

MARIA VIRGINIA SANNA

*Matrimonium iniustum,
accusatio iure viri et patris e ius occidendi*

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LIV
(2010-2011)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

MARIA VIRGINIA SANNA

*Matrimonium iniustum,
accusatio iure viri et patris e ius occidendi*

ABSTRACT

This article intends to debate the dominant theory according to which the *iure viri et patris accusatio* and the *ius occidendi* were possible only for *iustum matrimonium*. In fact, it is not sure, on the basis of the examination of D. 48.5.14.1-2 and D. 48.5.25.3, that the *iure viri et patris accusatio* and the *ius occidendi* could not be exercised also against the *iniusta uxor*, the *uxor quae vulgaris fuerit*, the *ignominiosa filia* and the *uxor contra leges nupta*.

PAROLE CHIAVE

Adulterio; *ius occidendi*; *matrimonium iustum*; *matrimonium iniustum*; *accusa iure viri et patris*; *accusa iure extranei*.

SOMMARIO. 1. Accusa *iure viri et patris* e *ius occidendi*. 2. Teoria della dottrina dominante secondo la quale *ius occidendi* e accusa privilegiata potevano essere concessi solo per la lesione di un *iustum matrimonium*. 3. Accusa nei confronti dell'*uxor iniusta*. 4. Accusa nei confronti dell'*uxor quae vulgaris fuerit*. 5. Accusa nei confronti della *filia ignominiosa* e dell'*uxor contra leges nupta*. 6. Conclusioni.

In tema di adulterio abbiamo assistito, negli ultimi decenni, al fiorire di una serie di contributi che hanno posto in discussione i risultati, che parevano oramai consolidati, raggiunti dalla dottrina più risalente, in particolare dal Volterra.¹ La *lex Iulia de adulteriis*, emanata da Augusto² intorno al 18 a.C.,³ represse, come è noto, sia l'adulterio propriamente detto, cioè la relazione sessuale di una donna sposata, sia lo stupro, cioè la relazione sessuale di una *virgo* o una *vidua* di onorata condizione⁴ come *crimina*,⁵ concedendo al marito e

¹ E. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Cagliari* 17 (1928) 1 ss., ora in *Scritti* 1 (Napoli 1991) 219 ss.; *In tema di accusatio adulterii*, in *Studi Bonfante* 2 (Milano 1930) 109 ss., ora in *Scritti* 1 cit. 313 ss.

² D. 48.5.1 (Ulp. 1 de ad.): *Haec lex lata est a divo Augusto*.

³ Sulla datazione si veda, da ultimo, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della lex Iulia de adulteriis*, in *Iuris vincula. Studi Talamanca* 8 (Napoli 2001) 79 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁴ Sembrerebbe previsto nella *lex Iulia* anche lo *stupro cum puero*: D. 48.5.35.1 (Mod. 1 reg.): *Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*, D. 48.5.9 (Marc. 2 de ad.): *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias, vel cum masculo fieret....*, P.S. 2.26.12: *Qui masculum liberum invitum stupraverit, capite punitur*. Mentre secondo alcuni autori la *lex Iulia* non avrebbe sottoposto a nuova regolamentazione i rapporti omosessuali, che avrebbero continuato ad essere regolati dalla *lex Scatinia* (vedi in tal senso E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*² (Roma 1983) 168 ss.; *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, (Roma 1988) 182 ss.), secondo altri la *lex Iulia*, senza abrogare la *lex Scatinia*, l'avrebbe comunque modificata, occupandosi anche dell'omosessualità maschile (vedi D. DALLA, *Ubi venus mutatur, Omosessualità e diritto nel mondo romano* (Milano 1987)). La *lex Scatinia* o *Scantinia*, il cui testo non ci è pervenuto, è spesso citata nelle fonti letterarie; si veda, di recente, C. LOVISI, *A l'origine de la loi Scantinia?* in *Mélanges Magdelain* (Paris 1998) 275 ss., D. CLOUD, *A Philologist Looks at the Lex Scantinia*, in *Iuris Vincula. Studi Talamanca* 2 cit. 201 ss.; M. MIGLIARESI, *Note sulla lex Scantinia: legge comiziale?*, in *Iura* 55 (2004-5) 164 ss.

⁵ Da Coll. 4.2.2: *Et quidem primum caput legis prioribus legibus pluribus obrogat*, sembra, peraltro, di potersi ricavare che siano esistite precedenti *leges* sull'adulterio, leggi sulle quali, però, abbiamo pochissime informazioni. L. CHIAZZESE, voce *Adulterio*, in *NNDI*. 1¹ (Torino 1968) 322 s., osserva che, sebbene in età repubblicana il diritto statutale non configurasse l'adulterio come *crimen* e non intervenisse direttamente a reprimerlo, si avrebbe notizia di processi edilizi, promossi per iniziativa magistratuale e

al padre un' *accusatio* privilegiata, *iure viri et patris*,⁶ da promuovere entro sessanta giorni dal divorzio,⁷ e, una volta trascorso inutilmente il tempo a questi riservato, un' *accusatio iure extranei*, esperibile da qualsiasi cittadino, compresi il marito e il padre che non avessero accusato nello spazio di tempo loro riservato, e che sarebbe stata proponibile, secondo il Volterra, non solo in caso di adulterio ma anche in caso di stupro, e quindi, a suo avviso, in tutti i casi di *matrimonia iniusta*, ritenuti inesistenti,⁸ come quello della minore di

rivolti a colpire gli adulteri con una *multae irrogatio*. A.M. RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, 1, *Dalle origini al periodo degli Antonini* (Milano 1979) 210 ss., ritiene che, pur non potendosi affermare con precisione a quali *leges* si riferisca Coll. 4.2.2, il passo confermi che l'adulterio aveva già trovato precedentemente una regolamentazione legislativa, come dimostrerebbe anche Gell. *N.A.* 10.23.5: '*Vir*' inquit '*cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet, si quid perverse taetrequae factum est a muliere; multatur, si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. De iure autem occidendi ita scriptum: In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterare, digito non auderet contingere, neque ius est*. Per G. RIZZELLI, *Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Iulia de adulteriis*, in *BIDR.* 90 (1987) 355 ss., il quale pone in evidenza che in Coll. 4.2.2 si trova scritto *obrogat* e non *abrogat*, la *lex Iulia* si pone in un rapporto di continuità ideale con i provvedimenti già intervenuti a disciplinare la materia, anche se si esclude in genere che le 'precedenti numerose leggi' abbiano represso l'adulterio, che sarebbe stato abbandonato alla giurisdizione domestica sino all'età del Principato.

⁶ D. 48.5.15.2 (Scaev. 4 *reg.*): *Marito primum, vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas expectatur.*

⁷ La dottrina prevalente ritiene che in epoca classica il marito non potesse esercitare l'accusa finché durava il matrimonio (D. 48.5.12.10, D. 48.5.31.1, D. 48.5.41.1), e fosse obbligato a chiedere il divorzio, pena l'accusa di lenocinio. Poiché da una serie di passi risulta che la *lex Iulia* prevedeva alcuni adempimenti perché il divorzio producesse effetti (D. 48.5.44 (Gai. 3 *ad l. XII tab.*): *Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit*, D. 38.11.1.1 (Ulp. 47 *ad ed.*): *...item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet*), in particolare che il *repudium* fosse esternato dinanzi a sette *cives* romani puberi (D. 24.2.9 (Paul. 2 *de ad.*): *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet*), e dal momento che il principio vigente nel diritto classico era quello della libertà di forma, parte della dottrina ritiene che le formalità previste dalla *lex Iulia* per il divorzio riguardassero solo le procedure per la repressione dell'adulterio.

⁸ Per E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium*, in *Studi Scherillo* 2 (Milano 1972) 441 ss., ora in *Scritti* 3 cit. 177 ss., o il *matrimonium* è *iustum*, perché sono presenti tutti i requisiti richiesti, oppure è giuridicamente inesistente; si sarebbe avuto *matrimonium iniustum*, e quindi inesistente, in assenza anche di uno solo dei requisiti previsti per il *matrimonium iustum*. La dottrina non si è, peraltro, mostrata concorde nel ritenere che

12 anni, della *filiafamilias* che non ha ottenuto il consenso paterno, nonché nei confronti della *concubina* e della *sponsa*. Secondo l'Ankum,⁹ nel caso dell'*uxor iniusta*, della concubina e della *sponsa* l'accusa sarebbe mossa *iure extranei* per adulterio; per lo stupro, in rapporto al quale, osserva l'Autore, nelle fonti non si parla mai di *accusatio iure extranei*, sarebbe concessa, così come per gli altri *crimina publica*, un'*accusatio* distinta, l'*accusatio* per stupro,¹⁰ esperibile da un *quivis ex populo* in un giudizio pubblico. In caso di adulterio flagrante, la *lex Iulia*¹¹ concesse, invece, al marito il *ius occidendi*¹² sul correo, ma

per i giuristi romani il *matrimonium iniustum* fosse, in quanto tale, sempre nullo o inesistente; già per F. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* 2 (Berlin 1840) 524, 528, ad esempio, essi avrebbero distinto fra matrimoni privi di requisiti secondo il *ius civile*, o meglio, per usare le sue parole, 'der alten *jus civile*', che sarebbero stati nulli, e matrimoni che, pur avendo tutti i requisiti stabiliti per il *iustum matrimonium*, contravvenivano a qualche divieto di legge, come quelli stabiliti dalla *lex Iulia et Papia*, che sarebbero stati di per sé giuridicamente validi, pur essendo i coniugi 'per quanto riguarda le condizioni di capacità' considerati *caelibes*. Aderiscono a tale opinione, sia pur con dei distinguo, A. WATSON, *The Law of Persons in the later Roman Republic* (Oxford 1967) 27, R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*⁴ (Milano 1996) 103 ss., G. RIZZELLI, *Lex Iulia. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum* (Lecce 1997) 190 nt. 82.

⁹ H. ANKUM, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA*. 32 (1985) 153 ss.; *La sponsa adultera. problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *Estudios D'Ors* 1 (Pamplona 1987) 161 ss.

¹⁰ Osserva G. RIZZELLI, *Lex Iulia* cit. 185, che nulla, però, sappiamo circa la procedura avviata da un'*accusatio stupri*, alla quale sarebbero da ricondurre, a suo avviso, alcuni caratteri peculiari, se non altro per la mancanza della necessità di rispettare il decorso dei due mesi dall'avvenuto divorzio. Dal momento che l'*accusatio stupri* per l'autore sarebbe rivolta nei confronti di donne non sposate, non si porrebbe, però, né il problema del divorzio né il problema del decorso dei sessanta giorni.

¹¹ A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis*, in *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain* (Paris 1886) 3 ss., aveva ritenuto che prima della *lex Iulia* al marito fosse, invece, accordata 'une impunité complète', in quanto poteva legittimamente uccidere la moglie *in manu* colta in flagrante adulterio; se l'*uxor* era, invece, *filiafamilias* 'elle trouvait encore un juge dans le père, armé du droit de vie ou de mort'. E. CANTARELLA, *Adulterio omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi Scherillo* 1 cit. 243 ss.; *La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco*, in *Testimonium amicitiae* (Milano 1992) 71 ss., parla di una revisione e limitazione da parte della *lex Iulia* delle regole che, sino a quel momento, avevano concesso sia al padre sia al marito un'impunità avente una maggiore estensione. Per A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² (Napoli 2001) 579 nt. 42.2.2, l'uccisione dell'adultera attribuita dalla tradizione ad una *lex Romuli* era una possibilità implicata dalla *potestas* del marito cui l'*uxor in manu* era sottoposta, nonché eventualmente dalla *potestas* del *pater* cui era sottoposta l'*uxor sine manu*. L'Autore, in *Lui, lei e l'altro nel matrimonio romano*, in *Index*

solo se di bassa condizione sociale:

D. 48.5.25pr. (Mac. 1 *Publ.*): *Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam saltandi cantandive causa prodierit iudiciove publico damnatus neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti uxorisve, patris matris, filii filiae utrius eorum fuerit (nec interest,*

21 (1993) 411 ss., ritiene, poi, che prima della *lex Iulia* non fosse consentito né al marito né al padre uccidere il correo.

