

MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK

CON LA COLLABORAZIONE DI

PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK

VARSAVIA 2016



MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

Supplements to The Journal of Juristic Papyrology are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka

INDICE

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK

Prefazione XIII

Elenco delle opere di Maria Zabłocka XXIII

José Luis ALONSO

The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.

Suet. Cal. 40 revisited 3

Krzysztof AMIELAŃCZYK

In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)

in the Archaic period 23

Zuzanna BENINCASA

Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.

vivai e riserve di caccia 39

Witold BORYSIK

Roman principle

Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest

and the reasons of its modern rejection 63

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni 85

Cosimo CASCIONE

Celso lettore di San Paolo?

Una nota minima in tema di interpretazione 101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i>	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i>	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i>	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i>	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i>	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i>	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i>	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i>	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i>	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i>	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i>	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i>	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i>	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i>	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i>	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i>	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a & IGR IV 743</i>	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i>	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i>	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i>	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i>	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i>	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i>	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i>	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i>	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i>	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i>	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i>	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i>	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i>	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i>	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i>	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i>	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i>	725

Michał SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i>	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i>	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i>	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i>	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i>	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i>	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i>	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i>	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i>	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i>	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i>	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* 1069

Jacek WIEWIOROWSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics
in research on Roman law* 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* 1199

Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka
pp. 323–350

Agnieszka Kacprzak

OBBLIGO DEL LUTTO E IL CONTROLLO SOCIALE SULLA SESSUALITÀ DI VEDOVE

I. L'INTRODUZIONE

IL COSTUME DELLE DONNE ROMANE di deplorare parenti e mariti defunti è ben testimoniato dalle fonti.¹ A partire dal principato le donne che non avevano osservato il dovere in questione venivano punite con l'infamia in base all'editto pretorio, si può dunque parlare di un vero e proprio obbligo giuridico, gravante sulle donne.² Se tale obbligo fosse esistito già in periodi precedenti, è difficile da decidere, dato lo stato delle fonti.³

¹ Che tale costume fosse diffuso nel periodo repubblicano e ancora agli inizi del principato, lo si evince dagli interventi legislatori, volti a diminuire i periodi del lutto, cfr. Liv. xx 56.4 e xxxvi 6.15 e Val. Max. i 1.15 (la diminuzione del lutto dopo la battaglia di Canne nel 216 a.C.); *CIL* vi 32323 (l'editto dei quindecimviri *sacris faciundis* del 17 d.C., riguardante la diminuzione dei lutti all'occasione dei giochi solenni – i quindecimviri si richiamano alla tradizione ben consolidata di abbreviare il lutto delle donne nelle situazioni in cui bisognava festeggiare qualche evento fortunato per la società: Cum bono more et proinde celebrato frequentibus exemplis quandocunque iusta laetitiae publicae causa fuit, minui luctus matronarum placuerit); Cass. Dio 59.7.5 (la diminuzione dei lutti ordinata da Caligola all'occasione di assumere la carica di console).

² Cfr. *D.* 3.2.1 e *FVat.* 320, analizzati in seguito.

³ Tutte le testimonianze che abbiamo a nostra disposizione si riferiscono, infatti, all'obbligo di terminare il lutto, anziché al dovere di portarlo (cfr. n. 1). Particolarmente espli-

L'unica sanzione legata all'inosservanza del lutto, direttamente confermata dalle fonti prima dell'introduzione dell'infamia edittale, è l'obbligo di espiatione religiosa, gravante sulla vedova che si sarebbe sposata prima del periodo convenzionale del lutto, ossia entro dieci mesi dopo la morte del marito.⁴

Il divieto di risposarsi, incombente su vedove durante il periodo prescritto per la deplorazione del marito defunto, ha conservato il suo carattere particolare rispetto a tutte le altre manifestazioni del lutto fino alla tarda antichità. Il lutto dopo la morte dei parenti, a differenza di quello dopo la morte del marito, non costituiva, infatti, un ostacolo a nuove nozze, come dichiara esplicitamente Ulpiano.⁵ La norma edittale ha inoltre punito con l'infamia, accanto alla vedova stessa, pure il suo sposo, nonché i rispettivi *patres familiarum*, purché fossero coscienti della situazione di costei. Ciò depone per la tesi che i Romani sono stati particolarmente interessati a impedire alle loro vedove di risposarsi durante il periodo pre-

cito in questo senso è un testo di Seneca figlio, *Ep.* 13.16: *annum feminis ad lugendum constitueret maiores, non ut tamdiu lugerent, sed ne diutius: viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum*. Secondo la *communis opinio* fino all'introduzione dell'infamia pretoria il dovere di deplorare i defunti membri di famiglia sarebbe stato disciplinato dai costumi e sanzionato con la nota censoria. Il dovere in questione è diventato un obbligo giuridico soltanto con l'introduzione dell'infamia nell'editto pretorio. Cfr. M. KASER, *Römisches Privat Recht* I, München 1971 (2a ed.), p. 271; O. KÜBLER, s.v. «Luctus» *PWRE* XIII (1927), coll. 1697-1705; Th. MAYER-MALY, s.v. «Vidua» *PWRE* VIII A2 (1958), coll. 2098-2107; E. VOLTERRA, «Osservazioni sull'obbligo di rispettare il lutto», [in:] *Scritti Giuridici* I, Napoli 1991, pp. 449-476. Un'ipotesi diversa è stata avanzata da P. RASI, «Tempus lugendi», [in:] *Scritti Ferrini* I, Milano 1948, pp. 393-409, secondo cui il dovere del lutto si sarebbe trasformato nell'obbligo giuridico soltanto nel diritto postclassico, sotto l'influsso del cristianesimo. Secondo questo autore il divieto di risposarsi durante i dieci mesi dopo la morte del marito, gravante sulle vedove, sarebbe stato l'unica conseguenza giuridica del lutto, riconosciuta già prima, ossia a cavallo tra la repubblica e il principato. Soltanto la vedova che si sarebbe sposata prima della terminazione del lutto, sarebbe stata minacciata con l'infamia in base all'editto pretorio – regola, questa, che testimonia la preoccupazione dei romani per la legittimità dei figli. Di conseguenza RASI ritiene interpolato il riferimento all'infamia legata alle altre trasgressioni del lutto femminile, di cui si parla in *D.* 3.2.1.

⁴ Cfr. Plut. *Numa* 12.2, analizzato in seguito.

⁵ *D.* 3.2.11 *pr.* (Ulp. 6 *ed.*): «Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est».

scritto per la deplorazione del marito defunto – periodo, questo, che coincideva, non a caso a mio avviso, con la durata massima della gravidanza.

Partendo dall'osservazione di Morreau, che nella società romana impedire a una donna di sposare un determinato uomo significava in pratica impedirle qualsiasi rapporto sessuale con quest'uomo,⁶ e che quindi impedirle di sposarsi in generale esprimeva un tentativo di privarla della possibilità di mantenere qualsiasi rapporto sessuale, cercherò di dimostrare che proprio questo era l'obiettivo del divieto delle nozze gravante sulle vedove in lutto. Tale divieto in pratica estendeva l'obbligo di fedeltà della moglie nei confronti del marito oltre la morte di questi, per il periodo equivalente alla durata massima della gravidanza. Così inteso, l'obbligo in questione altro non era che uno fra i mezzi di controllo sulla sessualità femminile, volti a garantire la legittimità della prole.



II. CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL CONSENSO DEL *PATERFAMILIAS* PER IL MATRIMONIO DELLA VEDOVA IN LUTTO

Dal passo dell'Editto, riportato da Ulpiano nel libro ottavo del suo commento (*FVat.* 320),⁷ risulta che sia la vedova che si sarebbe sposata durante il periodo prescritto per il lutto, che il suo nuovo sposo, se fosse stato cosciente della situazione della donna, sarebbero puniti con l'infamia. Se invece gli sposi, nel momento di entrare nel matrimonio, fossero stati

⁶ PH. MORREAU, *Incestus et prohibita nuptiae*, Paris 2002, pp. 19–20: «... une femme, dans la Rome ancienne, est censée n'avoir de relations sexuelles qu'avec son mari ..., leur interdire d'épouser tel ou tel homme revenait à leur interdire toute relation sexuelle avec lui.»

⁷ *FVat.* 320 (Ulp. 8. *ed.*): «Secuntur haec verba: "et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium conlocaverit eamve sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate haberet earum quam uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberosve suos uti moris est non eluxerit, quaeve, cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit."».

ancora sottoposti alla potestà paterna, l'infamia sarebbe ricaduta ai rispettivi *patres familiarum*. Alla medesima sanzione erano esposte le donne che non hanno deplorato i parenti defunti nella maniera richiesta dai costumi.

Lo stesso brano dell'Editto è citato da Giuliano nel primo libro del commento *ad Edictum* (D. 3.2.1).⁸ Tuttavia, nell'elenco giuliano delle persone sottoposte all'infamia mancano sia vedove che si sarebbero sposate prima della scadenza del termine prescritto, che donne che non avrebbero deplorato i parenti defunti.

