



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

Fabio Botta

Il marito ‘*adulter*’.
**Attorno alla rilevanza giuridica dei ‘*mariti*
mores’ in età classica (e a un recente scritto)**

Numero XIII Anno 2020
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), 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), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

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

Il marito ‘adulter’.
**Attorno alla rilevanza giuridica dei ‘*mariti mores*’ in età
classica (e a un recente scritto)**

SOMMARIO: 1. L’adulterio ‘maschile’: un’ipotesi originale – 2. Tesi e antitesi – 3. Ricostruzioni ‘ideologizzanti’? Motivi (e limiti) di una tradizione interpretativa (tra antropologia sociale e storia del diritto) – 4. Le ‘ragioni di Cassia, moglie tradita’ *vs* le ‘ragioni del diritto’ circa l’asimmetria romana dei doveri coniugali di uomo e donna – 5. Perché Cassia non può mai accusare d’adulterio – 6. *Testimonia* (apparentemente) *contraria*: Ulp. *D.* 48.5.14(13).5 e Aug. *de adult. coniug.* 2.8.7. – 7. Una proposta di nuova lettura – 8. La restituzione della dote, ambito di rilevanza giuridica dell’‘infedeltà’ maschile (e l’‘oscuro’ *iudicium de moribus*).

1. *L’adulterio ‘maschile’: un’ipotesi originale*

Sul tema della legittimazione femminile all’accusa pubblica, del quale ho avuto modo di occuparmi anche di recente¹, si segnala, ora, il contributo, interessante per la sua notevole originalità, di Claudia Terreni², nel quale – per mezzo di una nuova lettura di C. 9.9.1 – si ritrae

¹ F. BOTTA, *Donne e processo criminale. Le regole dell’accusa pubblica*, in *Donne e diritto. Un dibattito*, a cura di M. Masia e M.V. Sanna, Cagliari, 2019, 77 ss., ove rielaboro le conclusioni cui ero giunto in ID., *Legittimazione, interesse ed incapacità all’accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari 1996, *passim* (per le fonti considerate nel presente saggio, principalmente, 360 ss.).

² C. TERRENI, *Le ragioni di una moglie tradita: note in margine a C.9.9.1*, in *TSDP*, 11, 2018 (http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Terreni.pdf), 1 ss. (dell’estr. *on line*).

dalle fondamenta un'estesa e complessa tradizione di studi (non solo storico-giuridici, ma altresì storico-sociali e antropologico-culturali) al fine di ridisegnare il quadro dell'(in)idoneità della donna a essere accusatrice nel *publicum iudicium adulterii*.

La tesi che vi si sostiene è, in estrema sintesi, la seguente: la donna è legittimata a vendicare l'adulterio commesso dal marito in suo danno attraverso l'esercizio dell'*accusatio* prevista dalla *lex Iulia de adulteriis*. Esclusa tuttavia dall'accusa *iure viri*, essa non lo sarebbe da quella *iure extranei*. In questo senso, meno chiaro risulta se tale accusa le sarebbe data al fine di perseguire comunque il marito per la lesione della *fides nuziale* o l'adulterio della donna, a sua volta sposata, con la quale l'infedeltà maritale si sarebbe consumata.

Nella prima delle ipotesi si avrebbe quale corollario che il marito sarebbe accusabile e pertanto punibile come 'adultero', a seguito dell'azione mossa dalla moglie in qualità di estraneo, non per il fatto di reato a lui imputabile quale complice, per concorso necessario, della moglie adultera di un altro, ma direttamente quale autore del *crimen*, per la lesione del suo stesso matrimonio. Nella seconda, viceversa, si perseguirebbe *iure extranei* l'adulterio commesso da un'altra donna, attribuendo pertanto alla moglie 'tradita' la *facultas accusandi* del *quivis de populo*, e, conseguentemente, potrebbe così accusarsi, in un giudizio diverso da quello in cui si procederebbe contro l'autrice del reato, anche il proprio marito quale complice in un adulterio che lede le nozze altrui.

Orbene, quale che sia il risultato al quale può condurre, circa la tesi che ora si è esposta, una lettura critica delle fonti (che, premetto, non possono che essere quelle relative al contesto 'classico' nel quale si colloca la costituzione in esame, e a quelle limiterò la mia disamina), certo a merito del lavoro che si prende in considerazione deve ascriversi l'aver nuovamente posto al centro dell'attenzione degli studiosi (e non solo di quelli che si occupano del diritto e del processo criminale di età imperiale) il problema della rilevanza giuridica attribuita dall'ordinamento romano alla condotta sessuale extramatrimoniale dell'uomo. Il tema, infatti, che pure ha ricevuto qualche attenzione in

studi anche non troppo lontani nel tempo³, presenta ancora aspetti a mio avviso non banali che meritano di essere ulteriormente investigati.

2. Tesi e antitesi

Riporto, per comodità di lettura, la notissima costituzione severiana attorno a cui si articola la tesi di Terreni:

C. 9.9.1: Imppp. Severus et Antoninus AA. Cassiae. *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 detulit.* pp. xiii k. aug. Laterano et Rufino cons. [a. 197],

e, sperando di aver in precedenza sufficientemente compendiate le conclusioni ultime della studiosa pisana, cerco di seguire i passaggi argomentativi che fan loro da supporto.

L'accusa richiesta dalla postulante Cassia, moglie 'sessualmente tradita' (in questo senso si interpreta il *'matrimonium suum violatum'*)⁴,

³ G. RIZZELLI, *Agostino, Ulpiano e Antonino*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli 2002, 69 ss.; F. BOTTA, *Ecl. 17.21. Alle origini dell'obbligo giuridico di fedeltà reciproca tra coniugi*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007, 67 ss.

⁴ Deve dirsi assai chiaramente che l'opzione prescelta da C. TERRENI (*Le ragioni*, cit., 2 s.) di riferire la richiesta di Cassia che è oggetto della nostra costituzione alla condotta sessuale extramatrimoniale del marito della stessa, benché, come vedremo, tutt'altro che isolata in dottrina - e che considero qui il tema che val la pena di essere discusso principalmente per le problematiche complessive che comporta e per le riflessioni che genera - non è necessariamente l'unica chiave interpretativa della fonte. Basti segnalare al proposito lo sch. 1 ad *Bas.* 60.37.45 ove Teodoro escludendo che la donna possa mai accusare di adulterio anche per causa che la riguardi direttamente (γυνή οὐ κινεῖ τὸ περὶ μοιχείας ἔγκλημα, οὐδὲ ὑπὲρ ἑαυτῆς [B IX, 3720]; *Mulier non accusat adulterii, ne pro se quidem* [Heimb., V, p. 742 = sch. 1 ad *Bas.* 60.37.46]), richiamando quale eccezione a questa regola la costituzione riprodotta in C. 9.9.7 (al netto dei dubbi sulla congruità della citazione giacché è assai probabile che ivi la donna violentata non avesse azione di adulterio ma semmai o di *iniuria* o di *vis*, v. sul punto ora L. PELLECCHI, *Innocentia eloquentia est'. Analisi giuridica dell'Apologia di Apuleio*, Como, 2012, 35 nt. 61, con puntuale