¹² Già una *lex regia* attribuita a Romolo e riportata da Dionigi di Alicarnasso parlava della possibilità che il marito, assieme ai *συγγενείς*, potesse punire con la morte la moglie rea di adulterio (e di ubriachezza): *Antiquitates Romanae* 2.25.6: ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκασον ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί... εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυνή. ἀμφοτέρω γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιούῳ συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος. In un passo della *Vita Romuli* di Plutarco (22.3) si parla, però, in caso di adulterio, di aborto procurato per ingestione di sostanze farmacologiche e di ubriachezza, solo della possibilità di ripudio: Ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς ... γυναῖκα δὲ διδοὺς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν... La dottrina ha avanzato diverse ipotesi per cercare di risolvere questo contrasto; così per E. CANTARELLA, *Adulterio* cit. 253 ss., la norma di Dionigi farebbe riferimento all'ipotesi della moglie scoperta in flagrante, la norma di Plutarco a quella della moglie della quale era stato provato in un secondo momento l'adulterio, per R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1996) 232 ss., l'alternativa tra ripudio e *ius occidendi* sarebbe, invece, stata rimessa alla discrezionalità del marito. Secondo U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica* (Roma 1999) 146 nt. 26, per l'adulterio e l'ubriachezza sarebbero stati possibili sia il *ius occidendi* sia il ripudio, per l'avvelenamento della prole il solo ripudio. P. GIUNTI, *Consortes vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica* (Milano 2004) 67 ss., ritiene possibile che anche Plutarco non abbia mai alluso alla possibilità di una condanna a morte, ma solamente al ripudio, per R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico* (Padova 2006) in caso di adulterio non flagrante alla pena della morte sarebbe stata sostituita, col tempo, la pena del ripudio. L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati, Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana* (Bari 1998) 79 nt. 262, ritiene che nel periodo più antico non entrassero in gioco, per quanto riguarda il ripudio dell'adultera o la sua uccisione, fattori affettivi o emotivi; non sarebbero stati l'amore o l'orgoglio feriti e neanche l'anacronistico tradimento di un rapporto di fiducia a portare all'allontanamento della colpevole, ma 'il diritto – e anche preciso dovere – proprio di ogni cittadino di salvaguardare la purezza della propria discendenza'. Solo in seguito si sarebbe avuta, forse, una 'maggior colorazione affettiva delle relazioni fra sposi', e ciò potrebbe aver indotto i mariti a sorvolare sulle colpe delle mogli; per questo lo Stato dovette intervenire direttamente 'in un campo al quale era in precedenza istituzionalmente e culturalmente estraneo'.

*proprius cuius eorum an cum alio communis fuerit) quive servus erit.*¹³

Il padre poteva, invece, uccidere il correo, *quemlibet*, e la figlia, purchè fosse titolare di *potestas* o *auctor* nella *conventio in manum*,¹⁴ li

¹³ Vedi anche P.S. 2.26.4: *Maritus in adulterio deprehensus non alios quam infames et eos qui corpore quaestum faciunt, servos etiam, excepta uxore quam prohibetur, occidere potest.* Se il marito uccideva il correo che rientrasse in una delle categorie previste, doveva denunciare entro tre giorni al magistrato l'uccisione e il luogo dove era avvenuta, e separarsi subito dalla moglie. In prosieguo di tempo, se il marito avesse ucciso la moglie o un correo non rientrante fra i soggetti individuati nella legge, non sarebbe stato condannato alla pena capitale come omicida ma all'esilio, come leggiamo in D. 48.5.39.8 (Pap. 36 *quaest.*): *Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: Si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet. nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit. sufficet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari, e C. 9.9.4 (Imp. Alexander A. Iuliano proconsuli Narbonensis): Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecerit, si eius conditionis fuit, ut per legem Iuliam impune occidi potuerit, quod legitime factum est, nullam poenam meretur: idemque filiis eius qui patri paruerunt praestandum est. Sed si legis auctoritate cessante inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox et dolor iustus factum eius relevat, potest in exilium dari (PP. sine die et consule).* E. CANTARELLA, *La causa d'onore* cit. 71 ss., pone in evidenza come, pur avendo la *lex Iulia* imposto notevoli limitazioni al *ius occidendi* del marito, queste limitazioni siano, poi, cadute col tempo, e si sia ammesso che il marito potesse uccidere anche la moglie, potesse uccidere il correo a qualunque rango sociale appartenesse, ovunque l'adulterio fosse stato commesso, e anche non in flagranza di reato, in quanto, mentre il concetto di *iustus dolor* era chiaro, quali atti provocassero il *dolor*, e quali fossero le persone il cui *dolor* era *iustus*, era valutazione che poteva cambiare nel tempo.

¹⁴ Per C. RUSSO RUGGIERI, *Qualche osservazione in tema di ius occidendi ex lege Iulia de adulteriis coercendis*, in *BIDR.* 92-93 (1989-90) 93 ss., in part. 96 ss., la *lex Iulia*, riconoscendo il diritto di uccidere la figlia anche all'ascendente che non fosse più il *paterfamilias* della donna per averla trasferita *in manu mariti* (ma anche ceduta in adozione o emancipata), non avrebbe modificato il regime tradizionale, anzi si sarebbe adeguata ad un orientamento già presente nella pratica giuridica repubblicana: se, infatti, ai cognati veniva riconosciuto, già *more maiorum*, il diritto-dovere di reprimere l'immoralità femminile, e quindi pure l'adulterio, ciò significherebbe che già prima della *lex Iulia* il potere poteva essere esercitato anche dal padre naturale che, se pur non aveva più la *filia in potestate*, rimaneva il più prossimo dei cognati. Per C. LORENZI, *Pap. Coll.* 4.8.1 *La figlia adultera e il ius occidendi iure patris*, in *SDHI.* 57 (1991) 158 ss., la *lex Iulia*, accordando al *pater* la facoltà di mettere a morte anche la *filia* uscita dalla *patria potestas* con la sua *auctoritas* per entrare *in manu mariti*, estese il *ius occidendi* del *pater*, estensione che trova giustificazione da una parte nel fatto che l'onore della famiglia

sorprendesse in casa propria o del genero e li uccidesse entrambi *in continenti*,¹⁵ come leggiamo in

paterna è comunque colpito dall'adulterio, ma, dall'altra, nell'esigenza di bilanciare la sottrazione del *ius occidendi* al marito. R. LAMBERTINI, *Dum utrumque, Lex Iulia e uccisione in continenti degli adulteri iure patris* (Bologna 1992) 12 ss., ritiene che al *pater* non più titolare della *potestas* per aver convenuto la *filia in manu mariti*, ritenuto figura più idonea del marito titolare della *manus*, si riconsegna un potere che aveva ceduto ma che non era in sé estinto. Il genitore, *auctor* nella *conventio in manum* e dunque trasmissore di un potere già suo senza soluzione di continuità, sarebbe una sorta di garante nei confronti del marito e, stante la *forma mentis* del legislatore augusteo, in questo modo si giustificerebbe il suo intervento punitivo, anche se l'intera costruzione si fonda, comunque, su una *ratio sui generis*. Per C. FAYER, *La familia romana*, 3, *Concubinato Divorzio Adulterio* (Roma 2005) 226 s., si sarebbe accordato il *ius occidendi* anche al padre dell'adultera *conventa in manu* perché l'adulterio colpiva l'onore e la rispettabilità non solo della famiglia del marito ma anche del padre; inoltre, dal momento che la *lex Iulia* sottraeva al marito il *ius occidendi* nei confronti della moglie, l'aver esteso la facoltà al *pater* che non aveva più la figlia *in potestate*, perché *conventa in manu*, costituirebbe una sorta di compensazione per tale sottrazione.

¹⁵ Anche se la *lex Iulia* richiedeva in origine che l'uccisione della *filia* e del correo avvenissero *in continenti*, ben presto dovettero sorgere problemi nel caso uno dei due riuscisse a scappare o venisse solo ferito, come sembrano mostrare Coll. 4.2.7: *Et si intervallo filiam interfecerit, tantundem est, nisi persecutus illam interfecerit: continuatione enim animi videtur legis auctoritate fecisse* e D. 48.5.24.4 (Ulp. 1 *de ad.*): *...quod si non affectavit, sed, dum adulterum occidit, profugit filia et interpositis horis adprehensa est a patre qui persequatur, in continenti videbitur occidisse*. Se, dunque, l'inseguimento della figlia aveva richiesto un intervallo di tempo, ma nel padre non era venuta meno l'intenzione di punirla, la si poteva considerare uccisa *in continenti*; si prende, poi, in esame l'ipotesi che la figlia non sia stata uccisa, ma gravemente ferita in D. 48.5.33pr. (Mac. 1 *de publ. iud.*): *Nihil interest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat: nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit. quod si altero occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur: sed divus Marcus et Commodus rescripserunt impunitatem ei concedi, quia, licet interempto adultero mulier supervixerit post tam gravia vulnera, quae ei pater infixerat, magis fato quam voluntate eius servata est: quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit et severitatem requirit*. La figlia si è salvata più per caso che per volontà del padre; pur essendo egli punibile secondo l'originario disposto della *lex Iulia*, un rescritto di Marco Aurelio e Commodo ne stabilì l'impunità, e tale rescritto assunse in seguito, con tutta probabilità, valore generale, venendo applicato anche al caso inverso, in cui fosse sopravvissuto l'adultero. Papiniano in Coll. 4.9.1 sembra, poi, ritenere sufficiente, per esentare il padre dalla pena, la volontà di uccidere la figlia, che, in realtà, era riuscita a fuggire senza essere neppure ferita: *Si pater quis adulterum occidit et filiae suae pepercit, quaero quid adversus eum sit statuendum? Respondit: sine dubio iste pater homicida est: igitur tenebitur lege Cornelia de sicariis. Plane si filia non voluntate patris, sed casu servata est, non minimam habebit defensionem pater, quod forte fugit filia. Nam lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit, hic autem pater non ideo servavit filiam, quia voluit, sed quia occidere eam non potuit*. Per R. LAMBERTINI,

Coll. 4.2.3: *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, adulterum domi suae generive sui deprehenderit isve in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continenti occidat.*¹⁶

L'analisi delle nostre fonti ha determinato numerose discussioni in dottrina: ci si è chiesti, in particolare, se il *ius occidendi* permesso dalla *lex Iulia*¹⁷ al *pater* continuasse a basarsi sul *ius vitae ac necis*,¹⁸ di

Dum utrumque cit. 25 ss., in Coll. 4.9.1 Papiniano focalizza l'attenzione esclusivamente sulla problematica del dolo: poiché la *lex Cornelia* esige la presenza del dolo e il *pater* non può essere in dolo, non dovrà essere punito come omicida, in quanto era intenzionato ad uccidere anche la figlia, ma questa è riuscita, suo malgrado, a fuggire. A. GUARINO, *Rec. a Lambertini*, in *Labeo* 38 (1992) 385 s., ha ritenuto, però, Coll. 4.9.1 spurio da *plane* alla fine, in quanto la prospettiva di Papiniano sarebbe 'una vera e propria sciocchezza' e tutto l'argomento 'un cavillo troppo da retore, da avvocato' per poter essere attribuito al giurista severiano. Altro è ammettere, osserva l'Autore, che 'la figlia vale come uccisa al pari dell'amante, se sia stata gravissimamente ferita eppure poi si sia prodigiosamente ripresa, altro è invece spacciare come *casus* la fuga della figlia, sostenendo che sia sufficiente ad esimere il padre dalla legge Cornelia la sua proclamata (e comunque indimostrabile) *voluntas occidendi*'.