L'apparente incoerenza tra questi due frammenti è stata spiegata in maniera convincente da Edoardo Volterra.⁹ Lo studioso italiano sostiene che l'omissione delle donne nell'elenco delle persone sottoposte all'*infamia*, trasmessoci da Giuliano, si spiega con il fatto che il suo commento si riferisce al titolo dell'Editto *De postulando* e riguarda il divieto di *postulare pro alio*. Dato che le donne in generale non potevano agire nel giudizio in nome altrui, non c'era bisogno di ripetere questa esclusione in connessione all'*infamia*. Il passo di Ulpiano collocato nei *FVat.*, invece, proviene dal commento al titolo *De cognitoribus et procuratoribus* e concerne un'altra conseguenza dell'*infamia*, quale il divieto di nominare il procuratore e il cognitore. Tale conseguenza aveva rilevanza anche per le donne, giacché esse nel diritto classico avevano la facoltà di nominare sia il procuratore, che il rappresentante processuale (*cognitor*). In definitiva si può concludere che l'*infamia* editta- le ricadeva sulle donne che non avrebbero deplorato i parenti defunti, sulla vedova *sui iuris* che si sarebbe sposata durante il periodo del lutto, sul suo nuovo coniuge, a patto che non avesse agito *iussu patris*, nonché sui *patres familiarum* degli sposi, se avessero consentito al matrimonio pur essendo stati consapevoli dell'ostacolo.

⁸ D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): «Praetoris verba dicunt: "infamia notatur ... qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit ...».

⁹ E. VOLTERRA, «Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali», [in:] *Scritti giuridici* I, Napoli 1991, pp. 480-483, IDEM, «Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio», *ibidem*, pp. 450-451.

Per quanto riguarda l'*infamia* che ricadeva sul *paterfamilias* del coniuge della vedova in lutto, si è posto un problema interessante riguardante la sua eventuale responsabilità per il consenso dato *ex post* a un tale matrimonio. A questo problema si riferisce il testo di Ulpiano proveniente dal sesto libro del commento all'Editto:

D. 3.2.13 (Ulp. 6 *ed.*): Quid ergo si non ducere sit passus, sed posteaquam duxit ratum habuerit? ut puta initio ignoravit talem esse, postea scit? non notabitur, praetor enim ad initium nuptiarum se retulit.

Il discorso ulpiano è fondato sull'accostamento delle due ipotesi che, pur essendo ben distinte, nella prospettiva del giurista severiano si presentano come pienamente analoghe: nella prima ipotesi il padre ha ratificato la convivenza del figlio con la vedova, sulla quale gravava l'obbligo del lutto, benché dapprima non avesse dato il consenso a tale matrimonio; nella seconda, invece, egli aveva consentito al matrimonio del figlio all'insaputa del lutto della sposa, dopodiché, pur avendo preso atto dell'ostacolo in questione, non ha in nessun modo reagito. La soluzione proposta in entrambi i casi è la stessa: il *paterfamilias* è esente dall'*infamia*. Giustificando codesta opinione Ulpiano afferma che il pretore, al fine di decidere se le persone coinvolte dovessero subire l'*infamia* o meno, si sarebbe riferito all'inizio del matrimonio.

Va sottolineato che la differenza tra le due ipotesi è tutt'altro che marginale. Nella prima, il matrimonio diventa giuridicamente valido solo con la ratifica da parte del padre, concessa nel momento in cui questi è già consapevole del lutto della donna. Nella seconda, invece, il matrimonio era pienamente valido sin dall'inizio. L'unica reazione concepibile da parte del padre che avrebbe in seguito preso atto del lutto della nuora, sarebbe potuta essere quella di revocare il consenso precedente. Ebbene, visto che almeno a partire dalla metà del II secolo a.C. tale revoca non ha comunque potuto sciogliere il matrimonio già esistente,¹⁰ l'idea di minacciare di *infamia* il padre,

¹⁰ Per la discussione complessiva concernente il diritto del *paterfamilias* di sciogliere matrimoni dei figli in potestà, v. J. URBANIK, «D. 24.2.4: *Patrem tamen eius nuntium mittere posse*. L'influsso della volontà del padre sul divorzio dei sottoposti», [in:] T. DERDA, J. URBANIK & M. WĘCOWSKI, *Εὐεργεσίας χάριν. Studies Presented to Benedetto Bravo and Ewa Wipszyc-ka by their Disciples* [JfJfP Supplements 1], Warsaw 2002, pp. 293–336, nonché il suo saggio

solo perché non ha fatto ciò che pur tuttavia non avrebbe avuto rilevanza giuridica, poteva sembrare effettivamente esagerato. Inoltre, come risulta da *D. 3.2.12* (Paul. 5 *ed.*),¹¹ lo stesso figlio che avrebbe sposato la vedova in lutto seguendo l'ordine del padre, non aveva l'obbligo di sciogliere il matrimonio anche se fosse liberato dalla potestà paterna ancor prima della scadenza del lutto, né subiva l'*infamia* se rimanesse sposato con essa. *A fortiori*, l'*infamia* non doveva ricadere neanche sul padre, il quale, ignaro del lutto della donna, avrebbe consentito al matrimonio, e in seguito ne avrebbe tollerato l'esistenza, pur avendo preso atto della situazione della nuora.

Come già accennato sopra, ben diversamente si presenta l'ipotesi del *paterfamilias* che ha ratificato il matrimonio del figlio con la vedova, essendo ormai consapevole del lutto di costei. Dato che il consenso del padre costituiva la premessa necessaria del matrimonio del figlio soggetto alla potestà paterna, bisogna riconoscere che tale matrimonio non esisteva prima della ratifica. La convivenza della vedova con il figlio *alieni iuris*, priva del riconoscimento giuridico finché mancasse il consenso paterno, è dunque diventata un matrimonio giuridicamente valido solo con la ratifica. Essendo questa concessa dal padre nel momento in cui egli già sapeva del lutto della donna, sorge il dubbio se il caso in questione non fosse analogo piuttosto a quello del padre cosciente e consenziente sin

in questo volume. Secondo l'autore la regola secondo cui il *paterfamilias* non avrebbe potuto sciogliere il matrimonio di un figlio o una figlia in potestà contro la volontà di questi, si sarebbe stabilita già a cavallo della repubblica e del principato (p. 329). Antonino Pio e Marco Aurelio, anziché introdurre il divieto giuridico di turbare *matrimonia bene concordantia* avrebbero intervenuto al fine di riaffermare il divieto in questione e di limitare la prassi sociale contraria (pp. 332–333). In effetti, tale facoltà del padre, a partire dall'inizio del Principato fino alla tarda antichità, sarebbe stata limitata ai soli casi in cui si è verificata *magna et iusta causa*, di cui la follia della figlia sarebbe stata un esempio (p. 333). La dottrina recente concorda sul fatto che nel periodo classico il *paterfamilias* aveva il diritto di sciogliere il patrimonio dei figli solo nei casi eccezionali, cfr. Eva CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2014, p. 203. Che il lutto della vedova potesse configurare una causa del genere è poco probabile, visto che si tratta della condizione temporale, e che al marito è stato concesso di ritenere la moglie vedova nonostante venisse a conoscenza dell'impedimento in questione.

¹¹ *D. 3.2.13* (Paul. 5 *ed.*): «Qui iussu patris duxit, quamvis liberatus potestate patria eam retinuit, non notabitur».

dall'inizio, il quale è minacciato appunto con l'*infamia*, che non alla situazione di colui, che ha dato il suo consenso all'insaputa del lutto della sposa. Infatti, mentre in quest'ultima ipotesi il comportamento del padre venuto a conoscenza dell'obbligo gravante sulla nuora era giuridicamente irrilevante, sia che decidesse di tollerare la situazione, sia che revocasse il consenso precedente, nelle prime due situazioni la sua autorizzazione faceva proprio sorgere il matrimonio tra suo figlio e la vedova – sia che fosse data nel momento stesso delle nozze oppure *ex post* – provocando così consapevolmente un effetto giuridico non voluto, a quanto pare, dall'ordinamento. A questo punto si pongono due questioni da risolvere: la prima, in che cosa consistesse la differenza tra le ipotesi della ratifica successiva e del consenso precedente, idonea a giustificare il diverso trattamento del padre in ciascuna di esse; la seconda, quale fosse, a sua volta, il punto di aggancio tra la prima di queste ipotesi (*i.e.* la ratifica), e il caso della tolleranza del matrimonio già esistente, al quale Ulpiano la riconduce.

Quanto alla prima delle questioni elencate, da escludere sembra l'ipotesi che nel caso esaminato da Ulpiano la ratifica sarebbe intervenuta dopo la scadenza del lutto della vedova – sposa. Fosse questa la situazione che egli considerava, il problema dell'*infamia* del padre ratificante non si sarebbe potuto neanche porre, a meno che si attribuisse alla ratifica la forza retroattiva. Altrimenti bisognerebbe riconoscere che il matrimonio sia validamente costituito già dopo l'estinzione del lutto, e dunque nel momento in cui ormai non esisteva più nessun ostacolo alla conclusione di questo. In tal caso non ci sarebbe nessun legame tra la *ratihabitio* concessa dal padre e la violazione del lutto della sposa. Come mai Ulpiano potesse sollevare la questione dell'eventuale *infamia* del padre, risulterebbe dunque inspiegabile. La stessa obiezione si riferisce a maggior ragione alla seconda ipotesi considerata dal giurista, ossia quella del padre che ha saputo del lutto della nuora soltanto dopo aver consentito al matrimonio.

