



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Claudia Terreni

**Le ragioni di una moglie tradita: note in
margine a C.9.9.1.**

Numero XI Anno 2018
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Camapania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

LE RAGIONI DI UNA MOGLIE TRADITA: NOTE IN MARGINE A C.9.9.1.

SOMMARIO: 1. Problema di fondo – 2. Le varie ipotesi intorno alla stesura del rescritto – 3. Una possibile risposta al quesito di fondo.

1. *Problema di fondo*

Un rescritto emanato dagli Imperatori Severo ed Antonino nell'anno 197 d.C. in materia di adulterio, credo meriti un breve riesame:

Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit².

¹ Vorrei segnalare il recentissimo studio di F. BONIN, *Evoluzione normativa e 'ratio legum.'* *Qualche osservazione sulla legislazione matrimoniale augustea*, in *BIDR*, 111, 2017, 276 s.

² Si tratta di C. 9.9.1 sulla quale ha recentemente preso posizione P. PAVÓN, *Impp. Severus et Antoninus AA. Cassiae (CJ. 9.9.1). El caso del esposo adúltero*, in *SDHI*, 77, 2011, 385 che riconosce a Cassia un'audacia «suficiente como para plantear una cuestión impensable en el contexto político, social y jurídico de su momento» ... «puesto que son los maridos los que tienen facultad de acusar y no las mujeres» (386). Per le regole procedurali si veda G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, *studi sulla disciplina di 'adulterium', 'lenocinium' 'stuprum'*, Bari, 1997, 1 s.; H. ANKUM, *La 'sponsa adultera'. Problèmes concernant l' 'accusatio adulterii' en droit romain classique*, in *RIDA*, 32, 1985, 163 ora in *Estudios de derecho romano en honor de A. D'Ors*, I, Pamplona 1987, 161 ss., riconosce la possibilità di qualche eccezione alla regola generale per cui la donna non può agire *publico iudicio* «mais jamais pour les crimes d'adulterium et de stuprum». F. GORIA, *Studi sul matrimonio*

Il rescritto postula una richiesta di accusa operata *iure mariti vel patris*³ da una certa Cassia e giustamente Rizzelli⁴ osserva che la questione, in quanto esaminata dalla Cancelleria imperiale, sia pure per respingerla, non dovesse apparire *prima facie* infondata. La circostanza sembrerebbe comprovata dall'accenno al fatto che la donna intendesse *queri de matrimonio suo violato* e chiedesse, dunque, la legittimazione all'accusa in relazione alle ipotesi rientranti nella casistica che prevedeva, appunto, l'esercizio di una accusa femminile⁵.

dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino, Torino, 1975; M. ANDREEV, *La 'lex Iulia de adulteriis coercendis'*, in *Studi Clasice*, V, 1963, 165 ss., in cui si legge che «l'homme, vu sa qualité de mari, n'est pas responsable de l'infidélité qu'il pourrait commettre envers sa propre femme. Cette règle est formulée catégoriquement dans C.9.9.1». E. VOLTERRA, *Per la storia dell' 'accusatio adulterii iure mariti vel patris'*, Città di Castello, 1928, 8 s., 39, 46 ora in *Scritti giuridici*, 1, Napoli, 1991, 226 s., 262.; U. VINCENTI, *Tra 'iudicium publicum' e 'publica accusatio'*, in *Labeo*, 64, 1988, 479, richiamando C.9.9.1 sottolinea come sia «l'argomento letterale a vietare alla donna l'esercizio dell'accusa *iure mariti*». A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen. Lebensgemeinschaft*, Köln, 2004, 679, fa rientrare tra le regole della *lex Iulia de adulteriis*, prendendone semplicemente atto, il divieto per le donne di promuovere l'accusa. Ancora, B.W. FRIER-T.A.J. Mc GINN, *A casebook on Roman Family Law*, Oxford, 2004, 121, intravedono, alla base del divieto, motivi di tutela del coniuge economicamente più debole. Infine T.A.J. Mc. GINN, *Prostitution, Sexuality, and the law in Ancient Rome*, Oxford, 2003, 50, sostiene con ragione che il rescritto, «unambiguously», vieta a Cassia di agire.

³ Rimando per la bibliografia di ampio respiro cronologico sull'argomento a C. VENTURINI, *'Accusatio adulterii' e politica costantiniana (per un riesame di C. Th. 9,7,2)*, in *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica*, a cura di A. Palma, Napoli, 2013, 30 nt. 1.

⁴ G. RIZZELLI, *Agostino, Ulpiano, Antonino*, in *'Iuris Vincula'*, *Studi Talamasca*, VII, Napoli, 2001, 74 s.

⁵ Si possono confrontare tra le varie opinioni: F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996, 360 s. in cui esclude la possibilità per la donna di agire; ID, *'Stuprum per vim illatum', 'iniuria in corpus*

Aggiungerei che il testo, facendo leva in via restrittiva sul tenore della legge che conduceva per forza di cose a identificare il *maritus* con un *masculus*, pare tradire un certo imbarazzo da parte degli estensori del rescritto⁶. Cassia chiede, perciò, di esercitare l'accusa *iure mariti* privilegiata nei 60 giorni *ex lege* e la risposta imperiale, incentrandosi sul puro dato formale costituito dalla lettera della legge nega la possibilità di azione, anche se la stessa intende lamentare la violazione del proprio matrimonio: *queri de matrimonio suo violato*. La problematica è sottile e Cassia sostiene un principio incontrovertibile: l'accusa esiste *iure mariti* per la tutela del

raptus'. *Profili dogmatici del reato di violenza carnale nelle fonti giuridiche tra terzo e nono secolo D. C.*, in *Jus Antiquum*, II (10), 2002, 150, nel quale l'A. ribadisce, richiamandosi al nostro rescritto, l'esclusione delle donne dall'*accusatio adulterii*. Ad analoghe conclusioni giungono R. HERRERA BRAVO-M. SALAZAR REVUELTA-A. SALAZAR REVUELTA, *La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica*, in *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Madrid, 2010, 202. Si confrontino, inoltre le utili osservazioni di L. GAROFALO, in sede di recensione allo stesso F. BOTTA, cit., in *IURA*, 56, 1995, 107 ss. È senz'altro da segnalare: C. VENTURINI, *La ripudianda*. (in margine a *C Th. 3.16.1.*, ora in *Studi*, cit., 93. Recentemente, G. MINNUCCI, *La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età moderna*, in *AHDE*, 81, 2011, 1005, valutando la connessione esistente tra *crimen adulterii* e *status* processuale femminile, ha rilevato come «la normativa civilistica penetrata nel Decreto di Graziano, configura, sotto il profilo strettamente processuale, una condizione muliebre di assoluta inferiorità, tant'è che alle donne non è consentito *maritos suos adulterii reos facere*» normativa, questa, che l'A. fa discendere da C. 9.9.1.

⁶ *Maritus*, infatti, può comprendere in senso lato anche il coniuge se pensiamo anche all'elemento psicologico dell' *affectio maritalis* (Ulp. 33 *ad. Sab. D. 24.1.32.13: non ... coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*). Sul punto, C. VENTURINI, *Matrimonio, divorzio, ripudio: Premesse romanistiche ad una problematica attuale*, in *Nova Tellus*, 6, 1988, 178 s., ora in *Studi*, cit., 114 s. Sul significato dell'espressione merita attenzione M.I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, 56, secondo la quale, il termine *affectio maritalis* «tiene un contenido más intimista, más personal y profundo, por ello es también más apropiado para expresar la duración, la continuidad».

matrimonio ed è esercitabile a tale titolo in quanto il marito è coniuge come lo è la moglie⁷. Disagio ben comprensibile: trattandosi, infatti, di un *crimen* che nella fattispecie risultava lesivo per la donna, non restava altro che operare sul genere dell'aspirante accusatrice per darle risposta negativa.

La singolarità del parere imperiale ha dato origine, in dottrina, a varie interpretazioni venendo in discussione il problema del rapporto tra donne romane e diritto e, soprattutto, quello della legittimazione femminile all'accusa. In realtà, ritengo plausibile ammettere che il testo non enunci una regola generale, ma focalizzi l'attenzione alla più ristretta fattispecie dell'*accusatio iure mariti vel patris* come circostanza impeditiva dell'azione esperibile da Cassia e non pregiudichi, decorsi i *sexaginta dies* riservati al marito e al padre, una possibile accusa pubblica *iure extranei*.

A tutt'oggi sull'argomento non vi sono pareri univoci, pur essendo certa la esclusione delle donne dalla funzione giudicante e dalla titolarità delle magistrature, come risulta evidente in due testi:

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2: *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. 1. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere*⁸;

⁷ Piuttosto forzate mi sembrano, dunque, le osservazioni di P. PAVON, *Impp. Severus et Antoninus*, cit., 385, nel sottolineare che «efectivamente, la mujer romana se encontraba en una posición inferior respecto del hombre en cuanto a sus capacidades jurídicas».