¹⁶ La O. TELLEGEN-COUPERUS, *Quintilian and Roman Law*, in *RIDA*. 47 (2000) 167 ss., in part. 175 ss., pone a confronto con il passo della *Collatio Quint. Inst. Or.* 3.11.7: *Sed et una causa plures habere quaestiones et iudicationes, ut ego arbitror, potest: ut in eo, qui cum adulteram deprehensam occidisset, adulterum, qui tum effugerat, postea in foro occidit; causa enim est una: adulter fuit; quaestiones et iudicationes, an illo tempore, illo loco licuerit occidere*. Il passo di Quintiliano è stato inteso come riferito al marito, e, pertanto, se ne è ricavata la non attendibilità del retore; osserva, invece, l'Autrice che 'this person can only be the father of the adulterous woman' e, pertanto, quanto scritto da Quintiliano sarebbe 'perfectly in accordance with Roman law as described by the Roman jurists'.

¹⁷ Virgilio nell'Eneide, scritta peraltro sicuramente prima dell'emanazione della *lex Iulia*, pone coloro che furono uccisi per adulterio insieme a coloro che odiarono, mentre erano in vita, i fratelli, picchiarono il padre, ordirono una frode ai danni di un cliente, accumularono ricchezze per sé soli senza dividerle con i propri cari, seguirono in guerra armi empie, osarono tradire la fiducia dei padroni (*Aen.* 6.608-614: *Hic, quibus invisī fratres, dum vita manebat, pulsatusve parens et fraus innexa clientis; aut qui divitiis soli incubuere repertis nec partem posuere suis (quae maxima turba est), quique ob adulterium caesi quique arma secuti impia nec veriti dominorum fallere dextras, inclusi poena exspectant*). Osserva, da ultima, R. HASSAN, *Tradizione giuridica romana antica e ideologia augustea. Il catalogo dei dannati del Tartaro virgiliano (Aen.* 6.608-614), in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di Santalucia (Pavia 2009) 493 ss., alla quale si rimanda per la bibliografia precedente, che i *caesi ob*

cui egli era titolare sin da una *lex regia*,¹⁹ e, dunque, fosse concesso solo al *pater* che avesse la figlia *in potestate*,²⁰ o se si trattasse di un

adulterium, insieme alle altre categorie nominate, erano colpevoli verso l'ordine familiare e sociale, essendosi macchiati di misfatti in grado di turbare la nuova morale augustea su cui si ispira l'intero poema. Il verso di Virgilio si inserisce perfettamente, secondo l'Autrice, nel contesto ideologico, culturale e politico in cui fu composta l'Eneide che, già caratterizzato dalla restaurazione augustea in tema di *mores*, avrebbe ispirato, di lì a poco, quelle scelte legislative. Virgilio potrebbe avere rievocato l'antica legge di Romulo, riportata in Dion. Hal. 2.25.6, ricollegando lo 'spirito del tempo' alla tradizione giuridica antica a lui nota, precedendo la *lex Iulia de adulteriis*, ancora non promulgata, ma di cui si avvertivano i prodromi, oppure avendo alla mente la normativa anteriore, sulla quale si veda, di recente, D. MANTOVANI, *Leges et Iura P(opuli) R(omani) restituit. Principe e diritto in un aureo di Ottaviano*, in *Athenaeum* 96 (2008) 38 ss.

¹⁸ Ritiene che le figlie non fossero sottoposte alla *vitae necisque potestas* J.A.C. THOMAS, *Vitae necisque potestas*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique* (Roma 1984) 499 ss., in part. 502: 'Mais ils ne s'autorisent pas pour cela de la *vitae necisque potestas*, qu' aucun texte ne reconnaît sur les femmes'.

¹⁹ Viene chiesto a Papiniano quale sia il motivo per cui la *lex Iulia* ha concesso al *pater* il *ius occidendi*, dal momento che già una *lex regia* gli aveva dato il *ius vitae ac necis* sulla *filia*, in Coll. 4.8.1 (Pap. l. s. de ad.): *Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem, quod bonum fuit lege comprehendi, ut potestas fieret etiam filiam occidendi, velis mihi rescribere: nam scire cupio. Respondit: numquid ex contrario praestat nobis argumentum haec adiectio, ut non videatur lex non habenti dedisse, sed occidi eam cum adultero iussisse, ut videatur maiore aequitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiae pepercerit?* Risponde il giurista che la *lex* non ha concesso il potere di uccidere a chi non l'aveva, ma, *maiore aequitate*, ha stabilito che il padre potesse esercitare tale potere solo se uccideva insieme sia la figlia sia colui che assieme a lei avesse commesso l'adulterio. Per B. ALBANESE, *Vitae necisque, paterna e lex Iulia de adulteriis coecondis*, in *Studi Musotto* 2 (Palermo 1980) 5 ss., ora in *Scritti* 2 (Palermo 1991) 26 ss., Coll. 4.8.1 è, però, spurio, come mostrerebbero il *quod bonum fuit*, il *rescribere*, il *cupio*, il *respondit* in un *liber singularis* e non di *responsa*, il *praestat nobis argumentum haec adiectio*, e tutto lo scorretto andamento dell'ultimo periodo; A.M. RABELLO, *Il ius occidendi iure patris della lex Iulia de adulteriis coecondis e la vitae necisque potestas del paterfamilias*, in *Atti del Sem. rom. Intern.* (Perugia 1972) 228 ss., in part. 232 ss., osserva, però, per quanto riguarda i difetti formali del passo, che per il *quod bonum fuit* e il *rescribere* si deve tener conto che chi chiede il parere è una persona non esperta nella terminologia giuridica, che il *cupio* è usato in vari testi letterari e giuridici dell'epoca classica nel senso di amare, desiderare, che il *respondit* viene utilizzato in una serie di altri passi del *liber singularis de adulteriis* di Papiniano.

²⁰ Per G. BRANCA, v. *Adulterio*, in *EdD.* 1 (Milano 1958) 620 s., la circostanza che Papiniano in Coll. 4.8.1 faccia riferimento al *ius vitae ac necis* mostrerebbe che il potere concesso dalla *lex Iulia* al *paterfamilias* rimaneva pur sempre nel campo dell'esplicazione di tale potere. Secondo altra parte della dottrina il *ius occidendi* costituirebbe, invece, un potere distinto dal *ius vitae ac necis*, come mostra la circostanza che non era sempre necessaria una *patria potestas* attuale; il *ius occidendi*, oltre a poter essere esercitato anche

potere diverso, che potesse spettare anche al *pater* che l'avesse emancipata,²¹ o l'avesse generata ma non avesse su di lei la *potestas*,²² o

sul correo, sul quale non si vanta alcuna *potestas*, è concesso al *pater* non solo se è titolare della *potestas* sulla figlia ma anche, come si è visto, se è stato *auctor* nella *conventio in manum*: in questo senso E. VOLTERRA, *Per la storia* cit. 3 ss.; C. LORENZI, *Pap. Coll.* 4.8.1 cit. 168 ss., R. ASTOLFI, *Il matrimonio* cit. 335. A.M. RABELLO, *Il ius occidendi* cit. 235 ss., pur ritenendo il *ius occidendi*, 'collegato in qualche modo con la *potestas* paterna', lo considera, comunque, da essa indipendente.

²¹ Coll. 4.7.1 (Pap. *l. sing. de ad.*): *Quaerebatur, an pater emancipatam filiam iure patris accusare possit. Respondi: occidendi quidem facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestatem, aut quae eo auctore in manum convenit: sed accusare iure patris ne quidem emancipatam filiam pater prohibetur.* A Papiniano viene chiesto se il *pater* possa proporre l'accusa privilegiata nei confronti della figlia emancipata; il giurista risponde che, pur essendo concesso il *ius occidendi* solo al padre che ha la *potestas* sulla figlia o è stato *auctor* nella *conventio in manum*, tuttavia sarà concesso in questo caso l'esercizio dell'accusa privilegiata. Il *ius occidendi* viene, però, ammesso in Coll. 4.2.4 (Paul. *l. s. de ad.*): *In sui iuris autem filia qui adulterum deprehensum occiderit et in continenti filiam, licito iure hoc factum Marcellus libro XXXI digestorum scribit.* La ricostruzione di questo ultimo testo, che leggiamo così come proposta dal Mommsen e comunemente accolta, è stata, peraltro, contestata dall'Albanese e dal Lambertini, che preferiscono la lettura *in vidua autem filia* proposta da P.H.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* 5 (Lipsiae 1886) 658 e accolta da O. LENEL in *Palingenesia* 1 cit. 954 nt. 18. B. ALBANESE, *Vita necisque* cit. 5 ss., ritiene che la lettura *in vidua autem filia* non implichi necessariamente un'interpretazione estensiva, perché la *filia vidua* può essere *in potestate*: se il *pater* che uccide l'adultera *filia in potestate*, tanto più quella *in manu*, al di fuori dei casi previsti dalla *lex Iulia*, sarebbe stato autore, almeno nel diritto classico avanzato, di un atto illegittimo, punibile, a maggior ragione lo sarebbe stato, a suo avviso, il *pater* che avesse esercitato il *ius occidendi* nei confronti di una *filia sui iuris*. Pone in evidenza C. RUSSO RUGGIERI, *La datio in adoptionem. 1. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale* (Milano 1990) 103 ss., che *vidua* è, però, termine ambiguo, che indica non solo la vedova in senso stretto, ma anche la donna *sui iuris* che non aveva un uomo, non dipendeva da uomini (D. 50.16.242.3 (Iav. *2 ex post. Lab.*): *viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisse, appellari ait Labeo*); se anche si voglia intendere il termine come vedova *stricto sensu*, non si eliminerebbe la contraddizione con l'affermazione di Papiniano, in quanto non è credibile che il testo di Paolo potesse trattare della vedova di un matrimonio *sine manu*, e perciò *in potestate patris*, dal momento che la previsione del caso sarebbe stata superflua; si tratterebbe, pertanto, a suo avviso, di una diversità di vedute tra i due giuristi riguardo un caso che non doveva essere oggetto di esplicita previsione nella *lex*.