Si potrebbe, invece, immaginare che la ratifica sarebbe intervenuta dopo la cessazione del lutto della vedova – sposa, a patto di attribuirne l'efficacia retroattiva.¹² Sulla base di tale presupposto la ratifica, pur essen-

¹² Per quanto riguarda gli argomenti contro la retroattività della *ratihabitio*, cfr. Agnieszka KACPRZAK, *La ratihabitio nel diritto romano classico*, Napoli 2000, pp. 24-44.

do concessa posteriormente, avrebbe reso valido il matrimonio sin dall'inizio, ossia *ex tunc*, e quindi ancora durante il periodo del lutto della donna. Tale ipotesi però non risolve il problema dell'interpretazione del nostro testo, poiché mal si concilia sia con la spiegazione che Ulpiano offre alla fine del suo discorso, che cioè escludendo l'*infamia* del padre, il pretore si sarebbe riferito all'inizio del matrimonio («pretor ad initium nuptiarum se retulit»), sia con la seconda situazione riportata, che il giurista ritiene analoga alla prima.

Ammessa la retroattività della *ratihabitio*, bisognerebbe, infatti, concludere che il matrimonio sia iniziato ancora durante il tempo prescritto per il lutto. Se il padre lo avesse ratificato dopo che questo periodo era ormai scaduto, al fine di giustificare l'esonerazione di costui dall'*infamia*, sarebbe molto più logico riferirsi al momento della concessione della ratifica, piuttosto che a quello dell'inizio del matrimonio. Ma Ulpiano sceglie quest'ultima giustificazione, il che induce a escludere l'ipotesi che la *ratihabitio* sarebbe stata concessa dopo l'estinzione del lutto.

Per quanto riguarda la seconda situazione, in cui il padre aveva consentito al matrimonio del figlio all'insaputa del lutto della sposa, se egli avesse preso atto dell'ostacolo in questione dopo che il tempo prescritto era ormai scaduto, il problema dell'*infamia* non sarebbe potuto sorgere a maggior ragione. In tal caso, infatti, a differenza di quello della ratifica, non si potrebbe ricorrere neanche all'idea della retroattività per istaurare qualsiasi collegamento tra la violazione del lutto e il comportamento del padre. In definitiva, per rimanere in linea con l'analogia adoperata da Ulpiano, e considerando che questi non fa nessun cenno a una possibile differenza circa lo svolgimento temporale delle situazioni paragonate, non resta altro che riconoscere che, così come nella seconda il padre doveva esser venuto a conoscenza del lutto della nuora ancor prima che questo fosse estinto, così anche nella prima doveva aver concesso la ratifica prima della scadenza di esso. Ciò stabilito, si può concludere che la ratifica, indipendentemente se fosse retroattiva oppure efficace soltanto *ex nunc*, doveva aver causato il perfezionamento del matrimonio ancora durante il lutto della sposa, il che lascia aperta la questione perché il padre ratificante, a differenza di colui che avrebbe dato il suo consenso *a priori*, fu esente dall'*infamia*, malgrado fosse cosciente dell'esistenza dell'ostacolo.

Partendo dal presupposto che la differenza tra le ipotesi della ratifica e del consenso precedente si chiarirà insieme all'individuazione del nesso comparativo tra questa prima e il caso della tolleranza del matrimonio già esistente, mi permetto di passare direttamente a quest'ultimo problema.

Come ovvio, la conclusione di un matrimonio, oltre agli effetti giuridici, provoca anche quelli nella sfera dei fatti, i quali sarebbero anzi, perlomeno in teoria, la propria ragion d'essere. Si tratta della convivenza di due persone, la quale Modestino ha così elegantemente definito come *consortium omnis vitae et maris et feminae coniunctio*,¹³ e nella quale, in via di principio, dovrebbero rientrare anche i rapporti sessuali.¹⁴ Sia questi ultimi sia la convivenza in generale, anche se non condizionano l'esistenza giuridica del matrimonio, possono ritenersi le sue conseguenze ordinarie, poiché nella maggioranza dei casi, salvo le eccezioni, ne seguiranno la conclusione. L'importanza nella società del fatto d'iniziare la convivenza coniugale si rispecchiava nello stesso rito di nozze, con l'introduzione della donna nella casa del marito – cerimonia questa che, a prescindere dalla propria rilevanza giuridica, nel diritto classico limitata ormai ai soli casi delle nozze con uno sposo assente – accompagnava usualmente la conclusione del matrimonio.¹⁵ Si può presumere che anche laddove la convivenza di una coppia, benché intesa come quella matrimoniale, dal punto di vista giuridico non poteva assumere tale carattere a causa degli obiettivi impedimenti, essa veniva spesso inaugurata con i medesimi riti,¹⁶

¹³ D. 23.2.1 (Modest. 1 reg.): «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.»

¹⁴ Secondo Carla FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari* II. *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma 2005, pp. 353–354, il termine *coniunctio*, contenuto sia nella definizione di Modestino, citata sopra, che in quella delle *Istituzioni* di Giustiniano (*Iust.* 1.9.1: «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens»), fa riferimento proprio all'unione sessuale dei coniugi, nella stessa stretta della *coniunctio* tra gli animali, alla quale Ulpiano paragona il matrimonio umano (D. 1.1.1.3): «hinc descendit maris et feminae coniunctio quam nos matrimonium appellamus», Per quanto riguarda la procreazione dei figli in quanto lo scopo del matrimonio, v. le fonti extragiuridiche, elencate da FAYER sulla p. 354, n. 89.

¹⁵ A proposito della *deductio in domum mariti* ed il suo significato giuridico, cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Milano 2006, pp. 5–62, in particolare 60–61.

¹⁶ Pare che proprio in questo senso, cioè in riferimento alla cerimonia di nozze, anche se non idonea a far sorgere un matrimonio giuridicamente valido, il termine *nubere* fosse uti-

e aveva le stesse conseguenze di fatto.¹⁷ Si può dunque ipotizzare che l'analogia ulpiana poggiasse appunto sulla circostanza che in entrambi i casi la convivenza tra i coniugi è stata avviata senza che il padre fosse cosciente dell'ostacolo, i.e. in quello della ratifica, prima della concessione di essa, e nell'ipotesi del matrimonio inaugurato con il consenso del padre ignaro del lutto della sposa, dopo la conclusione di esso. In altri termini, il nesso comparativo tra le due situazioni consisterebbe nel fatto che sia nell'una che nell'altra il padre, da quando era cosciente dell'esistenza dell'ostacolo, non poteva ormai annullare l'iniziarsi della convivenza tra suo figlio e la donna in lutto.

Lo stesso elemento pare che distingua, a sua volta, il caso della ratifica da quello del consenso precedente. Partendo anche qui dal presupposto che, in via di principio, la convivenza seguisse la conclusione del matrimonio e non la precedesse, si può ritenere che il consenso paterno dato *a priori*, oltre che contribuire al configurarsi del matrimonio giuridicamente valido, abbia anche avviato la convivenza fra i coniugi – diversamente del caso della ratifica.

Per riassumere, il nesso che collega le due ipotesi in cui il padre è esente dall'*infamia* (i.e. la ratifica e il consenso iniziale dato all'insaputa del lutto), e al contempo le distingue da quella, in cui egli subisce tale minaccia (il consenso iniziale dato nonostante la conoscenza del lutto), consisterebbe nel rapporto causale tra l'instaurarsi della convivenza di fatto tra il figlio e la vedova in lutto (quale la conseguenza oggettiva del consenso paterno) e la consapevolezza del padre consenziente (la quale rende riprovevole il suo comportamento). Seguendo questa logica, il padre sarebbe libero d'*infamia* o perché ha dato il suo consenso, anche se prima dell'instaurarsi della convivenza, però ignorando l'esistenza dell'ostacolo (la mancanza dell'elemento soggettivo), o perché l'ha dato quando la convivenza si era già instaurata (la mancanza del nesso causale tra il consenso e l'iniziarsi di questa). L'ultima frase del testo, secondo cui il pretore per liberare il

lizzato qualora si parli delle celebrazioni di nozze tra due uomini, cfr. Mart. XII 32; Juv. II 117-142; SHA Elagab. 10.5; Tac. Ann. V 37; Aurel. Vict. Caes. V 5; CTb. 9.7.3.

