua osservando più da vicino quel quadro di principi resuscitato non solo dalla Corte di Strasburgo ma anche dalla nostra Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte di Cassazione. Al riguardo, il punto di partenza è localizzato in quella connessione tra la coppia omosessuale e il concetto di famiglia ancorante le proprie origini nella giurisprudenza internazionale. In effetti, fu proprio grazie ad essa che le coppie istaurate da individui di genere diverso ottennero un primo riconoscimento, ovvero il diritto al rispetto della vita familiare (sancito dal I e II co., art.8 Cedu). In altri termini, queste unioni, secondo i giudici di Strasburgo, sono da considerarsi a tutti gli effetti una forma di famiglia, poiché trattasi di nuclei il cui riconoscimento si pone in perfetta armonia con i principi della Convenzione. Non solo: in tale contesto, essi superarono ogni aspettativa, “ammettendo” (facendo leva sull'art.12 Cedu e ponendolo in relazione all'art. 9 della Carta di Nizza) alle coppie *du même sexe*, la titolarità del diritto al matrimonio.

⁴⁴⁵ Cfr. Cass., 9.2.2015, n. 2400.; cfr. Cass., n. 4184/2012.

⁴⁴⁶ Cfr. M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 451 ss.

⁴⁴⁷ Cfr. v. *infra* p. 176 ss.

La *ratio* di questa interpretazione innovativa è da ricercare all'interno di quel margine di discrezionalità attribuito agli Stati e ricucito sulla figura del legislatore. Di conseguenza, l'individuazione di strumenti (matrimonio o forme analoghe) riconosciuti garanzie e tutele alle unioni di fatto, passa attraverso una scelta discrezionale dell'ambito legislativo, il cui inadempimento comporta una condanna nei confronti degli Stati stessi.

Tracce di ciò si possono osservare nel recente caso Oliari del 2015, rispetto al quale lo Stato Italiano fu condannato (per violazione dell'art.8 Cedu) poiché aveva ommesso di stillare e di adottare una legislazione volta al riconoscimento e alla protezione delle unioni civili tra individui del medesimo genere⁴⁴⁸.

Interessante, in materia di discrezionalità legislativa, risulta il pensiero della giurisprudenza costituzionale esteso nella sentenza n. 138/2010 (decisione prodotta dalla stessa in seguito alla pronuncia d'appello posta in relazione a due ricorsi riuniti: n. 18766/11 e n. 36030/11, presentati da tre coppie di persone dello stesso sesso volte ad impugnare, presso il Tribunale di Trento, il diniego opposto dall'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni).

Al di là dell'inammissibilità posta dai giudici della consulta alla questione a loro sottoposta, per la tematica qui trattata risulta necessario estrapolare il ragionamento incardinato nella decisione.

Innanzitutto, emerge l'esclusione relativa alla sussistenza di un contrasto tra la riserva del matrimonio (attribuita dal sistema codicistico alle convivenze tra soggetti di sesso diverso), e i principi costituzionali, poiché è impensabile che da essi si possa far sorgere in capo al legislatore l'obbligo di far accedere all'istituto matrimoniale le coppie omosessuali.

In altri termini, l'art. 29 (disposizione finalizzata a conferire il prototipo di famiglia tradizionale e non il connotato dell'immutabilità) non rappresenta un limite posto al margine discrezionale del legislatore, il quale pur non essendo vincolato a garantire l'accesso al

⁴⁴⁸ L'aspetto rilevante di questa vicenda riguarda il ragionamento che i giudici di Strasburgo posero a fondamento della propria decisione. Essi ponendo un rinvio alla loro recente giurisprudenza (contenuta nel caso *Schalk and Kopf c. Austria*) oltre a ribadire ed inquadrare l'unione omosessuale nell'ambito delle relazioni stabili bisognose di tutela e riconoscimento alla pari delle convivenze eterosessuali, riconoscono la presenza nella legislazione italiana di strumenti (prettamente patrimoniali) offerenti una minima tutela (contratti di convivenza) ma allo stesso tempo attribuiscono ad essi una scarsa capacità nel tutelare tali figure familiari. Si tratta infatti di strumenti che per via dei presupposti sui quali essi si fondano (si pensi al rapporto tra i gli accordi di convivenza e il rispettivo requisito della coabitazione, non sempre presente nella realtà di coppia) e per le conseguenze di incertezza che essi comportano, vincolano i soggetti a ricorrere alle autorità amministrative e giudiziarie. In altri termini, la Corte ritiene opportuno che la legislazione italiana introduca e riconosca nel proprio ordinamento una fattispecie di unioni registrata o civile, finalizzata a conferire una maggiore tutela. Cfr. Corte EDU, 24.6.2010., *Schalk and Kopf c. Austria.*; cfr. Corte EDU, 21.7.2015, *Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918 con commento di Lenti.

matrimonio, allo stesso tempo deve conferire una tutela alle unioni *du même sexe*, poiché rientranti a piano titolo nelle formazioni sociali di cui all'art.2. Cost. Di conseguenza, esse devono essere destinatarie di una disciplina generale volta a conferire diritti e doveri ai componenti del rapporto, in quanto ad essi spetta il diritto di vivere liberamente una condizione di unione attraverso il lamentato e carente riconoscimento⁴⁴⁹.

Che la sentenza della Corte Costituzionale sia caratterizzata da margini di ambivalenza lo si intuisce dai fattori posti a fondamento della decisione.

Per un verso, impone al legislatore l'obbligo costituzionale di provvedere ad una forma di tutela, includendo le unioni *same-sex* nell'ambito della salvaguardia dell'art. 2 Cost. Per un altro, nonostante il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi, nega la violazione degli artt. 3 e 29 Cost.

Ciò detto è espressivo di un comportamento confusionario dei giudici di Palazzo, poiché l'art.29 Cost., pur non cristallizzando un determinato modello familiare, pone alla base di quest'ultimo l'istituto matrimoniale accessibile solamente da soggetti aventi una differenza di genere⁴⁵⁰. Che la distinzione sessuale rappresenti per il nostro sistema un requisito essenziale non deve destare particolari perplessità. In effetti, la definizione di matrimonio, offerta dai padri costituenti e contenuta nell'art.29 Cost., rispecchia quella codicistica finalizzata ad elargire una nozione nella quale gli attori del rapporto matrimoniale sono tratteggiati sull'immagine dei coniugi aventi un sesso diverso.

Questa concezione può essere superata allontanandosi da una lettura fedele del dettato costituzionale, a favore di una inversione della gerarchia delle fonti in modo tale da leggere il Codice Civile alla luce della Costituzione e non viceversa.

Solamente mediante tal stravolgimento si può raggiungere il seguente effetto: la stretta connessione tra il mutamento della nozione di matrimonio, contenuta nel Codice, e la modifica del presupposto a cui la Carta Costituzionale fa espresso riferimento. Attraverso

⁴⁴⁹ Cfr. C. Cost., Sent., n. 138/2010., in *Fam. dir.*, 2010, 653, con nota di Gattuso e in *Foro it.*, 2010, I, 1367, con note di Dal Canto e Romboli.

⁴⁵⁰ Sul tratto confusionario si sono sviluppate due correnti di pensiero. La prima attribuisce alla sola legge costituzionale il compito di superare definitivamente il paradigma eterosessuale. La seconda invece pone il fine in questione all'interno della capacità della legge ordinaria. Circa la prima corrente cfr. A. RUGGIERI, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost n. 138 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011.; cfr. A. RENDA, *Il matrimonio civile: una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, specie p. 115 ss.; di contro cfr. M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti*, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Ruscello, II° ed., Milano, 2011, p. 793 ss.

questa logica si aprono le porte ad una lettura evolutiva, che affiancata a mutamenti ed a evoluzioni, distrugge il tratto isolante e non funzionale attribuito, per troppo tempo, dall'art. 29 Cost., ad un determinato modello familiare⁴⁵¹.

Ciò che quindi è opportuno abbandonare fa riferimento a quella concezione pubblicistica, volta a considerare illegittima una convivenza omosessuale, in quanto distruttiva ed erosiva di un determinato pilastro nazionale-sociale ovvero la famiglia tradizionale⁴⁵². Sebbene questa prospettiva, in alcuni ambiti, vanti ancora una sorta di considerazione, a livello dottrinale fu ancorata a momenti storici oramai passati. In effetti, la dottrina ha più volte ribadito che nella Carta Costituzionale la famiglia è da intendersi come una formazione sociale o meglio come un luogo destinato a proteggerla, poiché in essa, oltre ad uno sviluppo della personalità, si garantiscono ai suoi componenti tutti quei diritti inviolabili che un tempo furono sacrificati. Ed è proprio in relazione a questa nuova ondata, che deve essere inserita una dimensione privatistica finalizzata ad individuare nel “matrimonio arcobaleno” il motore che da vita al riconoscimento di diritti prima schiacciati, senza però togliere importanza giuridica e sociale al matrimonio e alla connessa famiglia eterosessuale⁴⁵³. Questa nuova visione venne assorbita dai giudici di Strasburgo, in parte dalla nostra Corte Costituzionale e in pieno dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, nell'intervallo temporale tra il 2012 e il 2013, riconobbe al legislatore ordinario piena discrezionalità nella scelta tra il modello matrimoniale o altre articolazioni di riconoscimento⁴⁵⁴. In questo modo deve essere intesa la discrezionalità del legislatore, significante la volontà parlamentare di voler individuare, per le persone omosessuali, le opportune forme di riconoscimento senza vincoli di carattere costituzionale. Si può quindi sostenere che la Suprema Corte si schierò e si allineò a quel modello pluralistico assunto e cassato dai giudici della Consulta e dalla Corte Europea. Non a caso nella giurisprudenza di legittimità si pose a fondamento del “processo di costituzionalizzazione” il riconoscimento di un insieme di diritti e doveri di solidarietà-assistenza, caratterizzanti qualunque rapporto affettivo e finalizzati ad inserire quest'ultimo nella categoria delle

⁴⁵¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, p. 126 ss.