ricognizione di letteratura), potrebbe sembrare attribuire a *violato matrimonio* il significato 'passivo' di matrimonio contaminato dalla violenza subita dalla donna medesima. Non si porrebbe cioè il problema se la donna potesse o meno accusare *iure viri* o *iure extranei* ma, semplicemente, se potesse accusare per adulterio l'autore di una *iniuria* (la violenza subita) sessualmente da lei patita. A conforto di tale lettura - così che potrebbe dirsi di un'interpretazione 'bizantina' delle fonti relative all'accusa femminile ricomprese nel titolo 9.9 del *Codex* - stanno sia l'*index* di *Bas.* 60.37.45 [A VIII, 2988] (Τὸν νόμον τὸν περὶ μοιχείας γυνὴ οὐ δύναται κινεῖν, οὐδὲ ἐὰν αὐτῇ λέγηται ἡμαρτήσθαι. ὁ γὰρ νόμος, ὡς ἀωδράσιν ἁμαρτηθέντος, εἰκότως καὶ παρρησίαν αὐτοῖς δέδωκεν αὐτοὺς κατηγορεῖν δικαίῳ ἀνδρὸς μετὰ τὴν λύσιν τοῦ γάμου. [= Heimb., V, p. 742, *Bas.* 60.37.46: *Lege de adulteriis mulier accusare non potest, nec si adversus ipsam commissum sit. Lex enim, quasi viris sit iniuria facta, merito facultatem eis dedit accusandi iure mariti soluto matrimonio*]) - che può leggersi nel senso di vedere il marito sempre e comunque quale unica vittima dell'adulterio (che, pertanto, non può essere un fatto a lui imputabile) e, dunque, il solo legittimato all'azione corrispondente (con assoluta esclusione della moglie, quale che sia l'*iniuria* da lei eventualmente subita), sia, soprattutto, commento e annotazione al *κατὰ πόδας* riportati agli sch. 2 e 3 [B IX, 3720]: Τὸ κατὰ πόδας. Κἂν τὰ μάλιστα περὶ γάμου ἰδίου χρανθέντος μέμφεσθαι βούλεται. [3] ὁμοίως ἐντάυθα καὶ ἕτερος λόγος ἐκώλυσε αὐτὴν κινῆσαι, ἐπειδὴ καὶ αὐτῇ τοῦ ἐγκλήματος ἐκοινώνησεν. πλὴν βουλομένη ἢ διάταξις δεῖξει, ὅτι οὐδὲ cuacaua κατηγορεῖ, τοῦτο παρήγαγεν. σημειῶσαι δέ, ὅτι τοῦτο τὸ ἐγκλημα οὐδέποτε γυνὴ δύναται κινῆσαι. (= Heimb., V, p. 742, sch. 2 ad *Bas.* 60.37.46: Τὸ κατὰ πόδας. *Quamvis de matrimonio violato queri velit. Alia quoque hic ratio prohibet eam accusare, quia ipsa criminis particeps est. At volens constitutio ostendere, nec sua causa eam accusare, hoc adduxit. Nota, hoc crimen mulierem intendere nunquam posse*), ove risalta l'*ἕτερος λόγος* per il quale l'accusa d'adulterio per il fatto oggetto della costituzione non può essere data alla donna in quanto 'partecipe' dello stesso; il che - vista la prevalente modalità repressiva della violenza carnale costruita in età classica veicolata sotto la forma della procedura per adulterio (pace G. RIZZELLI, *'Adulterium', Immagini, etica, diritto*, in *'Ubi tu Gaius'. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, a cura di F. Milazzo, Milano 2014, 200 s. nt. 99) - non può che esser letta come tentata adizione della donna di quella procedura per la violenza subita (che contamina e viola il proprio matrimonio) cui consegue però (qui più correttamente che in Teodoro) - poiché compartecipe necessaria nel *crimen commune adulterii*, benché non punibile per mancanza di dolo - la sua esclusione (v. poi *Syn. Min.* Γ 31 [JGR, VI 368 s.]: Τὸν νόμον τὸν περὶ μοιχείας οὐ δύναται κινεῖν γυνὴ οὐδὲ ἐὰν αὐτῇ λέγηται ἡμαρτήσθαι. τουτέστιν οὐδὲ ἐὰν αὐτῇ ἢ βουλομένη κινεῖν τὴν ὑπόθεσιν λέγηται ἐν εἰσὶν γυνομένην τὴν ἁμαρτίαν καὶ αὐτὴν εἶναι, μεθ' ἧς τὸ τῆς ἁμαρτίας πταῖσμα τετέλεσται = Harm. 6.2.6 = 1.13.4 [Heimb., 156: *Lege Iulia de adulteriis agere mulier nequit, neque si ipsa dicatur esse violata: id est, neque si ipsa, quae hanc accusationem intendit, in se commissum esse crimen dicat, seque eam esse,*

sarebbe in prima istanza quella *iure mariti vel patris*. A questa pretesa la cancelleria imperiale risponde negativamente, con «un certo imbarazzo»⁵, facendo rilevare che il tenore letterale (che l'A. definisce «formale»⁶) della legge vuole legittimato a quell'azione esclusivamente il *maritus* (cioè la sola parte maschile del rapporto matrimoniale). Quella pretesa, però, secondo l'A., non sarebbe «*prima facie* infondata»⁷ sulla base di due presupposti: da un lato si sarebbe potuto tentare di far rientrare il

cum qua hoc flagitii sit patratum). Rinvio, per ulteriori e più ampie discussioni sulle fonti ora indicate e su quelle successive del diritto medio-bizantino in proposito, a F. BOTTA, *Per 'nim inferre'. Studi su stuprum violento e 'raptus' nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004, 225 ss. ove letteratura precedente, in linea con quanto affermato nel testo e in questa nota, e discussione della contraria sostenuta esclusivamente da B. SINOGOWITZ, *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, Athinai 1956, 82 e nt. 1 (ma v. anche 68 nt. 4) che tenta, a mio avviso incongruamente e, per vero, nutrendo anch'egli molte perplessità, di anticipare a Taleo, autore dell'indice succitato, la tendenza poi riscontrabile solo (dunque non maggioritariamente nella normativa dell'Impero d'Oriente) in *Syn. Min.* Γ 32 (*JGR*, VI, p. 369): μοιχεία και ἐπὶ ἀνδρὸς λέγεται· ὅταν γὰρ ὁ ἀνὴρ ὁ ἔχων γυναῖκα πρὸς ἄλλην πταισῆ, μοιχεία τοῦτο καλεῖται. Τὴν οὖν τοιαύτην μοιχείαν τὴν ἐκ τοῦ ἀνδρός οὔτε οἰκεία γυνή οὔτε ἀλλοτρία δύναται ὡς ἔγκλημα ἐπὶ δικαστηρίων κινεῖν· οὐδὲ εἰς αὐτὴν ἀμαρτάνειν λέγεται ὁ ἀνὴρ. (= Harm. 6.2.2 [Heimb., V, p. 730]: *adulterium etiam de viro dicitur. Quando enim vir uxorem habens in alia peccet, adulterium vocatur. Hoc igitur adulterium, quod ad virum, neque uxor ipsius neque aliena ut delictum in iudicio accusare potest, nec si in ipsa vir peccasse dicatur*) ove si definisce μοιχεία anche l'illecito sessuale dell'uomo sposato ma altresì si esclude significativamente, a mio avviso, che, anche una volta che il marito abbia commesso l'adulterio, non potrebbe comunque essere sottoposto all'accusa della propria moglie né a quella della moglie di altri, nemmeno se avesse commesso il *crimen* εἰς αὐτήν, nei confronti di quest'ultima. Alla (già) coniugata, quindi, continua a non essere permesso di accusare per l'adulterio del suo proprio marito. Altresì negata è però l'accusa di adulterio anche alla ἀλλοτρία γυνή; considerazione, quest'ultima, che continuo a ritenere congrua solo considerando che nella chiusa del passo della *Synopsis minor* (in linea con la logica poi esposta in Harm. 6.2.6 = 1.13.4) si tratti di una donna (sposata) che abbia subito violenza da parte di un uomo (sposato) e che pur in questo caso non è legittimata ad esercitare nei confronti di costui l'azione d'adulterio.

⁵ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 3.

⁶ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 3.

⁷ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 2.