¹⁷ A giudicare dalle fonti una situazione abbastanza frequente era quella in cui una donna non ancora nubile (ossia tale che non ha ancora compiuto 12 anni), è stata introdotta nella casa dell'uomo che sarebbe dovuto diventare suo marito e ha iniziato la convivenza con lui. I giuristi conseguenzialmente negano che tale unione possa essere qualificata come matrimonio, cfr. D. 48.5.14(13).8; D. 36.2.30; D. 27.6.11.3.4; D. 23.2.4; D. 12.4.8.

padre dall'infamia si è riferito al momento iniziale del matrimonio, verrebbe intesa proprio in questo senso – con il presupposto che il termine *initium nuptiarum* che in essa ricorre si sarebbe riferito all'avvio della convivenza, e non all'inizio giuridico del matrimonio.

Stabilito quanto sopra, si può tentare di ricostruire l'andamento dell'argomentazione analogica adoperata da Ulpiano. Per giustificare l'esclusione dell'infamia nei confronti del padre che ha ratificato il matrimonio del figlio con la vedova, nonostante sapesse del lutto di costei – il caso dubbioso giacché la ratifica cambia la qualifica giuridica della convivenza del figlio con la vedova, concedendone il valore del *matrimonium iustum* a dispetto della violazione del lutto – il giurista lo riconduce a un'ipotesi in cui la mancanza d'infamia si presenta del tutto evidente. Il punto di riferimento costituisce quindi la situazione in cui il padre, avendo già consentito al matrimonio del figlio all'insaputa del lutto della sposa, non può più cambiare non solo la situazione di fatto, ma neanche quella giuridica creatasi in conseguenza di tale consenso. Dal fatto che Ulpiano instaura l'analogia tra queste due ipotesi si evince che egli ritiene giuridicamente più rilevante l'elemento loro comune – *i.e.* l'irreversibilità della convivenza ormai iniziata – rispetto a quello che le distingue, ossia la qualifica giuridica di tale convivenza che cambia solo nel secondo caso. Ciò induce a pensare che nell'orizzonte mentale del giurista severiano la minaccia d'infamia fosse legata sostanzialmente al fatto di iniziare la convivenza con la vedova prima che fossero trascorsi dieci mesi dalla morte del suo marito precedente, mentre il carattere giuridico di tale convivenza aveva, semmai, un'importanza soltanto secondaria. Che tuttavia quest'ultimo elemento non era del tutto privo di rilevanza, si evince dal fatto che, a quanto pare, proprio questo avrebbe indotto il giurista a porre la questione dell'eventuale infamia del padre ratificante.

Siccome la struttura del discorso ulpiano, come si è cercato di mostrare, sembra evidenziare qualche oscillazione circa il senso della proibizione delle nozze, gravante sulla vedova in lutto (il divieto di entrare nel matrimonio, o piuttosto di iniziare una convivenza con un altro uomo) – anche se la presa di posizione del giurista si rivela assai chiara – non si può fare a meno di ritornare alla questione, abbastanza dibattuta nella dottrina romanistica, dei motivi del divieto in questione.



III. IL LUTTO DELLA VEDOVA E IL DIVIETO DELLE SECONDE NOZZE

Gli studiosi che si sono occupati del problema nel diciannovesimo secolo hanno ormai abbandonato, a quanto pare, le posizioni estreme degli autori precedenti, i quali tentarono d'individuare l'unica e sola ragione che avrebbe retto il divieto delle nozze gravante sulla vedova nel lutto dal periodo arcaico fino al tardo principato, fosse quello il fattore di natura puramente biologica ossia la *turbatio sanguinis*, come lo voleva il Savigny,¹⁸ oppure il motivo di carattere etico-religioso, sottostante anche alle altre manifestazioni del lutto, in linea alle teorie del Kübler¹⁹ e del Karlowa.²⁰ Sulla scia del Greenidge²¹ la dottrina più recente propende piuttosto per il doppio ordine delle ragioni, tanto quelle etico-religiose quanto quelle pratiche, concentrandosi sul tentativo di scoprirne le dinamiche interne e i cambiamenti che esso avrebbe subito nel corso del tempo, facendo prevalere sia uno sia l'altro aspetto in diverse fasi dello sviluppo dell'ordinamento sociale e giuridico. Essendo concordemente esclusa la motivazione pratico-biologica per il periodo arcaico dalla maggioranza degli studiosi, l'oggetto della controversia rimane il motivo dell'incorporazione del divieto in questione nell'editto pretorio, e della sua sussistenza nel diritto classico in generale. Da un lato c'è la tesi di Rasi, secondo cui l'intenzione di evitare la *turbatio sanguinis* sarebbe stata l'unica ragione della transizione dell'obbligo del lutto dall'ordinamento sociale in quello giuridico. Questa si sarebbe verificata soltanto nel diritto classico ed esclusivamente riguardo ai casi delle seconde nozze della vedova. Tutti gli altri casi del lutto, tranne quello della vedova, sarebbero invece rimasti sottoposti, così come in periodi precedenti, alle sanzioni esclusivamente sociali – nulla togliendo alla loro gravità –, e non a quelle giuridiche.²² La tesi di Rasi sta tuttavia nel contrasto con il tenore della norma edittale, trasmessa da

¹⁸ F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* II, Berlin 1840, p. 532.

¹⁹ KÜBLER, *Luctus*, (cit. n. 3), p. 1702.

²⁰ O. KARLOWA, «Zur Geschichte der *Infamia*», *ZRG RA* 9 (1870), p. 231.

²¹ GREENIDGE, *Infamia*, Oxford 1894, p. 202.

²² RASI, «*Tempus lugendi*» (cit. n. 3), pp. 405–406.

Ulpiano nel *FVat.* 320, secondo cui l'*infamia* ricadeva sulle donne obbligate a deplorare qualsiasi parente defunto, e per qualsiasi comportamento incompatibile con l'obbligo in questione, e non solo alle vedove che si sono risposate durante il periodo prescritto.

L'opinione contraria è quella sostenuta da Volterra, secondo cui nel periodo classico, così come in quello arcaico, l'obbligo del lutto gravava su tutte le categorie di persone, sia donne, che uomini.²³ La sanzione giuridica, quale l'*infamia* pretoria, sarebbe stata introdotta al fine di salvaguardare l'obbligo più vecchio che avrebbe gravato sin dai tempi remoti su tutti i parenti del defunto, a prescindere dal loro sesso, e sarebbe stato sanzionato in precedenza con sanzioni di tipo religioso e morale, e quindi con la nota censoria. In quell'ottica l'*infamia* pretoria, proprio in quanto legata a tutte le violazioni del lutto, e non limitata alle sole seconde nozze della vedova, non poteva essere giustificata esclusivamente con la paura della *turbatio sanguinis*. In definitiva Volterra sostiene che il divieto delle seconde nozze della vedova nel diritto classico è stato basato sui motivi di tipo religioso-morale, comuni a tutti i casi del lutto, ai quali si sarebbe sopraggiunta una giustificazione più moderna, biologico-pragmatica, quale la *turbatio sanguinis*.²⁴ Quell'ultima ragione avrebbe spiegato in particolare l'estensione del divieto in questione alle vedove, delle quali i mariti sono stati indegni del lutto.²⁵

Lasciando da parte la questione se l'obbligo del lutto nel diritto romano gravasse soltanto sulle donne, oppure anche sugli uomini,²⁶ mi limito a trattare il problema concernente i motivi del divieto delle seconde nozze, che gravava sulla vedova durante il periodo prescritto per il lutto.



²³ VOLTERRA, «Osservazioni» (cit. n. 3), pp. 452-453.

²⁴ VOLTERRA, «Osservazioni» (cit. n. 3), pp. 465-469.

²⁵ VOLTERRA, «Osservazioni» (cit. n. 3), pp. 470 - 472.

²⁶ Per gli argomenti in favore della tesi che l'usanza di portare il lutto era specificamente femminile e che gli uomini non solo non erano obbligati a portarlo ma non avevano nemmeno una tale usanza, cfr. Agnieszka KACPRZAK, «Hombres, mujeres e l'obligación de llevar luto. A proposito del régimen del luto nel derecho romano», [in:] J. Á. TAMAYO ERRAZQUIN (ed.), *Cristianismo y mundo romano*, Bibao 2008, pp. 231-245.

IV. LA MOTIVAZIONE DEL DIVIETO DELLE SECONDE NOZZE GRAVANTE SULLE VEDOVE IN LUTTO

Il divieto di sposarsi durante il periodo del lutto riguardava a mio avviso sin dal periodo arcaico esclusivamente le vedove, ed era legato alla funzione procreativa del matrimonio.

Anche se accettiamo la tesi che l'obbligo del lutto originariamente era fondato sulle credenze religiose e nacque nell'ambito dei *mores*, nulla pregiudica, infatti, che le norme in questione hanno imposto a vedove alcune restrizioni particolari, giustificate dal carattere specifico della relazione tra moglie e marito – finalizzata, com'era, alla procreazione – e che non hanno pertanto riguardato gli altri casi di lutto. Il divieto di sposarsi prima della scadenza dei dieci mesi dopo la morte del marito costituisce secondo me proprio questo tipo di restrizione.

Quanto al regime arcaico del lutto, la più importante testimonianza a nostra disposizione è un ricordo di Plutarco, concernente un'antica regolazione che lo storico greco attribuisce a Numa Pompilio.