⁴⁵² Cfr. A. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., p. 215 ss.

⁴⁵³ Cfr. V. M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295 ss.

⁴⁵⁴ Cfr. Cass. n. 4184/2012, cit.; cfr. Cass., n. 14329/2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21, con nota di Schuster.; cfr. Cass., n. 2400/2015, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di Ferrando.

formazioni sociali destinate allo sviluppo della personalità degli individui. In altri termini, i giudici della Suprema Corte (alla pari della giurisprudenza costituzionale) allontanarono la violazione del canone antidiscriminatorio, dettato dal prototipo matrimoniale, dalle fondamenta del suddetto procedimento⁴⁵⁵.

3. L'anticamera della L. n. 76/2016

Nel momento precedente all'approvazione e all'entrata in vigore della l. n. 76/2016, alle coppie dello stesso sesso erano estese soltanto quelle norme aventi un fondamento nell'esistenza di rapporti di convivenza. Si sta trattando di disposizioni nelle quali il legislatore uniforma la figura e la posizione del convivente a quella del coniuge in relazione a rapporti con i figli, con i poteri pubblici e con i privati⁴⁵⁶.

Dinnanzi a questa carenza legislativa, la giurisprudenza ha cercato di fornire risposte in relazione a problematiche nascenti nei rapporti intercorsi tra i conviventi e quelli con i terzi. Sintomi di ciò si ricavano dall'atteggiamento posto dalle coppie (il ricorso ai giudici) finalizzato ad ottenere, in particolari situazioni, il diritto ad un uguale trattamento a quello già assicurato alle coppie coniugate⁴⁵⁷. Rispetto a questi eventi la giurisprudenza, in perfetta armonia con i principi del nostro ordinamento, si limitò ad applicare tutte quelle disposizioni generali di diritto comune relative alle obbligazioni e ai contratti. In realtà il "fenomeno del ricorso ai giudici comuni" fu alimentato non solo da conviventi eterosessuali ma anche da coppie *same - sex*. La distinzione tra queste tipologie di rapporti verte sulla questione che porta i conviventi omosessuali ad adire al giudice ovvero: " il riconoscimento della loro unione". Nonostante l'apertura posta sul versante del diritto all'unità familiare, tali rapporti non possono essere risolti in matrimoni oppure, nel caso di nozze celebrate all'estero, non

⁴⁵⁵ Cfr. Cass. n. 2400/2015, *cit.*

⁴⁵⁶ A tal riguardo il catalogo può essere sintetizzato ricorrendo ai seguenti testi normativi: l. n. 302/1990 (disciplina inerente agli interventi a favore delle vittime del terrorismo o della criminalità organizzata), l. n. 179/1992 (disciplina in materia di edilizia residenziale pubblica), l.n. 91/1999 (disciplina della donazione di organi), l. 53/2000 - D.lgs. n.151/2001 (disciplina dei congedi parentali), l. n. 154/2001, artt. 342 bis e 342 ter. c.c. (disciplina relativa alla violenza in ambito domestico), l. n. 209/2005 (codice delle assicurazioni).

⁴⁵⁷ Cfr. Cass., n. 4184/2012, *cit.*

sono destinatari di un riconoscimento⁴⁵⁸. In altri termini, i conviventi dello stesso sesso, a differenza delle coppie di sesso diverso, nella maggior parte dei casi, ricorrono all'autorità giudiziaria per vantare una questione che per lungo tempo ha prodotto un'aberrante ed insufficiente tutela di diritti fondamentali.

Non a caso, infatti, i giudici di Palazzo avevano evidenziato l'esigenza di un intervento repentino e doveroso del legislatore. Non solo: sulla stessa onda si ebba una forte presa di posizione anche della Corte di Strasburgo, la quale non si focalizzò solamente nell'individuazione degli artefici di una carenza normativa (l'accento viene posto sia sul contenuto della tutela ma anche sulle modalità in cui essa viene esercitata), ma ritenne che il Governo italiano abbia travalicato il suo margine di apprezzamento e di conseguenza si sia dimenticato di adempiere alla sua obbligazione positiva, finalizzata a garantire un quadro normativo conferente centralità al riconoscimento delle unioni du *même sexe*⁴⁵⁹.

In specchio riflesso al pensiero delle due supreme magistrature, si attesta la presenza, sul legislatore italiano di un obbligazione positiva volta ad ancorarlo, vincolarlo nell'arduo compito di redazione di una legge, che indipendentemente dal nome ad essa attribuito, dovrà assicurare alle unioni omosessuali (intese, ai sensi dell'art. 8 CEDU, come famiglie) una tutela equivalente a quella matrimoniale. Sussiste quindi una stretta connessione con quel fattore (il matrimonio) che secondo i giudici della Corte Costituzionale deve essere considerato alla stregua di un fondamento in relazione al quale si deve valutare la "ragionevolezza" delle suddette mancanze di tutela⁴⁶⁰.

4. L. n. 76/2016: "considerazioni introduttive".

In seguito alla condanna, subita nel 2015 dal Governo italiano, ad opera della Corte Europea dei diritti dell'uomo⁴⁶¹, il nostro ordinamento riconosce e formalizza le unioni

⁴⁵⁸ Cfr. Cass, n. 2400/2015, *cit.*; cfr. Cass, n. 4184/2012 *cit.*

⁴⁵⁹ Cfr. v. *supra* p. 179ss.

⁴⁶⁰ Cfr. C. Cost., Sent., n. 138/2010, *cit.*

⁴⁶¹ Cfr. Corte EDU, 21.7.2015, *Oliari c. Italia*, *cit.*

omoaffettive, attraverso una disciplina improntata verso l'estensione, alle unioni civili, dei principi matrimoniali (esclusi quelli inerenti ai rapporti con i figli) e contenuta nella l. n. 76/2016.

La L. 20 maggio 2016, n. 76, entrata in vigore il 5 Giugno del 2016, scandisce la prima disciplina in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso, riconoscendo alcuni diritti alle coppie di fatto, omosessuali ed eterosessuali. Trattasi di un provvedimento interveniente al termine di un ampio e conflittuoso dibattito politico - culturale prima ancora che giuridico, si pose in relazione al testo un atteggiamento cauto di regolamentazione della materia. In effetti, il legislatore, pur disciplinando le unioni civili con riguardo ai presupposti matrimoniali, evita di menzionare il matrimonio egualitario. Non solo: in materia di riconoscimento di alcuni diritti (ai conviventi dello stesso sesso o di sessi diversi) scelse di non richiamare la nozione di "famiglia di fatto".

In realtà la l. 76/2016 rappresenta, per il momento, l'ultima tappa del percorso di riconoscimento e di disciplina di tutti quei modelli famigliari etichettati: "alternativi". Non a caso, nelle pagine che seguono, si tenterà di invocare questo connotato ponendo lo sguardo sull'impianto normativo caratterizzante la struttura della legge. In tal senso si procederà analizzando le sue due parti: la prima inerente alle unioni omoaffettive; la seconda riguardante il riconoscimento di effetti giuridici alla convivenza stabile tra soggetti del medesimo sesso o di sesso diverso.

4.1. Parte prima.

La disciplina delle unioni civili relativa alle persone *same-sex* è collocata nella prima parte del testo normativo ed in particolare all'interno dei commi 1-35. Il prospetto programmatico della legge è rilevato dall'art.1, ai sensi del quale: "*la presente legge istituisce*

*l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto*⁴⁶².

Attraverso l'utilizzo di queste espressioni, l'ordinamento offre un riconoscimento giuridico alle coppie du *même sexe* che ne facciano richiesta.

Nel dettare una disciplina di questi rapporti, il legislatore pose il modello matrimoniale al centro della costruzione dell'istituto qui analizzato. In realtà il legista non ha esteso l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali.

Sussiste un'equiparazione tra unione civile e matrimonio in relazione ai rapporti patrimoniali (regime patrimoniale, aspetti successori e mantenimento) e con riguardo ai rapporti con la pubblica amministrazione (assegni famigliari, alloggi).

Trattasi di un'equiparazione realizzata mediante una clausola di equivalenza di cui al comma 20: *“Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola “coniuge”, o “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge”*.

La retorica caratterizzante il disposto normativo è espressiva del ruolo della medesimo. In effetti si tratta di una disposizione rivolta ai giudici e alla Pubblica Amministrazione in modo tale da indirizzarli verso una corretta interpretazione ed applicazione di altre norme.

In altri termini, se si osserva il sistema di rinvii posto dal legislatore, affiora il seguente quadro: le disposizioni codicistiche valenti sono quelle espressamente richiamate, ad

⁴⁶² Il legislatore non offre una nozione di unione civile ma allo stesso tempo attribuisce a quest'ultima, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., l'etichetta di formazione sociale. Questo riferimento oltre a rispecchiare e a trovare fondatezza nell'art. 2 Cost., si sposa perfettamente con la sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale. Circa la struttura e il contenuto della L. n.76/2016 si veda *L. 20 Maggio 2016, n. 76*, Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, www.gazzettaufficiale.it, 5 Giugno 2016.

eccezione di quelle relative ai rapporti tra figli e genitori; le leggi speciali (esclusa la materia dell'adozione) sono estese anche ai rapporti omosessuali⁴⁶³.