²² Si vedano D. 48.5.21 (Pap. *1 de ad.*): *Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filius familias pater* e D. 48.5.22 (Ulp. *1 de ad.*): *(sic eveniet, ut nec pater nec avus possint occidere) nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis.* In D. 48.5.22 appare uno scollamento tra la prima e la seconda parte, perchè nella prima si

avesse su di lei la *potestas* ma non l'avesse generata, come se l'avesse adottata²³ o ne fosse l'avo o il proavo.²⁴

afferma che né il *pater* né l'*avus* possono esercitare il *ius occidendi*, nella seconda che ciò non avviene *immerito*, perchè chi non è *sui iuris* non sembra avere la *potestas* sull'adultera; si può ritenere che in precedenza si parlasse di un *pater* e di un avo entrambi sottoposti a *potestas* (del proavo), oppure che nel passo sia caduto qualcosa. O. LENEL, *Palingenesia* 2² cit. 931, aveva eliminato da *sic eveniet a occidere* e riferito la parte da *nec immerito* in poi al *filiusfamilias* di cui si parlava in D. 48.5.21: *Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex parentibus (anziché ex patribus) idem iure faciet: sed nec filius familias pater. (Sic eveniet, ut nec pater nec avus possint occidere) nec immerito, in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis*. Accoglie tale ipotesi C. FAYER, *La familia* 3 cit. 232 ss., la quale ritiene che i compilatori giustinianeî abbiano fatto seguire al frammento di Papiniano, accordandolo con esso, come facente parte dell'esposizione dello stesso principio, il frammento di Ulpiano, in cui 'il *pater*, menzionato assieme con l'*avus* nell'inciso parentetico come coloro che non possono avvalersi del *ius occidendi ex lege Iulia*', sarebbe il *filiusfamilias pater* indicato da Papiniano; ciò che segue dopo l'inciso di Ulpiano, *nec immerito-potestatis*, si accorderebbe sintatticamente con *sed nec filius familias pater* e pertanto si giustificerebbe perchè al *filiusfamilias* che fosse *pater* dell'adultera non venisse concesso il *ius occidendi*: colui che non era *suae potestatis* non poteva avere la *filia in potestate* e il *pater*, per poter esercitare il *ius occidendi*, doveva essere *sui iuris*. In P.S. 2.26.2: *Filius familias pater si filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope est, ut non possit occidere: permitti tamen ei debet, ut occidat* e il quasi identico Coll. 4.12.2 (tranne *permittitur tamen etiam ei, ut occidat*) sembra però, concesso il *ius occidendi* anche al *filiusfamilias pater*, ma, secondo buona parte della dottrina, la frase finale da *permitti* o *permittitur a occidat* sarebbe stata aggiunta in un secondo tempo. Così, per M.A.DE DOMINICIS, *Spunti in tema di patria potestas e cognazione*, in *Studi Segni* 1 (Milano 1967) 569 ss., in part. 605, la parte del passo da *permittitur a occidat* sarebbe dovuta ad un rifacimento del testo in un momento posteriore all'età classica; per B. ALBANESE, *Vitae necisque* cit. 12 ss., l'interpretazione estensiva potrebbe essere dovuta anche ad una differente visione di un giurista classico rispetto a Papiniano e Ulpiano, ma non è escluso che il passo abbia subito dei rimaneggiamenti.

²³ Sarebbe possibile l'esercizio del *ius occidendi* da parte di un *pater* che ha in potestà la figlia pur non avendola generata, perchè l'ha adottata: D. 48.5.23pr. (Pap. 1 *de ad.*): *Nec in ea lege naturalis ab adoptivo pater separatur*, Coll. 4.12.1: *Permittitur patri tam adoptivo quam naturali, adulterum cum filia cuiusque dignitatis domi suae vel generi sui deprehensum sua manu occidere*, P.S. 2.26.1: *Capite secundo legis Iuliae de adulteriis permittitur patri tam adoptivo quam naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui deprehensum sua manu occidere*. La dottrina prevalente (E. CANTARELLA, *Adulterio* cit. 244; A.M. RABELLO, *Effetti personali* cit. 218; B. ALBANESE, *Vitae necisque potestas* cit., 1487 ss.; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1980) 61 ss.; A. BURDESE, *Rec. a Lobrano, Pater et filius eadem persona* (Per lo studio della patria potestas), in *SDHI*. 41 (1985) 534 ss.; R. LAMBERTINI, *Dum utrumque* cit. 16 nt. 17; C. FAYER, *La familia* 3 cit. 222 ss.) sembra ritenere che si parli del padre naturale che fosse anche *paterfamilias* della donna; di opinione contraria

2. La dottrina ha pressochè unanimemente ritenuto che il *ius occidendi* potesse essere esercitato solo quando fosse possibile esperire l'accusa privilegiata, e che tale accusa fosse proponibile solo nel caso di adulterio di una donna legata in *iustae nuptiae*. Così, secondo il Volterra²⁵ - per il quale la nozione di *nuptiae* su cui si basava quella di *adulterium* non sarebbe stata ristretta ai soli casi di *iusta matrimonia*, ma avrebbe compreso anche unioni che non potevano essere considerate tali - l'*accusatio iure mariti* avrebbe potuto essere intentata solo per l'adulterio 'rigorosamente tecnico', che richiedeva le *iustae nuptiae*, mentre quella *iure extranei* sia per l'adulterio in senso tecnico sia per lo *stuprum*;²⁶ l'esercizio del *ius occidendi*, essendo riservato ai

C. RUSSO RUGGIERI, *La datio in adoptionem* cit. 99 ss. (vedi anche *Qualche osservazione* cit. 93 ss.), per la quale non ci sarebbe motivo di pensare ad un *pater naturalis* che fosse anche l'attuale *paterfamilias* della donna, poiché da D. 48.5.23 si ricava che contro la figlia *in adoptionem data* non solo il nuovo padre ma anche il *pater naturalis* poteva legittimamente esercitare il *ius occidendi*, e poiché l'espressione *pater naturalis*, specie se in relazione a *pater adoptivus*, indicava in genere la mera paternità naturale, in contrapposto a quella civile.

²⁴ Il *ius occidendi* non sarebbe stato concesso all'avo o proavo, titolari, invece, della *potestas*: secondo alcuni autori dimostrazione dell'esclusione dell'avo o proavo sarebbe data da D. 48.5.23.2, nel quale si richiede che la donna sia trovata in flagrante adulterio nella *domus* del *pater* o nella *domus generi*, in quanto *gener* indicherebbe il *filiae vir* (così D. 22.5.5 (Gai 4 ad l. Iul. et Pap.): *In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer inuitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsus quoque filiae contineri placet* e D. 38.10.6 (Ulp. 5 ad l. Iul. et Pap.): *Labeo scribit nepotis ex filia mea nati uxorem nurum mihi esse. Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continetur*, anche se in un testo di Ulpiano, D. 50.16.136, si afferma *generi appellatione et neptis et proneptis maritos contineri manifestum est*). Per R. LAMBERTINI, *Ancora sui legittimati a uccidere iure patris ex lege Iulia de adulteriis* in *SDHI*. 58 (1992) 362 ss., in part. 368 ss.; *Dum utrumque* cit. 16 s., come già prima di lui per P. VOCI, *Storia della patria potestas* cit. 63, l'avo o il proavo, quantunque esercitassero attualmente la *potestas*, non potevano 'farsi giustizieri' in quanto non parve opportuno al legislatore affidare all'età avanzata un'arma di tale natura. Di avviso contrario C. LORENZI, *Pap. Coll. 4.8.1* cit. 160 ss., per il quale il fine delle disposizioni augustee, 'volte a frenare la dilagante piaga del malcostume' non sarebbe stato perseguito con l'indebolimento del *ius vitae ac necis*, che aveva proprio la funzione di tutelare l'onore della casa quando fosse stato messo in pericolo da comportamenti indegni dei sottoposti come l'adulterio di una figlia, pertanto il *ius occidendi* sarebbe stato concesso, a suo avviso, anche all'avo o proavo.

²⁵ E. VOLTERRA, *Per la storia* cit. 1 ss.; *In tema di accusatio* cit. 109 ss.

²⁶ I problemi sono complicati dalla circostanza che i termini *adulterium* e *stuprum* venivano, come è noto, utilizzati dalla *lex Iulia promiscui* e *indifferenter*, anche se *proprie* il primo per la relazione sessuale di una *nupta*, il secondo per la relazione sessuale di una *virgo* o una *vidua* di onorata condizione, come risulta dai due noti passi di Papiniano e di

titolari dell'accusa privilegiata, sarebbe, pertanto, stato possibile solo in caso di *matrimonium iustum*.

Anche l'Ankum²⁷ e il Rizzelli,²⁸ che pure ritengono, contrariamente al Volterra, che in caso di *matrimonium iniustum*, nonché di *sponsalia* e di concubinato, si potesse accusare la donna *iure extranei* per adulterio e non per stupro, sono del parere che, comunque, non si potesse esercitare nei suoi confronti il *ius occidendi*, che sarebbe stato attribuito solo ai titolari dell'accusa *iure viri*, mentre in questi casi l'accusa potrebbe essere esperita solo *iure extranei*.

3. Secondo parte della dottrina, Ulpiano, affermando che *accusationem instituere vir poterit, sive iusta uxor fuit sive iniusta*, intenderebbe riferirsi all'accusa *iure viri* in

D. 48.5.14.1 (Ulp. 2 *de ad.*): *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.*

Ὅ μόνου φιλέουσα ἀλόχου μετόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι.

Il 'marito' può, dunque, proporre l'accusa sia nei confronti dell'*uxor iusta* sia nei confronti dell'*uxor iniusta*, dal momento che, come *et Sextus Cecilius ait*, la *lex Iulia* riguardava *omnia matrimonia*,²⁹

Modestino, D. 48.5.6.1 (Pap. 1 *de ad.*): *Lex stuprum et adulterium promiscui et κατακτητικώτερον appellat. sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod graeci φθορὰν appellant* e D. 50.16.101pr. (Mod. 9 *diff.*): *Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur, sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*

²⁷ H. ANKUM, *La captiva* cit. 159; vedi anche C. FAYER, *La familia* 3 cit. 234.

²⁸ G. RIZZELLI, *Lex Iulia* cit., 10, citando D. 48.5.25.3, su cui *infra*, afferma che il diritto di uccidere è attribuito ai medesimi soggetti titolari dell'accusa privilegiata, che è esperibile solo nell'ipotesi di rapporto extraconiugale della *nupta*.

²⁹ Si riporta nel passo un verso di Omero, Iliade 9.340: *Ὅ μόνου φιλέουσα ἀλόχου μετόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι* (*non soli hominum Atridae uxores amant*); è Achille che parla, per l'amore verso Briseide, carissima al suo cuore, ma non certo *uxor*, dal momento che *ἀλόχου*, tradotto con *uxor*, significa letteralmente 'compagna di letto'. Per F. STELLA MARANCA, *Omero nelle Pandette*, in *BIDR.* 35 (1927) 1 ss., in part. 33 ss., la citazione non poteva riguardare la distinzione fra *iusta* o *iniusta uxor*, ma doveva

espressione che, pur lasciando intendere pluralità, articolazione ed effetti diversi fra le varie tipologie di matrimoni, indica che anche il *matrimonium iniustum* produceva, comunque, degli effetti,³⁰ tra cui, come si afferma nel passo, la possibilità da parte del ‘marito’ di proporre nei confronti dell’*uxor iniusta*³¹ l’accusa di adulterio.

riferirsi a quella fra l’*accusatio iure extranei* e l’*accusatio iure mariti* che concedeva la possibilità di *instituere accusationem* all’infuori dell’*honor matrimonii*, in qualsiasi caso in cui la donna *in concubinatum se dando, matronae nomen non amisit*. Per D. DAUBE, *The Accuser under the Lex Iulia de Adulteriis*, in *Hellenika* 9 (1955) 8 ss., ora in *Collected Studies in Roman Law* 1 (Frankfurt am Main 1991) 561 ss, il fatto che Ulpiano citi come esempio il caso di Achille e Briseide potrebbe far intendere per *ἀλόχους* non solo le donne unite in *iustae nuptiae*, ma forse anche coloro che sono legate ad un uomo da una relazione né empia né passeggera. F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel II sec. d.C.: il senso del passato*, in *A.N.R.W.* 15.2 (Berlin – New-York 1976) 131 ss., in part. 145, ricorda che Sesto Cecilio Africano aveva consuetudine con l’impiego dei poeti come ‘argomento di autorità, perentorio di ogni ulteriore opposizione’: Ulpiano ricorderebbe la citazione da parte di Cecilio del verso di Omero per dimostrare la fondatezza della propria tesi, cioè che la *lex Iulia* riguardasse sia i *matrimonia iusta* sia gli *iniusta*. Per il MC GINN, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (Oxford - New York 1998) 200, Briseide ‘serves as an example of both a concubine and a peregrin woman’. Si veda anche MAYER-MALY, *Homer in Römischen Rechtstexten*, in *TR.* 52 (2004) 231 ss., in part. 238 s. Per il QUADRATO, *Maris atque feminae coniunctio, matrimonium e unioni di fatto*, in *Index* 38 (2010) 223 ss., in part. 236, la traduzione di *ἀλόχους* con *uxores* risponderebbe ad una strategia interpretativa, ad una linea che tende a considerare e riconoscere qualunque unione, purchè non empia e incestuosa, né passeggera: una convivenza solida, sorretta da un forte sentimento e dalla volontà dell’uomo e della donna di stare insieme, di condividere un progetto di vita.