‘tradimento’ maritale nelle ipotesi per le quali era concesso alla donna di agire *sua suorumque iniuria* (*rationes* per le quali, in quello stesso torno di tempo, alla donna era permesso di superare la propria incapacità all’accusa pubblica), dall’altro perché Cassia sosterebbe un «principio incontrovertibile: l’accusa esiste *iure mariti* per la tutela del matrimonio ed è esercitabile a tale titolo in quanto il marito è coniuge come lo è la moglie»⁸; il che significa, credo, che l’A. reputi che è in quanto coniuge e in quanto offesa dalla condotta del marito che la donna, esclusa per questioni di mera forma dall’accusa *iure viri*, non lo sarebbe da «una possibile accusa pubblica *iure extranei*»⁹.

Su questo piano, tuttavia, sembra non sfuggire all’A. - sebbene non lo espliciti chiaramente - che proprio la natura popolare o - il che è lo stesso - pubblica dell’accusa *iure extranei*, cioè appunto *iure publico*, dovrebbe impedire alla donna, in quanto incapace¹⁰, l’esercizio di quell’azione. Per tal ragione essa obietta che in proposito non vi siano «pareri univoci»¹¹ (ma non si indicano tuttavia a supporto tesi discordanti) con ciò contestando che l’accusa pubblica rientri tra gli *officia civilia vel publica* e pertanto tra i *virilia*¹² dai quali, in forza del dettato di

⁸ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 3.

⁹ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 4.

¹⁰ Ma, si deve notare, C. TERRENI (*Le ragioni*, cit., 4 nt. 7), reputa «piuttosto forzate» le osservazioni svolte da P. PAVÓN, *Impp. Severus et Antoninus AA. - Cassiae (CJ. 9.9.1). El caso del esposo adúltero*, in *SDHI*, 77, 2011, 385, la quale afferma (credo pedissequamente e inevitabilmente seguendo una tradizione di lettura delle fonti che sfiora l’ovvio; basti solo ricordare Pap. 31 *quaest.* D. 1.5.9 e la ‘*deterior condicio feminarum quam masculorum*’ ivi affermata) che in effetti la donna romana «se encontraba en una posición inferior respecto del hombre en cuanto a sus capacidades jurídicas».

¹¹ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 4.

¹² C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 10. All’inverso, esaustiva e totalmente condivisibile la ricostruzione recentissimamente proposta del rapporto tra *foeminae* e *officia civilia vel publica* in L. PEPPE, ‘*Civis*’ Romana. *Forme giuridiche e modelli sociali dell’appartenenza e dell’identità femminili in Roma antica*, Lecce, 2016, 301 ss., alla quale rinvio senz’altro anche per tutti i più recenti riferimenti bibliografici. V. altresì *oltre* nt. 15.

Ulp. D. 50.17.2¹³ e Paul. D. 5.1.12.2¹⁴, essa è esclusa¹⁵. Con la stessa modalità argomentativa si afferma inesistente il parallelismo tra il

¹³ Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2: *Foeminae 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.*

¹⁴ 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 senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

¹⁵ *Contra*, tra i molti altri, J. BRUNNEMANN, 'Commentarius' in 'Codicem', Coloniae Allobrogum, 1754, 861: «regula est: foeminam accusare non posse, quia publicorum munerum non est particeps [...] accusare autem quasi publicum munus est» e TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899), rist. Graz, 1955, 369: «dem Ausschluß der Frau von der Gemeindefunctionen entsprechen wird auch ihr das Recht der criminellen Anklage nur Zugestanden». MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 366, definisce la pubblica accusa «quasimagistratische Gemeindevertretung». Certo, come può notarsi, anche gli autori ora citati tendono ad assimilare e non a far totalmente coincidere l'accusa pubblica con gli *officia civilia vel publica* (che comunque non sempre possono essere rappresentati come una categoria omogenea e unitaria, v., per tutti, F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di 'officium' in diritto romano*, in *RISG*, 9, 1957-58, 33; ID., voce *Ufficio*, in *Enc. dir.*, 45, Milano, 1992, 615). Il valore stesso di Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2 è stato diversamente valutato tra gli studiosi, oscillando tra l'opinione di F. CANCELLI (*Nota preliminare sull' 'officium civile'*, in *Studi Vassalli*, I, Torino, 1960, 238) che reputa il frammento un testo esemplificativo e quello di L. PEPPE (*Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 97) che lo definisce la «*summa delle incapacità femminili in materia*». Ancora, deve ricordarsi il ragionamento di Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in *Storia delle donne. L'antichità*, a cura di P. Schmitt Pantel, Roma-Bari, 1991, 164 ss., che aggancia il limite dell'esercizio degli *officia* da parte della donna (e dell'accusa pubblica in particolare, tra questi inserita) appunto all'interesse della comunità politica: cioè se gli *officia civilia* e *virilia* hanno una struttura in comune, questa è l'essere «un'azione per altri», mentre «il principio che soggiace al diritto delle incapacità [è che] una donna ha solo il proprio interesse da fare valere». Essa è incapace di rappresentare altri, siano costoro un privato o l'intera comunità politica. D'altra parte, come altrove anche a me è parso di poter affermare (F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., 256 ss. e ntt.), la funzione pubblica (*l'officium civile vel publicum*) da svolgere è l'unica ragione sulla quale si appoggia la scelta dell'ordinamento processualcriminale romano di permettere a ciascun *civis* di svolgere ruolo di accusatore, in rappresentanza della 'comunità', quale che sia il suo proprio interesse alla repressione del *crimen* e, dunque, l'unica su cui possa essersi fatto leva per l'esclusione

«possibile intervento delle donne nei processi criminali»¹⁶ e la funzione giudicante e l'avvocatura nei processi civili a loro invece precluse. A riprova di questa affermazione si adducono le notizie di donne delatrici nelle *quaestiones* non permanenti anteriori alle *quaestiones perpetuae*¹⁷ e, quali

della donna (come degli altri incapaci) dall'accusa in questi *iudicia* appunto definiti *publica*. Individuo, perciò, in quel contesto, (sulla scia di F. CANCELLI, *Nota*, cit., 239) il nucleo centrale degli *officia civilia* (e pertanto *virilia*) nel divieto della donna di *alienis causis se immiscere* (come esplicitamente, per il divieto di *postulatio pro aliis* in (Ulp. 6 ad ed.) D. 3.1.1.5: *Secundo loco edictum proponitur in eos qui pro aliis ne postulent: in quo edicto exceptit praetor sexum et casum, [...] 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 inverecunde postulans et magistratus inquietans causam dedit edicto*. V.F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., 263 nt. 66) - esplicativo della sua *pudicitia sexui congruens*. E ciò anche alla luce del fatto che, quando trattasi di *crimina extra ordinem* (a legittimazione ristretta all'interessato) dal quale essa risultasse danneggiata, nessuna eccezione di incapacità le è opponibile. Dal rapporto dunque che corre tra la considerazione di tale funzione (cioè dall'assimilazione dell'*accusatio publica* a un *officium publicum*) con l'interesse della donna (o di altro incapace) alla repressione nello specifico del *crimen* oggetto del giudizio (in quanto vittima - *sua causa* - o in quanto chiamata a svolgere un *officium pietatis* - *suorum iniuria*), tenuto però conto sempre della definizione normativa del *crimen* per cui si intende agire, che scaturisce il particolare regime della legittimazione 'straordinaria' della donna (e di ogni altro incapace) descritto nelle fonti di età imperiale succitate. Rinvio, per sintesi espositiva, a F. BOTTA, *Donne e processo criminale*, cit., 79 ss. Esaustiva, per fonti e letteratura, ora, sull'accesso delle donne alla giustizia romana, nella linea di questa nota, F. LAMBERTI, 'Sub specie foeminae virilem animo gerere': sulla 'presenza' delle donne romane in ambito giudiziario, in *El Cisne II, Violencia, proceso y discurso sobre género*, a cura di E. Höbenreich, V. Kühne e F. Lamberti, Lecce, 2012, 189 ss.; e EAD., 'Mulieres' e vicende processuali fra repubblica e principato; ruoli attivi e 'presenze silenziose', in *Index*, 40, 2012, 244 ss.