Continuando l'analisi della prima parte della legge, l'attenzione ricade sull'impianto normativo il quale, per motivi espositivi, si articola nelle seguenti sezioni: la prima (commi 2-10) relativa alla costituzione dell'unione civile; la seconda (commi 11-21) inerente agli effetti personali e patrimoniali; la terza (commi 22-27) riguardante lo scioglimento dell'unione civile.

Focalizzando lo sguardo sulla costituzione dell'unione civile il comma 2 recita le seguenti parole: *“Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni”*.

Con riguardo alla costituzione, la disciplina ad essa relativa presenta connotati lacunosi, poiché non viene puntualizzato né il contenuto delle dichiarazioni delle parti né il ruolo dell'Ufficiale di Stato Civile. In effetti, diversamente dal matrimonio, non si richiedono le pubblicazioni ed inoltre non si prevede la pronuncia di una specifica formula da parte dell'Ufficiale di Stato Civile, il quale prenderà semplicemente atto della dichiarazioni delle parti⁴⁶⁴. In questo senso, il 3 comma dispone: *“L'Ufficiale dello Stato Civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile”*. Ciò che invece risulta chiaro riguarda sia il ripieno del documento anagrafico (ai sensi del comma 9, esso deve riportare: i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale, l'indicazione della loro residenza e i dati anagrafici e la residenza dei testimoni)

⁴⁶³ La tematica relativa alla filiazione (rapporti tra genitori e figli) rappresenta la deroga più importante posta in relazione alla parificazione tra unione civile e matrimonio. Infatti se i concepiti dall'unione matrimoniale sono figli di entrambi i genitori, non si può sancire lo stesso per coloro che vengono generati dall'unione civile. In tal senso, quest'ultimi saranno figli del solo genitore biologico. Tal situazione fu frutto di un aberrante stracciamento dell'articolo 5 del disegno di legge sulla *“stepchild adoption”* ovvero sulla possibilità di adottare il figlio del partner. In specchio riflesso a quanto appena detto, il comma 20, art. 1 della l. 76/2016 rimanda a quanto è già previsto in materia di adozione. In relazione a quest'ultimo istituto e alla sua rispettiva disciplina (artt. 44, lett.b, l. n. 184/1983) si consente (nell'interesse del minore) ai giudici di poter disporre l'adozione del fanciullo anche al coniuge convivente con il genitore dello stesso al fine di conservare l'unità familiare e la crescita del minore. Fu mediante tal previsione che alcuni Tribunali per i minorenni hanno consentito l'accesso all'adozione anche a coppie omogenitoriali. Testimonianza di ciò la si ricava ponendo lo sguardo su una pronuncia del 2014 del Tribunale di Roma. In essa i giudici, su consenso della madre, hanno disposto l'adozione a titolo particolare di un minore da parte della compagna, stabile convivente della madre. Il presupposto utilizzato dai giudici può essere riassunto nel seguente modo: *“Accertata l'idoneità genitoriale dell'adottante e la rispettiva corrispondenza all'interesse del minore, si esclude che l'orientamento dell'adottante costituisca un ostacolo all'adozione”*. Tal pronuncia venne riconfermata dalla Corte di Cassazione, la quale con la sentenza n. 12962 del 22 Giugno 2016, accoglie la domanda di adozione proposta dalla compagna (convivente stabile) della madre. Cfr. Cass., n. 12962/2016; Cfr. Trib. Min. Roma, 30.7.2014, Trib. Min. Roma, 22.10.2015, in [articolo29.it](#).

⁴⁶⁴ Cfr. G. CASABURI, *Il Sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali*, in [articolo29.it](#), 2015.

sia il fine delle dichiarazioni poste dalle parti stesse. In relazione a queste ultime il comma 10, prevede: *“Mediante dichiarazione all’ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell’unione civile tra persone dello stesso sesso un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all’ufficiale di stato civile”*.

Analoga al matrimonio risulta la disciplina prevista in materia di impedimenti matrimoniali. In effetti, da un combinato disposto dei commi 4, 5 e 6 della legge, si richiama la normativa posta con riguardo agli impedimenti matrimoniali e alle conseguenze derivanti da essi. In particolare si precisa che la presenza di una causa impeditiva, determina la nullità dell’unione, oppure la sua impugnazione (ad opera delle parti, ascendenti, pubblico ministero e da coloro che hanno un interesse legittimo) nei casi in cui l’unione venga celebrata in violazione della causa stessa.

Spostando, invece, la direzione sugli effetti personali e patrimoniali è opportuno evidenziare una stretta similitudine con quelli relativi all’istituto matrimoniale. Al riguardo ci vengono in supporto i commi 11 e 12 del testo normativo. Ai sensi del comma 11: *“Con la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall’unione deriva l’obbligo reciproco all’assistenza morale e materiale ed alla coabitazione”*. A norma del comma 12: *“Le parti concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l’indirizzo concordato”*. Attraverso tali precetti, il legislatore affianca ai rapporti personali e patrimoniali l’uguaglianza morale e giuridica poiché, mediante un richiamo agli artt. 143 e 144 c.c., pone la posizione delle parti (costituenti l’unione civile) sul medesimo livello di quella dei coniugi. In questo modo, l’obbligo di assistenza viene esteso a tutte le esigenze di vita del partner in modo tale da mantenere l’unità familiare attraverso una reciproca individuazione e soddisfazione dei bisogni comuni.

Non solo: in relazione all’indirizzo familiare (tenore di vita, la distribuzione dei compiti e delle contribuzioni) si ricorrerà, per la sua individuazione, ad un negozio giuridico. Sul piano, invece, patrimoniale, oltre a richiamare le norme relative alla famiglia (comunione legale, separazione dei beni, fondo patrimoniale, impresa familiare), è opportuno rilevare che il regime patrimoniale dell’unione si fonda sulla comunione dei beni. In specchio riflesso a quanto ora annunciato, il comma 13 della legge, prevede: *“Il regime patrimoniale dell’unione*

civile, in mancanza di diversa convenzione matrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli artt. 162, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile". In altri termini, il legislatore, per un verso, vede nella comunione dei beni il fondamento del regime patrimoniale; per l'altro, consente alle parti di pattuire diversamente, mediante il ricorso ad una convenzione matrimoniale soggetta alle stesse regole formali operanti per le convenzioni matrimoniali tra coniugi.

Spostandosi poi sullo scioglimento dell'unione civile, occorre tener presente che il regime in questione fu oggetto di una radicale riformulazione. Infatti, rispetto al testo contenuto nel disegno di legge Cirinnà, viene escluso il rinvio al Capo V del Titolo VI del Libro primo del codice civile relativo alla materia dello scioglimento matrimoniale e della separazione tra coniugi. Di conseguenza, l'attuale disciplina consente di accedere direttamente al divorzio non prevedendo, per i conviventi, l'antecedente periodo di separazione (da sei mesi ad un anno) vincolante, quindi, i soli coniugi. Per ciò che concerne le cause, l'attenzione ricade sui commi 22 e 23, in quanto contenenti due fattispecie di divorzio: nella prima rientrano la morte e la dichiarazione di morte presunta delle parti; nella seconda le pronunce penali oppure il divorzio avuto all'estero⁴⁶⁵. In realtà, affianco a questi motivi, il legislatore all'interno del comma 24, aggiunge un'ulteriore causa di divorzio: "la manifestazione di volontà, anche separata, posta dinanzi all'ufficiale di stato civile"⁴⁶⁶. Trascorsi tre mesi da questa manifestazione, avrà inizio la procedura di divorzio in relazione alla quale non si è previsto uno specifico rito, poiché il comma 25 rimanda sia alle disposizioni procedurali di cui agli

⁴⁶⁵ Ai sensi del comma 22, si preve: "La morte o la dichiarazione di morte presunta di una delle parti dell'unione civile ne determina lo scioglimento". A norma del comma 24, si dispone: "L'unione civile si scioglie altresì nei casi previsti dall'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e), della legge 1° dicembre 1970, n. 898".

Cfr. L. 20 Maggio 2016, n. 76, Gazzetta ufficiale, cit.

⁴⁶⁶ Ai sensi del comma 24, viene stabilito: "L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tal caso, la domanda di scioglimento dell'Unione Civile è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione".

Cfr. L. 20 Maggio 2016, n. 76, Gazzetta ufficiale cit.

artt. 4 e 5 della l. n. 898/1970, ma anche ai procedimenti semplificati (la negoziazione assistita) di cui agli artt. 6 e 12 del D.L. n. 132/2014, convertito in L. n. 162/2014⁴⁶⁷.

A conclusione di questa parte, bisogna riferirsi ai commi 26 e 27 volti a disciplinare gli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso. Ai sensi del comma 26, si prevede: “*La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*”. A norma del comma 27, si dispone: “*Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*”. In altri termini, si garantisce la conversione del matrimonio in unione civile in seguito alla rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, solamente nei casi in cui essi non vogliano divorziare. Emerge, quindi, dal testo, una forte influenza giurisprudenziale poiché il legislatore, a distanza di due anni dalla sent. n. 170/2014 della Corte Costituzionale, pose fine ad una situazione rispetto alla quale si avevano risposte solamente ad opera della Corte di Cassazione⁴⁶⁸.