⁸ Per tutti cfr: F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di 'officium' in diritto romano*, in *RISG*, 9, 1958, 384-385, ove si riscontra una generale identità tra *officia civilia* e *officia virilia*.; ID., voce *Ufficio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 45, Milano, 1992, 621 ss. Più specifici rilievi in: S. DIXON, *Infirmitas sexus': womanly weakness in Roman law*, in *TJ*, 52, 1984, 360 s., riferisce ai *mores* l'esclusione delle donne dagli *officia civilia*; S. DIETER, *Die melete des Eustathios Rhomaïos über die Befugnis der Witwe zur Mordanklage*, in *ZSS*, 117, 1987, 591; E. KOCH, *Vom Versuch, die Frage, 'ob die Weiber Menschen sein, oder nicht', aus den Digesten zu beantworten*, in *RJ*, 1, 1982, 173

e Paul. 17 *ad ed.* D. 5.1.12.2: *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus, natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatus motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur*⁹.

Nel primo frammento, l'esclusione in particolare delle donne dagli *officia* rientranti nell'ambito del diritto civile¹⁰ come

s, 177 s.; F. MERCOGLIANO, *Sulla rilevanza giuridica della divisione tra i sessi*, in *Mélanges Wolodkiewicz*, II, Warszawa 2000, 608 nt. 59, 609 nt. 64 specifica che «*postulare pro aliis*, vale a dire intentare azioni per conto di terzi, per una donna avrebbe avuto il significato di realizzare contro natura spudoratamente un *officium virile*». B. FELDNER, *Zum Ausschluss der Frau vom römischen 'officium'*, in *RIDA*, 47, 2000, 382, affronta la discussa problematica dell'esclusione delle donne dall'*officium* inteso questo in senso stretto ovvero relativamente alle cariche pubbliche, amministrative, giuridiche riservate, come Ulp. 1 *ad. Sab.* D. 50.17.2 pr. dimostra, al sesso maschile: i cd. *officia virilia*. L'A. si sofferma, in particolare, sull'esclusione delle donne dalla magistratura determinata questa, dalla convenzione e non perché ad esse manchi il *iudicium*. Torna sull'argomento riproponendo il suo punto di vista in: B. FELDNER, *Women's exclusion from the Roman 'officium'*, in *Forum Historiae Iuris*, 2002, 4 s.; si vedano, inoltre, le osservazioni di L. PELLECCI, *Innocentia eloquentia est'. Analisi giuridica dell'Apologia di Apuleio*, Como, 2012, 79; 93.

⁹ Sull'argomento le opinioni di C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*, in *BIDR*, 90, 1987, 510 s.; B. RANTZ, *Valère Maxime 8,3. Des Avocats à Rome?*, in *RIDA*, 33, 1986, 188; J. PLESCIA, *The development of the doctrine of 'boni mores' in Roman law*, in *RIDA*, 34, 1987, 271. Più recentemente, G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino, 2015, 4, la quale ricorda che «tra i giuristi del principato ricorre la distinzione tra *officia civilia e publica*, in particolare in passi che riguardano l'esclusione della donna da tutti gli uffici ritenuti virili».

¹⁰ Alcune considerazioni le esprime C. VENTURINI, *Lo schiavo imprenditore*, (*Studi recenti su un fenomeno del passato*), in *Mondo Bancario*, III, 1995, 32. Più di recente

pure del diritto pubblico (era altresì preclusa sia la funzione giudicante sia la titolarità delle magistrature¹¹) è stata posta in relazione all'assunto che «la società romana, anche nel momento della massima espansione dei diritti femminili, aveva mantenuto saldi alcuni principi fondamentali, oltre i quali l'emancipazione femminile non poteva andare»¹², fatto questo che escludeva di conseguenza la donna dai *virilia officia*¹³.

Nel secondo testo è invece precisato come la inidoneità della donna ad esercitare la funzione giudicante «non sia motivata sulla base del richiamo della *levitas* o dell'*infirmetas sexus* ... o dalla necessità di tutelare la *prudicitia sexui congruens* bensì sui *more*»,¹⁴ vale a dire in base alla consuetudine che vietava alle donne l'esercizio degli uffici civili, circostanza questa risultante estranea alle

A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, passim.

¹¹ Sull'argomento si vedano le considerazioni di M. GRAZIOSI, *'Infirmetas sexus'. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Iuria Gentium*, 2005; S. MENZIGER, *La donna medievale nella sfera pubblica. Alcune riflessioni in materia di cittadinanza nel panorama degli studi storico – giuridici*, in *La condizione giuridica delle donne nel medioevo*, Torino, 2012, 125 la quale sostiene «che fino alla fine del Duecento, pesarono come un macigno, sul pensiero giuridico medievale, le parole del Digesto che precludevano alle donne qualsiasi via di accesso a incarichi di rilevanza anche solo latamente pubblica». C. VENTURINI, *'Ob sententiam in senatu...dicendum pecuniam accipere': divagazioni su senatori e 'lex Iulia repetundarum'; 'Uxor socia' Appunti in margine a D. 1.16.4.2*, in *Scritti di diritto penale romano*, a cura di F. Procchi e C. Terreni, vol. I, Padova, 2015, 615 e 646 nt. 62.

¹² E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2014, 241.

¹³ Sul punto si vedano le osservazioni di L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino, 2014, 4 e F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *TSDP*, 4, 2011, 40.

¹⁴ L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 99.

tradizionali enunciazioni che si richiamano alla supposta inferiorità del sesso femminile,¹⁵ fondando invece il divieto unicamente su dati giuridici formali.

Non contraddice tale modo di vedere l'esistenza di una clausola edittale diretta ad escludere le donne dall'esercizio dell'avvocatura, poiché secondo la testimonianza ulpiana contenuta in Ulp. 6 *ad ed* D. 3.1.1.5.¹⁶, tale provvedimento sarebbe

¹⁵ P.L. ZANNINI, voce *Sesso (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 42, Milano, 1989, 1 s.; Si veda inoltre, J. BEAUCAMP, *Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du IIIe au VIe siècle*, in *RDHF*, 54, 1976, 485.

¹⁶ *Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania improbissima femina quae invereconde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto. Cfr. M. KASER, 'Infamia' und 'Ignominia' in den römischen Rechtsquellen, in *ZSS*, 76, 1956, 228; A. LOVATO, *Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena*, in *SDHI*, 55, 1989, 427; R. DOMINGO, *Sobre las supuestas rubricas edictales en el edicto del pretor*, in *ZSS*, 108, 1991, 293; N. F. BERRINO, 'Femina improbissima' e 'inquietans': il divieto di postulare 'pro aliis', in *Invigilata Lucernis*, 24, 2002, 16, soffermandosi sull'avverbio *invereconde* sottolinea come «l'assenza di *verecundia*, ossia di modestia» è spesso sintomo di un modo di porsi della donna ed è spesso legata alla sua comparsa in pubblico... e al suo essere vestita o svestita! – in maniera scandalosa». Per ciò che concerne il verbo *inquietare* «può intendersi nel senso di *inquietum reddere actione vel cogitatione libidinoso*». A. GUARINO, *Il dito sulla piaga*, in *Labeo*, 44, 1998, 247 s., ritiene possibile che la «esclusione dal *postulare pro aliis* sia stata determinata [...] da occasioni di particolare fastidio [...] che richiamassero alla memoria gli atteggiamenti inverecondi dell'«*improbissima femina*» di nome Carfania...». F. CAVAGGIONI, *Mulier rea. Dinamiche politico – sociali nei processi a donne nella Roma Repubblicana*, Venezia, 2004, 157 s., richiama il testo a testimonianza del divieto per le donne di *postulare pro aliis*, un provvedimento, «a sentire il giurista, determinato dall'esempio negativo di una tale Carfania che taluni identificano con la C. Afrania di valeriana memoria. Esso riguardava però una diversa questione, l'assunzione della difesa per conto di terzi. L'assunzione*

stato motivato dal carattere di una certa Carfania *inverecunde postulans et magistratum inquietans*. Che il provvedimento pretorio sia stato dettato non dalla inidoneità del sesso femminile all'esercizio dell'avvocatura, ma dal comportamento tenuto da alcune donne rappresentanti un esempio negativo dell'immagine femminile si evince anche da Valerio Massimo 8.3.2¹⁷, che ripropone la

della propria difesa, al contrario, non contravveniva a norme restrittive...ciò non significa che non sollevasse critiche di natura morale e sociale». Il passo in questione è stato oggetto di recente valutazione da L. PEPPE, *'Civis romana'*, Lecce, 2016, 140, 306, e F. GIUMETTI, *Per 'advocatum defenditur'. Profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma antica*, Napoli, 2017, 30, il quale ipotizza «che l'interdizione dell'avvocatura alle donne fosse sostenuta, sul piano della giustificazione teorica ed ideologica dall'esigenza di evitare che l'integrità del giudice venisse corrotta o, per lo meno, fuorviata dalle armi di seduzione femminili, di cui Carfania, *improbissima femina*, era certamente a conoscenza».