¹⁶ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 10.

¹⁷ *Contra*, per tutti, secondo un'impostazione, invece, del tutto condivisibile, in un contesto interpretativo fittamente popolato di fonti letterarie e giurisprudenziali a supporto (nonché esaustivo richiamo di letteratura), v. ora, L. PEPPE, 'Civis' Romana, cit., 194 ss. Maggiori sostegni alla sua tesi, in realtà, Terreni avrebbe trovato in quanto sostenuto recentemente da C. RUSSO RUGGERI, *Lex Cornelia iudiciaria' e pentitismo*, in *AUPA*, 58, 2015, 189 ss., circa la facoltà delle donne di essere *indices* anche nel sistema dei *iudicia publica* (tanto in vigenza delle *quaestiones*, quanto in età imperiale). La tesi (meritevole di ulteriori più approfondite discussioni), al netto delle sue implicazioni 'di

conseguenze, che «mancano ... 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»¹⁸. In questo senso l'A. si induce a interpretare le fonti giurisprudenziali classiche sul tema dell'incapacità femminile all'accusa nei *publica iudicia* e cioè Pap. D. 48.2.2 pr.¹⁹, che ammette la donna '*certis ex causis*' (ma si manca di rammentare Pomp. D. 48.2.1²⁰ e la sua apodittica affermazione iniziale '*non est permissum mulieri publico iudicio quemquam reum facere*') come «deroghe» della «disciplina generale»²¹ a suo avviso fissata (con involontario ὕστερον πρότερον?) da Macer D. 48.2.8-11 ('*prohibentur accusare alii propter sexum ... ut mulier*')²² e, dunque, a negare che vi fosse una «preclusione generalizzata»²³ per la donna all'esercizio dell'accusa pubblica.

Anzi, che vi sia stato un «ampliamento»²⁴ della facoltà femminile ad accusare viene dedotto dalla lettura di CTh. 9.1.3²⁵, costituzione di Costantino (che, invero, sembrerebbe più congruo ritenere ricognitiva delle precedenti esperienze tanto giurisprudenziali quanto

sistema', tuttavia riferisce quella facoltà, se mal non intendo, solo a crimini 'politici' (*maiestas, annona*).

¹⁸ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 10.

¹⁹ Pap. 1 *de adult.* D. 48.2.2 pr.: *Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio, veluti si mortem exequantur eorum earumque, in quos ex lege testimonium publicorum invitae non dicunt. idem et in lege Cornelia testamentaria senatus statuit: sed et de testamento paterni liberti vel materni mulieribus publico iudicio dicere permissum est.*

²⁰ Pomp. 1 *ad Sab.* D. 48.2.1: *Non est permissum mulieri publico iudicio quemquam reum facere, nisi scilicet parentium liberorumque et patroni et patronae et eorum filii filiae nepotis neptis mortem exequantur.*

²¹ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 11.

²² Macer 2 *de publ. iudic.* D. 48.2.8: *Qui accusare possunt, intellegemus, si scierimus, qui non possunt. itaque prohibentur accusare alii propter sexum vel aetatem, ut mulier, ut pupillus ... [11] Hi tamen omnes, si suam iniuriam exequantur mortemve propinquorum defendent, ab accusatione non excluduntur.*

²³ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 10.

²⁴ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 12.

²⁵ CTh. 9.1.3 Imp. Constantinus A. ad Agricolanum.: *Cum ius evidens atque manifestum sit, ut intendendi criminis publici facultatem non nisi ex certis causis mulieres habeant, hoc est, si suam vel suorum iniuriam persequantur, observari antiquitus statuta oportet. et rel.[a. 322].*

normative - ci si dimentica infatti di Diocl. et Maxim. C. 9.1.12²⁶), nella quale si riconoscerebbe l'avvenuta estensione della procedura dei *publica iudicia* (credo si intenda qui delle regole dell'accusa pubblica) a tutti quei *crimina* che definiremmo *extra ordinem*²⁷.

Per tal ragione, sembra, benché si osservi che «le donne non avevano *adulterii accusationem* in relazione a un *iudicium publicum*» (perché, si dice, «a quanto sappiamo, non esistevano processi di adulterio che non fossero pubblici») ²⁸, all'esito di un ragionamento non sempre totalmente perspicuo che involge la sede (*iudicium de moribus*; esercizio dell'*actio rei uxoriae*) e la finalità nella quale e per la quale la donna sarebbe stata messa in condizioni di esercitare l'accusa (ci torneremo senz'altro, rappresentando questa la parte più interessante del saggio) si afferma che Cassia intendeva attivare una procedura straordinaria, all'interno della quale si sarebbe potuto porre e risolvere il problema, in definitiva e come già affermato, non della «legittimazione di Cassia ad esercitare l'*accusatio adulterii*, ma ad esercitarla *iure mariti vel patris*»²⁹.

²⁶ C. 9.1.12, Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Corinthiae.: *De crimine quod publicorum fuerit iudiciorum mulieri accusare non permittitur nisi certis ex causis, id est si suam suorumque iniuriam persequatur, secundum [antiquitus] <antiqui iuris> [Kr.] statuta tantum de quibus specialiter eis concessum est non exacta subscriptione. [1] Unde aditus praeses provinciae in primis examinabit, an tale sit crimen, cuius accusationem mulier subire non prohibetur. [a. 293].*

²⁷ Il che non sembra risultare dalle fonti. Una cosa difatti è la cognizione straordinaria dei *crimina publica*, in funzione della quale le corti *extra ordinem* applicavano perlopiù le regole in tema di legittimazione dei *publica iudicia*, altra è la repressione dei nuovi crimini, in ragione della quale l'accusa, quando prevista, era sempre a legittimazione ristretta all'interessato. Sul punto v. F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali "de publicis iudiciis" e "cognitio extra ordinem" criminale*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 281 ss.

²⁸ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 13 ss.

²⁹ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 20.

3. Ricostruzioni 'ideologizzanti'? Motivi (e limiti) di una tradizione interpretativa (tra antropologia sociale e storia del diritto)

Le conclusioni del saggio sono pertanto fortemente incidenti, come s'è già detto, sulle convinzioni più profonde radicate nella letteratura antichistica, storico-sociale, antropologico-culturale, e in definitiva storico-giuridica. Il problema sollevato, infatti, non si pone tanto nell'ampliare col *crimen adulterii* l'area delle fattispecie criminali perseguibili dalla donna romana in virtù del meccanismo di legittimazione straordinaria che le permette di accusare l'autore di un *crimen (publicum)* lesivo del suo interesse personale o familiare - cioè di ridisegnare i confini dell'accesso alla giustizia criminale concessa alla donna in età classica - ma di riconsiderare dalle fondamenta, per tale finalità, la struttura stessa del matrimonio romano sotto il profilo essenziale degli obblighi intercorrenti tra i coniugi, rispetto ai quali la configurazione giuridica dell'adulterio quale condotta punibile con pena pubblica - e questo è davvero il centro del problema - è sempre stata interpretata come avente funzione paradigmatica, rappresentando l'essenza della differenza dei ruoli e del disequilibrio dei diritti/doveri tra uomo e donna nel rapporto monogamico.