4.2. Parte seconda.

La parte seconda della legge (commi 36-67) è rivolta al riconoscimento di diritti ai conviventi di fatto indipendentemente dal loro orientamento sessuale (eterosessuale o omosessuale). In questo impianto normativo, il legislatore predispose, alle parti, un sistema di tutele operanti nelle relazioni con i terzi oppure in materia di scioglimento delle unioni.

⁴⁶⁷ Il comma 25, dispone: “*Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4 e 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinques e 12-sexies della legge 1° Dicembre 1070, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro IV del codice di procedura civile ed gli articoli 6 e 12 del decreto legge 12 Settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 Novembre 2014, n. 162*”.

Cfr. L. 20 Maggio 2016, n. 76, Gazzetta ufficiale cit.

⁴⁶⁸ A tal riguardo occorre considerare che la tematica relativa alla differenziazione tra i sessi fu oggetto di una pronuncia posta dai giudici della Corte Costituzionale. Nella sent. 11.6.2014, n. 170, dichiarano illegittimo il divorzio posto in seguito al mutamento di sesso di uno dei due coniugi nel momento in cui la legge non prevede che gli stessi possano convertire l'unione matrimoniale in un'altra forma di rapporto riconosciuta dall'ordinamento. Successivamente la Corte di Cassazione, pronunciandosi sul medesimo caso, pone a fondamento dell'inammissibilità della conversione dell'unione matrimoniale, il contrasto di essa con la costituzione. Tuttavia si deve tener presente che la pronuncia dei giudici di legittimità fu frutto di un'assenza e continua mancanza dell'apparato legislativo.

Cfr. C. Cost., Sent. n. 170/2014, in *Foro it.*, 2014, I, 2685, con nota di S.Patti.; cfr. Cass., n. 8097/2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 780, con nota di Azzalini.

La disposizione di apertura è rappresentata dal comma 36, il quale deve essere letto in combinato disposto con il comma successivo. A norma della prima disposizione, si prevede: “*Ai fini delle disposizioni di cui ai commi 37 e 67 si intendono per “conviventi di fatto” due persone maggiorenni unite stabilmente da legami, affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile*”. Ai sensi del comma 37, si stabilisce: “*Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l’accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all’articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell’articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223*”.

Tali disposizioni consentono di estrapolare due fattori chiave per l’analisi in questione, ovvero l’elemento costitutivo della convivenza di fatto: “la stabile convivenza”, e il suo rispettivo strumento di accertamento: “la verifica anagrafica”, attestante l’instaurazione del rapporto.

Benché il contenuto del comma 36 non lascia sorgere alcun tipo di dubbio, non si può dire lo stesso con riguardo al successivo comma. Infatti, in assenza di una nozione legislativa, il significato del termine: “convivenza stabile” risulta incerto. In realtà, osservando il fattore distintivo (l’intenzione di vivere come una famiglia) tra i rapporti occasionali e la stabile convivenza, traspare il destinatario del suddetto precetto ovvero: “la famiglia di fatto”. Questo riferimento non risulta sforzato, poiché trattasi di un concetto indicante tutti quei rapporti (intercorsi tra soggetti) caratterizzati dalla stabilità, dalla mancata formalizzazione e da una serie di doveri volti alla realizzazione del progetto di vita comune. In questo senso, si determina la nascita di un’unione che pone a fondamento della comunanza di vita il presupposto dell’assistenza e della protezione reciproca, finalizzato ad attuare quel dovere caratterizzante qualunque fattispecie familiare che altro non è che: “la solidarietà”.

Di conseguenza, nella categoria della famiglia di fatto rientrano solamente tutte quelle unioni aventi due requisiti specifici. Il primo riguarda l’*affectio coniugalis* (la volontà di instaurare un rapporto sulla base di quelli coniugali). Il secondo, invece, è posto in relazione alla stabilità, intesa nel significato di mancata violazione del vincolo. Non a caso, infatti, l’unione dei requisiti allontana tutti quei legami episodici.

Continuando l’analisi della parte seconda, le disposizioni successive (comma 38, 39, 40, 41 e 48) dettano una disciplina inerente ai rapporti rientranti nella sfera personale. Andando con

ordine, l'indirizzo deve proseguire sul comma 38, ai sensi del quali si prevede: *“i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario”*. Segue poi il comma 39, nel quale si dispone: *“in caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza, nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere di assistenza pubbliche, private o convenzionate previste per i coniugi o familiari”*. Attraverso il comma 40 e 41, invece, il legislatore interviene sulla tematica relativa alle direttive anticipate di trattamento terapeutico, sancendo (per la designazione in esso prevista) la forma scritta e autografa, oppure, nel caso di incapacità, la presenza di un testimone⁴⁶⁹. Per concludere la sfera personale, risulta opportuno il riferimento al comma 48, ai sensi del quale: *“Il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, qualora l'altra parte sia stata dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi dell'art. 404. c.c.”*.

Indirizzandosi verso la sfera dei rapporti patrimoniali, l'esame pone l'accento sia sui contratti di convivenza sia sullo scioglimento delle unioni di fatto.

Per quanto riguarda i primi, ci viene immediatamente incontro il comma 50 della legge, ai sensi del quale: *“I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza”*. In relazione agli aspetti formali interviene il comma 51, poiché trattasi di una disposizione attraverso la quale il legislatore ha disposto quanto segue: *“Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione, sono redatti in forma scritta a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative dell'atto pubblico”*.

La legittimità contrattuale era già presente nel periodo antecedente la l. 76/2016. In effetti, la sua introduzione fu dettata da un perfetto equilibrio tra la liceità della famiglia di fatto e quella relativa all'atto volto a coordinare l'ambito patrimoniale. Di conseguenza, la rilevanza offerta alla famiglia di fatto non può escludere tutti quelli aspetti privatistici del rapporto, in

⁴⁶⁹ Ai sensi del comma 40, si dispone: *“Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie”*.

A norma del comma 41, si stabilisce: *“La designazione di cui al comma 40 è effettuata in forma scritta o autografa, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone”*.
Cfr. L. 20 Maggio 2016, n. 76, Gazzetta ufficiale cit.

quanto i partner si affidano al connotato solidaristico volto a garantire la stabilità e il benessere continuativo del legame. In altri termini, i doveri morali e sociali, segnano l'impianto del negozio giuridico, la cui regolamentazione, posta alla tutela di interessi meritevoli, offre ad entrambe le parti due garanzie, ovvero la certezza dei loro rapporti economici e una tutela nelle ipotesi di scioglimento dell'unione⁴⁷⁰.

Addentrandosi sempre di più in questo dominio, incontriamo il comma 52, ai sensi del quale: “ *Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione a norma del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmettere copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223*”. In altri termini il legislatore pone sui registri anagrafici il compito di pubblicità del negozio giuridico. In questo modo, tali strumenti, se prima venivano utilizzati solamente per il censimento della popolazione, ora, sono visionati da terzi aventi l'onere di svolgere indagini, effettuate (un tempo) presso i registri immobiliari.

Per ciò che concerne il contenuto “minimo dell'atto”, il comma 53, pronuncia quanto segue: “ *Il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può contenere: a) l'indicazione della residenza; b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alle capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile*”. Sempre in relazione al contenuto contrattuale, il comma 56, esclude che il negozio giuridico possa essere soggetto a termini o a condizioni. La disposizione successiva, invece, pone l'accento sul profilo patologico. Infatti il comma 57 puntualizza le singole cause di invalidità. In tal senso, esso si pronuncia nel modo seguente: “ *Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse se concluso: a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza; b) in violazione del comma 36; c) da persona minore di età; d) da persona interdetta giudizialmente; e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile*”.

⁴⁷⁰ Cfr. R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 671 ss.; cfr. R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014.

In altri termini, costituiscono cause di invalidità: un vincolo matrimoniale, quello di un'unione civile e quello relativo alla convivenza; la violazione relativa alla disciplina in materia di stabilità del rapporto; la minore età; l'interdizione giudiziale e la condanna per omicidio consumato o tentato sorta in capo al partner.

La materia della risoluzione contrattuale fonda, invece, la propria disciplina all'interno dei commi 59, 60, 61. Andando con ordine, il comma 59 indica quattro motivi di risoluzione: l'accordo tra le parti, il recesso unilaterale, il matrimonio o l'unione civile tra conviventi o tra un convivente ed altra persona, la morte di uno dei partner.

La disposizione seguente pone l'accento sulle cause volontarie: l'accordo tra le parti e il recesso unilaterale. In tal senso, il comma 60, si esprime con le seguenti parole: “ *La risoluzione del contratto di convivenza per accordo tra le parti o per recesso unilaterale deve essere redatta nelle forme di cui al comma 51. Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile. Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza*”.

Continuando in questa direzione, il comma 61 dispone: “ *Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione*”. In rapporto a quest'ultima disposizione occorre evidenziare che essa assume i tratti di un'ipotesi il cui contenuto appare necessario per la legittimità del recesso unilaterale, poiché la ratio della rispettiva prescrizione si intravede nella tutela del diritto dell'abitazione.