³⁰ Parte della dottrina ritiene che tra gli effetti dei *matrimonia iniusta* vi fosse anche quello della legittimità dei figli; così R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴ cit. 103 s., P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, (Valencia 2001), 43: Esos ‘matrimonios prohibidos’ producen, sin embargo, ciertos efectos. Así, en particular, son tenidos en cuenta para el reconocimiento de la legitimidad de los hijos nacidos de éstos, y en relación a su relevancia respecto al mecanismo sancionatorio predisposto en la *lex Iulia de adulteriis*.

³¹ Il riferimento a Briseide come *uxor iniusta* desta delle perplessità, in quanto si tratta di una *captiva*, e, quindi, di una schiava. Sia l’Ankum sia il Rizzelli sia, da ultimo, il Quadrato sembrano, invece, ritenere che, dal momento che Briseide, schiava, non poteva che essere una concubina, nella nozione di *uxor iniusta* del §1 possa essere ricompresa anche la concubina di cui si parla nel *principium*: *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*. Il nostro passo sarebbe la prova del fatto che il concetto di matrimonio si sarebbe, a un certo punto, talmente esteso da ricomprendere non solo i *matrimonia iniusta*, ma anche

Già il Solazzi³² aveva osservato che l'*iniusta uxor* di cui Ulpiano parla in D. 48.5.14.1 sembra unita all'uomo da un valido matrimonio; per il Daube³³ il passo pone il *matrimonium iniustum* sullo stesso livello del *matrimonium iustum* e in ambedue i casi il marito potrebbe procedere *iure viri*. Affermando *accusationem instituere vir poterit* sia nei confronti dell'*uxor iusta* (nei cui confronti, è ovvio, si tratta dell'accusa privilegiata),³⁴ sia nei confronti dell'*uxor iniusta*, Ulpiano, accomunando i due casi, potrebbe, effettivamente, riferirsi alla possibilità di accusare l'*uxor iniusta* con l'*accusatio iure viri*, ma occorre tener conto del fatto che la possibilità dell'*accusatio iure viri* sembra esclusa da Papiniano nel caso di unione con una peregrina in

Coll. 4.5.1 (Pap. 15 *resp. sub tit. ad l. Iul. de ad.*): *Civis Romanus*,

situazioni ancora più distanti dal *iustum matrimonium*, come il concubinato. A me pare, invece, che Ulpiano distingua il caso dell'*uxor*, sia *iusta* sia *iniusta*, nei cui confronti *accusationem instituere vir poterit*, da quello precedente della concubina, che non è *uxor*, e che può essere accusata (solo *iure extranei*) esclusivamente nel caso in cui *matronae nomen non admisit*. Pur ritenendo che in tema di matrimonio i giuristi romani non abbiano - come, d'altronde, sarebbe stato difficile in un sistema casistico - creato un sistema dai confini netti, in cui, come afferma dogmaticamente il Volterra, solo il *matrimonium iustum* poteva produrre gli effetti previsti dall'ordinamento, a me sembra eccessivo, argomentando dalla circostanza che anche la concubina (e non ogni concubina) poteva essere accusata di adulterio, far rientrare nei *matrimonia iniusta* il concubinato, che si distingue dal matrimonio proprio per la mancanza dell' *affectio maritalis*. La circostanza, estremamente rilevante, che in D. 48.5.14.1 si parli di *omnia matrimonia*, anche se relativamente alla sola possibilità dell'accusa di adulterio, se mostra che il termine *matrimonium* non era riferito esclusivamente al *iustum matrimonium*, ma anche agli altri matrimoni, i *matrimonia iniusta*, che, dunque, erano considerati giuridicamente matrimoni, non prova, però, a mio avviso, che negli *omnia matrimonia* fossero compresi anche i concubinati. E' più probabile, infatti, che in un periodo successivo alla *lex Iulia* sia stato esteso l'ambito di applicazione dell'*accusatio adulterii* anche al concubinato, senza che questo abbia comportato l'allargamento della nozione di matrimonio, sia pure *iniustum*, anche allo stesso concubinato. Sappiamo d'altronde da D. 48.5.14.3, riportato *infra*, che un rescritto di Severo e Caracalla estese l'accusa anche alla *sponsa*, che ancor meno della concubina può essere considerata *uxor*, neppure *iniusta*.

³² S. SOLAZZI, *Attorno ai caduca*, 8, *Iustum matrimonium*, in *Scritti* 4 (Napoli 1963) 352 ss.

³³ D. DAUBE, *The Accuser* cit. 6 ss.

³⁴ O. LENEL, *Palingenesia* 2² cit. 932, che aggiunge dopo *vir iure extranei*, non sembra tener conto del fatto che così si affermerebbe che si accusa *iure extranei* anche l'*uxor iusta*.

qui <civem Romanam> sine conubio <sive> [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.

Nel passo, che così appare nell'edizione del Mommsen, il quale inserisce fra *qui* e *sine* le parole *civem Romanam* e sostituisce *sibi*, che si trova nel manoscritto berlinese,³⁵ in *sive*, si afferma che se un cittadino romano *habuit in matrimonio* una donna peregrina *sine conubio* (o, secondo il Mommsen, anche una cittadina romana), non sarà ammesso all'accusa *iure mariti*, ma non gli si opporrà, dal momento che persegue *propriam iniuriam*, di essere infame o di essere un liberto non abbiente o che non ha figli,³⁶ per concedergli, sembrerebbe, l'accusa *iure extranei*.

Il 'marito' di una peregrina non potrebbe, dunque, accusare né *iure viri*, perchè non esiste un *iustum matrimonium*, né - se infame o liberto non abbiente - *iure extranei*, essendo un soggetto normalmente incapace di accusare *iure publico*, ma eccezionalmente gli si concederebbe l'accusa *iure extranei* in quanto agisce per perseguire *propriam iniuriam*.³⁷

³⁵ E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Scritti* 2 cit. 283 ss., in part. 299 e ivi nt. 51, ritiene, invece, che l'opinione del Mommsen non sia in alcun modo giustificata dai tre manoscritti della *Collatio* e che sia corretto quanto riportato nel manoscritto berlinese: *Civis romanus, qui sine conubio sibi peregrinam in matrimonio habuit...* L'Autore non crede probabile l'aggiunta proposta dal Mommsen in quanto non sarebbe giuridicamente possibile che una cittadina romana, unita coniugalmente con un cittadino romano, essendo entrambi sprovvisti nei reciproci confronti di *conubium*, sia considerata colpevole di *stuprum* e venga accusata dall'uomo.

³⁶ Per E. VOLTERRA, *La nozione* cit. 300 s., solo pensando ad un concubinato fra il cittadino romano e la peregrina *sine conubio*, Papiniano poteva giustificare la concessione di alcuni privilegi al libertino che agiva con l'accusa *iure extranei*. 'Fuori del concubinato, cioè di un'unione duratura con una donna con la quale non può aversi matrimonio per mancanza di *conubium*, la relazione poteva giuridicamente configurarsi solo come uno *stuprum* nel senso tecnico romano'.

³⁷ Osserva F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia* (Cagliari 1996) 340 ss., che il cittadino romano unito con una peregrina non può accusare *iure mariti* e, purtuttavia (*quidem...sed*), la sua accusa (*iure extranei*) non è paralizzabile dalle *praescriptiones* di incapacità nascenti dalla sua condizione di infame o libertino non abbiente; in virtù dell'*iniuria* subita, gli viene concesso un privilegio che nasce direttamente dal suo *status* di offeso. Gli stessi soggetti sarebbero, però, capaci di

Il passo, ritenuto dallo Schulz³⁸ una tarda aggiunta, è l'unico della *Collatio* tratto dai *libri responsorum* di Papiniano, che sono stati scritti prima dell'emanazione dell'editto di Caracalla, visto che Papiniano morì proprio in quell'anno: il problema del *matrimonium iniustum* con la peregrina era, dunque, per lui, ancora attuale.

Dal momento, però, che Ulpiano scrive i *libri de adulteriis* dopo la morte di Caracalla - come mostra il fatto che in D. 48.5.14.3, a proposito dell'adulterio della *sponsa*, parla di un rescritto dei *divi Severus et Antoninus*³⁹ - e quindi in un momento in cui il problema della mancanza di *conubium* tra romani e peregrini in seguito all'editto del 212 d.C. aveva perso rilevanza⁴⁰ -, e che in nessun

accusare *iure viri*, se esistesse un *iustum matrimonium*, come mostrerebbe il passo di Paolo, immediatamente precedente a quello di Papiniano in Coll. 4.4.1 (Paul. *l. sing. de ad.*): *Iure mariti vel patris qui accusat, potest et sine calumniae poena vinci: si iure extranei accusat, potest calumniae poena puniri. 2. Sed tum post duos menses intra quattuor menses utiles expertus, licet talis sit, qui alias accusare non possit, ut libertinus aut minor viginti quinque annorum aut infamis, tamen ad accusationem admittitur, ut et Papinianus libro XV scripsit.* Per il Botta *qui alias accusare non possit* non significa 'colui che non può accusare in altro modo che con l'accusa *iure extranei*', ma piuttosto colui che non può accusare se non *iure viri*. Questi soggetti (*libertinus aut minor viginti quinque annis aut infamis*), che potrebbero agire solo *iure viri*, in quanto incapaci di agire *iure publico*, saranno, però, eccezionalmente ammessi ad agire *iure extranei* se accuseranno la propria moglie o figlia dopo la scadenza dei sessanta giorni previsti per l'accusa privilegiata. Non concorda il RIZZELLI, *Lex Iulia* cit. 189 ss., il quale ritiene che se l'offeso non è ammesso all'accusa privilegiata, ma può promuovere il giudizio quando persegua la propria *iniuria*, l'accusa praticabile debba essere per forza quella *iure extranei*. La soluzione di permettere a questi soggetti l'accusa *iure extranei* sarebbe, per l'Autore, analoga a quella adottata in caso di infedeltà della fidanzata o della concubina, ossia in caso di illeciti sessuali 'commessi all'interno di relazioni monogamiche stabili', anche se egli stesso riconosce che si tratta di ipotesi connotate da un presupposto negativo assente nel caso in esame, cioè il non configurare *iusta matrimonia*.

³⁸ F. SCHULZ, *Roman Legal Science* (Oxford 1946) 313: 'in tit. 4 a text from Papinian's *Responsa* (4.5) has been added'.