¹⁷ C. Afrania, vero Licinii Buconis senatoris uxor prompta ad lites contrabendas pro se semper apud praetorem verba fecit, non quod advocatis deficiebatur, sed quod impudentia abundabat. Itaque inusitatis foro latratibus adsidue tribunalia exercendo muliebris calumniae notissimum exemplum evasit, adeo ut pro crimine improbis feminarum moribus C. Afraniae nomen obiciatur. Prorogavit autem spiritum suum ad C. Caesarem iterum P. Servilium consules: tale enim monstrum magis quo tempore extintum quam quo sit ortum memoriae tradendum est. Sull'argomento si vedano con riferimenti bibliografici le osservazioni di L. LABRUNA, *Un editto per Carfania?*, in *Synteleya Arangio Ruiz*, I, 1964, ora in *Adminicula*, 3, Napoli, 1995, 167 ss., il quale si sofferma sull'influenza «che la malia del fascino suo riuscì talvolta ad esercitare sulle decisioni di qualche austero magistrato»; G. SCIASCIA, *Carfania e as mulieres advogadas*, in *Investigações*, 3, 1951, 49; J.F. GARDNER, *Being a Roman Citizen*, London – New York, 1992, 101, che fa rientrare il caso di Carfania «in the cases of others is contrary of the modesty befitting their sex». Anche per B. FELDNER, *Zum Ausschluss*, cit., 39 «Carfania wird...in erheblichem Ausmaß skandalisiert» rappresenta un esempio negativo, «nur bei Ulpian, sondern auch bei Juvenal ... und bei Valerius Maximus». Addirittura P.A. sottolinea come «Ihr Name (Carfania) wird als Schimpfwort für Frauen...». F. LAMBERTI, «'Mulieres'» e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e 'presenze silenziose', in *INDEX*, 40, 2012, 244, sottolinea come taluni autori antichi e il richiamo è a Val. Max. 8.3 pr. «vedevano l'in iudiciis tacere come unico comportamento

motivazione ulpiana riferendosi a C. Afrania moglie del senatore Licinio Buccone, *prompta ad lites contrahendas*, pur d'altra parte non mancando di ricordare con toni elogiativi l'orazione tenuta da Ortensia dinanzi ai triumviri per un provvedimento fiscale da essi emanato durante la guerra civile¹⁸.

conforme alla *condicio naturae* e alla *verecundia stolae*: le donne che prendessero la parola nei tribunali, *pro se o pro aliis*, erano viste da molti come usurpatrici di un campo tradizionalmente virile». L'A. torna ancora sul tema in F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e diritto*, 4, 2014, 78 s., e 'Meretricia vicinitas'. *Il sesso muliebre a Roma fra rappresentazioni ideali e realtà 'alternative'*, in *Prostitución femenina en la experiencia histórico-jurídica*, a cura di E. Höbenreich, V. Kuehne, R. Mentxaka e E. Osaba, El Cisne, III., Lecce, Edizioni Grifo, 2016, 64 s., evidenziando come Valerio Massimo denunci in «termini fortemente spregiativi il contegno» di Carfania, «arrivando a ricondurlo fra gli atteggiamenti delle donne di *improbi mores*». T.J. CHIUSI, *La fama nell'ordinamento romano. I casi di Afrania e di Lucrezia*, in *Storia delle donne*, VI/VII, 2010 – 2011, 95 s., sostiene che «Afrania, al di là dei dettagli legati alla storicità della sua vicenda, diventa la scusa, una sorta di emblematico capro espiatorio per introdurre il divieto di *postulare pro aliis* a carico delle donne. Le esplicite parole di Ulpiano, quasi disarmanti nella loro sincerità a proposito della ragione vera della norma, e cioè che le donne non devono assumere compiti maschili, costituiscono l'indizio più forte contro la possibilità che Afrania stessa, vale a dire in quanto fastidiosa querulante, sia stata la causa dell'introduzione del divieto editale».

¹⁸ Ortensia, figlia dell'oratore Q. Ortensio Ortalo, con tale intervento oratorio, ottenne una notevole riduzione dell'imposizione fiscale deliberata dai triumviri: *cum ordo matronarum gravi tributo a triumviris esset oneratus nec quisquam virorum patrocinium eis accomodare auderet* (Val. Max. 8.3.3). Sul punto, ha opportunamente rilevato F. CAVAGGIONI, *'Mulier rea'*, cit., 157 s., come Valerio Massimo usi toni negativi nei confronti di «queste donne che parlano» ... «seppure in contesti diversi», risultando possibile scorgere, però, nella prosa dell'opera valeriana l'abilità oratoria di Ortensia, non esente da elogi, e la censura «mista a disprezzo e orrore, riservata ad Afrania...».

Il problema del possibile intervento delle donne nei processi criminali deve essere tenuto ben distinto dalla preclusione che esse incontravano in rapporto così alla funzione giudicante come all'esercizio dell'avvocatura nei processi civili, né è possibile instaurare alcun parallelo tra le due circostanze.

Un ulteriore dato è il caso, a questo punto, di porre in rilievo: le tracce che le fonti conservano di donne intervenute come delatrici nei processi delle *quaestiones* non permanenti anteriori all'istituzione delle *quaestiones perpetuae*¹⁹ ed affidate dal senato a singoli magistrati in rapporto ai reati di veneficio ed ai Baccanali. Questa circostanza, in sé nota, è dovuta al fatto che la *delatio*, intesa quale comunicazione della *notitia criminis*, non comportava una diretta attività processuale da parte di chi se ne rendeva artefice, ma si traduceva, semplicemente, nello stimolo ad interventi repressivi fondati su un dovere d'ufficio connesso all'*imperium* del quale il magistrato era titolare²⁰.

Mancano, viceversa, testimonianze in rapporto all'esercizio dell'accusa pubblica da parte di donne, il che ha condotto la dottrina ad escludere, in linea di massima, questa possibilità in modo aprioristico.

Dalla letteratura giuridica dell'età imperiale, non risulta, infatti, una preclusione generalizzata; da Pap. *lib. 1 de adult.* D. 48.2.2²¹ emerge

¹⁹ Sull'argomento, si veda per tutti, C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 107 e rec. a D.A. CENTOLA, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Napoli, 2011, in *Scritti*, cit., II, 1125.

²⁰ Sul ruolo dei *praemia* nell'ambito della repressione criminale, sono da richiamare le indagini di G. LURASCHI, *Il 'praemium' nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi Biscardi*, 4, Milano, 1983, 239 s., e di V. MANNINO, *Alcune considerazioni sulla competenza in materia di normazione premiale nell'antica Roma*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 173 ss.

²¹ *Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio, veluti si mortem exequantur eorum earumque, in quos ex lege testimonium publicorum invitae non dicunt.* Mi sembra

chiaramente che, in regime di *cognitio extra ordinem*, la disciplina processuale prevedeva il possibile esercizio dell'accusa da parte di donne, pur circoscrivendola ad una serie di ipotesi predeterminate in deroga alla disciplina generale richiamata in Macer 2 *de publ. ind.* D. 48.2.8 pr.²² circa la *prohibitio propter sexum vel aetatem*.

interessante rilevare che si tratta di un frammento papiniano rubricato *primo libro de adulteriis*. Inoltre, sulla annosa questione della donna come possibile promotrice dell'accusa pubblica, ho riflettuto in un mio articolo C. TERRENI *Turia: dubbi giustificati? Aspetti problematici di un'identificazione controversa*. In *Societas – ius, Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999, 331 nt. 6.

²² *Qui accusare possunt, intellegemus, si scierimus, qui non possunt. itaque prohibentur accusare alii propter sexum vel aetatem, ut mulier, ut pupillus...* Sul punto si veda D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, 197 s. C. VENTURINI, *La ripudianda*, cit., ora in *Studi*, cit., 93 sottolinea l'eccezione al principio generale nell'inciso *suam iniuriam exequantur mortemve propinquorum defendent* (Macer 2 *de publ. ind.* D. 48.2.11 pr.). Si ricollega, presumibilmente secondo l'A. «a questa regola sia l'accusa che, in epoca tardo repubblicana, fu esercitata contro gli assassini dei genitori dalla protagonista dell'epigrafe laudatoria nota come *Laudatio Turiae* ... sia il fatto che C. 9.9.1 rileva la circostanza secondo cui *publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint*, facendo leva sul puro dato formale costituito dalla lettera della *lex Iulia... quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit*» Degno di essere ricordato appare a mio giudizio lo schol. 1 a Bas. 60.37.46 (Heimb. 5.742 ora in Scheltema A. 8.2988) che si riporta nella traduzione latina, dove si legge che *violatam virginem hoc iudicium intendere posse*, e C.9.9.7 del 223 dal quale appare che il marito, a meno che non fosse sua *sponsa*, non può accusare *iure mariti* nel caso di *violata virgo adulta*. Il preside della provincia deve, però, essere severo *si ipsa iniurias suas adsistentibus curatoribus, per quos etiam negotia eius gerenda sunt, persequatur* C. 9.9.7.1. F. BOTTA, *Interesse*, cit., 362 ritiene, al riguardo, che ci si trovi in presenza di «un esempio di deroga dell'incapacità femminile concessa in ragione dell'interesse personale alla repressione del *crimen*». Sulla questione si vedano, inoltre, le osservazioni di G. RIZZELLI, *In hac 'servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet'*. *Sen. Contr.* 2.7.3. *Donne passioni violenze*, in F. LUCREZI, F. BOTTA, G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico – giuridici*, Lecce, 2016, 128 ss.