Focalizzando, infine, l'analisi sulla cessazione della convivenza di fatto, il comma 65 conferisce ai giudici il compito di disporre il diritto del convivente ad ottenere, dal suo partner, gli alimenti, soltanto in quelle situazioni in cui egli versa in uno stato di bisogno. Infatti, la disposizione in questione si pronuncia nel modo seguente: “ *In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro*

convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle". La retorica ivi utilizzata è espressiva di una volontà finalizzata alla tutela patrimoniale dell'individuo meno abbiente. In effetti il suo diritto agli alimenti verrà determinato in maniera proporzionale alla durata della convivenza e alla capacità economica di colui vincolato alla somministrazione (art. 438, secondo comma, codice civile). In altri termini, questo breve esame, si conclude sostenendo che anche nel diritto o meglio nella disciplina degli alimenti si può intravedere il caposaldo della convivenza nonché: “ il dovere di solidarietà”.

5. Conclusioni.

La famiglia tradizionale italiana, intesa come un'unità di affetti ordinata gerarchicamente per età e per sesso, fu frutto di un'importante trasmissione di quella morale della Roma di età imperiale.

Negli ultimi secoli della società romana si ebbe una radicale metamorfosi dei costumi, poiché questi ultimi si trovarono in contrasto non solo con l'antica etica pagana ma anche con il pensiero cristiano. La religione di stato offrì uno sguardo innovativo sulla sfera sessuale mediante l'introduzione del principio della naturalità dei soli rapporti eterosessuali. Vennero quindi considerate legittime e naturali le sole unioni matrimoniali finalizzate alla filiazione. Questo inquadramento non determinò il tramonto delle unioni di fatto le quali, nel corso dei secoli, per ragioni diverse (convenienza, impedimenti matrimoniali) continuarono ad essere connotate da una forza titanica volta a facilitarne sia la diffusione sia l'erosione del pilastro matrimoniale. Non a caso, infatti, verso gli anni 70 del XX secolo si assiste ad un forte allentamento dei vincoli dettati da regole morali consuetudinarie a favore di un sentimento di libertà che consentì l'evoluzione del concubinato verso quel concetto di “famiglia di fatto”.

Inverosimilmente, gli interventi prescrittivi (si pensi alla L.n.151/1975) in perfetta simbiosi con i mutamenti sociali, offrirono, con molta cautela, strumenti volti a riconoscere modelli di convivenza alternativi all'istituto matrimoniale. In realtà, l'intento legislativo fu caratterizzato da un atteggiamento troppo dormiente rispetto all'evoluzione del fenomeno di cui si sta trattando. In effetti, solamente dopo molteplici sollecitazioni poste sia dalla Corte europea sia dalla nostra Corte Costituzionale, il legislatore, a distanza di quattro anni dalla L.n. 219/2012 (provvedimento con cui si sancì il principio di unità di stato della filiazione) riuscì a partorire un'ulteriore disciplina contestualizzata all'interno della L.n. 76/2016.

Sebbene quest'ultima fu connotata da uno spirito innovativo, dirottato verso una combinazione perfetta tra la regolamentazione e lo smascheramento sia dei conviventi eterosessuali sia di quelli omosessuali, ciò che permase nella regolamentazione della materia fa leva su quel lato avveduto e consuetudinario della condotta legislativa.

In conclusione, il legista, forse condizionato dal contesto e dal dibattito politico, scelse di proseguire nel suo percorso disciplinare offrendo una normativa che pur fondata sul modello matrimoniale risulta priva di due riferimenti specifici: il matrimonio *same - sex* e la nozione di famiglia di fatto, ovvero di quel concetto il cui nucleo primitivo è da ricercare all'interno della "*societas romana*".

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

CODEX THEODOSIANUS

3.5.4, 17 nt. 50

3.5.11, 17;18 nt. 52

4.6.2, 146

4.6.3, 146; 147 e nt.383

4.6.4, 148 nt.386

9.7.3, 98 nt.264

9.7.6, 101 nt.274

9.42.1, 110 nt. 296

9.10.2, 110 nt. 296

CODEX IUSTINIANUS

1.3.54.56, 20 nt. 55

5.1.5, 19 nt.53;20 nt.56

5.1.5. 2-3, 20 nt.55

5.2.1, 20 nt.55

5.4.1, 13 nt.40

5.27.1, 149 nt.389

5.27.5, 149 nt. 387

5.27.6, 150 nt. 390

5.27.10.3, 152 nt.393

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM

4.2.3, 35 nt.92

4.4.2, 56 nt.164

4.7.1, 35 nt.92

5.2. 1-2, 89 nt.247

5.3, 99 nt. 268

DIGESTA

1.6.4, 2 nt.5

1.32.13, 47 nt.135

10.15.20, 86 nt.241

23.1.1, 11 nt.33

23.1.2, 4 nt.12

23.1.4, 11 nt.31

23.1.4.1, 12 nt.36

23.1.7.1, 12 nt.37;12 nt.39

23.1.14, 13 nt.40

23.1.16, 24	35.1.7.1, 10 nt.29
23.1.18, 12 nt.35	38.10.6.1, 22 nt.63;23 nt.65
23.2.1, 27 nt.74; 55 nt.162; 132 nt.348	39.5.31 pr, 141 nt.373
23.2.5, 47 nt.136	41.3.2, 44 nt.125
23.2.12.3, 23 nt.65	45.1.92.2, 10 nt.29
23.2.16.1, 12 nt.39	47.10.15.15, 85 nt.239
23.2.16.2, 12 nt.38	47.10.15.16-18, 86 nt.240
23.2.24, 49	48.5.14 (13) pr, 58 nt.169
23.2.43 pr-5, 137 nt.361	48.5.14 (13) 1, 58 nt.168
23.2.43.6, 137 nt.361	48.5.14 (13) 2, 58 nt.168
23.2.43.12-13, 137 nt.361	48.5.14 (13) 4, 58 nt.168
23.2.44 pr, 136 nt.360	48.5.14 (13) 8, 52 nt.156
23.3.3, 139 nt.366	48.5.30 [29]9, 92 nt.253
23.5.4, 25 nt.71	48.6.34, 92 nt.253
23.14.4, 23 nt.68	50.16.144, 62 nt.180
24.1.32, 141 nt.372	50.16.195.2, 1 nt.1;3 nt.10
24.1.36.1, 15 nt.47	50.16.195.5, 2 nt.6
24.2.2.2, 16 nt.48	
24.2.2.3, 16 nt.49	FRAGMENTA VATICANA
25.7.1.1, 136 nt.359	104, 59 nt.170
25.7.3.1, 137 nt.363	168, 143 nt. 377
31.29, 142 nt.374	218, 23 nt.64

302, 21 nt.59

GAI INSTITUTIONES

1. 84, 70nt.200; 72 nt.205

1. 91, 70 nt.200

1.108, 31 nt.84;32 nt.85

1. 109, 31 nt.84;32 nt.85

1. 110, 37 nt.100

1. 111, 43 nt.121

1. 112, 38 nt.102; 38 nt.103

1.114, 43 nt.120

1. 115, 35 nt.93

1. 158, 34 nt.91

2. 138, 33 nt.88

2. 139, 33 nt.89

3.83, 35 nt.93

3.93, 4 nt.13

IUSTINIANI INSTITUTIONES

1.9.1, 55 nt.162;

4.18.4, 89 nt.248; 103 nt. 278

LEX ROMANA BURGUNDIONUM

28,2, 17 nt.51

NOVELLAE IUSTINIANI

NOV., LXXIV, caput 1, 154 nt.