³⁹ D. 48.5.14.3 (Ulp. 2 *de ad.*): *Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium quaecumque nec spem matrimonii violare permittitur.*

⁴⁰ Dal testo dell'editto, giunto mutilo attraverso un papiro (P. Giess. 40), si sa che furono eccettuati dalla concessione della cittadinanza solo i *peregrini dediticii* e i *Latini Aeliani e Iuniani*. Per R. ASTOLFI, *Il matrimonio* cit. 130, la regola per cui l'essere cittadino romano è presupposto necessario del *conubium* continua, peraltro, ad avere significato anche dopo la concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero da parte di Caracalla, 'essendovi stati limiti, pur se non del tutto certi, a tale concessione e in ordine ai suoi effetti'.

paragrafo di D. 48.5.14, nel quale, pure, il giurista esamina una serie di casi in cui il *matrimonium* è *iniustum*, cita mai l'unione con una peregrina, è probabile che non si occupasse di questo tipo di '*matrimonium iniustum*' e che con l'espressione *uxor iniusta* di D. 48.5.14.1 si riferisse all'*uxor* sposata in presenza di divieti come quelli stabiliti dalla *lex Iulia et Papia*, considerato che nel paragrafo successivo, D. 48.5.14.2, afferma che il marito può *adulterium vindicare* nei confronti di un'*uxor quae vulgaris fuit*.

4. D. 48.5.14.2 (Ulp. 2 *de ad.*): *Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur*

La dottrina, pressochè unanimemente, ha ritenuto che Ulpiano, parlando di un'*uxor quae vulgaris fuerit*, intendesse riferirsi ad un'ex-prostituta,⁴¹ e la circostanza che nel passo si affermi che con la stessa donna, *si vidua*, si commetterebbe impunemente stupro, mostra che si tratta, in ogni caso, di una donna non *honorata*, rientrante nella categoria di coloro con le quali *stuprum non committitur*.⁴²

⁴¹ Per T.A.J. MC GINN, *Prostitution* cit. 199 s., si tratterebbe, invece, di una donna sessualmente promiscua; di una 'peregrin woman, whose sexual behavior was of no concern to the roman state and of no relevance to the *lex Iulia* unless and until she married a Roman citizen', e sarebbe accusabile solo se sposata con un cittadino romano, 'so that she is incapable of committing *stuprum* proper'.

⁴² L'espressione compare in D. 25.7.1.1 (Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*, in cui si afferma che si possono tenere come concubine senza incorrere nel *crimen* (di stupro) solo le donne con le quali *stuprum non committitur*. Pur non esistendo nelle fonti un'elencazione delle donne comprese in tale categoria, in essa vanno sicuramente incluse le *adulterae damnatae* citate dallo stesso Ulpiano nel successivo § 2: *Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto lege Iulia de adulteriis teneri, quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur*, le donne *obscuri loco natae* e coloro che *quaestum corpore faciunt*, di cui in D. 25.7.3pr. (Marc. 12 *inst.*): *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuri loco nata est vel quaestum corpore fecit*, le *lenae* e le attrici, di cui in D. 48.5.11.2 (Pap. 2 *de ad.*): *Mulier, quae evitandae poenae adulterii gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto potest*, e, secondo parte della dottrina, anche le donne citate in P.S. 2.26.11: *Cum his, quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit*. In tal senso A. ESMEIN, *Le délit* cit. 3 ss., per il quale la categoria delle donne *in quas stuprum non committitur* comprendeva non solo

Se riteniamo, dunque, con la dottrina prevalente, che si tratti di un'ex prostituta, occorre porre in evidenza che con essa il matrimonio sarebbe vietato dalla *lex Iulia et Papia*; si discute, però, se per tutti gli *ingenui* o solo per i senatori, come sembrerebbe risultare dal tenore letterale di

Tit. Ulp. XIII.1: *Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.*

Nel passo del Digesto, che sembra riportare alla lettera il disposto della *lex*, non si fa, però, parola del divieto per i senatori di sposare coloro *quae corpore quaestum faciunt*:

D. 23.2.44pr. (Paul. 1 *ad l. Iul. et Pap.*): *Lege Iulia ita cavetur: 'Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex 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'*

Tra il passo del Digesto e quello dei *Tituli* esistono delle notevoli differenze: nei *Tituli Ulpiani*, il cui testo è stato, secondo la dottrina, profondamente rimaneggiato e tagliato, manca la menzione della

“qui elles vendent leurs faveurs”, ma anche “toutes celles qui faisaient un commerce ou vendaient au marché”. E. VOLTERRA, *Per la storia* cit. 219 ss.; *In tema* cit., 313 ss., riteneva che la categoria delle donne *in quas stuprum non committitur* corrispondesse a quella delle donne con le quali era vietato contrarre matrimonio, C.ST.TOMULESCU, *Justinien et le concubinat*, in *Studi Scherillo* 1 cit. 299 ss., in part. 317 nt. 52, è del parere che Augusto abbia permesso il concubinato con ‘les femmes qui ne pouvaient être épousées, c’est-à-dire les ingénues *in quas stuprum non committitur*’. Osserva, però, G. RIZZELLI, *In margine* cit. 735 nt. 4, 741 nt. 18, che la categoria delle donne *in quas stuprum non committitur*, mai fissata in modo rigido, ma presumibilmente aperta e destinata a variare nelle persone che la compongono, a un certo punto dev’essersi configurata come autonoma, non più coincidente (se pure lo sia stata inizialmente) con quella delle donne con le quali non si commette *adulterium*, forse già con Atilicino, o, con maggior verosimiglianza, con Ulpiano, a cui appartengono le parole di D. 25.7.1.1.

sponsa, manca la menzione delle donne appartenenti alla classe senatoria, e appare, invece, il divieto di matrimonio per i senatori con coloro *quae corpore quaestum faciunt*.

Nel secondo paragrafo dei *Tituli*, che riguarda i *ceteri ingenui*, si parla, invece, di un divieto di matrimonio con *lenae*, manomesse da *lenae* o *lenones*, *in adulterio deprehensae et iudicio publico damnatae* e coloro *quae artem ludicram fecerint*, senza citare coloro *quae corpore quaestum faciunt*:

Tit. Ulp. XIII.2: *Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam et in adulterio deprehensam et iudicio publico damnatam et quae artem ludicram fecerit: adicit Mauricianus et a senatu damnatam.*

Per risolvere l'apparente disarmonia, il Mommsen aveva, pertanto, proposto di eliminare l'inciso *item corpore quaestum facientem* nel §1 e di inserirlo nel §2, che è stato oggetto di discussioni anche per il divieto di matrimonio con coloro *quae artem ludicram fecerint*,⁴³ inciso che, se presente in questo paragrafo, non sarebbe giustificato nel §1, in quanto inutile ripetizione, perchè sembra plausibile che i divieti di matrimonio per gli *ingenui* fossero applicabili anche nei confronti dei senatori, mentre quelli espressamente previsti per i senatori non fossero applicabili ai *ceteri ingenui*.

La dottrina prevalente,⁴⁴ aderendo alla proposta del Mommsen,

⁴³ Vedi, di recente, A.M. DEMICHELI, *Le attrici da Augusto a Giustiniano. Valutazioni sociali ed interventi legislativi*, in *Filia, Scritti Franciosi* (Napoli 2007) 695 ss., per la quale Tit. Ulp. 13.2, presenta parecchie scorrettezze e incongruenze.

⁴⁴ Così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia* (rist. Milano 1963) 278, per il quale erano proibiti dalla *lex Iulia* i matrimoni tra ingenui e donne abiette (meretrici, mezzane etc.). E. VOLTERRA, *In tema cit.* 116 nt. 9, secondo il quale da Tit. Ulp. 13.2 e D. 23.2.43 si ricava che con le prostitute non potevano esistere *iustae nuptiae*, S. SOLAZZI, *Glossemi nelle fonti giuridiche romane. 1. Prostitute e donne di teatro nelle leggi augustee*, in *BIDR.* 46 (1939) 49 ss., ora in *Scritti* 4 (Napoli 1963) 181 ss., per il quale è comunemente ammesso che le parole *item corpore quaestum facientem* siano intruse in Tit. Ulp. 13.1, così come è ammesso che il divieto per gli ingenui fosse esteso anche alle meretrici; F. CIAPPARONI, *v. Prostituzione (Diritto romano e intermedio)* in *NNDI.* 14 (1967) 228 ss., il quale afferma che le prostitute erano incapaci di contrarre matrimonio (D. 23.2.43.9-10, Tit. Ulp. 13.2); R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*⁴ cit. 97, per il quale la *lex Iulia de maritandis ordinibus* - il cui preciso dettato si arguirebbe da

ritiene vietato a tutti gli *ingenui* il matrimonio con prostitute ed ex-prostitute; con l'*uxor vulgaris* di cui si parla in D. 48.5.14.2 non sarebbero, pertanto, possibili le *iustae nuptiae* anche dopo la cessazione dell'esercizio della prostituzione.⁴⁵ Per il Solazzi⁴⁶ il passo dimostrerebbe, dunque, che i divieti della *lex Iulia* non comportavano nullità del matrimonio, in quanto, pur essendo le nozze con le prostitute vietate, Ulpiano ammette l'esistenza del matrimonio con l'*uxor* che era stata *vulgaris*. Più di recente, si mostra dello stesso parere l'Astolfi,⁴⁷ per il quale la giurisprudenza avrebbe riconosciuto che il marito poteva intentare l'accusa di adulterio *iure viri* anche quando il matrimonio era proibito dalla *lex Iulia et Papia*, come quello con l'ex-prostituta di cui si parla in D. 48.5.14.2. Il Volterra,⁴⁸ per il quale, invece, anche il matrimonio con la prostituta, come tutti quelli contratti *contra leges*, sarebbe giuridicamente inesistente, aveva ritenuto che con donne di questa specie non potesse esistere matrimonio anche dopo la cessazione dell'esercizio della prostituzione, ma solo concubinato⁴⁹ e aveva considerato, pertanto, il passo interpolato: Ulpiano, seguendo evidentemente 'un'opinione più

D. 23.2.43pr.-5: *mulier quae palam quaestum corpore facit fecerit* - proibiva il matrimonio di tutti gli *ingenui* con prostitute ed ex prostitute pubbliche; T.A.J. MC GINN, *Prostitution* cit. 72, per il quale "all other freeborn persons were forbidden prostitutes, pimps, procuress, and persons condemned for adultery or caught in the act; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 137, per il quale gli *ingenui* non potevano sposarsi con donne di dubbia fama e i senatori con liberte e attrici. Di recente, per J.G. WOLF, *Lo stigma dell'ignominia*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana* (Pavia 2010) 491 ss., in part. 514 ss., la *lex Iulia de maritandis ordinibus* 'vietò ai senatori e ai loro discendenti di sposare liberti e attori, nonché i figli o le figlie di questi' e ai senatori e a tutti gli altri *ingenui* di sposare prostitute, mezzane e liberte manomesse da lenoni, adultere colte in flagrante o donne condannate in un processo penale pubblico, o donne che esercitavano il mestiere di attrici.

⁴⁵ D. 23.2.43.4 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*): *Non solum autem ea quae facit, verum ea quoque quae fecit, etsi facere desiit, lege notatur: neque enim aboletur turpitudine, quae postea intermissa est.*

⁴⁶ SOLAZZI, *Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee*, in *Atti Acc. Napoli* 59 (1939) 269 ss., ora in *Scritti* 4 cit. 81 ss., in part. 97 s.

⁴⁷ R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴ cit. 105 ss.

⁴⁸ VOLTERRA, *In tema* cit. 116 e ivi nt. 9.