In una costituzione del CTh. 9.1.3 riferibile a Costantino, dell'anno 322²³ si riscontra inoltre un notevole ampliamento delle fattispecie rispetto a quelle contenute in Pap. *lib. 1 de adult. D. 48.2.2* appena richiamato.

Nella costituzione si parla, infatti, non soltanto di *parentum liberorumque...mortem exequi*, ma di *sua suorum iniuriam persequi*, comprendendo nel concetto di ingiuria sia quella subita personalmente che quella sofferta dai congiunti²⁴.

²³ *Cum ius evidens atque manifestum sit, ut intendendi criminis publici facultatem non nisi ex certis causis mulieres habeant, hoc est, si suam suorumque iniuriam persequantur, observari antiquitus statuta oportet; neque enim fas est, ut passim mulieribus accusandi permissa facultas sit, alioquin in publicis olim quaestionibus interdum aut admissa probatio est aut accusantis auctoritas. Patroni etiam causarum monendi sunt, ne respectu compendii feminas, securitate forsitan sexus in actionem illicitam proruentes, temere suscipiant.* Sul tema cfr., in particolare, T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Exsecranda pernicies'. *Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, 119 s. Non condivido, alla luce del testo, pienamente le osservazioni L. DI CINTIO, *Sulle 'Interpretationes' a 'Codex Theodosianus' 9.1.3 e 9.7.4*, in *Riv. Dir. Rom.*, 11, 2011, 2, sul punto in cui riconosce che «il dettato costantiniano non amplia le fattispecie in tema di capacità processuale della donna, ma le delimita in senso restrittivo». EAD. «L'Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus», Milano, 2013, 34 ss.

²⁴ La medesima formula ricorre, d'altra parte, anche in testi di giuristi classici, quali Ulp. 71 *ad ed. D. 43.29.3.11*. tratto dai libri *ad edictum* di Ulpiano, dove il giurista afferma che *l'interdictum de homine exhibendo* può essere accordato anche alla donna ed al minore di venticinque anni e, per giustificare il parere, afferma che tali soggetti ... *et publico iudicio reos facere possunt, dum suas suorumque iniurias exequuntur*. Analoga terminologia si rinviene sia in C. 9.1.12 del 293 e 9.45.5, del 294, entrambi diretti a riferire rescritti dioclezianeî che in Marc. *lib. sing. ad sen. cons. Turp. D. 48.16.1.10* dove Marciano, commentando un responso di Papiniano, riferisce che egli *respondit mulierem, quae idcirco ad falsi accusationem non admitteretur, quod suam suorumve iniuriam non persequeretur, desistentem senatus consulto Turpilliano non plecti*. Il *Senatus consultum Turpillianum*, emanato nel 61 d.C., puniva infatti la desistenza in giudizio: cfr. E. VOLTERRA, voce '*Senatus consulta*', in *NNDI*, 16, 1969, 1070, ora in *Scritti giuridici*, 5, Napoli, 1993, 193 s.; L.

L'ampliamento previsto dalla costituzione rispecchia la diversa configurazione che avevano assunto nell'età imperiale, rispetto alla tarda repubblica, le fattispecie criminose e la loro repressione nella *cognitio extra ordinem*. In tale ambito, la procedura si estendeva sia a *crimina* non previsti nella legislazione anteriore delle *quaestiones*, sia agli illeciti un tempo sanzionati con azioni penali private, la cui esperibilità era aperta ad ogni soggetto che avesse personalmente subito una lesione²⁵.

Alla luce dei dati fin qui esposti direi che la formulazione del rescritto di C. 9.9.1 appare effettivamente anomala e questa circostanza mi spinge a compiere ulteriori, se pur brevi, rilievi sul tenore e le motivazioni della richiesta di Cassia, di indubbio interesse anche per i Compilatori che hanno ritenuto opportuno conservare il rescritto nel Codice. Il testo si preoccupa di precisare che le donne non avevano *adulterii accusationem* in relazione a un *publicum iudicium*²⁶. Poiché, a quanto sappiamo, non esistevano

FANIZZA, *Accusatori e delatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988, 41 ss., 66 s.

²⁵ Tanto si ricava dalla stessa normativa augustea secondo il punto di vista di C. VENTURINI, *Studi*, cit., 45, 93.

²⁶ Sulla portata semantica del sintagma *iudicium publicum*, soprattutto in età imperiale, sono preziose le pagine dedicate da S. Pietrini alla legittimazione processuale nei giudizi criminali del IV e V secolo, *Sull'iniziativa del processo criminale romano, (IV – V secolo)*, Milano, 1996, 13 s. richiamando la bibliografia di riferimento La studiosa analizza le divergenti opinioni dottrinali sull'utilizzo del sintagma evidenziando come, se per alcuni stia a significare quei procedimenti che si promuovevano davanti ad una *quaestio perpetua* ad opera di un qualunque cittadino (si v. in proposito anche S. DI SALVO, *'Lex Laetoria'. Minore età e crisi sociale tra il III ed il II sec. d. C.*, Napoli, 1979, 129 ss.), per altri, invece, pur riconoscendo che i classici a proposito dei *iudicia publica* avrebbero senza dubbio dato rilievo alla regola della popolarità dell'accusa, sottolineano che la distinzione tra un *iudicium publicum* e uno *privatum* si sarebbe fondata su differenze intrinseche di procedura non limitate alla sola legittimazione ad agire e che avrebbero, pertanto, assunto rilevanza già prima della legislazione

processi di adulterio che non fossero pubblici²⁷, verosimilmente il testo doveva fare implicito riferimento alla contestazione dell'adulterio (maschile) che poteva insorgere in sede di giudizio sulla *culpa divortii*. Prima di procedere all'eventuale accusa era, dunque, necessario procedere allo scioglimento dell'unione e, con esso, alla restituzione dei beni dotali conseguibile dalla moglie stessa o da chi la dote aveva costituito attraverso azioni private, la cui esperibilità solo a partire dal 392 fu posposta alla conclusione

augustea (così, ad esempio, G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico nel sistema delle 'leges Iuliae'*, in *Riv. dir. proc.*, 8, 1948, 65 e nt. 1). B. SANTALUCIA, *'Accusatio', 'inquisitio' nel processo penale di età imperiale*, *Sem. Compl.*, 14, 2002, 179 ss., ora in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 313 ss.

C. GOMEZ. RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas*, Sevilla, 1987, 117 s., sostiene che «la última ratio de hacer pública tale acusación estriba en el hecho de que la ley no protege únicamente el estricto orden familiar, sino que castiga los actos contra las buenas costumbres y en este sentido trata de proteger a toda la sociedad, por lo que ésta queda legitimada para acusar a los posibles reos de estos crímenes». Recentemente, P. BUONGIORNO, *Appunti sulla dialettica normativa in materia matrimoniale nel primo principato*, in *BIDR*, 111, 2017, 308.

²⁷ C. VENTURINI, *Studi*, cit., 36 e 36 nt. 17. La legge *Iulia* determinò, infatti, sulla falsariga del processo accusatorio tardo repubblicano, la creazione di un'apposita *quaestio perpetua*, composta dal magistrato chiamato a presiederla e da un collegio giudicante e con le tipiche regole del processo per *quaestiones*; *idem* C. VENTURINI, *Studi*, cit., 35 ss. Si vedano, inoltre, le puntuali osservazioni di D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle 'quaestiones perpetuae' tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro Maruotti, Torino, 2016, 16 ss. Con l'inquadramento augusteo dell'adulterio nell'ambito dei *crimina publica*, le formalità del divorzio vennero subordinate agli adempimenti previsti in Paul. 2 de adult D. 24.2.9: *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet...* Sul punto si vedano le osservazioni di P. GIUNTI, *Il 'modus divortii' nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano 2009, 325 s., che sottolinea nel testo «una solennità...al cui rispetto la validità del divorzio appare condizionata».

del processo di adulterio; la restituzione era suscettibile di venire temperata, a favore del marito, dalle *retentiones*, applicabili solo in presenza di *culpa mulieris* da acclarare attraverso un apposito giudizio basato su una *comparatio morum*,²⁸ e che, in linea di massima, non potevano comportare altro che un parziale sollievo economico a favore di lui. È dunque comprensibile che, in taluni casi, egli scegliesse la colpevole tolleranza e, in altri, a pervenire con la moglie ad un accordo vantaggioso per entrambi, come sembrerebbe emergere da Pap. *lib. sing. de adult.* D. 48.5.12. (11).²⁹ Si affaccia, quindi, ancora un problema: Cassia con questo ricorso intendeva accusare la rivale o il marito?