Ciò detto, è necessario premettere che qualsiasi approccio si voglia avere al tema che qui si tratta è assolutamente necessario rifuggire da ricostruzioni 'ideologizzanti'³⁰. Per questo precipuo motivo - a

³⁰ Sui pericoli di contaminazioni ideologiche nei quali sono incorsi gli studi di 'genere' (soprattutto) storici sin dall'insorgere dell'interesse 'massivo' sul tema, v. l'importante saggio di P. SCHMITT PANTEL, *La "storia delle donne" nella storia antica oggi*, in *Storia delle donne*, cit., 537 ss., nel quale, agli inizi degli anni '90, si fissava un primo consuntivo - anche fortemente critico - della storia dell'originarsi e dell'evolversi dei formanti tipici, ora tratteggiati, degli studi di 'storia delle donne' (e, anzi, indicanti le ragioni stesse della necessità di scrivere quella storia) a partire dagli anni '60 dello scorso secolo, e cioè la *sexual asymmetry*, i rapporti sociali di genere, il concetto di *gender*, così come con corretto metodo storico-sociale e antropologico-culturale avrebbero dovuto e debbono essere approcciati e tradotti in atto. A simile funzione - certo in relazione agli studi di storia del diritto - ora si presta un altro notevole saggio sul tema, quello appena pubblicato da L. PEPPE, *Donne e identità civica in Roma antica [con un ricordo di Paolo Maria Vecchi]*, in *Donne e diritto*, cit., 21 ss.

limitazione della portata della tesi dominante - deve sottolinearsi che le note critiche alla tesi che si è finora esposta debbono valere solo quando trattasi della configurazione giuridica dell'adulterio (del marito) quale condotta punibile con pena pubblica e non *generaliter* circa una pretesa irrilevanza del comportamento sessuale (e, in generale, morale) del marito vigente il matrimonio. Purtuttavia, l'ipotizzare che alla donna-incapace, perché moglie, sia data azione di iniziativa processuale criminale (di qualsiasi natura essa sia, ma *a fortiori* se essa sia *iure publico*, cioè, di fondo, in rappresentanza della comunità) contro il marito inteso come autore della lesione 'per infedeltà sessuale' delle loro nozze - riconoscendole dunque, da un lato la mai ottenuta pienezza dei diritti politici, presupposto dell'accusa *iure publico*, e dall'altro la ugualmente mai attribuita pariordinazione di diritti e reciprocità di doveri con il coniuge - non può mai rappresentare solo un più o meno accettabile esercizio tecnico-esegetico di lettura delle fonti giuridiche dell'antichità, ma rappresenta in concreto il disassamento dei presupposti stessi dell'organizzazione propria delle società antiche imperniate sul patriarcato, che tutela il pudore femminile attraverso l'esclusione delle donne da ogni attività da svolgersi in pubblico e, nel privato, basa la famiglia sul fondamento primario costituito dalla necessità di non contaminazione del sangue, affinché sia garantita la successione e dunque la certezza, nello scorrere delle generazioni, della posizione socio-politica dell'individuo come dettato dall'ordine interno della comunità giuridicamente organizzata cui questo era tenuto ad appartenere.

In concreto, dunque, la configurazione 'sostanziale' del *crimen adulterii* e, pertanto, la sua proiezione processuale in termini di iniziativa alla repressione 'penale' dello stesso, è da intendersi ben altro che una mera applicazione del principio di frammentarietà, palesandosi invece - in ultima analisi - come il condizionamento sociale e culturale della discrezionalità del legislatore antico e, conseguentemente, dell'interprete (sia antico che moderno), poiché rappresenta, come è ovvio, il depositato, sul piano del diritto, dell'«essere» delle relazioni sessuali in una società data. Altro può essere - e altro è stato, in tutte le epoche per vero, nella riflessione etica circa i rapporti interindividuali e sociali - la

percezione di quelle relazioni sul diverso piano della morale che, come è altrettanto ovvio sul piano del pensiero che la sostiene, attiene all'area del 'dover essere'.

Rinviando, però, alle fonti, la cui disamina si è già sufficientemente svolta altrove³¹, che, nel pensiero antico, filosofico e religioso, mostrano chiaramente la forte tensione dialettica - che si sostanzia in una radicale differenza di soluzioni - tra il *seien* del diritto vigente e il *sollen* dell'etica privata, credo sia interessante qui invece velocemente soffermarsi, a supporto di quanto sopra si affermava, su alcuni classici postulati del pensiero filosofico e antropologico-sociale occidentale, ricordando ad esempio il «disprezzo dei Romani», affermato da Bachofen, «nei confronti del principio femminile», manifestato dal diritto romano fino a resistere «alla tendenza di Giustiniano verso la concezione interamente naturalistica dei rapporti sessuali, verso l'uguaglianza dei diritti per le donne»³²; «la barbarie», sancita da Morgan, della pratica dei Greci e dei Romani dell'eterismo come valvola di sfogo dipendente dal fatto che «né gli uni né gli altri riconobbero nella sua integrità il principio di monogamia» (o, meglio, «i rapporti di eguaglianza nella monogamia»)³³ che conduce all'analisi più ampia e, ovviamente, 'economicista' di Engels per il quale «la monogamia nasce dalla concentrazione di più ricchezze in una mano sola - e precisamente in quella di un uomo - e dal bisogno di trasmettere in eredità tali ricchezze ai figli di questo uomo e a nessun

³¹ Per una disamina delle diverse percezioni e concezioni, sul piano del pensiero etico (e poi religioso) e della pratica del diritto tra primo e ottavo secolo (e oltre) nel diritto romano e bizantino, circa il comportamento sessuale extramatrimoniale del marito, mi sia permesso rinviare a G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 75 ss. e ntt. e a F. BOTTA, *Ecl. 17.21*, cit., *passim*. Di grande importanza per i futuri studi su quel tema, per l'analisi delle fonti patristiche sotto il profilo che riguarda il presente lavoro, è la recentissima pubblicazione delle carte postume relative al quarto volume della *Storia della sessualità* di M. FOUCAULT, *Le confessioni della carne (Les aveux de la chair [2018])* trad. it., Milano, 2019, ove, soprattutto, sul tema dell'infedeltà maschile nel matrimonio, v. 246 ss. (analisi della prima Omelia sul matrimonio di Giovanni Crisostomo) e 288 ss. (Agostino).

³² J.J. BACHOFEN, *Introduzione al diritto materno, (Das Mutterrecht [1861])* trad. it., Roma, 1983, 88.

³³ L.H. MORGAN, *La società antica, (Ancient Society, [1877])* trad. it., Milano, 1970, 361.

altro. Per ottenere questo era necessaria la monogamia della donna, non dell'uomo, sicché questa monogamia della donna non era affatto d'ostacolo alla poligamia scoperta o mascherata dell'uomo»³⁴. Come affermerà poi Foucault, non v'è, nelle società antiche, l'osservanza nel rapporto matrimoniale del principio di «un duplice monopolio sessuale [...] se la moglie appartiene senz'altro al marito, il marito non appartiene che a se stesso»³⁵, essendo permesso a questo quella 'sessualità di ricreazione' che è vietata alla donna (ovviamente, quando onorata) cui spetta solo quella di 'riproduzione'.

4. *Le 'ragioni di Cassia, moglie tradita' vs le 'ragioni del diritto' circa l'asimmetria romana dei doveri coniugali di uomo e donna*

Parallele rispetto a queste prese di posizione o da queste derivate, nella riflessione degli storici del diritto, dunque, sono le conclusioni, da assumere qui evidentemente come paradigmatiche, di chi, come Gaudemet, benché non risolvendo il dubbio sulla *ratio* del fondamento dell'asimmetria che riguarda la liceità giuridica dei comportamenti sessuali di uomo e donna, se cioè la si debba riferire alla difficoltà di provare la paternità e dunque al dovere della donna di non introdurre sangue estraneo nella famiglia, o se essa discenda da un privilegio autoconcessosi dall'uomo in una società patriarcale «façonnées par et pour des hommes. ... Quant au devoir de fidélité, s'il s'impose aux deux époux, il n'est juridiquement sanctionné qu'à l'encontre de la femme. Comme chez les autres peuples de l'antiquité, à Rome, l'adultère du mari est ignoré du droit»³⁶.