NOV., LXXVII, caput 1, 104 nt.282;105 nt.283

NOV., LXXVII, caput 1.1, 104 nt.282;105 nt.283

NOV., LXXVII, caput 1,2, 104 nt.282

NOV., LXXXIX, caput. 2.1, 153 nt. 397

NOV., LXXXIX, caput. 2.3, 153 nt.397

NOV., LXXXIX, caput. 4, 153 nt.398

NOV., LXXXIX, caput.12, 155 nt.402

NOV., LXXXIX, caput.12. 6, 155 nt.402

NOV., LXXXIX, caput. 15, 155 nt.402

NOV., CXLI, 105 nt.284

NOV., CXLI, caput. 1.1, 107 nt.288

PAULI RECEPTAE SENTENTIAE

2.19. 8, 47 nt.137

2. 26. 12-13, 89 nt.247

TITULI EX CORPORE ULPIANI

5.2, 133 nt.351

5.3, 50 nt.143

5.4, 50 nt.144

5.8, 50 nt. 146

9, 38 nt.103

COSTITUZIONE

art. 29, 165

CODICE CIVILE

Artt. 269,536, 165

LEGGI

L. n. 356/1958, 171 nt.437

L.n. 898/1970, 166 nt.430

L.n. 184/1983, 171 nt.437

D.p.r. n.223/1989, 171 nt.437

L.n 76/2016, pg.180-19

FONTI LETTERARIE

AGATHIA

Historiae

5,3, 106 nt.285

BIBLIA

Genesis

13,19 e 18,20, 109 nt.291

18-21-19, 11-26, 109 nt.290

Deuteronomio

29,23, 109 nt.291

CARMINA PRIAPEA

35, 79 nt.225

44, 79 nt.226

CATULLUS

Carmina

15-18, 121 nt.327

16, 116 nt.313

21, 117 nt.314

61. 124-131, 73 nt.208

61. 134-144, 73 nt.208

61. 179, 53 nt.158

61. 184, 53 nt.160

99, 116 nt.311

CICERO

De finibus bonorum et malorum

II.3, 72 nt.205

Orationes

Pro L. Flac

84, 35 nt.93

DIO CASSIUS

Historia Romana

XLVII. 15, 123 nt.331

XLVIII. 54.4, 13 nt.42

LIII. 2, 123 nt.331

LX. 31.1, 97 nt.263

LXXX. 13, 101 nt.272

LXXX. 14, 101 nt.272

DIONYSIUS HARLICARNASSEUS

Antiquitates Romanae

2.25.3, 40 nt.110

4.15.5, 51 nt.149

PAULI EPITOME

97 L, 38 nt.104

124 L, 38 nt.104

248 L, 60 nt.175;134 nt.354

297 L, 52 nt.153

440 L, 7 nt.20

GELLIUS

Noctes Atticae

1,6,2, 88 nt.245

1.6. 4-6, 88 nt.245

1.12.10, 38 nt.103

4.3.1, 60 nt.174

4.3.2, 60 nt.174

4.3.2 [3], 134 nt.354

4.4.1, 8 nt.21

4.4.3, 11 nt.32

10.10, 15 nt.46

18.6.9, 30 nt.81

HERODIANUS

Historia romana

V.2.9 e V.5.34, 101 nt.272

HIERONYMUS

Adversus Iovinianum

1.30, 96 nt.261

Epistulae

21.27, 112 nt.301

HORATIUS

Carmina

I. 4.29-30, 120 nt.324

IV. 10, 120 nt.324

Saturae

I.116-119, 118 nt.318

ISIDORUS HISPALENSIS

Etymologiae sive origines

V.1.1-7, 102 nt.276

IUVENALIS

Satirae

II. 36-48, 84 nt.236

VI. 127-130, 97 nt.263

VI. 135-136, 69 nt.198

VII. 225-235 e 246-264, 78 nt.222

VI. 268-272, 93 nt.255

VII. 314-319, 78 nt.223

LIVIUS

Ab urbe condita

1.3.11, 71 nt.202

1,20, 38 nt.104

1.34.9, 114 nt.305
1.34. 9-10, 114 nt.305
1.41.3, 114 nt.305
1.41.5, 114 nt.305
1.41.6-7, 114 nt.305
1.57. 4-11; 58, 76 nt.215
1.57. 4-11; 59, 76 nt.216
2. 10, 71 nt.202
3.48, 113 nt.304
10.23. 3-10, 59 nt.170
38. 57.5, 6 nt.18
39.45.2, 74 nt.213

LUCRETIUS

De rerum natura

IV, 1052-1055, 118 nt.316

MACROBIUS

Ciceronis somnium scipionis

1.6.70, 52 nt.152.

Saturnalia

7.13.7, 15 nt.46

MARTIALS

Satira

1.90, 78 nt.220
1.90. 9-10, 78 nt.221
11. 20, 125 nt.339
11.43, 93 nt.255

OVIDIUS

Amores

I. 13.40, 6 nt.19
I, 9.1, 125 nt.340
III.5,7, 80 nt.228
III. 27-30-37, 80 nt.229

Ars amatoria

II. 683-684, 118 nt.319
II. 687-688, 119 nt.320
II. 719-728, 119 nt.323

Fasti

I. 337, 38 nt.104

Metamorphoses

III, 316-338, 125 nt.326
IX. 666-797, 77 nt.218
IX. 737-738, 77 nt.218

PLAUTUS

Asinara

35, 86 nt.240

Curculio

37-38, 86 nt.240

Trinummus

442, 22 nt.61
505, 22 nt.62

576, 7 nt.20

1155, 7 nt.20

1157, 4,5

PLATO

Leges

636c, 128 nt.345

838e-839a, 128 nt.345

839b, 128 nt.345

PLINIUS

Epistulae

1.9.2, 14 nt.44

PLUTARCHUS

Vitae parallelae

Brutus

14.3, 51 nt.149

Cator minor

7, 8 nt.22; 114 nt.306

Marcus

II. 3-4, 85 nt.237

Numa

III. 1-2, 54 nt.162

Romulus

22.1, 38 nt.103

Titus

18-19, 74 nt.213

QUINTILIANUS

Institutio oratoria

5.9.4, 101 nt.272

5.10.62, 30 nt.83

SENECA RETHOR

4, praef.10, 72 nt.204

SERVIUS HONORATUS

In Vergilii Aeneida

4.374, 39 nt.105

10.79, 3 nt.12

11. 476, 30 nt.82

11. 476-11,581, 45 nt.126

11. 581, 45 nt.126

In Vergilii Georgica

1.31, 38 nt.103;45 nt.126

SORANUS

Gynnaecia

I, 30-31, 97 nt.262; 127 nt.343

STATIUS

Silvae

3,5,70, 6 nt.19

SVETONIUS

De vita Caesarum

Augustus

XXVI. 2, 51 nt.149

LXIII. 2, 13 nt.42

LXV, 95 nt.259

LXVII, 94 nt.256

LXIX, 95 nt.258

LXIX, 2, 134 nt.355

Caesar

XLIX, 64 nt.181.

LI, 64 nt.182

LII, 65 nt.183;123 nt.333

Claud

II.2, 51 nt.149

XXVI,1, 58 nt.157

XLII, 97 nt.263

Domitianus

VIII. 2, 92 nt.254

XXII, 67 nt.192

Nero

XXVIII, 68 nt.193;98 nt.266

XXIX, 68 nt.194.

TACITUS

Annales

9.2, 100 nt.267

12.25,1, 6 nt.19

12.53, 70 nt.200

12.66.67, 97 nt.263

14.2, 97 nt.263

TERENTIUS

Heautontimorumenos

1060, 5 nt.16

TERTULLIANS

De idololatria

16.2, 14 nt.44

TIBULLUS

Elegiae

1.4, 82 nt.232

1.9, 83 nt.233

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

6.17, 85 nt.237

8.1.8, 72 nt.204

VERGILIUS

Aeneis

VI, 851-853, 71 nt.202;129 nt.347

FONTI EPIGRAFICHE

Inscriptiones

CIL, 6,34675, 52 nt.155

Inscriptiones glandes

CIL XI, 6721,7, 94 nt.257

CIL XI, 6721,9, 94 nt.257

CIL XI, 6721,10, 94 nt.257

FONTI ECCLESIASTICHE

Concilio lateranense

Supernae dispositionis 159 nt.410

Decretum de clandestiniis matrimoniis

Canones super abusus circa sacramentum

matrimonii 159

Decretum Tametsi 159

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

- *Brevi studi di diritto romano. VIII. <<Verbis obligatio e sponsalia in Varrone>>*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 43 (1992), pg.143-167.

ANKUM, H., *La captiva adultera: problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classic*, 1985.

ARANGIO-RUIZ, V., *Corso di Istituzioni di diritto romano II. Parte generale. Diritto di famiglia e di successione*, Napoli, 1923, p.198.

ARCES, P., *Il regime giuridico-sacrale della <<pelex>> tra <<pallakia>> e concubinato*, in *Rivista di Diritto Romano*, XX, 2020 (n.s).

ARU, L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938.

ASTOLFI, R., *Il fidanzamento nella lex Iulia et Papia*, in *Studi in onore di E. Volterra*, 3 Milano 1971, pg.671-676.

- *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989 (2° ed.1992; 3° ed.1994).

- *Varrone, i Comici e il fidanzamento arcaico*, in *Studia et documenta historia et iuris* 55 (1989).

- *La Lex Iulia et Papia*⁴, Padova, 1996.

- *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova, 2002.

- *Studi sul matrimonio nel diritto postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012.

ASTUTI, G., *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi*, in *Storia del Piemonte*, vol.I, Torino, 1969.

BAILEY, D.S., *Homosexuality and the Western Christian tradition*, 1975.

BALESTRA, L., *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. Cicu, Messineo e Mengoni*, proseguito da Schlesinger, XLVIII, Milano, 2004.

BARNI, G.L., *Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, XXII (1949), pg. 131-155.

BARTOCCI, U., *Le species nuptiarum nell'esperienza romano arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma, 1999, pg.130-164.

BASSETTI, R., *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014.

BAUDRY,F., s.v. *Concubinatus*, in *Daremborg-Saglio*, 1,2, Paris, 1887.

BIANCHINI, M., *Caso concreto e <<lex generalis>>. Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano, 1979.

BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano*, voll. III- *La famiglia rapporti patrimoniali di diritto pubblico*, Milano, 1954.

BIONDO,B., “*Farreo coëmptione usu*”, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3 Napoli 1984.

BONFANTE, P., *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, in *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo 1925, p.284 (=Scritti giuridici varii. 4. Studi generali di diritto-di legislazione- di scienze politiche, Roma 1926).

- *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, rist. a cura di G.Bonfante e G. Crifò, Milano,1963.
- *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano 1946, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano,1987.

BONINI, R., *L'ultima legislazione pubblicistica in Giustiniano, 543-565*, in *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana*, Ravenna, 1985.

BOSWELL, J., *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, London, 1980.

BRAMBILLA, E., *Deflorazione, stupro, ratto, concubinato: la transizione dagli sponsali civili al matrimonio sacramentale dopo il Concilio di Trento e sue conseguenze*, in *EAD., Sociabilità e relazioni femminili nell'Europa moderna. Temi e saggi*, a cura di L.ARCANGELI, S. LEVATI, Milano, 2013.

BRIEGER, A., *Cels. D. 31, 29 pr.: Politische Demonstration und Zeugnis richterlicher Unabhängigkeit*, in AA.VV. (V. Duss, N. Linder, K. Kastl, C. Börner, F. Hirt, F. Züsli ed.), *Rechtstransfer in der Geschichte. Legal Transfer in History*, Meidenbauer, München, 2006.