Plut. *Numa* 12.2: αὐτὸς δὲ καὶ τὰ πένθη καθ' ἡλικίας καὶ χρόνους ἔταξεν οἶον παῖδα μὴ πενθεῖν νεώτερον τριετοῦς, μηδὲ πρεσβύτερον πλείονας μῆνας ὧν ἐβίωσεν ἐνιαυτῶν μέχρι τῶν δέκα, καὶ περαιτέρω μηδεμίαν ἡλικίαν, ἀλλὰ τοῦ μακροτάτου πένθους χρόνον εἶναι δεκαμηνιαῖον, ἐφ' ὅσον καὶ χηρεύουσιν αἱ τῶν ἀποθανόντων γυναῖκες, ἣ δὲ πρότερον γαμηθεῖσα βούνη γκύμονα κατέθιεν ἐκείνου νομοθετήσαντος.

Stando alle parole di Plutarco, il leggendario re stabilì la durata massima dei lutti, la quale, benché differenziata a seconda dell'età del defunto, non poteva in ogni caso superare il periodo di dieci mesi. Considerando che la norma in questione non fa nessuna distinzione tra i periodi concessi alle donne e agli uomini per la deplorazione dei parenti defunti, si può presumere che i periodi in questione fossero uguali per entrambi i sessi.²⁷ Plutarco precisa inoltre che la durata massima del lutto equivale all'arco del tempo, nel quale le donne che hanno perso il marito doveva-

²⁷ Così VOLTERRA, «Osservazioni» (cit. n. 3), p. 451.

no rimanere vedove (*i.e.* durante dieci mesi dopo la morte del marito). La vedova che si risposò prima che passasse il periodo prescritto – prosegue Plutarco – doveva espiarsi, sacrificando una vacca gravida.

Come giustamente osservato da Volterra, la stesura del testo suggerisce l'esistenza di due norme distinte: una che stabiliva la durata massima dei lutti, diversificata a seconda dell'età del defunto, e un'altra che vietava alla vedova di risposarsi prima della terminazione del lutto, ossia durante dieci mesi dopo la morte del marito.²⁸ Soltanto alla violazione di quest'ultima interdizione si ricollega la necessità di espiazione attraverso il sacrificio di una vacca gravida (*βοῦς ἐγκύμων*) – sanzione questa, che dimostra, come osservato dal Mayer-Maly, l'appartenenza del divieto alla sfera del *fas*.²⁹

Che il lutto della donna dopo la morte del marito era sentito nella coscienza sociale come un ostacolo alle nuove nozze, è testimoniato, inoltre, da una serie di fonti non-giuridiche.

Il più esplicito al proposito è da Plutarco che, raccontando del matrimonio di Antonio con Ottavia concluso sotto la permissione speciale del senato, nonostante lei fosse ancora in lutto e incinta, ci informa che il diritto proibiva alle vedove di sposarsi entro dieci mesi dopo la morte del marito (*Anton.* 31). Che la permissione del senato fosse necessaria per il matrimonio in questione, lo conferma pure Cassio Dione, esprimendo inoltre il disdegno circa una tale decisione del Senato (XLVIII 31.3). Tacito è ugualmente critico al riguardo (*Ann.* I 10). Cassio Dione descrive inoltre una decisione di Caligola che, all'occasione di festeggiamenti del suo consolato abolì tutti i lutti, e per giunta permise alle vedove di risposarsi prima del periodo prescritto, e cioè prima di dieci mesi dopo la morte dei loro rispettivi mariti, eccette quelle incinte (LIX 7.5).³⁰ Dalle

²⁸ VOLTERRA, «Un'osservazione in tema di impedimenti» (cit. n. 9), p. 478.

²⁹ MAYER-MALY, *s.v.* «vidua» (cit. n. 3), pp. 2099–2100.

³⁰ Cfr. anche Apuleio, *Metam.* VIII 9: «Boni ergo et optimi consules, si luctui legitimo miserrimae feminae necessarium concesseris tempus, quoad residuis mensibus spatium reliquum compleatur anni, quae res cum meum pudorem, tum etiam tuum salutare commodum respicit, ne forte immaturitate nuptiarum indignatione iusta manes acerbos mariti ad exitium salutis tuae suscitemus».

fonti in questione si evince che la mera terminazione dei lutti di per sé non cancellava il divieto di sposarsi, gravante sulle vedove durante dieci mesi dopo la morte del marito, e che a tal fine era necessario un permesso speciale da parte del senato, oppure dell'imperatore. L'opinione sociale era inoltre piuttosto sfavorevole, a quanto pare, nei confronti di concessioni del genere.

Quanto al lutto dopo la morte di parenti invece nessuna delle fonti a nostra disposizione fa neanche un minimo cenno che questo avrebbe creato un ostacolo alla celebrazione di nozze. Abbiamo, anzi, una testimonianza di Ulpiano nel senso contrario, il quale nega espressamente l'esistenza d'un tale divieto in tutti gli altri istanti del lutto, tranne quello della vedova:

D. 3.2.11 pr. (Ulp. 6 ed.): Liberorum autem et parentum luctus impedimento nuptiis non est.

Si potrebbe obiettare che quest'ultimo testo, proveniente da un'epoca piuttosto avanzata, provi la mancanza dell'ostacolo in questione soltanto per il diritto del tardo principato. Tuttavia, considerando che, a differenza di quanto accade nel caso della vedova, nelle fonti sia giuridiche che quelle storiche e letterarie, manca qualsiasi traccia di una interdizione del matrimonio in tutti gli altri istanti del lutto, l'opinione che tale divieto sia, invece, esistito, sembra essere priva di fondamenti. L'ipotesi del Rasi in questo senso pare che sia fondata soprattutto sulla forte convinzione dell'autore che la celebrazione di nozze, in quanto incompatibile con lo stato del lutto, doveva essere inibita a tutti i deploranti.

Un ulteriore indizio circa il carattere distinto del dovere di astenersi dalle seconde nozze rispetto a tutte le altre manifestazioni del lutto, comprese queste, alle quali era tenuta la stessa vedova, si può ricavare inoltre dalla stessa stesura della norma editale trasmessa nei *FVat.* 320.

La norma in questione toglie alle persone che hanno trasgredito l'obbligo del lutto, la facoltà di nominare il procuratore e il cognitore. Quanto alla donna, l'editto distingue due ipotesi, anche se minacciate con la stessa sanzione. Si tratta da un lato della situazione in cui la donna non ha deplorato nella maniera imposta dai costumi la morte dei parenti, dei figli

o del marito, e dall'altro dell'ipotesi della vedova che si è sposata prima che scadesse il periodo del lutto dopo la morte del marito. Fosse quest'ultimo comportamento soltanto una fra tante altre possibili trasgressioni del lutto, dovuto sia al marito, che ad altri parenti, si sarebbe indotti a pensare che la prima ipotesi racchiudesse già la seconda. Il richiamo separato di quest'ultima potrebbe sembrare, pertanto, una sorta di ripetizione superflua. La ripetizione si spiega, invece, se si assume una sorta di collusione delle due norme, originariamente distinte: una che stabilì la durata massima – e forse anche un dovere – del lutto dopo la morte dei parenti, e l'altra che vietò alle vedove di sposarsi nello stesso periodo di tempo. La struttura della norma edittale sembra, infatti, consone sotto quest'aspetto all'antica normativa ricordata da Plutarco.

Significante pare anche il fatto che la norma edittale minacciasse con l'infamia, accanto alla vedova stessa, anche il suo *paterfamilias*, che ha consentito al matrimonio durante il lutto, e suo nuovo sposo (cfr. *D.* 3.2.1). In tutte le altre trasgressioni del lutto invece l'infamia pretoria ricade esclusivamente sulla donna stessa, nonostante lei fosse ancora sotto la potestà paterna. Questa differenza può essere spiegata come un relitto del regime della censura, precedente all'infamia pretoria. Com'è noto, le donne non erano sottoposte alla procedura del *census*, ragion per cui nel loro caso il censore poteva operare solo in maniera indiretta, ossia facendo pressione sugli uomini della famiglia, soprattutto quelli che le avevano in potestà. Solo questi ultimi, infatti, potevano essere colpiti con la nota censoria.³¹ Il pretore, pur avendo minacciato con l'infamia le donne stesse, assunse dal sistema censorio anche la responsabilità del capo di famiglia. Ecco perché nel caso delle seconde nozze della vedova l'infamia colpiva sia lei stessa che il suo *paterfamilias*. Quanto alle altre trasgressioni del lutto invece, si è tentati di pensare che nel periodo precedente all'introduzione dell'infamia pretoria il compito di punirle fosse lasciato esclusivamente al potere discrezionale del capofamiglia, e che il censore non avesse intervenuto affatto in questi casi, ritenendoli appunto di minore importanza. Il capofamiglia, non essendo colpito con la nota censoria in queste situazioni, non subiva neanche l'infamia in base all'editto pretorio.

³¹ Cfr. GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), p. 63.