La normativa in materia prevedeva che il marito potesse accusare sia la ex moglie che il complice «in armonia con il divieto di processare contemporaneamente i due adulteri»³⁰. Quindi anche Cassia avrebbe potuto reclamare per sé entrambe le possibilità e il problema si riduce a capire chi voleva accusare per primo o per prima. Il tenore della testimonianza (e, in particolare l'accento *de matrimonio suo violato quaeri velit*) fanno pensare che volesse accusare l'adultera. Più difficile è pensare al marito. Infatti c'era stato il divorzio ma, con probabilità, erano pendenti le questioni relative alla *culpa divortii*, provviste di forte incidenza sul piano economico: in quella sede, far condannare il marito per adulterio poteva essere proficuo, ma lo stesso risultato poteva essere raggiunto con la condanna dell'adultera. Resta un dubbio: non sappiamo se il marito avesse sposato o meno la complice; in caso affermativo Cassia avrebbe dovuto *incipere* da lui. Inoltre, poiché *adulterium cum nupta*

²⁸ Pap. 11 *quaest.* D. 24.3.39: *Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est.*

²⁹ Nel testo mi sembra vi sia richiamato un chiaro contrasto tra l'esercizio dell'accusa criminale ed il *lucrum ex dote retinere tamquam culpa mulieris dirempto matrimonio.*

³⁰ Macer 1 *de publ. iud.* D.48.5.33. (32).1. Cfr. C. VENTURINI, *Studi*, cit., 277.

*committitur*³¹, è da pensare che la donna fosse sposata anch'essa: in tal caso, se il matrimonio non fosse stato ancora sciolto, sempre Cassia avrebbe ugualmente dovuto accusare il marito per primo.

Un punto sembra dunque sicuro: l'*accusatio iure mariti vel patris* era un'accusa formale che presupponeva (a differenza dell'*accusatio ex suspicione*)³² lo scioglimento del matrimonio macchiato dall'adulterio. Nessun dubbio, quindi, sul fatto che Cassia fosse divorziata (non importa se per effetto di ripudio unilaterale o di divorzio consensuale) e che la richiesta di accusa vertesse su un fatto anteriore allo scioglimento del matrimonio. Quindi il *matrimonium violatum* veniva da lei valutato come provvisto nei propri confronti di ricaduta dannosa. Se, però, questa recrudescenza era, come poi di fatto si è dimostrata, prodotta dall'intervenuto adulterio, inclinerei a pensare che l'*accusatio* fosse diretta contro la rivale sulla base di questo ragionamento: contro il marito la donna, se ripudiata, aveva a disposizione il recupero della dote esaurendosi, in ciò a quanto sappiamo, la sanzione per la rottura colpevole del matrimonio sulla base del principio secondo cui *non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui discidii necessitatem inducit*³³, «ovvero del correlativo apprezzamento, caso per caso, delle ragioni che avevano determinato l'invio del *ripudium* e nell'introduzione, per converso, di penalità specifiche disposte a carico del coniuge che se ne fosse reso artefice in assenza delle ristrette cause giustificative previste»³⁴.

³¹ Pap. *lib. 1 de adulteriis* D. 48.5.6.1.

³² C. VENTURINI, *Studi*, cit., 36.

³³ *Vat. Fragm.* 121.

³⁴ Cfr. C. VENTURINI, *Studi*, cit., 85. La circostanza valeva anche nel caso che fosse stata lei ad operare il ripudio, infatti, in ambito patrimoniale la donna godeva già di una posizione vantaggiosa, come ha avuto modo di evidenziare l'Autore riflettendo sul meccanismo processuale della *lex Iulia de adulteriis*, in *Studi*, cit., passim. Si aprì tuttavia, sotto questo profilo, una complessa

Vorrei, tra l'altro, sottolineare che mancano precisi elementi per supporre che l'*accusatio iure mariti vel patris* fosse prevista unicamente nei confronti del coniuge colpevole (rappresentando un ulteriore impedimento le eventuali nuove nozze sopravvenute), dato che ampiamente le fonti trattano della non contemporanea imputabilità degli adulteri e dell'esigenza di *incipere* o dall'uno o dall'altra³⁵.

riflessione giuridica, in quanto le *stipulationes* contratte prima o durante il matrimonio (Iav. 4 ex Cass. D. 23.4.1 pr., su cui interessanti appaiono le considerazioni di M. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Padova, 2002, 159 s.), o, in occasione dello scioglimento non potevano prescindere dalla *culpa* che aveva dato origine allo stesso. Il divorzio comportava di conseguenza l'accertamento della *culpa viri* o della *culpa mulieris*, attraverso un procedimento con probabilità collegato allo *iudicium de moribus* (Gai 4.102; C. 5.17.11.2b del 533). Il che, a maggior ragione, avveniva in caso di esperimento dell'*actio rei uxoriae*, (sorta per ovviare ai casi nei quali non era stata preconstituita l'esperibilità di un'apposita *actio ex stipulatu*, la cui natura di *actio stricti iuris* comportava, una volta accertata la pretesa, la piena corrispondenza tra *intentio* e *condemnatio*) la quale, in origine, lasciava al giudice un ampio margine di discrezionalità, in quanto *in bonum et aequum concepta*. Sulla materia, oggetto di larga discussione rinvio a M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, 26 ss., passim; C. VENTURINI, *Studi*, cit., 108. Attribuibile all'età augustea, è infatti la rigida distinzione delle *sextae propter liberos* e *propter mores* che si legge in Tit. Ulp. 6.9. Si spiega in questa luce l'interesse delle scuole retoriche per i temi dell'*actio iniusti repudiū* e della *mala tractatio*, che Quintiliano *Inst. Or.* 7.4.10 – 11; 38, indica ben presenti anche nella pratica processuale.

³⁵ Cfr. Pap. *lib. sing. de adult.* D. 48.5.12.10 e le considerazioni di C. VENTURINI, *Studi*, cit., 37 s; F. GIUMETTI, *Prime riflessioni sulla 'culpa discidii' e del regime giuridico delle 'retentiones'*, in, *TSDP*, 11, 2018, 2 ss.; in cui viene dato conto delle più significative ipotesi dottrinarie. Tra l'altro, un fr. di Macer 1 *de publ. ind.* D. 48.5.33 (32).1 mi sembra a tal proposito illuminante: *Cum alterum ex adulteris elegerit maritus, alterum non ante accusare potest, quam prius iudicium finietur: quia duos simul ab eodem accusari non licet...*

Poiché, d'altra parte, l'*accusatio iure mariti vel patris* non costituiva un particolare tipo di accusa contrassegnata da caratteristiche sue proprie, ma solo un privilegio che escludeva per un certo tempo l'accusatore estraneo, risulta abbastanza agevole pensare che Cassia intendesse avvalersi, appunto, di questa concessione esclusiva che le dava il 'malizioso' diritto di impedire nozze successive tra il marito e l'adultera la quale sarebbe stata così privata del *conubium*. Il marito, di conseguenza, si sarebbe perciò trovato privo della dote, mentre la rivale (se possidente) avrebbe subito la confisca di parte del suo patrimonio personale, restando poi, oltretutto impossibilitata a contrarre nuove nozze³⁶. Il marito, viceversa, da una condanna per adulterio avrebbe subito soltanto la perdita di una parte del patrimonio a vantaggio del fisco, e senza alcun vantaggio per la moglie tradita³⁷.

Così stando le cose, riesce assai più plausibile pensare, secondo l'ipotesi già affacciata, a una richiesta di accusa contro la rivale, sempreché un intervenuto matrimonio non contribuisse ad assumere la fisionomia di schermo protettore³⁸. Se il marito avesse, infatti, sposato la complice, Cassia avrebbe dovuto *incipere* da lui, così come, qualora fosse sposata, dalla complice³⁹.

³⁶ Cfr. Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap* D. 25.7.1.2; Pap. *lib. sing. de adult.* D. 48.5.12. (11).13, incombendo sull'eventuale nuovo marito la sanzione connessa al lenocinio (C. 9.9.9).

³⁷ C. VENTURINI, *Studi*, cit., 110 s.

³⁸ La regola è riferita con particolare chiarezza in Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2. pr. *Ex lege Iulia servatur, ut, cui necesse est ab adultero incipere, quia mulier ante denuntiationem nupsit, non alias ad mulierem possit pervenire, nisi reum peregerit. peregrisse autem non alias quis videtur, nisi et condemnaverit*, e Ulp. 3 *disp.* D. 48.5.27 (26): *Constante matrimonio ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur, accusari mulier adulterii non potest: probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.*

³⁹ Pap. 1 *de adult.* D.48.5.6.1: *Lex stuprum et adulterium promiscui et χαταχορησιχωτερον appellat. sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum*

Il problema viene d'altra parte ad apparire più complesso – e qui mi collego ai rilievi iniziali - per il fatto che la procedura che Cassia intendeva attuare probabilmente era una procedura *extra ordinem*⁴⁰. È vero, infatti, che le *quaestiones perpetuae* continuarono, a quanto sembra, a funzionare anche in età severiana, ma è da dire che all'epoca (e lo dimostra il gesto di Settimio Severo, che si disfece di tremila γράφαι pervenutegli⁴¹), la procedura comune si svolgeva per via di *accusatio* nell'ambito della *cognitio extra ordinem*⁴², cioè in forme che sostanzialmente presentavano forte affinità con la procedura delatoria⁴³. Alla luce di ciò, l'esclusione della donna dall'accusa

ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod graeci φζοραν appellant.