BRINI, G., *Matrimonio e divorzio. Parte Prima: il matrimonio romano*, Bologna, 1975.

BUCKLAND, W.W., *A Text-book of roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 2007.

BURGUIÈRE, P – GOUREVITCH, D., *Soranos d'Ephèse. Maladies des femmes*, I, Paris, 1988, I,20;25;33.

C. Cost. Sent. n. 237/1986, in *Foro.it.*, 1987, I, c.2353.

C. Cost., Sent., n. 310/1989, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1400.

C. Cost., Sent. n. 170/2014, in *Foro it.*, 2014, I, 2685, con nota di S.Patti.

C. Cost., Sent., n. 138/2010., in *Fam. dir.*, 2010, 653, con nota di Gattuso e in *Foro it.*, 2010, I, 1367, con note di Dal Canto e Romboli.

C. Cost., Sent., n. 404/1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1627, con nota di Trabucchi.

C.COST. Sent. n. 310/1989, in Foro.it., 1991, I, c. 446.

CAELIUS AUREL., Tard. Pass., VI, 9, 132-133, in *On Acute Diseases and on Chronic Diseases*, Chicago, 1950.

CAGGIA, F., *Il regime patrimoniale nella famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, 2008.

CAGGIA, F., *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti e Cubeddu, Milano, 2011.

CANNATA, C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano I: le legis actiones*, Torino, 1980.

CANTARELLA, E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, Milano, 1972.

- *La vita delle donne in Storia di Roma. 4. Caratteri e morfologie*, a cura di E. Gabba e A. Schiavone, Torino, 1989.
- *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*. Milano, 2006, pg.129-265
- *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'Antica Roma*, Milano, 2009.
- *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 2015, pg.103-112.
- *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2022.

CAPPELLINI, P., *Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, Milano, 2002.

CARELLI, O., *Coemptio matrimonii causa*, in *Annali dell'Università di Macerata a cura della Facoltà giuridica* 9 (1933).

CARTER, J., , REC. a. H. BENGTSON, *Marcus Antonius*, in *JRS*, 69, München, 1979.

CASABURI, G., *Il Sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali*, in articolo29.it, 2015.

CASELLI, C., *Concubina pro uxore: osservazioni in merito al c.17 del primo Concilio di Toledo*, in *Rivista di storia del diritto italiano, 1900-1999*.

Cass., n. 14329/2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21, con nota di Schuster.

Cass., n. 2400/2015, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di Ferrando.

Cass., n. 3713/2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 530, con nota di Di Gregorio.

Cass., n. 556/1977, in *Giur.it.*, 1977, I,1, c.833.

Cass., n. 556/1977, n. 556, in *Dir. famiglia*, 1977, p. 514, con nota di Liotta.

Cass., n. 6381/1993, in *Corriere giur.*, 1993, 947, con nota di V. Carbone.

Cass., n. 6381/1993, in *Vita notarile*, 1994.

Cass., n. 8097/2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 780, con nota di Azzalini.

CASTELLO, C., *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano, 1940.

CASTELLO, C., *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*, "Utrumque Ius", 4 Roma, 1979, p. 60-273-276.

CELENTANO, M.S., *Licida: la passione degli uomini, l'amore delle donne (Horat., Carm., I,4, 19-20)*, in *Quad. Urb.*, 47, 1984.

CENERINI,F., *La donna romana*, Bologna, 2002.

CERVENCA, G., *Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna 1983.

CHRISTIUS, J., *Historia legis Scatiniae*, Magdeburg, 1727.

CICU, A., *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914.

COLOGNESI,C., *Patria potestas*, in *Enciclopedia del diritto*,XXII,1982, p.282.

Conciliorum oecumenicorum decreta, a cura di J. ALBERIGO etc., Bologna, 1973.

CORDANI, A.S., *L'accertamento della paternità tra dottrina e prassi all'indomani del Concilio di Trento: uno sguardo alle "decisiones" della Rota Romana*, Milano, 2003.

CORRADINI, D., *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in *Il diritto privato nell'età moderna. Saggi a cura di Rodotà*, Bologna, 1971.

Corte EDU, 21.7.2015, *Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918 con commento di Lenti.

COSTA, E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Torino, 1925.

COSTA,E., *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino,1980.

CRISTALDI, S.A., *Unioni non matrimoniali a Roma*, in <<*Le relazioni affettive non matrimoniali*>> (cur. F. Romeo), Torino, 2014.

DALLA, D., <<*Ubi Venus mutatur*>>: *omosessualità e diritto nel mondo romano*", Milano, 1987,pg. 101-183-195

DE BOOR, C., *Theopanis Chronographia*, voll.,2, Leipzig, 1883-1885.

DE GIOVANNI, L., *Dai Severi a Giustiniano. Linee storia giuridica tardoantica*, Napoli, 2004.

DE RUGGIERO, E., s.v. *Confarreatio*, in *Dizionario epigrafico* 2,1 (1900), p.598.

DI MARZO,S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo, 1919, rist. Roma 1972.

DOSI, A., *Eros. L'Amore in Roma antica*, Roma, 2008, pg.13-170.

DUPONT, C., *Les constitutions de Constantin et le droit privé au debut du IV siècle*, Roma, 1968.

DURRY, M, *Sur le mariage romain. Autocritique et mise au point*, in *Revue international des droit de l'antiquité* s. 3°, 3 (1956), p.230.

ESPOSITO, A., *Adulterio, concubinato, bigamia: testimonianze dalla normativa statutaria dello Stato pontificio (secoli XIII-XVI), Trasgressioni*, in *Atti del secondo, terzo, quarto, quinto e sesto seminario della serie: "i processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani*, Bologna, 2004, pg.21-42

F. BROWN, F.,- Driver, R., - Briggs, C.A., *A Hebrew and English Lexicon of the Old Testament*, Oxford, 1952.

FABBRINI, F., s.v. *Usucapione. Diritto romano*, in *Novissimo Digesto Italiano* 20 (1975), p.282.

FADDA,C., *Il diritto delle persone e della famiglia. Corso di diritto romano 1909-1910*, Napoli,1910, p.249- 298-342.

FAYER,C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994.

- *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, Sponsalia matrimonio dote*, II, Roma 2005, pg. 17-634.

- *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, Concubinato divorzio adulterio*, III, Roma, 2005.

FERRINI, C., *Sulle fonti delle <<istituzioni>> di Giustiniano*, in BIDR.13 (1900).

- *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale, Milano 1901, rist.an. Roma 1976.*

FIORI,R., *La struttura del matrimonio romano*, in <<Bullettino dell'istituto di diritto romano>>, Quarta serie VI, 2011, pg.147-205.

GATTUSO, M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti*, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Ruscello, II° ed., Milano, 2011.

GAUDEMMENT,J., *Observations sur la manus*,in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 2° s.2 (1953).

GIUDICE, D., *Eguaglianza morale giuridica dei coniugi nel matrimonio unità familiare*, in *JUS*, 1950.

GIUFFÈ, V., *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1965.

- *Vicende del divieto di <<donatio inter virum et uxorem>>*, in *Atti Acc. Sc. mor. econ. e. pol.* Napoli, 83, 1972.

GONFROY, F., *Un fait de civilisation méconnu: l'homosexualité à Rome*, Poitiers, 1972.

GOTHOFREDUS, D., *Codex Theodosianus cum perpetui commentariis. Editio nova in VI tomo digesta*, top III, Mantue, 1714.

GRODZINSKI, D., *Tortures mortelles et catégories sociales, in du Châtiment dans la cité*, Roma, 1984.

GUALANDI, G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 2, Milano, 1963.

GUARINO, A., *Antonio e cleopatra*, in *Labeo*, 25, 1979.

- *Tagliacarte*, in *Labeo*, 25, 1979.

HANARD, G., *Manus et mariage a l'époque archaïque. Un essai de mise en perspective ethnologique*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 3° s. 36 (1989), p.242.

HIJAMANS.JR., *Musonius Rufus and Greek Diatribe*, Assen, 1963, pg.71-77.

J.F. HARRINGTON, J.F., *Reordering Mariage and Society in Reformation Germany*, Cambridge, 1995, pg. 123-124.

JACQUES, V.F., *Les privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident Romain (161-244)*, Roma, 1948.

JEMOLO, A.C., *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, pg. 398 - 408.

JONES, A.M., *The Prosopography of the later Romain Empire*, II, Cambridge, 1971.

KORNEMANN, E., *Die neve Livius-Epitome aus Oxyrhynchus. Text und Untersuchungen*, Aalen, 1963.

KRAFT, K., , Zu Sueton, Divus Augustus 69,2: *M. Anton und Kleopatra*, in *Hermes*, 95, 1967, p. 469 ss. (=ID., *Gesammelte Aufsätze zur antiken Geschichte und Militärgeschichte*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1973, p. 47 ss).

L. SCHMUGGE, L., *Marriage on trial. Late Medieval German Couples at the Papal Court*, Washington, 2012.

LAMBERTI, F., *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in << *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali. Atti dell'incontro italo-tedesco*. Imperia, 27-28 novembre 2015>> (cur. G. Viarengo), Torino, 2016.

LAURIA, M., *Matrimonio. Dote in diritto romano*, Napoli, 1952.

LE CORSU, F., *Plutarque et le femmes*, Paris, 1981, pg.175-176.