In definitiva, il fatto che il pretore in questi casi avesse minacciato con l'infamia la donna stessa, ma non già il suo tenente potestà, implicherebbe che nel sistema censorio mancava una sanzione per le trasgressioni del genere. Tuttavia, pur concedendo che il censore avrebbe potuto censurare il capofamiglia anche nelle trasgressioni minori del lutto, sta di fatto che la responsabilità di questi, diversamente che nel caso delle seconde nozze della vedova, non è stata assunta nell'editto del pretore.³² Quest'ultima ipotesi presenta pertanto una violazione particolarmente grave del lutto.

Tutto ciò sembra confermare la tesi che il divieto di nozze riguardante la donna che doveva deplorare il marito defunto aveva uno status particolare rispetto a tutte le altre possibili manifestazioni del lutto. Questa particolarità pare sia legata alla funzione procreativa del matrimonio, com'è corroborato, almeno per quanto riguarda il diritto del tardo principato, da Ulpiano:

D. 3.2.11.1 (Ulp. 6 ed.): Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.

Secondo il giurista severiano pure la vedova il cui marito è stato indegno del lutto,³³ doveva astenersi dal matrimonio per il periodo di dieci mesi, al fine di evitare la confusione di sangue (*turbatio sanguinis*). Nonostante Ulpiano si riferisca direttamente alla vedova che secondo i costumi non era obbligata al lutto, l'estensione analogica su di lei del divieto che originariamente gravava sulle vedove in lutto presuppone la rilevanza del medesimo motivo in entrambi i casi.³⁴

³² In realtà, nemmeno l'intervento del censore nel caso delle seconde nozze è confermato dalle fonti. GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), p. 67, ipotizza però che in questi casi, data la loro importanza, il censore doveva intervenire, censurando, appunto il capofamiglia.

³³ Per quanto riguarda possibili motivi di essere indegno, cfr. *D. 3.2.11.3 (Ulp. 6 ed.):* «Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspendiosi nec qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia: si quis ergo post huiusmodi exitum mariti nuptum se collocaverit, infamia notabitur».

³⁴ Cfr. VOLTERRA, «Osservazioni» (cit. n. 3), 465-468.

Interessante anche la precisazione di Pomponio, secondo cui il divieto in questione viene meno nel momento in cui la vedova partorisce:

D. 3.2.11.2 (Ulp. 6 ed.): Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto.

Se Pomponio si riferisse a tutte le vedove, oppure solo alle mogli dei mariti indegni del lutto, è difficile da decidere, anche se la collocazione del testo nel corso del commento ulpiano³⁵ depone piuttosto per la seconda interpretazione.³⁶



V. IL SIGNIFICATO DELLA *TURBATIO SANGUINIS*

Suscita dei dubbi anche la stessa nozione di *turbatio sanguinis*. La maggioranza degli studiosi che si sono occupati del tema la intende nel senso dell'incertezza circa la paternità del bambino che sarebbe eventualmente nato entro i dieci mesi dopo la morte del marito della vedova: se lei avesse già convissuto con un altro uomo nel periodo in questione, ci si potrebbe chiedere quale dei due fosse il padre del bambino. Tale interpretazione suscita tuttavia una serie di dubbi. Considerando le regole della presunzione di paternità, riconosciute dai Romani, l'incertezza in questione poteva sorgere soltanto fino al quarto mese dopo la morte del marito: se la vedova avesse cominciato la convivenza con un altro uomo nel quinto mese, il bambino dell'ultimo potrebbe nascere al più presto sette mesi dopo, e cioè undici mesi dopo la morte del marito defunto, ragion per cui non sarebbe potuto essere più considerato un discendente di que-

³⁵ L'opinione di Pomponio è, infatti, riportata subito dopo l'estensione del divieto alle mogli dei mariti indegni del lutto, e direttamente prima dell'elenco delle cause di essere indegni del lutto (*D. 3.2.11.1-3*).

³⁶ Cfr. VOLTERRA, «Osservazioni» (cit. n. 3), pp. 470-472.

st'ultimo. E vice versa, un bambino nato prima del settimo mese dall'inizio della seconda convivenza non sarebbe potuto essere ritenuto il discendente del nuovo partner della vedova.

L'obiezione più importante tuttavia deriva dal fatto che la gravidanza della vedova, se fosse già nota, nella coscienza sociale creava a maggior ragione, a quanto pare, un ostacolo alle seconde nozze, come si evince da una serie di fonti storiche, menzionate già sopra.

Il matrimonio di Marco Antonio con Ottavia, concluso mentre lei portava ancora il lutto per il suo precedente marito, ha suscitato uno scandalo particolarmente grave, proprio perché lei è stata già incinta (cfr. Cass. Dio. XLVIII 41.3). Lo stesso Caligola, il quale, avendo abolito i lutti all'occasione del proprio consolato, ha anche permesso alle vedove di sposarsi prima che trascorsero dieci mesi dopo la morte dei loro mariti, ha fatto un'eccezione per quelle già incinte (Cass. Dio. LIX 7.5). Significante è anche la vicenda di Papia, vedova di Gnaeus Magius, che Cicerone racconta nella *Pro Cluentio* (12.33): Gnaeus Magius ha chiesto a sua moglie di rimanere nella casa di sua madre per il periodo di dieci mesi dopo la sua morte, e ciò proprio al fine di dar nascita al bambino, con il quale Papia è stata già incinta. Ne si evince che durante la gravidanza ci si aspettava che la donna si rifugiasse dai contatti con il mondo esterno, rimanendo nel cerchio – e sotto controllo – dei famigliari, così assicurando la nascita del bambino salvo e sano. I rapporti sessuali con gli altri uomini, e quindi anche il nuovo matrimonio – come quello di Papia con Oppianico – creavano il pericolo che questo fine non verrà raggiunto.

Rilevante dal punto di vista delle presenti considerazioni, anche se difficile da interpretare, è pure la storia del matrimonio di Ottaviano con Livia Drusilla, divorziata appena da Tiberio Claudio Nerone e da lui incinta. Prima di sposare Livia, Ottaviano chiese al collegio dei pontefici la loro opinione circa la possibilità di sposare una donna incinta dal precedente marito (Cfr. Cass. Dio. XLVIII 44.1; Tac. *Ann.* 1.10.5). La domanda è pertanto sorprendente in quanto né nelle fonti giuridiche, né in quelle storiche non vi è nessun'altra traccia di qualsiasi ostacolo a sposare una donna divorziata.³⁷ Pare che l'unico motivo di perplessità di Ottaviano fosse proprio la gravidanza di

³⁷ Tacito scrive, infatti, che Ottaviano ha chiesto l'opinione dei pontefici *per lugubrium*.

Livia, il che sembrerebbe corroborare la tesi sul carattere problematico del matrimonio con una donna già incinta dal precedente marito. In questo senso sembra deporre il commento di Tacito che ritiene la domanda di Ottaviano una sorta di «scherzo». Pure Cassio Dione dubita che gli antichi costumi (*mores*) abbiano permesso di dispensare una donna dal divieto in questione, qualora non ci fossero dei dubbi circa la paternità del figlio – possibilità, questa, alla quale si sono richiamati i pontefici. Ciò sembra suggerire che negli antichi costumi sussistesse, infatti, una sorta di inibizione di matrimoni con delle donne incinte dai precedenti mariti.³⁸ Tant'è vero che abbiamo anche delle testimonianze nell'altro senso: secondo Plutarco (*Cat. Min.* 25.5), Marzia, divorziata appena da Catone, ha sposato Ortensio, pur essendo incinta dal precedente marito. Pare che quest'ultima circostanza non avesse creato nessun'ostacolo al matrimonio con Ortensio.³⁹

La risposta dei pontefici, i quali hanno dato il permesso al matrimonio, sotto la condizione che non vi fossero dei dubbi sulla paternità del nascituro, rimane tuttavia difficile da comprendere. Da un lato, infatti, essa implica che all'epoca in questione una potenziale incertezza circa la paternità dei figli che poteva sorgere quando una donna aveva cominciato i rapporti sessuali con un altro uomo troppo presto dopo la soluzione del matrimonio precedente, era vista come un problema serio. Ciò sembra corroborato dal fatto che nella legge *De maritandis ordinibus* Augusto, avendo imposto ai cittadini l'obbligo di essere sposati in una determinata età, abbia previsto un'eccezione non solo per le vedove in lutto, ma anche per le donne divorziate, appunto per il periodo di sei mesi dopo lo scioglimento del matrimonio precedente.⁴⁰

³⁸ In questo senso A. FRASCHETTI, «Livia, la politica», [in:] IDEM (ed.), *Roma al femminile*, Bari 1994, pp. 123–124.

³⁹ A proposito della storia di Marzia, Catone e Ortensio, cfr. Eva CANTARELLA, «Marriage and sexuality in republican Rome: A Roman conjugal love story», [in:] Martha NUSBAUM & J. SIHVOLA (ed.), *The Sleep of Reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome*, Chicago – London 2002, pp. 269–289. Richiamandosi appunto alla vicenda di Marzia e Ortensio, Cantarella esclude una sussistenza del divieto di sposare una donna incinta nel diritto romano. Secondo FRASCHETTI, «Livia, la politica» (cit. n. 38) il divieto in questione è caduto in desuetudine verso la fine della repubblica. Va sottolineato, inoltre, che Plutarco è l'unico a menzionare la gravidanza di Marzia.