⁴⁰ Circa la legittimità a promuovere una *cognitio* criminale, in particolare a partire dall'età di Adriano, è d'obbligo la lettura di S. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa nella «cognitio» criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*², Torino, 2009, 16 – 41; 81 – 101.

⁴¹ Dio Cass. 76.16.4. Sull'episodio cfr. C. VENTURINI, *Studi*, cit., 63; 63 nt. 96; L. FANIZZA, *L'amministrazione della giustizia nel Principato. Aspetti, problemi*, Roma, 1999, 17 nt. 11.

⁴² Le diversità rispetto al sistema delle *quaestiones* repubblicane appare del tutto evidente. Queste, infatti, non contemplavano il diretto interesse al promovimento del giudizio, o meglio, si limitavano ad assegnarli un peso indiretto, considerandolo alla stregua di pura e semplice circostanza idonea a favorire il candidato all'accusa in sede di *divinatio*, nel corso della quale la personale ostilità verso il reo poteva rappresentare un elemento capace di indirizzare a proprio favore la scelta dei giudici. Cfr. Cic. *Div in Caec.* 52. Sul punto, C. VENTURINI, *'Dammatio iudicum'. Cinque studi di diritto criminale romano*. Pisa, 2008, 129 s.

⁴³ Sull'argomento si vedano le riflessioni di C. VENTURINI, *Nota introduttiva: la giurisdizione criminale in Italia e nelle province nel primo secolo*, in *Il processo contro Gesù*, a cura di F. Amarelli e F. Lucrezi, Napoli, 1999, 11 s., ora in *'Dammatio iudicum'*, cit., 130, il quale ritiene che «il *delator* operante in ambito criminale aveva infatti (proprio in questo differenziandosi rispetto all'*index* l'obbligo di suffragare la denuncia con prove e la facoltà di svilupparla con il ricorso all'eloquenza, svolgendo un ruolo che, sotto questo aspetto, lo avvicinava all'*accusator* sul

diveniva insostenibile e tutto il problema veniva ad incardinarsi, a questo punto, non sulla legittimazione di Cassia ad esercitare l'*accusatio adulterii*, ma ad esercitarla *iure mariti vel patris*, cioè, con precedenza e portando mezzi di prova che solo lei aveva. Non dimentichiamo che l'adulterio prevedeva la tortura degli schiavi, qualora l'accusa fosse esercitata *iure mariti vel patris*: solo in epoca avanzata venne ammessa anche in presenza di accusa *iure extranei*⁴⁴. Senza il ricorso alla tortura, d'altra parte, si trattava di un reato difficile a dimostrarsi⁴⁵.

piano funzionale...circostanza, questa, nella quale trovò probabile origine la fungibilità che i due termini, ad un certo punto assunsero in ambito criminale».

⁴⁴ Difatti, l'accusa *iure extranei* era pesantemente sfavorita dall'impossibilità stessa di sottoporre a *quaestio* per l'acquisizione di elementi di prova gli schiavi appartenenti ai due adulteri o adibiti al servizio della donna (Ulp. 3 *de adult.* D. 48.5.28. (27).6; 8; C. 9.9.31 del 385): strumento, questo, di carattere sussidiario (Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48.18.1.1) ma spesso essenziale in rapporto al reato specifico (Coll. 4.11.1). La circostanza è chiarita ulteriormente secondo C. VENTURINI, *Studi*, cit., 345, in relazione «allo *stuprum* (per il quale i sei mesi utili per l'accusa decorrevano *ex die commissi criminis*: Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30.5) (e) non poteva venire perseguito altro che mediante accusa popolare (cfr. Pap. 1 *de adult.* D. 48.5.23. (22).1: *in accusationem viduae filiae non habet pater ius praecipuum*) la quale, a differenza di quanto avveniva nei processi di adulterio promossi *iure mariti vel patris* nei sessanta giorni decorrenti *ex die* divorzii: Marc. *lib. sing. ad sen. cons. Turp.* D. 48.16.1.10 e, in seguito a costituzioni di Traiano e di Marco Aurelio, anche in quelli promossi *iure extranei* nei quattro mesi successivi Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48.18.1.11; Pap. 16 *resp.* D.48.18.17 pr.; *Cod. Iust.* 9.9.6.1 del 223; Coll. 4.11.1), non poteva giovare della tortura degli schiavi *adversus dominum* - e, quindi, neppure *adversus dominam* - a fini di prova (Pap. 16 *resp.* D. 48.18.17.1). La dimostrazione del reato risultava, quindi, impossibile o quasi senza la collaborazione di uno dei due complici, la quale, dal canto suo, si sarebbe tradotta in un'autolesionistica ammissione di colpevolezza».

⁴⁵ Cfr. C. VENTURINI, *Studi*, cit., 132 s.; 133 nt. 44; principio poi confermato in C. 5.17.8.6 del 449: *Servis scilicet seu ancillis puberibus, si crimen adulterii vel maiestatis ingeritur, tam viri quam mulieris ad examinandam causam repudiū, quo veritas aut facilius eruatur aut liquidius detegatur, si tamen alia documenta defecerint, quaestionibus subdendis.*

2. *Le varie ipotesi intorno alla stesura del rescritto*

Come ho avuto modo di precisare, il rescritto ha richiamato l'attenzione, in modo particolare, di Botta⁴⁶ e Rizzelli⁴⁷, che si sono soffermati, in particolare, sulla *ratio* di un tale provvedimento. Il primo autore offre una lettura da una prospettiva, a mio avviso, e per i rilievi già evidenziati, non del tutto condivisibile quando ritiene plausibile che l'inesperibilità per Cassia dell'accusa privilegiata possa dipendere dal fatto che l'obbligo di fedeltà avrebbe gravato *ex lege* sulla donna soltanto⁴⁸. Egli, in particolare,

super plagis etiam, prout dictum est, illatis ab alterutro commovendis easdem probationes (quoniam non facile quae domi geruntur per alienos poterunt confiteri) volumus observari.

⁴⁶ F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., 361.

⁴⁷ G. RIZZELLI, '*Lex Iulia de adulteriis*', cit., 299 ss. Una esegesi della costituzione è stata compiuta anche da P. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid, 1996, 46 s., che la inserisce tra quei provvedimenti che escludono in via generale la facoltà per la donna di agire in un pubblico processo, sottolineando come sia nel caso di specie, «vedada a las mujeres la legitimación para acusar de adulterio, incluso en el caso objeto de la pregunta de que éste hubiera sido cometido por su marido, y, por tanto, tratándose de una violación de su propio matrimonio». Non condivido appieno, però, le conclusioni che l'A. trae dalla *ratio* del rescritto nella valutazione che «el supuesto contemplado en el rescrito ha de entenderse solo en el sentido de que se trata de la violación del matrimonio de otro, y la ley tiene como objeto, tal como está tipificado el delito, la persecución y represión del acto criminal cometido entre el varón y la mujer casada *adulterium in nupta committitur*, no contemplándose como tal la infidelidad por parte de un hombre respecto de su propio matrimonio».

⁴⁸ A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Iulia de adulteriis*, in *Mélanges d'histoire du droit et critique. Droit Romain*, Paris, 1886, 94 nel punto in cui ritiene che «la loi Iulia ne retient que l'adultère de la femme», è richiamato da C. FAYER, *La familia romana. Concubinato, divorzio, adulterio. Aspetti giuridici ed antiquari.*, III, Roma, 2005, 299 s.; la quale, provvede a sottolineare il concetto per cui «il rescritto imperiale si basa sul dato che la *lex Iulia de adulteriis* accordava

fonda la propria convinzione richiamandosi a Plauto *Mercator*, 817 ss.⁴⁹, e a Gell. *Noct. Att.* 10.23.5⁵⁰, lasciando trapelare, al contempo, un diverso orientamento circa la valutazione di Ulp. 2 *de adult.* D. Ulp. 2 *de adult.* 48.5.14 (13).5⁵¹. A mio modesto avviso, le due fonti

l'accusa *iure viri* a persone di sesso maschile per ribadire l'esclusione della donna – proprio in quanto donna – dall'accusa privilegiata contro il proprio marito infedele; della possibilità per la donna di avvalersi dell'accusa *iure extranei* il rescritto non dice nulla». Anche R.A. BAUMAN, *The 'Leges iudiciorum publicorum', and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, in *ANRW*, 2, 13, 1980, 177 sottolinea un «consistent strand is strict adherence to the verba of the lex». Mc. GINN, *Prostitution*, cit., 144 considera, con ragione, la possibilità di valutare con cautela il fatto che «the Romans held a husband to have no moral duty of fidelity to his wife». Torna sull'argomento, F. BOTTA, *Ecl. 17,21 Alle origini dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, in *Studi Nicosia*, I, Milano, 2007, 77, il quale si sofferma sul dato che «proprio nello specchio di Musonio, si riflette una società, quella romana del primo secolo dell'Impero...nella quale l'assenza di qualsivoglia obbligo di fedeltà coniugale ricadente sul marito è dimostrata dal fatto che, in tutte le stratificazioni in cui quella compagine sociale si articola, è percepita la “normalità” di rapporti erotici tra i liberi e le schiave di loro proprietà». ... La pubblicistica Cristiana tra terzo e quarto secolo, continua Botta, (78), condanna la consuetudine «di mantenere rapporti erotici con serve e ancelle, a scapito di quella simmetria dei doveri di pudicizia extramatrimoniale tra uomini e donne» con forza sostenuta dai Padri della Chiesa.