⁴⁹ Per C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano 1940) 162, il passo mostra, invece, che con le donne *obscuri loco natae* era possibile sia il concubinato sia il matrimonio.

larga della giurisprudenza', avrebbe ritenuto che se queste donne si trovavano in un rapporto di concubinato, poteva essere concessa l'*accusatio adulterii*, ma *iure extranei*. Alcuni autori⁵⁰ hanno, invece, ritenuto talmente evidente che in D. 48.5.14.2 si tratti dell'accusa *iure viri*, da basarsi sull'*hoc idem vindicandum* del successivo paragrafo per considerare esperibile la stessa accusa *iure viri* anche nei confronti della *sponsa*, presa in considerazione in D. 48.5.14.3.⁵¹

Parte della dottrina ritiene, poi esperibile l'accusa privilegiata perchè il matrimonio con l'*uxor quae vulgaris fuerit* sarebbe un *iustum matrimonium*: così, per la dottrina più risalente, l'Esmein⁵² e il Castelli⁵³ e, per quella più recente, la Fayer,⁵⁴ per la quale l'infedeltà della donna, nonostante abbia perduto la sua onestà, costituisce *adulterium*, data l'esistenza di *iustae nuptiae*, 'e il marito può perseguirlo, servendosi – anche se il giurista non lo dice

⁵⁰ In questo senso, tra gli autori più risalenti, P. BONFANTE, *Corso* 1 cit. 312, per il quale 'il fidanzato ha, come il marito, l'azione di ingiuria per offesa che venga fatta alla fidanzata e l'*accusatio iure mariti* contro il terzo che l'ha violata'. Per B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 118, la decisione *idem vindicandum* di D. 48.5.14.3, riferita ai paragrafi precedenti che ammettono l'accusa *iure mariti*, unitamente alla motivazione *quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur*, alluderebbe indubbiamente alla possibilità di accusare *iure mariti* da parte dello *sponsus*, come sarebbe confermato dall'avversativa *sed* con cui inizia il successivo paragrafo, che decide *dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse*. Ma Severo e Caracalla, per l'Autore, non potevano decidere in quel modo, visto che il contenuto dello stesso rescritto è riferito in senso opposto in Coll. 4.6.1 (Paul. *sing.*): *In uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam sponsam Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt*; D. 48.5.14.3, pur avendo un fondo classico, è stato, secondo l'Autore, rimaneggiato per dare al fidanzato la possibilità di proporre l'accusa al pari del marito. Tra gli autori più recenti, nello stesso senso D. DAUBE, *The Accuser* cit. 567 s. e S. TAFARO, *Pubes e viripotens nella esperienza giuridica romana* (Bari 1988) 191, per il quale, se in D. 48.5.14.3 si discutesse dell'accusa *iure extranei* (già prevista dalla legislazione augustea) e quindi la tutela fosse stata quella generale prevista per qualsiasi *virgo*, non si comprenderebbe l'affermazione di Ulpiano secondo cui non si doveva compromettere la *spes matrimonii*. Anche per G. RIZZELLI, *Lex Iulia* cit. 193 ss., occorre immaginare che 'in taluni casi allo *sponsus* sia stato qualche volta concesso di esperire l'*accusatio iure mariti*'. In determinate situazioni, come quella dell'ingresso nella casa maritale dell'*uxor* immatura, preceduto magari dagli *sponsalia*, osserva l'Autore, 'la distinzione tra rapporto di fidanzamento e matrimonio (*iniustum*), sarà stata – di fatto – non troppo netto'.

⁵¹ Riportato *supra* alla nt. 39.

⁵² A. ESMEIN, *Le délit* cit. 97.

⁵³ G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR.* 27 (1914) 149.

⁵⁴ C. FAYER, *La familia* 3 cit. 318.

espressamente, ma è sottinteso, avendo la donna commesso adulterio durante il legittimo matrimonio – dell'accusa privilegiata *iure mariti*'.

Non mi pare, però, se riteniamo, con la dottrina prevalente, il divieto di matrimonio relativo a tutti gli *ingenui*, che si possa concordare nel definire il matrimonio in questione un *matrimonium iustum*; se si trattava, come riteniamo, di un *matrimonium iniustum*, in quanto contratto con un'ex prostituta, e se l'accusa era concessa *iure viri*, anche se il passo non lo afferma espressamente, ci troveremmo di fronte ad un caso in cui l'accusa privilegiata, che dovrebbe essere riservata solo ai casi di *matrimonium iustum*, verrebbe concessa per un *matrimonium iniustum*. Potrebbe deporre in tal senso anche l'uso del termine *maritus*, che viene costantemente adoperato quando si tratta dell'accusa privilegiata.⁵⁵

5. Che si tratti di un caso quantomeno problematico appare anche da un passo di Macro, nel quale si discute della possibilità di concedere l'accusa privilegiata nei confronti di una *filia ignominiosa*⁵⁶ e di un *uxor contra leges nupta*:

D. 48.5.25.3 (Mac. 1 *pub.*): *Illud in utroque ex sententia legis quaeritur, an patri magistratum occidere liceat? item si filia ignominiosa sit aut uxor contra leges nupta, an id ius nihilo minus pater maritusve habeat? Et quid, si pater maritus leno vel aliqua ignominia notatus est? Et rectius dicetur eos ius occidendi habere, qui iure patris marituae accusare possunt.*

⁵⁵ Si vedano, ad esempio, D. 48.5.2.1 (*marito iure mariti accusanti*), D. 48.5.4pr. (*Si maritus praevenerit accusare*), D. 48.5.6.3 (*Maritus...poterit iure viri tertium accusare*), D. 48.5.12.6 (*Sexaginta dies, qui marito accusanti utiles computantur*), D. 48.5.15.2 (*Marito primum, vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur*), D. 48.5.16pr. (*Si maritus sit in magistratu, potest praeveneri a patre*), D. 48.5.16.5 (*Si negaverint se pater et maritus accusaturos intra diem sexagesimus*), D. 48.5.41.1 (*item quaeritur, an idem maritus destituisse videatur vel lenocinium commisisse*).

⁵⁶ Pone in evidenza J.G. WOLF, *Lo stigma dell'ignominia* cit. 491 ss., che il termine *ignominia* non costituisce né una specifica espressione giuridica, né un concetto giuridico, ma appartiene piuttosto al linguaggio comune, nascendo dall'unione di *in*, con funzione privativa, e *nomen*, significando pertanto 'senza nome', 'senza buon nome'.

Il passo non appare di facilissima lettura,⁵⁷ in quanto i casi in esso prospettati non sono posti sullo stesso piano, perchè nel primo e nel secondo ci si chiede nei confronti di quali persone possa essere esercitato il *ius occidendi*, nel terzo, invece, chi possa esserne titolare. Parte della dottrina ha interpretato l'affermazione del giurista secondo cui hanno il *ius occidendi* coloro che possono accusare *iure patris maritave* nel senso che in tutti e tre i casi prospettati spetti l'accusa privilegiata e, dunque, anche il *ius occidendi*, ma essa sembra piuttosto da intendere nel senso che occorra esaminare, dal momento che hanno il *ius occidendi* coloro che possono esercitare l'accusa privilegiata, se nei casi in esame spetti tale accusa. Il giurista sembra consapevole del fatto che la soluzione non doveva essere unanime, se afferma *et rectius dicitur eos ius occidendi habere, qui iure patris maritave accusare possunt*, espressione alla quale non si può assegnare, peraltro, una valenza generale, in quanto il marito può intentare l'accusa privilegiata e non avere il *ius occidendi*, ad esempio perchè il correo non è di bassa condizione sociale.

Proprio di un correo di elevata condizione, di un magistrato, si parla nel primo dei casi esaminati, non in riferimento al marito, che non potrebbe avere il *ius occidendi*, ma al padre, riguardo al quale non pare vi fossero limiti alla proposizione dell'accusa *iure viri* e all'esercizio del *ius occidendi* nei confronti di qualsiasi correo della figlia, come sembra ricavarsi dal *principium* del nostro passo (*marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patris*) nonché da

P.S. 2.26.1: *Capite secundo legis Iuliae de adulteriis permittitur patri tam adoptivo quam naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui deprehensum sua manu occidere.*

La Fayer⁵⁸ ritiene che il padre potesse uccidere figlia e correo 'anche se questi era un magistrato', adducendo a dimostrazione

Coll. 4.2.5: *Auctoritate quoque legis patrem posse interficere vel*

⁵⁷ Ed è possibile che sia stato accorciato dai giustiniani.

⁵⁸ C. FAYER, *La familia* 3 cit. 222 e ivi nt. 124.

consularem virum vel patronum suum, si eum in filia adulterum deprehenderit, eodem libro Marcellus probat.

Occorre, però, rilevare che nel passo si parla del potere del *pater* di uccidere il correo della figlia di rango consolare, e non un magistrato, anche se esso può, comunque, essere indicativo della possibilità di esercitare il *ius occidendi* su persone di elevata condizione sociale.

Per quanto riguarda il magistrato, il dubbio si pone per via del fatto che da alcune fonti⁵⁹ sembra ricavarsi che, perlomeno in certi

⁵⁹ D. 48.2.12pr. (Ven. Sat. 2 *de iud. publ.*): *Hos accusare non licet: legatum imperatoris, <id est praesidem provinciae>, ex sententia Lentuli dicta Sulla et Trione consulibus: item legatum provinciale eius dumtaxat criminis, quod ante commiserit, quam in legationem venerit: item magistratum populi Romani eumve, qui rei publicae causa afuerit, dum non detractandae legis causa abest.* Nel passo, sospettato da più parti di interpolazioni, vengono nominati assieme il magistrato e l'*absens rei publicae causa*, il quale può essere accusato di adulterio se l'ha commesso nella stessa provincia *in qua agit*, a meno che non si tratti di una persona, *quae ad presidis cognitionem non pertinent*, come afferma Ulpiano in D. 48.5.16.1 (Ulp. 2 *de ad.*): *Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: ne quis inter reos referat eum, qui tum sine detractatione rei publicae causa aberit: neque enim aequum visum est absentem rei publicae causa inter reos referri, dum rei publicae operatur. 2. Necessario adicitur sine detractatione: ceterum si quis evitandi criminis id egit, ut rei publicae causa abesset, nihil illi commentum hoc proficiat. 3. Quod si quis praesens sit, vice tamen absentis habetur (ut puta qui in vigilibus vel urbanis castris militat), dicendum est deferri hunc posse: neque enim laborare habet, ut se repraesentet. 4. Et generaliter dicendum est eorum demum absentiam excusatam esse, qui in alia provincia rei publicae causa absunt, quam in ea in qua deferuntur. Proinde si quis in provincia, in qua agit, adulterium commiserit, accusari poterit, nisi sit ea persona, quae ad presidis cognitionem non pertinet. O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni* (Torino 1999) 295 ss., osserva che Ulpiano, muovendo da una valutazione d'equità, riteneva che occorresse accertare di volta in volta la situazione concreta, perchè sarebbe stato inammissibile il riconoscimento del beneficio a chi in via strumentale avesse macchinato per sottrarsi alle proprie responsabilità, e, inoltre, che la presenza a Roma avrebbe fatto cadere il presupposto su cui si fondava il beneficio dell'*absentia*. In un altro passo Ulpiano, dopo aver affermato che il magistrato può essere convenuto in giudizio per il delitto di *iniuria*, si chiede se egli possa essere convenuto anche durante l'incarico o solo una volta deposta la magistratura, e distingue a seconda che sia un magistrato *qui sine fraude in ius vocari non potest*, e allora occorrerà attendere la cessazione della carica, o un magistrato minore, che, invece, potrà essere convenuto subito: D. 47.10.32 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit magistratus vel quasi privatus vel fiducia magistratus, iniuriarum potest conveniri. Sed utrum posito magistratu an vero et quamdiu est in magistratu? Sed verius est, si is magistratus est, qui sine fraude in ius vocari non potest, exspectandum esse, quoad magistratu abeat. Quod et si ex minoribus magistratibus erit, <id**

casi, l'accusa non potesse essere esercitata, o, meglio, potesse esserlo solo dopo la cessazione della carica. Il Mommsen⁶⁰ non aveva ritenuto possibile la proposizione di un giudizio nei confronti di un magistrato in carica e la dottrina successiva ha in genere accolto l'idea della improcedibilità nei confronti del magistrato fino al momento della cessazione delle funzioni, anche se, tra la dottrina più recente, il Licandro⁶¹ ritiene che occorra distinguere gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni dagli atti extrafunzionali.