⁴⁰ Secondo Cassio Dione, nel momento di sposare Ottaviano, Livia era incinta proprio da sei mesi (XLVIII 44.1).

D'altro canto, però, è difficile capire come mai dubbi circa la paternità del bambino, con il quale Livia è stata incinta, siano potuti sorgere nella situazione in questione, considerando che la sua gravidanza era già nota. Pare che proprio la sussistenza della gravidanza eliminasse qualsiasi dubbio al proposito: in tal caso, infatti, non si poteva presumere altro che la paternità del marito precedente. Tanto più che Livia è stata ormai nel sesto mese della gravidanza, ragion per cui la paternità del bambino non la si poteva attribuire affatto al nuovo marito. Sembra che l'obiettivo dei pontefici sia stato precisamente quello di aiutare Ottaviano,⁴¹ e quindi hanno imposto una specie di condizione che si sapeva già adempiuta. Ciononostante, la risposta dei pontefici pare di mettere in questione il senso stesso della domanda di Ottaviano: se la gravidanza di Livia ha creato per lui un ostacolo, almeno potenziale, alle nozze, nella risposta dei pontefici essa si è rivelata proprio il fattore atto ad eliminare l'ostacolo al nuovo matrimonio.

La risposta dei pontefici sembrerebbe forse più comprensibile, se si supponesse che, nel caso in questione, un fattore importante, atto a eliminare sia i dubbi circa la paternità del bambino, che gli eventuali pericoli per il feto, sia proprio l'accordo tra il marito divorziato e quello nuovo. Sotto quell'aspetto, infatti, la vicenda di Livia e Ottaviano concorda con quella di Marzia e Ortensio: in entrambi i casi, le donne erano incinte quando si sono sposate, avevano però il consenso dei mariti precedenti – padri dei nascituri.

La storia del matrimonio di Ottaviano con Livia sembra testimoniare il sovrapporsi dei due motivi che rendevano il matrimonio troppo precoce di una donna, da poco tempo uscita dal matrimonio precedente, problematico nella coscienza sociale. Da un lato, infatti, si trattava, a quanto pare, di una serie di pericoli per il feto già presente nel grembo di una donna, i quali avrebbero potuto sorgere in seguito ai rapporti con un altro uomo.⁴² Ciò spiegherebbe il problema che Ottaviano si è posto, sottoponendo la

⁴¹ Tale è del resto il suggerimento di Cassio Dione, il quale dubita che i pontefici si siano basati davvero sull'antico costume, propendendo per l'opinione che abbiano piuttosto voluto aiutare Ottaviano (XLVIII 44.1).

⁴² Cfr. Agnieszka KACPRZAK, «The widow's duty of mourning and the ancient concept of pregnancy», [in:] Evelyn HÖBENREICH & Viviane KÜHNE (ed.), *Derecho romano, biología y algo más*, Lecce 2010, pp. 81–98.

domanda ai pontefici: quello cioè di sposare una donna già incinta dal precedente marito. D'altro canto, come dimostra la risposta dei pontefici, un problema altrettanto grave lo creavano gli eventuali dubbi circa la discendenza dei figli, dal precedente o dal nuovo marito. Anche se la vicenda di Livia non è quella di una vedova, bensì di una donna divorziata, nella situazione della vedova dovevano sorgere, a maggior ragione, le stesse perplessità.

In definitiva, pare che il divieto delle seconde nozze, gravante sulle vedove durante i dieci mesi dopo la morte dei loro mariti, sia stato motivato da un lato dall'avversione dei Romani ai rapporti sessuali che una donna incinta avrebbe potuto avere con altri uomini, e dall'altro dal pericolo dell'incertezza circa la paternità dei bambini. Entrambi questi motivi, pur non riconducibili uno all'altro, erano palesemente legati alla funzione procreativa del matrimonio, e dunque non erano applicabili agli altri casi di lutto, oltre a quello della vedova.



VI. CONCLUSIONE

Se l'interpretazione proposta nei paragrafi precedenti è giusta, il divieto gravante sulla vedova di risposarsi entro i dieci mesi successivi alla morte del marito, equivarrebbe al divieto di mantenere dei rapporti sessuali nello stesso periodo, corrispondente, non a caso, alla durata massima della gravidanza. Il divieto in questione dovrebbe essere dunque visto come una parte del sistema del controllo della sessualità femminile, accanto all'interdizione dell'adulterio. Fino a che punto un tale sistema fosse efficace, prima e dopo l'introduzione dell'infamia pretoria e della legge contro l'adulterio, è tuttavia difficile da rispondere.

Per quanto riguarda la violazione del divieto di sposarsi durante il lutto, studiosi che si sono occupati del tema concordano sul fatto che l'originaria sanzione religiosa, gravante sulla vedova, nel periodo repubblicano sia stata sostituita dalla nota censoria,⁴³ e in seguito, a cavallo della

⁴³ GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), p. 67, ipotizza che il censore doveva intervenire pure

repubblica e del principato, dall'infamia pretoria.⁴⁴ Quanto alla censura, però, bisogna tenere presente che direttamente sottoposti ad essa erano soltanto i *patres familiarum*, ossia cittadini maschi non subietti alla potestà paterna (*sui iuris*). Per quanto riguarda le donne, il censore poteva intervenire solo indirettamente, cioè facendo responsabili gli uomini,⁴⁵ se questi non hanno provveduto che le donne delle loro famiglie si comportassero in maniera conforme ai costumi.⁴⁶ Nel caso della vedova, eventualmente censurato poteva essere suo padre, se l'avesse ritenuta in potestà.⁴⁷ Si può anzi presumere che l'infamia pretoria, imposta al *paterfamilias* della vedova che l'avrebbe collocata nel matrimonio prima della terminazione del lutto, riecheggiasse appunto il funzionamento della nota censoria. Se è lecito trarre l'ulteriore analogia dalla norma edittale, la quale ha minacciato con l'infamia anche il nuovo sposo della vedova, si può presumere che nel periodo precedente pure lui potesse subire la nota censoria. Se, e quanto frequentemente semmai, tale sanzione fosse applicata in pratica, rimane tuttavia una questione aperta. Opianico che ha sposato Papia cinque mesi dopo la morte del suo marito precedente, e nonostante che lei fosse incinta, non ha subito, a quanto pare, alcuna punizione (Cic. *Cluent.* 12.33). Ciò potrebbe indurre all'ipotesi che nel periodo in questione la sanzione censoria fosse ormai desueta. Tant'è vero che Cicerone presenta il comportamento di Papia e di Opianico come particolarmente scandaloso. La richiesta di Magius, rivolta a sua moglie, di restare per il

nei casi del matrimonio concluso dalla vedova in lutto, tuttavia non direttamente, bensì per mezzo del capo di famiglia.

⁴⁴ Secondo GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), pp. 45; 115-116, tutti i casi dell'infamia pretoria dovevano avere prototipi nell'infamia censoria.

⁴⁵ Che il censore abbia potuto esercitare tale pressione sul marito della donna, è corroborato da Cicerone, secondo il quale tra i compiti del censore rientrava anche quello di istruire i mariti come temperare le proprie mogli: «nec vero mulieribus praefectus praeponeatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit censor, qui viros doceat moderari uxoribus» (*Rep.* VI 6.16). Per ovvi motivi, tuttavia, il controllo da parte del marito non era applicabile al caso di una vedova.

⁴⁶ Cfr. GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), p. 63.

⁴⁷ GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), p. 67, presuppone che il censore doveva essere intervenuto anche nei casi del matrimonio della vedova durante il lutto, anche se non abbiamo testimonianze in questo senso nelle fonti. L'intervento del censore in questi casi avrebbe urtato il capo di famiglia.

periodo di dieci mesi presso sua madre, e ciò proprio al fine di provvedere per la nascita del figlio con il quale lei era incinta, sembra inoltre corroborare la costante preoccupazione dei Romani per la condotta delle vedove durante il periodo della gravidanza, già nota, oppure soltanto sperata. Ciò dimostra che, a prescindere dall'efficacia della sanzione, l'attesa che le vedove rimangano fedeli ai loro mariti defunti almeno per il periodo del lutto, era ben radicata nella coscienza sociale.

Altrettanto difficile è la questione se la vedova che ha mantenuto rapporti sessuali durante il lutto, pur non essendosi sposata, rischiasse qualsiasi punizione.