Perfettamente congrua è, quindi, la definizione di *adulterium/stuprum* che - esplicitamente o poco meno - viene adottata quasi senza eccezioni dalla scienza giuridica romanistica. Bastino, credo, quelle forniteci da

³⁴ F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, (*Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* [1884]), trad. it., Roma, 2006, 101. L'enfasi è nel testo.

³⁵ M. FOUCAULT, *L'uso dei piaceri (L'usage des plaisirs)* [1984], trad. it., Milano, 2004, 150 s.

³⁶ J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le droit*, Paris, 1987, 38 s.

Mommsen e Ferrini. Mommsen: «die freie römische Frau ist durch Sittengebot verpflichtet vor Eingehung der Ehe sich der Geschlechtsgemeinschaft überhaupt, nach derselben jeder anderen als der mit ihrem Ehegatten zu enthalten; der Mann dagegen unterliegt dem gleichen Sittengesetz nur insoweit, dass die Verletzung der Keuschheit einer Jungfrau oder der Ehefrau eines Anderen ihn mitschuldig macht»³⁷, ove il *Sittengebot/Sittengesetz*, cui sono astrette le donne e non gli uomini, si specifica oltre, sotto il regime della *lex Iulia*, nel senso che «die Keuschheitsverletzung kommt rechtlich in Betracht nur bei dem freien der Pflicht der Ehrbarkeit unterworfenen Weib (*matrona, materfamilias*), hier aber durchaus unter Erstreckung der Delicte auf die mitbetheiligte Mannsperson»³⁸; e Ferrini: «presupposto è il dovere della donna onorata di serbare assoluta l'integrità fuori del matrimonio e di non avere durante il matrimonio altri rapporti che col marito. Ogni infrazione di questo dovere è delitto; e naturalmente, per ragione di compartecipazione delinque ed è punibile colui, col quale il rapporto illecito è attuato»³⁹.

Ergo, l'uomo sposato non è né può esser adultero in relazione al suo proprio matrimonio. Egli non può, cioè, essere autore del *crimen adulterii* (diverso è se egli sia, in altro modo e sotto altri riguardi, 'adulter'⁴⁰) se non in quanto complice nell'atto sessuale illecito compiuto dalla moglie di un altro.

Che la sua condotta abbia generato *iniuria* in capo a sua moglie può ben essere⁴¹, e anche non solo sul piano etico; non tuttavia sul piano del

³⁷ TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., 688 s.

³⁸ TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., 691.

³⁹ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, (rist.) Roma, 1976, 361.

⁴⁰ Mi piace rinviare qui alle considerazioni sul rapporto tra natura e diritto 'umano' nelle percezioni sociali e culturali romane, dall'età repubblicana al tardo antico, degli illeciti sessuali, svolte da G. RIZZELLI, *Adulterium*, cit., 163 ss. e ntt.

⁴¹ Lo sostiene specialmente G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 97 e ntt. 68-69, sulla base di Plaut., *Merc.* 700 ss. (*contumelia*) e Sen., *Ep.* 95.37 (*gravissimum [...] genus iniuriarum*), cui va aggiunta [Quint.] *Decl. mai.* 10.9. Ciò comporta altresì che - come sembra percepirsi da alcune argomentazioni di C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 23 s. - l'ingiuria non dovrebbe essere provocata dall'unione del marito con donne *in quas stuprum non committitur*? Tra i precetti coniugali plutarchei v'è comunque il consiglio alle spose di sopportare che il marito abbia rapporti con schiave o prostitute, sapendo attendere il ritorno del coniuge

criminalisticamente rilevante, salvo, si ripete, che si concreti in compartecipazione con una donna sposata (essa sola autrice possibile del *crimen* in parola), sia perciò lesiva solo delle *nuptiae* di quest'ultima e perseguibile - in via privilegiata - solo dai soggetti che la legge individua come offesi per quella lesione e cioè il *pater* e il *maritus* della donna adultera, i quali infatti esercitano l'*accusatio iure mariti vel patris* (*accusatio iure viri*) anche nei confronti del complice della figlia/moglie adultera (unica posizione possibile dell'uomo rispetto alla repressione del *crimen*), senza che rilevi, oltretutto, se costui fosse a sua volta sposato o meno.

Ripeto, non v'è dunque profilo che rilevi per l'ordinamento criminale, ricavabile dalle copiose fonti pervenuteci dal periodo classico, che suggerisca una lesività giuridica dell'atto sessuale di un uomo sposato rispetto al suo proprio matrimonio. Dunque, riportando il tenore della legge Giulia, al fine di escludere la postulante dai soggetti offesi individuati dalla norma augustea e pertanto legittimati all'esercizio dell'accusa *iure viri* - che è esattamente l'accusa *propria iniuria* secondo la *lex de adulteriis* - la cancelleria severiana, nella costituzione in oggetto, non opera solo per mezzo di criteri 'formali' ma riflette in concreto lo stato del discrimine giuridicamente esistente tra uomini e donne rispetto alla configurazione sostanziale del *crimen adulterii*, inteso come reato proprio della donna.

L'esclusione di Cassia da siffatta accusa solo apparentemente avviene dunque perché essa, paradossalmente, non è *vir*, ma invece effettivamente, nella medesima logica del paradosso, perché non

alla pienezza del coniugio (Plut., Γαμ. παρ. 140). Bisogna aggiungere, infine, a dimostrazione della probabile labilità anche etica (legata forse anche a fattori contingenti) percepita socialmente circa l'*iniuria* nei confronti della sposa generata dalla condotta sessuale extraconiugale del marito, una notazione di A. ROUSSELLE, *La politica dei corpi: tra procreazione e continenza a Roma*, in *Storia delle donne*, cit., 349, secondo la quale, proprio considerando i gravosi obblighi connessi alla sessualità di riproduzione permessa (e 'imposta') alla donna onorata, «non tutte avevano la fortuna di vedere il marito distrarsi con una schiava o una concubina; in questo caso erano le mogli a sopportare l'intero fardello delle ripetute gravidanze. Un marito innamorato era da considerarsi un guaio». In questa chiave può ben rileggersi Plaut., *Mev.* 817 ss.

essendo *vir è mulier*⁴², e cioè dunque non offesa, per la declaratoria stessa del *crimen adulterii* (a sua volta ricognitiva dell'effettivo stato giuridico dei coniugi rispetto al proprio dovere penalmente sancito di fedeltà matrimoniale), dalla condotta sessuale extraconiugale del marito: non essendo vittima sul piano del diritto criminale, essa non può adire l'unica modalità di accusa che quella legge predispone per gli offesi.

Proprio sulla base delle istanze etiche che - contrapponendosi alle risultanze del diritto penale - reputavano quantomeno inopportuna un'attività erotica extramatrimoniale dell'uomo sposato (dunque, come s'è detto, potendosi anche definire 'socialmente' offensiva quella condotta per la moglie), quanto finora argomentato non esclude affatto, d'altra parte, che vi fossero giustificazioni per il tentativo operato da Cassia di vedersi riconoscere l'accusa privilegiata. La possibilità concessa eccezionalmente alla donna nell'ordinamento del principato di superare la propria incapacità all'accusa esercitando quest'ultima *propria iniuria* avrebbe in qualche modo potuto far apparire la richiesta respinta dalla cancelleria severiana, come afferma Rizzelli⁴³, non «completamente priva di speranze a chi la formula». Ancor più descrittiva, a mio avviso, dello stato delle cose, analoga (o comunque orientata sulla medesima chiave ideologica) interpretazione della fonte si leggeva già in Huchthausen, per la quale la richiesta di Cassia «beweist ... daß mehrfach Frauen versucht haben müssen ein gleiches Recht für sich durchzusetzen». Tuttavia, la studiosa dell'allora DDR aggiungeva che comunque «eine Auskunft, die nur einen extremen Einzelfall berührt hätte, würde man nach mehr als 300 Jahren sicherlich nicht mehr aufnahmewürdig gefunden haben», aderendo, in fondo al proprio ragionamento, ai (qui già ricordati) «Engels' Worte, daß es sich in der Antike um 'Monogamie für die Frau' handelt»⁴⁴.