⁴⁹ *Ecaster lege dura vivont mulieres multoque iniquiore miserae quam viri, nam si vir scortum duxit clam uxorem suam, id si rescivit uxor, impunest viro.*

⁵⁰ ... *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.*” *V. De iure autem occidendi ita scriptum: “In adulterio uxorem tuam si prehensisses, sine iudicio impune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est.”* E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi G. Scherillo*, 1972, 258, rileva «come la *lex Iulia* abbia posto notevoli restrizioni alla impunità paterna e soprattutto alla impunità maritale»; G. RIZZELLI, ‘*Adulterium*’. *Immagini, etica, diritto*, in *Riv. Dir. Rom.*, 8, 2008, 81 nt. 291.

⁵¹ *Iudex adulterii ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab*

uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare. Per quanto concerne il testo ulpiano, pur non essendo questa la sede adatta ad una adeguata esegesi richiesta dalla complessità stessa del frammento, sembra tuttavia di poter brevemente osservare come esso appaia, nella prosa, ambiguo e controverso. Mi limito ad alcune osservazioni: nel testo viene evidenziata l'attività del *iudex* che, giudicando *de adulteriis*, deve tener presente ed indagare (qui *inquirere* sembra tecnicamente utilizzato con terminologia indirizzata al dovere d'ufficio del magistrato se il marito, per effetto di vita intemerata, abbia ispirato anche alla moglie la coltivazione di corretti costumi di vita. (Sull'argomento la bibliografia è vastissima: cfr. C. VENTURINI, *Studi*, cit., 357; 905; 920 al quale rinvio.). Inoltre, il contenuto moraleggiante che emerge dal frammento sembrerebbe denotare la presenza di interpolazione: cfr. E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen rechts*. Jena, 1907, 292, nell'inciso *iudex...inquirere* che contribuisce ad evidenziare un problema di fondo, avulso dalla procedura di adulterio e costituito dal riferimento ai retti costumi di vita del marito, il cui risultato è quello di contemplare il *crimen adulterii* e la *comparatio morum* in un *unicum* procedurale ed in una fattispecie in cui effettivamente possono assumere rilevanza i *boni mores* del marito stesso, ma che risente del complicato meccanismo della *cognitio extra ordinem*.

La peculiarità del testo, perciò, sembra essere quella di sottolineare come nel campo del diritto criminale vigesse l'assoluto divieto di compensazione di colpe, secondo quanto evidenziato nella chiosa finale del testo. Il frammento è stato posto in relazione dal J. DE CHURRUCA, *Un rescrit de Caracalla utilisé par Ulpian et interprété par Saint Augustin*, in *Studi Anikum*, I, 1995, 73 s., con un passo di S. Agostino *de adulterinis coniugiis*, 2, 8 (7) *Legant quid Imperator Antoninus, non utique christianus, de hac re constituerit, ubi maritus uxorem de adulterii crimine accusare non sinitur, cui moribus suis non praeiuit castitatis exemplum, ita ut ambo damnentur, si ambo pariter impudicos confictus ipse convicerit. Nam supra dicti imperatoris haec verba sunt quae Gregorianum leguntur. 'Sane', inquit, meae litterae nulla parte causae praeiudicabunt. Neque enim si penes te culpa fuit ut matrimonium solveretur et secundum legem Iuliam Eupasia uxor tua nuberet, propter hoc rescriptum meum adulterii, damnata erit, nisi constet esse commissum. Habebunt autem ante oculos hoc inquirere an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuisti. Periniquum enim mihi videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibet: quae res potest et virum damnare, non ob compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere vel causam facti tollere.* C. VENTURINI, in *Studi*, cit., 339 s., sostiene che «Il contenuto del rescritto è

letterarie non sembrano decisive sull'argomento poiché Plauto si richiama, nella fattispecie, ad una donna in *quam stuprum non committitur*,⁵² quindi, ad una categoria di donne, «con le quali erano

ripreso da Ulpiano in veste di *regula* generale, inserita nel secondo libro del suo commentario *Ad legem Iuliam de adulteriis* ed escerpita dai Compilatori giustiniani» per la costruzione della figura della compensazione di colpe. Verosimilmente, la notizia del rescritto riferito da S. Agostino rispecchia l'intento, perseguito dal padre della Chiesa, di dimostrare l'uguaglianza dell'uomo e della donna di fronte a Dio e alla legge civile per ciò che concerne il *crimen adulterii*, con conseguente strumentalizzazione del rescritto stesso per esaltare la circostanza che perfino ad un imperatore pagano interessava, da un punto di vista morale, l'equiparazione dei coniugi. In realtà dalla fattispecie sembra emergere una diversa configurazione (derivante dall'espressione *litterae meae nulla parte causae praeiudicabunt*) dell'originale costituzione imperiale inserita nel codice Gregoriano e di cui conosciamo, grazie all'allusione dal Padre della Chiesa, il solo principio di diritto ossia l'interesse dell'ex marito alla valutazione della *culpa mulieris* come conseguenza immediata della condanna per adulterio. La risposta negativa dell'imperatore ristabilisce il criterio generale nel mantenere distinte la condanna per adulterio, dalla valutazione della *culpa*. Molto interessanti e del tutto condivisibili appaiono le riflessioni di C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta' vita nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA*, 60, 2017, 150s. la quale pone l'accento sulla *comparatio morum* che lo *index adulterii* deve effettuare «giacché sarebbe stato estremamente iniquo consentire che un marito pretendesse dalla moglie quella pudicizia che egli non aveva dimostrato di avere». G. RIZZELLI, *Agostino, Ulpiano, Antonino*, cit., 74 s., riguardo al testo ulpiano esprime con ragione alcune perplessità derivanti dal fatto che «il passo appare, ad una prima lettura, isolato nel contesto del frammento» in cui «i vari paragrafi che si susseguono sembrano sviluppare un medesimo discorso sino appunto al quinto. Ulpiano fa raggiungere il massimo di astrattezza e generalità alla manifestazione di volontà imperiale assurda a principio di diritto». Sul testo C. VENTURINI, *Studi*, cit., 339.

⁵² Ulp. 2 ad l. Iul. et Pap D.25.7.1.1. *Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*. Sul punto M.V. SANNA, *L'adulterio della tabernaria*, in *D@S*, 10, 2011 – 2012, 1 s.; J.F. GARDNER, *Women in Roman Law & Society*, London&Sidney, 1996, 58; C. FAYER, *La 'familia romana'*, cit., 24 s.

ammessi sia il contatto estemporaneo che il concubinato⁵³», e Gellio ricorda la supposta facoltà che avrebbe avuto un marito di uccidere la moglie colta in flagrante adulterio secondo un riferimento, estrapolato dall'orazione di Marco Catone intitolata *De dote* circostanza, questa, che sappiamo, invece, esclusa dalla legislazione augustea⁵⁴. In caso di flagranza all'interno della casa,

⁵³ C. VENTURINI, *Studi*, cit., 343 s. sostiene che tale categoria di donne «era stata ... perimetrata dalla *lex Iulia*, almeno inizialmente, in modo indiretto ma, nel medesimo tempo, con ragguardevole scrupolo inserendovi l'attrice, la mezzana, ... la *publico iudicio damnata*, e la *in adulterio deprehensa*...oltre, naturalmente, alle schiave».

⁵⁴ Così Pap. 1 *de adult.*: D. 48.5.23-22.2-4: *Ius occidendi patri conceditur domi suae, licet ibi filia non habitat, vel in domo generi: sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de iniuriis. Sed qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit iure adficere. 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.* Sul punto E. CANTARELLA, *Adulterio*, cit., 245 s., Cfr. E. VOLTERRA, voce *Matrimonio*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, 267. Rimane, pertanto, isolata l'ipotesi di C. NARDI, *Augusto*, Genova, 1989, 193 che attribuisce al marito la facoltà di uccidere la moglie «nei casi in cui il matrimonio era contratto *cum manu*». Ritengo, infatti, tali frammenti chiarificatori del diritto, riservato al padre in via esclusiva, ove abbia in potestà la figlia, di ucciderla insieme all'adultero, con modalità e tempi che la giurisprudenza tende a restringere il più possibile. Anzi, mi sembra opportuno indicare anche Macer 1 *de publ. iud* D. 48.5.25 nel quale, a conclusione della dinamica dei poteri attribuiti al *pater*, si passa ad analizzare la posizione del marito descrivendo le di lui facoltà: *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 occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam.* A tal proposito, si vedano le osservazioni di M.V. SANNA, *Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, 54, 2010 – 2011, 205 s. secondo la quale, a ben vedere, «da *lex Iulia* concesse ... al marito il *ius occidendi* sul correo ... Il padre poteva, invece, uccidere il correo, *quemlibet* e la figlia, purché fosse titolare di *potestas* o *auctor* nella *conventio in manum*, li sorprendesse in casa propria o del genero e li uccidesse entrambi, *in continentis*».

era lecito al padre uccidere la figlia e, ove avesse ucciso la figlia stessa anche l'adultero, mentre al marito non era concesso di uccidere la moglie, ma poteva viceversa uccidere l'adultero solo ove questi fosse appartenuto ad uno dei dequalificati gruppi sociali indicati dalla legislazione. In particolare, il diritto riconosciuto al *pater* di uccidere la figlia nella propria casa o in quella del genero a mio sommesso avviso, credo si possa giustificare in riferimento ai poteri del *pater* sui suoi sottoposti.