A qualunque tesi si ritenga di aderire, il correo magistrato potrebbe, comunque, essere accusato con l'accusa privilegiata, discutendosi soltanto, a seconda dei vari casi, se alla cessazione della carica o immediatamente.

Per quanto, poi, riguarda il terzo caso, quello di un marito o padre *leno* o *aliqua ignominia notatus*, anche in questo caso il dubbio nasce dal fatto che si afferma che i lenoni non possono accusare in un giudizio pubblico in

D. 48.2.4pr. (Ulp. 2 *de ad.*): *Is, qui iudicio publico damnatus est, ius accusandi non habet, nisi liberorum vel patronorum suorum mortem eo iudicio vel rem suam exequatur. Sed et calumnia notatis ius accusandi ademptum est, item his, qui cum bestiis depugnandi causa in harenam intromissi sunt, quive artem ludicram vel lenocinium fecerint, quive praevaricationis calumniaeve causa quid fecisse iudicio publico pronuntiatus erit, quive ob accusandum negotiumve cui facessendum pecuniam accepisse iudicatus erit.*

Il principio non vale, peraltro, come leggiamo nel passo, quando

est qui sine imperio aut potestate sunt magistratus>, et in ipso magistratu posse eos conveniri. Si veda anche N.A. 13.13, nel quale Gellio, rifacendosi a Varrone, effettua una distinzione fra i magistrati che hanno il potere di citare in giudizio una persona o di arrestarla, che non possono essere citati in giudizio da un privato, e coloro che non hanno tale *potestas*.

⁶⁰ TH.MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ 1 (Leipzig 1887) 698 ss.; *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 352 ss.

⁶¹ O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni* (Torino 1999).

l'accusatore persegue *rem suam*,⁶² o *propriam iniuriam*, espressione più spesso utilizzata nelle fonti relative all'adulterio, ad esempio nel già discusso Coll. 4.5.1. L'accusa *iure viri* da parte di un marito infame, che certamente persegue *propriam iniuriam*, sembra, infatti, ammessa, con la sola condizione di essere preferito al suocero, *si simul ad accusationem veniant*⁶³ in

D. 48.5.3 (Ulp. 2 *de ad.*): *Nisi igitur pater maritum infamem aut arguat aut doceat colludere magis cum uxore quam ex animo accusare, postponetur marito.*⁶⁴

⁶² Vedi F. BOTTA, *Legittimazione* cit. 329 ss., il quale osserva che Ulpiano in D.48.2.4 e Macro in D. 48.2.11 utilizzano le due locuzioni *rem suam exequi* e *suam iniuriam exequi*, capaci di esprimere, come sinonimi, l'interesse alla repressione dell'illecito criminale che abbia leso, direttamente e solo, la personale sfera giuridica dell'accusatore incapace.

⁶³ D. 48.5.2.8 (Ulp. 8 *disp.*): *Si simul ad accusationem veniant maritus et pater mulieris, quem praeferrere oporteat, quaeritur. Et magis est, ut maritus praeferratur: nam et propensione ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, in tantum, ut et si pater praevenerit et libellos inscriptionum deposuerit, marito non neglegente nec retardante, sed accusationem parante et probationibus instituyente atque muniente, ut facilius iudicantibus de adulterio probetur, idem erit dicendum.* Il marito viene preferito al padre per l'esercizio dell'accusa privilegiata sulla base degli stessi motivi per cui, invece, viene preferito il padre per l'esercizio del *ius occidendi*, che fu concesso solo a lui, secondo Papiniano, per la speranza che, esercitando la *pietas*, sapesse trattenersi dall'uccidere, mentre appariva più difficile che si frenasse il marito, per il *calor et impetus* dovuti alla scoperta del tradimento, come leggiamo in D. 48.5.23.4 (Pap. 1 *de adult.*): *Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit; ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus.* Per F. BOTTA, *Legittimazione* cit. 219 ss., nel passo il giurista sembra interpretare lo spirito della particolare norma di legittimazione predisposta dalla *lex Iulia*: il legislatore ha ipostatizzato l'interesse leso in funzione dell'opportunità che a perseguire il *crimen* sia comunque il soggetto di cui si presume, in astratto e a priori, la maggiore idoneità all'accusa. Osserva di recente A. LOVATO, *Su imprudentia e impetus nel diritto criminale romano*, in *Studi Metro* 3 (Milano 2010) 509 ss., in part. 521 ss., che l'*impetus* è un impulso violento, caratterizzato dall'assenza di una visione ponderata della realtà, che sfocia in azioni poste in essere senza freni inibitori ma senza un disegno preordinato a provocare l'offesa.

⁶⁴ Per G. RIZZELLI, *Lex Iulia* cit. 191 nt. 87, nel passo non si afferma affatto che qualora il marito sia infame può comunque procedere *iure viri* se il padre della moglie non lo precede nell'accusa, ma lo si esclude, invece, completamente dalla facoltà di accusare in modo privilegiato, altrimenti si dovrebbe pensare che anche nell'ipotesi di collusione con colei che domanda di perseguire, il marito sia ammesso all'accusa, per quanto in subordine rispetto al *pater*. Ribatte F. BOTTA, *Ancora in tema di accusatio*

Se nel passo si afferma che sarà preferito il padre nel caso il marito sia infame, ciò significa che al marito infame non sarà proibito di esercitare l'accusa privilegiata, ma solo che, se tutti e due intendono esercitarla, sarà preferito il padre, così come, invece, normalmente il padre potrà esercitare l'accusa solo se il marito non intende farlo.

Pur essendo tutti e tre i casi problematici, sembra, dunque, plausibile che l'accusa privilegiata possa essere esercitata, sia pure eventualmente alla cessazione della carica, nei confronti del correo magistrato, come sembra plausibile che possa essere esercitata, se il suocero evita di *postulare*, anche da un marito infame, nonostante non possa esercitarla in altri giudizi pubblici, proprio per il carattere particolare di questa accusa, tesa a salvaguardare l'onore della famiglia. Si può, allora, avanzare l'ipotesi – pur non ritenendo che la circostanza che negli altri due casi la risposta sia positiva debba comportare necessariamente che lo sia anche in questo – che l'accusa privilegiata possa essere esercitata anche per l'adulterio commesso da una *filia ignominiosa*⁶⁵ che, una volta sposata, deve comunque

adulterii del minor XXV annis, in *Studi Labruna* 1 (Napoli 2007) 439 ss., in part. 443 nt. 14, che, dato che nel passo si tratta delle regole di preferenza nella *causae cognitio* preliminare alla concessione dell'*accusatio iure mariti vel patris*, è evidente che questa fase processuale si ha nel solo caso in cui gli unici due soggetti legittimati avessero entrambi fatto richiesta di procedere nell'accusa, assoggettandosi entrambi alla scelta dell'organo giudicante. Ulpiano indica, dunque, 'le uniche cause che, davanti alla *postulatio* del *maritus* e del *pater*, permettono al *pater* di essere preferito al *maritus* (e non, invece, di precederlo, che è fattispecie diversa), e cioè quando il primo provi al giudice nel preprocedimento lo *status* di *infamis* del marito o la sua intenzione di colludere con la moglie'. Per l'Autore, pertanto, se il *pater* evita di postulare o di provare la condizione del genero, il marito, benchè infame, potrà tranquillamente ottenere la possibilità di esperire l'*accusatio iure viri* per la quale ha fatto domanda e per la quale si sta sottoponendo alla scelta nella *causae cognitio*. Per quanto poi riguarda l'ulteriore fattispecie indicata nel passo, permettere al padre di dimostrare nella *causae cognitio* l'*animus colludendi* del marito, si tratta dell'applicazione di un principio di economia processuale, evitando l'esperimento dei giudizi di *tergiversatio* o *praevaricatio* per dimostrare l'avvenuta collisione e poter nuovamente perseguire la rea. Anche in tal caso il marito, se il padre non si presenti a postulare o se non dimostri l'*animus colludendi*, potrebbe ottenere, per il Botta, l'accusa *iure viri*.

⁶⁵ Non sembra si possa concordare, a tal proposito, con la lettura di E. CANTARELLA, *Causa d'onore* cit. 75 s., per la quale, dal momento che Macro afferma che ha il *ius occidendi* solo chi ha il *ius accusandi iure patris vel mariti*, e dal momento che tale accusa spettava solo al padre della donna sposata, nel caso previsto nel nostro passo, essendo la figlia nubile, anche se *ignominiosa*, non poteva essere esercitato nei suoi

rispettare l'onore del marito e della famiglia, soluzione che sarebbe, d'altra parte, in accordo con quanto abbiamo letto in D. 48.5.14.2 riguardo all'*uxor quae vulgaris fuerit*. In tal senso l'Astolfi, per il quale da D. 48.5.25.3 si può desumere che la giurisprudenza avrebbe riconosciuto anche al marito di un'*uxor contra leges nupta*⁶⁶ e al *pater* di una *filia* che avesse già perso il proprio onore, per essersi data alla prostituzione da nubile, il potere di accusare l'adultera e il complice *iure mariti*, intendendo tutelare, in ogni caso, la dignità della famiglia.

6. Non sembra, pertanto, certo, come invece ritenuto sinora dalla dottrina, che l'accusa *iure viri* e il *ius occidendi* potessero essere esercitati solo in caso di lesione di un *matrimonium iustum*. Questa dell'adulterio è, d'altra parte, una materia sulla quale ai giuristi romani e agli Imperatori vengono spesso sottoposte tutta una serie di problematiche matrimoniali, principalmente in tema di *matrimonia iniusta* e sia dalle risposte sia dai rescritti, ripresi poi dalla stessa giurisprudenza, emerge una non totale armonizzazione. Dal momento che non il solo *matrimonium iustum* si concretizzava in un'unione stabile e monogamica, e, quindi, nella costituzione di una famiglia, che si intendeva comunque tutelare, in certi casi, potremmo dire, di confine, può essere stata ammessa l'esperibilità dell'accusa privilegiata anche quando, pur non essendo definibile il matrimonio *iustum* per tutti gli aspetti, poteva sembrare, comunque, ragionevole concedere a colui che era considerato 'in qualche modo marito' l'accusa *iure viri*.

confronti il *ius occidendi*. La discussione potrebbe essere nata, osserva l'Autrice, perchè il testo della *lex Iulia* era ambiguo, o forse perchè la limitazione del potere del padre di esercitare il *ius occidendi* sulla figlia non sposata non era ben visto da tutti.

⁶⁶ Già il SOLAZZI, *Sui divieti* cit. 98, aveva ritenuto che nel nostro passo si affermi che 'commette adulterio e può essere uccisa dal marito anche l'*uxor contra leges nupta*' e che ciò provi che il matrimonio esiste ed è valido. L'insigne studioso ritiene dunque che anche in questo caso possa essere esercitato il *ius occidendi*, ma, evidentemente, non da parte del marito, che non era mai titolare del *ius occidendi* sulla moglie.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2011
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