⁴² F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., 360 s.; C. FAYER, *La 'familia' romana. Parte terza. Concubinato, divorzio, adulterio*, Roma, 2005, 299 s.

⁴³ G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 96.

⁴⁴ L. HUCHTHAUSEN, *Herkunft und ökonomische Stellung weiblicher Adressaten von Reskripten des Codex Iustinianus (2. und 3. Jh. u. Z.)*, in *Klio*, 56, 1974, 214 s.

5. Perché Cassia non può mai accusare d'adulterio

Coniugando le ragioni ora esposte, antropologico-sociali e storico-giuridiche, che escludono la moglie dall'accusa privilegiata *propria iniuria* (e, infatti, data solo *iure viri*) per l'infedeltà alle sue proprie nozze commessa dal marito - ragioni che si rispecchiano e trovano fondamento, come s'è detto, nella configurazione giuridica del *crimen adulterii ex lege Iulia* - con il generale regime di legittimazione all'accusa proprio dei *publica iudicia*, per il quale la donna è normalmente esclusa, ancor più evidentemente - sotto il profilo normativo che presiede alla coerenza del sistema repressivo - alla moglie non può essere data, per la stessa condotta, l'*accusatio iure extranei*.

Se è ben vero, infatti, che la costituzione di cui si discute nulla dice in proposito di siffatta modalità d'accusa, è altrettanto vero che tale modalità è quella che, nel particolare assetto della legittimazione disegnato dalla *lex Iulia de adulteriis*, corrisponde all'accusa popolare tipica dei *publica iudicia*, adibile dal *quivis de populo* purché non escluso da una norma di legge⁴⁵. Poiché la donna, come si è ampiamente visto nelle fonti giurisprudenziali e autoritative sopra citate, risulta sempre esclusa dall'*accusatio iure publico*, non si vede ragione logico-sistematica per la quale dovrebbe esserle riconosciuta proprio la facoltà di esercitare quella *adulterii iure extranei*.

Se non si dubita, infatti, che la donna è ammessa eccezionalmente (come gli altri incapaci) all'accusa *iure publico* solo qualora essa sia considerata vittima del crimine (ma tenuto conto sempre della configurazione normativa dello stesso), nel caso della procedura repressiva dell'adulterio - val forse la pena di ripeterlo ancora -, tale accusa interessata è esclusivamente e solo quella *iure viri*, cioè quella che appunto esplicitamente la cancelleria severiana nega a Cassia.

⁴⁵ V. infatti la definizione ulpianea in Ulp. 1 *ad legem Iuliam et Papiam* D. 23.2.43.10: *Senatus censuit non conveniens esse ulli senatori uxorem ducere aut retinere dammatam publico iudicio, quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas.*

Inoltre - e sono argomenti che il saggio di Terreni non tiene in conto - a me sembra che proprio il fatto che il matrimonio che Cassia lamenta tradito sia *iustum* (essa altrimenti non invocherebbe per sé l'accusa privilegiata) e il fatto che la cancelleria le neghi l'accusa *iure viri* contribuiscano insieme a rafforzare la conclusione che essa non possa adire l'accusa *iure extranei* perché non potrebbe avvalersi, proprio in quanto donna, di alcune soluzioni giurisprudenziali che, proprio in tema d'accusa d'adulterio, ci danno ragione dello svolgersi del pensiero giuridico severiano in tema di regole di legittimazione straordinaria degli incapaci.

Inidonea radicalmente all'accusa *iure viri*, la donna, infatti, non partecipa della categoria degli esclusi dall'accusa *iure publico* elencati da Paolo in Coll. 4.4⁴⁶, i quali, invece, benché possiedano solo l'accusa privilegiata d'adulterio per vendicare la lesione del proprio matrimonio (*'alias [quam iure viri] accusare non possunt'*), sono tuttavia ammessi ad accusare *'iure extranei propria iniuria'* (anche qualora abbiano lasciato trascorrere i termini per l'esercizio dell'azione privilegiata), vincendo cioè - per la prevalenza che si riconosce all'interesse personale alla repressione - la *praescriptio* d'incapacità loro normalmente opponibile a fronte di accuse *iure publico*⁴⁷.

Ancora, nemmeno la soluzione approntata da Papiniano in Coll. 4.5.1⁴⁸, per la quale a un incapace (nel caso l'infame o il libertino non

⁴⁶ Coll. 4.4.1 (Paul. *l. sing. de adulteriis*): *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.* Cfr. Ulp. *D.* 48.5.16(15).6 su cui v. F. BOTTA, *Ancora in tema di 'accusatio adulterii' del 'minor XXV annis'*, in *Fides Humanitas Ius, Studii in onore di L. Labruna*, I, Napoli, 2007, 439. Oscillante, sul punto, l'opinione di M.V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. 'Matrimonium iustum' – 'matrimonium iniustum'*, Napoli, 2012, 194 s. nt. 133.

⁴⁷ Ricognitiva di tutte le ipotesi ricostruttive del passo e circa il punto in discussione, C. FAYER, *La 'familia' romana. Parte terza*, cit., 295 ss. e ntt.

⁴⁸ Coll. 4.5.1 (Pap. *l. XV responsorum sub titulo ad legem Iuliam de adulteriis*) *Civis Romanus, qui [civem Romanam] sine conubio <sive> [sibi] peregrinam in matrimonio habuit, iure quidem*

abbiente) è permesso di accusare '*propria iniuria iure extranei*', è applicabile per analogia al caso di Cassia, volendo costei vendicare la lesione di *iustae nuptiae*, laddove nel caso del responso papiniano l'offesa adulterina è portata, invece, a un'unione coniugale *sine conubio*⁴⁹. Deve sottolinearsi che anche in questo frammento ci si riferisce esplicitamente al solo soggetto maschile del rapporto coniugale (che essendosi costituito *sine conubio* non concede all'offeso ovviamente la disponibilità dell'accusa *iure viri*), per più generalmente constatare che, d'altra parte e in ultima analisi, non si rinviene fonte ove la giurisprudenza abbia ragionato in funzione della concessione straordinaria dell'accusa *iure extranei* d'adulterio a incapaci, tenendo conto dell'*iniuria* patita dalla vittima di tale reato, nella quale quest'ultima non sia il soggetto maschile del rapporto matrimoniale leso.

Queste considerazioni ovviamente valgono, in aggiunta a quelle già fatte in precedenza, ad esclusione della possibilità che qui si discuta della concessione di un'accusa *iure extranei* - alternativa o suppletiva dell'accusa *iure viri* - alla moglie nei confronti del suo proprio marito. Ancor più ovviamente, vorrei dire, tale accusa non potrebbe essere da lei mossa nei confronti della donna, qualora sposata, con la quale quell'uomo avesse consumato il tradimento della fedeltà coniugale⁵⁰. Osterebbe alla concessione di tale azione la regola che vieta alla donna di *alienis causis se immiscere*. Questa, espressa da Ulpiano per significare l'esclusione della donna dalla *postulatio* in D.3.1.1.5, è tuttavia da intendersi principio generale, visto che dà effettivo corpo

mariti eam adulteram non postulat, sed ei non opponetur infamia vel quod libertinus rem sestertiorum triginta milium aut filium non habuit, propriam iniuriam persequenti.