Nella dottrina romanistica è pressoché unanimemente riconosciuto che i rapporti sessuali con le vedove configurassero un reato sessuale, appartenente alla categoria di *stuprum*, perseguibile inizialmente davanti al tribunale domestico (*iudicium domesticum*),⁴⁸ e a partire dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*, davanti all'apposita *quaestio perpetua*.⁴⁹

La possibilità di perseguire in base alla *lex Iulia de adulteriis supra* intesi come reati sessuali diversi dal rapporto con una donna sposata (*adulterium* nel senso stretto), è stata tuttavia messa in discussione, e con argomenti molto persuasivi, da Rizzelli. La sua ricerca dimostra, infatti, che la libertà sessuale delle donne Romane era in realtà molto più ampia di quanto comunemente si pensasse e ha cominciato a essere gradualmente limitata alla fine del periodo classico e durante quello post-classico. Conseguentemente, lo studioso italiano ritiene che i rapporti sessuali diversi dall'infedeltà coniugale femminile non sono stati disciplinati dalla legge augustea, ma sono stati gradualmente ricondotti nell'ambito di essa attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. Il rapporto sessuale con la vedova, accanto a quello con la vergine, sarebbe stato uno dei primi a essere sottoposti al regime della *Lex Iulia de adulteriis*, attraverso la sua sussunzione nella nozione

⁴⁸ Cfr. Y. THOMAS, «Remarques sur la juridiction domestique à Rome», [in:] J. ANDREAU & H. BRUHNS (ed.), *Parenté e stratégie familiales dans l'antiquité romaine*, Roma 1990, pp. 452-457.

⁴⁹ Per la letteratura più antica cfr. E. VOLTERRA, «Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris*», [in:] *Scritti Giuridici* I, Napoli 1991, pp. 221-222 e n. 2. In questo senso anche Carla FAYER, *La famiglia romana* III, Roma 2005, pp. 216-220.

dell'adulterio.⁵⁰ È anzi molto probabile che l'ipotesi d'origine sia stata proprio quella della vedova in lutto: la più antica testimonianza della perseguibilità del rapporto sessuale con la vedova, configurato come adulterio, riguarda, infatti, una donna che ha partorito dodici mesi dopo la morte del marito (Quint. v 13.9: «Adulterii rea est quae, cum anno vidua fuisset, enixa est»)⁵¹. È interessante notare che Quintiliano adduce l'ipotesi in questione come un esempio della causa non difendibile, e cioè tale in cui non solo il fatto stesso (*i.e.* quello di aver avuto un rapporto sessuale prima di dieci mesi dopo la morte del marito), ma anche la sua qualificazione giuridica (in quanto, appunto, adulterio) è innegabile. Ciò dimostra che, almeno nei tempi di Quintiliano, sia la qualificazione del rapporto sessuale della vedova in lutto come adulterio, che la sua perseguibilità, era fuori di discussione.

Più complessa ancora è la questione se, ed eventualmente in che modo, i rapporti sessuali della vedova fossero repressi prima della legislazione augustea. Il fatto che la giurisprudenza li abbia relativamente presto ricondotti nella nozione dell'adulterio – perlomeno quelli intrapresi durante il lutto, come dimostra il testo di Quintiliano – implica che, nella coscienza sociale almeno, essi sono stati già condannati come tali. L'analogia tra i rapporti in questione e l'adulterio nel senso proprio pare che sia stata agevolata per l'appunto dal fatto che sulle vedove gravava già dai tempi arcaici il divieto di sposarsi durante il lutto, e cioè che, almeno per un periodo di dieci mesi, ossia quello coincidente con la durata massima della gravidanza, loro erano obbligate a mantenere una specie di fedeltà nei confronti dei loro mariti defunti.

Se i rapporti sessuali della vedova prima della *Lex Iulia* potessero essere giudicati alla stessa stregua dell'adulterio, ossia davanti al tribunale domestico, è tuttavia più difficile da decidere, dal momento che non si sa quale tribunale sarebbe stato competente nei casi del genere. Secondo le fonti a nostra disposizione l'adulterio nel senso proprio è stato giudicato dal tribunale composto dal marito insieme ai cognati della donna.⁵² Si tratta però

⁵⁰ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, pp. 212-267.

⁵¹ RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* (cit. n. 50), pp. 241 e 264-265.

⁵² D.H. II 25-6; Gell. x 23.4, Tac. *Ann.* XIII 32. Sulla composizione del tribunale domestico competente per i reati sessuali delle donne in generale, cfr. THOMAS, «Remarques sur la juridiction» (cit. n. 48), pp. 467-472.

delle fonti relativamente tarde, ragion per cui non è chiaro in che rapporto stava originariamente la competenza del tribunale domestico alla potestà del marito (*manus*), o a quella del padre di famiglia della donna (*patriapotestas*). Kunkel ipotizza che il tribunale dei cognati della donna, presieduto da suo marito, abbia giudicato solo le mogli *sui iuris*, mentre quelle rimaste sotto la potestà paterna sarebbero state giudicate dal tribunale domestico della loro famiglia di origine, presieduto dal *paterfamilias*.⁵³ Le donne sotto la *manus* del marito sarebbero state giudicate invece dal tribunale domestico presieduto da questi e composto dai membri della sua famiglia agnatica. Lo stesso tribunale, ma questa volta presieduto dall'agnato prossimo della vedova, p.e. da suo figlio, è stato competente – sempre secondo l'ipotesi di Kunkel – se lei fosse uscita dalla potestà del marito in seguito alla sua morte.⁵⁴

Una serie di fonti dagli inizi del principato conferma inoltre la possibilità di giudicare una donna da parte del tribunale composto dai soli cognati, i.e. senza la presenza del marito.⁵⁵ Livio (*Per.* 48), racconta la storia di Publia e Licinia, accusate di aver avvelenato i propri mariti e condannate a morte dal decreto dei cognati.⁵⁶ Rilevante per i nostri scopi è anche la vicenda di Appuleia Varilia, accusata sia dell'adulterio, che dell'uccisione del marito. Secondo Tacito (*Ann.* II 50.2.4) Tiberio ha mandato la sua causa al tribunale dei cognati, i quali l'hanno condannata.⁵⁷

Considerato quanto sopra, si può ipotizzare che una vedova, almeno in teoria, sarebbe potuta essere giudicata anche per adulterio nel senso lato

⁵³ W. KUNKEL, «Das Konsilium im Hausgericht», [in:] *Kleine Schriften*, Weimar 1974, p. 136.

⁵⁴ KUNKEL, «Das Konsilium» (cit. n. 53), p. 136.

⁵⁵ Liv. XXXIX 18.6 e *Ep.* 48; Suet. *Tib.* 35; Tac. *Ann.* II 50.2.4; Val. Max. VI 3.7 e 8

⁵⁶ Cfr. R. A. BAUMAN, «Family law and Roman politics», [in:] *Sodalitas. Scritti in onore Antonio Guarino* III, Napoli 1984, p. 1297; E. POLAY, «Das regimen morum des Zensors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit», [in:] *Studi Volterra* III, Milano 1971, p. 304, ipotizza che si trattasse di tribunali presieduti dai *patres familiarum* delle donne, mentre E. VOLTERRA, nel «Il preteso tribunale domestico», *RISG* 2 (1948), p. 128, ritiene che le donne siano state uccise dai cognati dei mariti defunti che, anziché agire in qualità dei tribunali domestici, abbiano adoperato la mera vendetta.

⁵⁷ BAUMAN, «Family Law» (cit. n. 56), p. 1298, ipotizza che lo stesso Tiberio abbia presieduto il tribunale, in qualità di cognato principale. Egli ritiene tuttavia più probabile che in questo caso non si trattasse affatto del tribunale domestico.

del termine, ossia per aver mantenuto rapporti sessuali dopo la morte del marito. Il tribunale competente sarebbe stato quello degli agnati del marito, se lei fosse stata nella sua potestà (*manus*) durante il matrimonio, e nei casi dei matrimoni *sine manu*, davanti al tribunale di suo padre (se restava ancora nella sua potestà), oppure davanti a quello dei propri cognati (se era *sui iuris*). Che i processi del genere effettivamente si svolgessero alla fine della repubblica sembra tuttavia poco probabile. Pare che nel periodo direttamente precedente alla *lex Iulia de adulteriis* persino gli adulteri nel senso proprio non erano in pratica perseguitati.

Alla luce delle considerazioni precedenti l'infamia, introdotta dal pretore come punizione delle vedove che si sono sposate senza rispettare il periodo del lutto, si presenta come uno dei tentativi, accanto alla *lex Iulia de adulteriis* e all'editto *de adtemptata pudicitia*, di recuperare il controllo sulla condotta sessuale delle donne: delle mogli prospettive, attuali, o ex mogli dei cittadini romani.⁵⁸ In questo senso essa va vista come un'espressione dell'idea più generale, emersa a cavallo della repubblica e del principato, di rinnovare il morale delle donne, considerato all'epoca in pericolo di perdersi.

Agnieszka Kacprzak

Cattedra di Diritto
Facoltà di Scienze Economiche e Giuridiche
Università Tecnico-Umanistica «Kazimierz Puławski»
ul. Chrobrego 31
26-600 Radom
POLONIA

Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen
Fachbereich Römisches Recht
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Karl-Franzens Universität Graz,
Universitätsstraße 15,
8010 Graz
AUSTRIA
e-mail: a.e.kacprzak@gmail.com

⁵⁸ Secondo GREENIDGE, *Infamia* (cit. n. 21), p. 134, la regolazione edittale dell'infamia proviene dalla fine della repubblica.