Dobbiamo considerare, inoltre, che l'affermazione per cui l'obbligo di fedeltà graverebbe solo sulla donna⁵⁵, appare, a mio avviso, fuorviante, poiché la tematica dell'adulterio non sembra investire il problema della fedeltà coniugale (basti pensare alle donne *in quas stuprum non committitur*), ma comprende essenzialmente un problema di ordine pubblico e di tutela degli assetti. La sanzione per l'adultera (non esistevano uomini *in quibus stuprum non committitur*) deriva, infatti, da questo aspetto della legge, che si traduceva in una *coercitio morum* femminili riservata per via indiretta al marito (ed al padrone del servo, se fosse stato lui

⁵⁵ Certamente così non è per l'epoca giustiniana poiché nella Nov. 117.9.5 appare chiaro che *si quis in sua domo in qua cum sua coniuge commanet, contemnens eam, cum aliis inveniatur in ea domo manens: aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus, aut per suos parentes, aut per mulieris: aut per alias aliquas fide dignas personas huiusmodi luxuria non abstinerit: licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium...* Non condivido, appieno, P. PAVÓN, *Impp. Severus et Antoninus AA. Cass*, cit., 389, nell'assunto che la castità fosse principalmente richiesta dalla moglie. Inoltre, credo di poter affermare che in C.9.9.8 del 224: (*Reos adulterii duos simul marem et feminam ex eadem causa fieri lex Iulia de pudicitia vetat: sed ordine peragi utrosque licet*) l'accusa di adulterio non poteva svolgersi contemporaneamente contro i due adulteri e, di regola, quella contro la donna prevedeva la preliminare condanna dell'adultero Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2 *pr.*: *Ex lege Iulia servatur, ut, cui necesse est ab adultero incipere, quia mulier ante denuntiationem nupsit, non alias ad mulierem possit pervenire, nisi reum peregerit. peregrisse autem non alias quis videtur, nisi et condemnaverit.*

l'adultero) e collegata, sotto il primo profilo, al criterio della certezza della paternità⁵⁶.

Richiamando, infine, le considerazioni di Rizzelli, che sull'argomento si sono sviluppate in due distinti ed autonomi lavori, vorrei far notare come lo studioso, pur mantenendo fermo il principio dell'irrelevanza sul piano criminale dell'adulterio del marito in sede di commento a Pap. 2 *de adult.* D. 48.5.11. (10) e Marc. 1 *de publ. iud.* D. 48.5.34. (33).2, senta però la necessità di sottolineare che, per quanto «vero che, nel sistema delle *quaestiones perpetuae*, non è in generale prevista la legittimazione femminile a portare l'accusa e che Settimio Severo interviene a ribadire il principio», è altresì verosimile che «la necessità di una presa di posizione ufficiale in materia da parte dell'imperatore potrebbe essere la spia che la pratica non sempre – forse - rispettava siffatto principio». Il dubbio, prosegue Rizzelli «si pone soprattutto riguardo all'ipotesi di colei che faccia valere l'adulterio del marito, che, per quanto irrilevante ai fini della configurabilità di un reato sotto il profilo dell'infedeltà dell'uomo, è pur sempre suscettibile, almeno in astratto, di essere valutato come *iniuria* nei confronti della moglie (non è infatti casuale che la destinataria del rescritto imperiale, una certa Cassia, si lamentasse presumibilmente *de matrimonio suo violato*)».

L'Autore, tornando sull'argomento negli studi in onore di Talamanca,⁵⁷ dopo aver evidenziato come il rescritto escluda totalmente le donne dall'accusa di adulterio «cioè sia da quella

⁵⁶ Ho presentato alcuni rilievi su questa problematica nella mia monografia C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium? Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, 256 ss. e in *Alcune riflessioni in materia di 'status'*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I – *La prospettiva storica*, a cura di A. Landi e A. Petrucci, Torino, 2016, 124, nt. 3.

⁵⁷ G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 96 s.

privilegiata sia da quella degli estranei,⁵⁸» si sofferma, mutando in parte sue precedenti conclusioni, sull'interesse che la costituzione in oggetto suscita per una serie di motivi legati alla possibilità di operare l'accusa, dal momento che «tale richiesta non appare completamente priva di speranze a chi la formula» costituendo l'adulterio del marito una «violazione del matrimonio della donna che ne risulta, dunque, in qualche modo danneggiata». In tal senso, osserva ancora l'autore, il reticente responso della Cancelleria che, «per motivare il divieto... si appella faticosamente alla circostanza che la *lex Iulia de adulteriis* ha permesso solo ai maschi di perseguire l'illecito», rappresenta l'unica via per darne una giustificazione.

3. Una possibile risposta al quesito di fondo

Vorrei a questo punto poter concludere, pur nella consapevolezza del fatto che taluni aspetti della costituzione imperiale meriterebbero un discorso più ampio e approfondito di quello condotto in questa sede, proponendo una possibile risposta al quesito di fondo che pervade tutto il rescritto: perché, dunque, la Cancelleria respinge il ricorso di Cassia facendo riferimento ad una interpretazione *ex lege* di tipo squisitamente letterale? Perché verosimilmente si sentiva l'esigenza di evitare un precedente capace di dilatare, oltre la misura del recupero

⁵⁸ Mi sembra convincente, sostanzialmente, la conclusione di Rizzelli, quasi a mitigare la sua precedente affermazione, nell'osservare che, quando la costituzione «precisa la norma da applicare al caso per il quale il rescritto è stato emanato, vale a dire presumibilmente l'ipotesi di adulterio del marito della richiedente, il riferimento non può essere che alla sola accusa privilegiata, lo strumento introdotto dalla legge, utilizzabile unicamente dalle persone che si ritengono in maniera diretta lese dal crimine»: G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 96 nt. 65.

patrimoniale, il campo di sfogo delle ritorsioni femminili. Né è da dimenticare che sul marito tollerante gravava la possibile *accusatio lenocinii*⁵⁹ proprio in quanto all'uomo era fatto, secondo la morale comune (*viri in eo culpam si femina modum excedat*⁶⁰), carico della sorveglianza dei costumi femminili, mentre sulla donna non gravava alcuna responsabilità del genere.

Tutto ciò conferisce, in ultima analisi, una ragionevole plausibilità al rescritto, il quale, si badi bene, non nega a Cassia l'*accusatio adulterii*, ma solo l'*accusatio iure mariti vel patris*.

⁵⁹ La severità della legge nei confronti del marito che non avesse provveduto a sciogliere il proprio vincolo con l'adultera e che veniva, per questo fatto, assoggettato all'*accusatio lenocinii* ad opera di un estraneo, venne mitigata dalla giurisprudenza, la quale, facendo leva sul necessario sussistere del dolo, aveva ristretto l'imputabilità, come sostiene C. VENTURINI, *Matrimonio*, cit., 167 e ss., ora in *Studi*, cit., 110, a colui *qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit* (Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2.2), e come riferisce Ulpiano (Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30 (29) pr.): *Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim lex ita locuta est "adulterum in domo deprehensum dimiserit", quod voluerit in ipsa turpitudine prebendentem maritum coercere.* Ancora Ulpiano D.48.5. 30. (29).3 - 4 evidenzia il dolo del marito nell'aver tratto un guadagno dall'adulterio della moglie, ovvero, dall'aver percepito un compenso perché la moglie commettesse adulterio attraverso una qualche forma di meretricio; tuttavia, §4 *quod si patiatur uxorem delinquere non ob quaestum, sed negligentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur.*

⁶⁰ *Tac. Ann.* 3.34: ... *placuisse quondam Oppias leges, sic temporibus rei publicae postulantibus: remissum aliquid postea et mitigatum, quia expedierit. frustra nostram ignaviam alia ad vocabula transferri: nam viri in eo culpam si femina modum excedat. porro ob unius aut alterius imbecillum animum male eripi maritis consortia rerum secundarum adversarumque...*

ABSTRACT

The present contribution in the matter of adultery, analyzes an imperial rescript in which reference is made to the complex situation of a betrayed wife, Cassia, who intends to act with a privileged accusation, *iure mariti vel patris*, provided for by the Augustan legislation but, denied to her.

Il presente contributo in materia di adulterio, analizza un rescritto imperiale in cui viene fatto riferimento alla complessa situazione di una moglie tradita, Cassia, la quale intende agire con una accusa privilegiata *iure mariti vel patris*, prevista dalla legislazione augustea ma, a lei negata.

CLAUDIA TERRENI
Ricercatore Ius/18
Università degli Studi di Pisa
E-mail: claudia.terreni@unipi.it