LEICHT, P.S., *Il matrimonio del servo*, in *Scritti in onore di C. Ferrini, pubbl. in occasione beatificazione*, I, Milano, 1947.

LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederstellung*, III, Leipzig, 1927, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1985.

LEVER, M., *Les bûchers de Somode*, Paris, 1985.

LOMBARDI, D., *Matrimonio di antico regime*, Bologna, 2001, pg. 37-42.

LONGO, C., *Diritto romano. Diritto di famiglia*², Roma, 1953.

LUCHETTI, G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano, 1990.

LUPERINI, S., *Il gioco dello scandalo. Concubinato, tribunali e comunità nella diocesi di Pisa (1597)*, in *Trasgressioni*, a cura di Silvana Seidel Menchi, Diego Quaglioni, Bologna, pg. 383-386.

MANETTI, C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena 1889.

MANFREDINI, D., *Qui commutant cum feminis vestem*, in *RIDA*, XXXII, Ferrara 1985, pg.257-268.

MARANCA, F., *Omero nelle pandette*, in <<BDR>> 35 (1927).

MARANGIU, A., *Unioni e convivenze more uxorio in Sardegna prima e dopo il Concilio di Trento*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LII (1979), pg. 5-17.

MARCHI, A., *Il risarcimento del danno morale secondo il Diritto Romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 16 (1904).

MARQUARDT, J., *Das Privatleben der Römer* 1, Leipzig, 1886, p.126.

MARRONE, M., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004, pg 124-164.

MELI, M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II.

MELLONI, A., *Amore senza fine, amore senza fini. Appunti di storia su chiese, matrimonio e famiglie*, Bologna, 2015.

MESSINA, L., *Coemptio sacrorum interimendorum causa e coemptione fiduciariae*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 7 Milano 1987, p. 403.

MÜNZER, F., *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920, rist. 1963.

NAVARRA, M., *Testi costantiniani in materia di filiazione naturale*, in *AARC*, VII, Napoli, 1988.

OBERTO, O., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991.

PAOLI, U.E., *Comici latini e diritto attico*, Milano, 1962.

PARADISO, M., *La comunità familiare*, Catania, 1984.

PATETTA, *Il Breviario Alariciano in Italia*, in *Arch. Giur.* 47, Bologna, 1981.

PEPPE, L., *Storie di parole, storie di istituti sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 2 Napoli 1997.

PERLINGIERI, P., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Perlingieri, Napoli, 1982.

PEROZZI, S., *Problemi di origine. II. Confarreatio e coemptio matrimonii causa*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV° anniversario del suo insegnamento*, 1 Milano 1905, pg. 190-202 (= *Scritti giuridici 3. Famiglia, successione, procedura e scritti vari*, Milano 1948).

- *Istituzioni di diritto romano*² 1. *Introduzione. Diritto delle persone. Le cose e i diritti delle cose. Il possesso*; 2. *Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni*, Milano 1928 (rist. 1947).

PIRO, I., *Riflessioni in tema di 'in manu filii esse'*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* 47 (1996).

- *Unioni confarreate e "diffareatio". Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *i Index. Quaderni camerati di studi romanistici* 25 (1997), p. 225.

POLONIO, V., *Consentirono l'un l'altro: il matrimonio in Liguria tra XI e XIV secolo*, in *Serta antiqua et mediaevalia*, V, 2001.

PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991.

RENDA, A., *Il matrimonio civile: una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, pg.115-215.

RICHILIN, A., *The Garden of Priapus*, Appendix 2: The Circumstances of Male Homosexuality, in *Roman Society of the late Republic and Early Empire*, 1951-1992.

RIZZELLI, G., *<Stuprum> e <adulterio> nella cultura augustea nella cultura augustea e la Lex Iulia de Adulteriis*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, 1987.

- *La lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, leoncinum, stuprum*, Lecce, 1997.

ROBLEDA, O., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970.

RODIERE, *La ménage de fait devant la loi française*, in *Travaux de l'Association Henry Capitant* (31 Maggio - 3 Giugno 1957), Paris, 1960.

RODOTÀ, S., *Il diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015.

ROMEO, G., *Amori proibiti. I concubini tra Chiesa e inquisizione: Napoli 1563-1656*, Bari, 2008, pg.19-243.

ROSSBACH, O., *Periochae omnium librorum, Fragmenta Oxyrhinchi reperta*, Lipsiae, 1910.

ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912.

RUGGERI, C.R. *La datio in adoptionem, 1, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano 1990.

RUGGERI, A., *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost n. 138 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011.

SACHER, E., s.v. *Tutela*, in A. Pauly-G. Wissowa (ed altri), *Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. 10 in Re. 7.A.2 (1943), p.1497.

SACCHI, O., *La virgo del quirinale e la tutela mulierum. Ipotesi ricostruttive*, in *Ius Antiquum*, vol.15, 2005.

SALVADORE, M., *Due donne romane. Immagine del matrimonio antico*, Palermo, 1990.

SANDIROCCO, L., <<*Cum vir nubit in feminam*>>, in *Rivista di Diritto Romano*, IX, 2009.

SARGENTI, M., *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano, 1938.

SCHWARZENBERGER, C., *Voce Patria Potestà (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Milano, 1962.

SCIALOJA, V., *Corso di istituzioni di diritto romano << Corso universitario 1911-1912 >>*, rist. Roma, 1934, p.227.

SENIGAGLIA, R., *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II.

SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1 Napoli, 1984.

SESTA, V.M., *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015.

SOLAZZI, S., <<*Consortium omnis vitae*>> in *Annali della R. Università di Macerata* 5,1929, (=Scritti 3, p.315).

SPADAFORA, A., *Rapporti di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001.

SULLIVAN, J.P., *Martial's sexual attitudes*, *Philologus: Zeitschrift für Antike Literatur Und Ihre Rezeption* 123 (1-2):288-302, 1979.

SYMONDS, J.A., *A problem in Modern Ethics*, pubbl.privata, London, 1896.

TAFARO, S., *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari, 1991.

TAMBURI, F., *Intorno ad una scelta terminologica impropria in tema di contubernium servile*, in "*Iuris quidditas*". *Liber amicorum per Santa Lucia*, Napoli, 2010.

Trib. Min. Roma, 30.7.2014, Trib. Min. Roma, 22.10.2015, in articolo29.it.

Trib. Pisa , 20.1.1988, in *Nuovo dir.*, 1988, 561.

UNGARI, P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1952)*, Bologna, 1974.

VASSALLI, F., *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932.

VEYNE, P., *La famille est l'amour sous le Haute-Empire romaine*, in *Annales E.S.C.* 33, 1978, pg. 23-56.

- *L'omosessualità a Roma*, in *AA.VV., I comportamenti sessuali*, Torino, 1983, pg. 37-43

- *La poesia, l'amore, l'occidente. L'elegia erotica romana*, Bologna, 1985.

VIGORITA, T. S., *La legislazione imperiale*, in <<*Storia di Roma*>>, II. <<*L'impero mediterraneo*>>, 3. <<*la cultura e l'impero*>> (dir. A. Schiavone), Torino, 1992.

- *La data della lex Iulia*, in <<*Iuris vincula. Studi in onore di M. Tala-maca*>>, Napoli, 2001, VIII, pg.81-96.

VILLATA, G.R., *Dall'amore coniugale proibito all'infedeltà. L'adulterio nelle summae confessorum italiane (XIV-XVI secolo)*, in *Riviste UNIMI*, n.1 (2015).

VINTUCCI, G., s.v. *Latium*, in E. De Ruggiero, *Dizionario epigrafico di Antichità Romane*, , 4 (1947).

VOIGT, M., *Über die lex Cornelia sumtuaria*, in *Berichte über die Verhandlungen der Kön. - Sachs Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, Phil - Hist. Kl.* 42, 1890.

VOLTERRA, E., *Studio sull'«arrha sponsalicia»*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche n.s.* 2 (1927), pg.591-670, (=Scritti giuridici. 1. Famiglia e successioni, Napoli 1991).

- *Studio sull'«arrha sponsalicia»*, II. *L'arrha sponsalicia nella legislazione di Giustiniano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche n.s.* 4 (1929), pg.27-33 (=Scritti giuridici 1 pg.117-123).

- *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937 (rist. anast. Napoli 1983).

- *La conception du mariage d'après les juriste romains*, Padova 1940 (=Scritti giuridici 2. *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, pg.11-68.

- *Nuove osservazioni sulla conventio conventio in manu*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 27-28-29 settembre 1948)* 3, Milano 1951, (=Scritti giuridici 2).

- *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 2 Milano, 1956, p. 356-381 (= Scritti 2 p. 292-317).

- *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano (anno accademico 1960-61)*, Roma 1961.

- *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1961, p. 715.

- *In tema di accusatio adulterii*, in *Studi P.Bonfante*, II, Milano 1930 (=Scritti giuridici, I, Napoli 1991).

- *Intorno alla formazione del Codice Teodosiano*, in *BIDR* 3° serie XXII, 1983.

ZARRI, G., *Il matrimonio tridentino, in II Concilio di Trento e il moderno*, a cura di P.Prodi, Wolfgang Reinhard (edd), Bologna, 1996.

ZUCCOTTI, F., “*Furor haereticorum*”. *Studi sul trattato giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa del tardo impero romano*, Milano, 1992, pg. 238-260.

SITOGRAFIA

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/s>

<https://www.articolo29.it/>