⁴⁹ C. FAYER, *La 'familia' romana. Parte terza*, cit., 311 ss. e ntt. V. anche R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *Ubi tu Gaius*, cit., 330 ss. Conforme, M.V. SANNA, *Matrimonio*, cit., 149 nt. 20.

⁵⁰ Ipotesi, come già annunciato, anch'essa avanzata da C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 16 ss., quale possibile intendimento della nostra Cassia la quale avrebbe così esercitato «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 nozze».

all'osservanza di quella *pudicitia sexui congruens* che è primario impedimento all'esercizio femminile dei *virilia officia*, e dunque, di diritto, la *ratio* primaria che limita l'accesso alle corti della donna. Sotto questo profilo, poiché l'adulterio commesso da una donna, chiunque ne sia stato il complice, lede solo le sue proprie nozze, colei che, ove mai fosse possibile, ne volesse pretendere la punibilità, fosse anche la moglie del compartecipe in quell'adulterio, si ingerebbe comunque in una causa che, secondo il diritto, non la riguarda.

Per analogia, val forse la pena di ricordare qui una, a mio avviso, saggia notazione di Solazzi che, coniugando ancora pudicizia e inidoneità all'accusa di adulterio, riconduceva a «ragioni di moralità» le *rationes* addotte da Ulpiano in D. 48.5.16(15).6⁵¹ a supporto dell'esclusione, disposta *specialiter* dalla *lex Iulia*, del *minor XXV annis* dall'accusa *iure extranei*, giacché per nulla opportuno che «i giovanetti andassero a rimestare i delitti contro i buoni costumi, perché, mescolandosi in questo genere di processi, sarebbero andati a scuola di impudicizia»⁵².

6. *'Testimonia' (apparentemente) 'contraria': Ulp. D. 48.5.14(13).5 e Aug. de adult. coniug. 2.8.7*

In verità vi è una pronuncia giurisprudenziale che parrebbe far trasparire sul piano del diritto vigente nel terzo secolo la recezione di

⁵¹ Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.16(15).6: *Lex Iulia de adulteriis specialiter quosdam adulterii accusare prohibet, ut minorem annis viginti quinque: nec enim visus est idoneus accusator, qui nondum robustae aetatis est. quod ita verum est si non matrimonii sui iniuriam exequatur: ceterum si suum matrimonium vindicare velit, quamvis iure extranei ad accusationem veniat, tamen audietur: nec enim ulla praescriptio obicitur suam iniuriam vindicanti.*

⁵² S. SOLAZZI, *Ancora sull'editto 'de postulando'*, in *BIDR*, 37, 1939, 297 s. Ma si veda anche la traduzione inglese di A. WATSON (*The Digest of Justinian*, I, Philadelphia, 1985, 79) di Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.1.1.5: *'ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant'*: «to prevent them [le donne] involving themselves in the cases of other people contrary to the modesty with their sex». V. poi le notazioni di L. PEPPE, *'Civis' Romana*, cit., 308 s.: «*postulare pro aliis* dovrebbe essere precluso alle donne, ma solo per quelle cause altrui che sarebbero contrarie alla *pudicitia*».

quelle regole di equivalenza delle condotte sessuali di marito e moglie proposte con insistenza dalla filosofia etica (per essere poi riprese, anche con notevole *vis* polemica, dai Padri della Chiesa).

Trattasi di

Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14(13).5: *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.*

Il frammento ulpiano sembrerebbe, a ben vedere, la probabile massimazione⁵³ di una costituzione imperiale riferitaci da

Aug. *de adult. coniug.* 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 praebuit castitatis exemplum, ita ut ambo damnarentur, si ambos pariter impudicos confictus ipse convinceret. Nam supra dicti imperatoris haec verba sunt, quae apud Gregorianum leguntur. Sane, inquit, litterae meae nulla parte causae praeiudicabunt. Neque enim, si penes te culpa fuit, ut matrimonium solveretur et secundum legem Iuliam Eupasia uxor tua nuberet, propter hoc rescripto meo 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*

⁵³ Per l'interpolazione della fonte ulpiana (nel confronto con la costituzione riferita da Agostino) v. D. NONNOI, *S. Agostino e il diritto romano*, in *RISG*, 9, 1934, 553 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, 103 nt. 5; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano, 1963, 43 ss. *Contra*, M.A. DE DOMINICIS, *Punti di vista vecchi e nuovi in tema di fonti postclassiche (Occidente ed Oriente)*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, 661 nt. 122. Sulla sua massimazione da parte di Ulpiano, a mio avviso condivisibilmente, v. G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 98 ss.

*compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel causam facti tollere*⁵⁴

ove tuttavia - va adeguatamente rimarcato - il Vescovo di Ippona premette una proposizione: '*quoniam iura forensia non eisdem quibus feminas pudicitiae nexibus viros videntur obstringere*', che replica, per l'ennesima volta nelle fonti della pubblicistica cristiana, l'orientamento strumentale a mettere in linea con i postulati della religione le rare testimonianze del diritto imperiale in tal senso utilizzabili, pur dando atto di conoscere l'effettivo assetto giuridico dei rapporti coniugali.

Devo subito confessare che, per la ragione ora esposta, mi è accaduto di sottovalutare il portato delle fonti in esame, intendendole come mere prese di posizione moraleggianti, a ciò indotto altresì dall'eco che nei termini stessi usati nella costituzione e nel frammento ulpiano si rinviene degli scritti propri dell'etica stoica di età imperiale⁵⁵.

Altri, però, ne han forse all'inverso sopravvalutato i contenuti, giungendovi a leggere il riflesso di una punibilità (benché d'ufficio) di *adulteria* o *stupra* commessi dall'uomo sposato⁵⁶. Stupisce, pertanto, che

⁵⁴ PL 40, 475 = Cod. Greg. 14.2.

⁵⁵ Sen., *Ep. ad Lucil.* 94.26: (*scis improbum esse qui ab uxore pudicitiam exigit, ipse alienarum corruptor uxorum; scis ut illi nil cum adultero, sic tibi nil esse debere cum paelice*) e Hierocl. in Stob., *Flor.* IV 22. 21-24 (Hense II, pp. 502 ss.), su cui (anche per i riferimenti bibliografici) F. BOTTA, *Ecl.* 17.21, cit., 73 e nt. 22. La medesima costruzione è poi anche in Lact., *div. inst.* 6.23.30. Su tutto, con dovizia di riferimenti, G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 76 ss. e ntt.

⁵⁶ C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di 'stuprum', 'adulterium' e 'divortium'* (2006), in *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, Napoli, 2014, 341; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA*, 60, 2017, 151. Ma già J. CUJAS, *Opera 'omnia'*, II, Neapoli, 1758, 1073; 1398. Poi F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino, 1975, 153 s. nt. 168 che, oltre ad *adulterium*, *stuprum*, *lenocinium*, ipotizza che fosse ricompresa tra le fattispecie punibili secondo la costituzione anche quella di omosessualità. V. altresì G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 83 nt. 36.

Terreni non usi in questo senso e a vantaggio della sua tesi fino in fondo tali fonti⁵⁷.

Due saggi, tuttavia, dedicati espressamente alle testimonianze ora citate, di De Churruca⁵⁸ e, soprattutto, di Rizzelli⁵⁹, mi sembra siano probabilmente idonei a risolvere i problemi che esse presentano sul piano giuridico, rendendo quella di Ulpiano (e dell'imperatore Antonino⁶⁰), in fin dei conti, tutt'altro che, appunto, «un'affermazione fuori sistema»⁶¹.

Rizzelli, infatti, che ne connette i contenuti con il provvedimento senatorio citato da

Scaev. 4 reg. D.48.5.15(14).1: *Si vir infamandae uxoris suae causa adulterum subiecerit, ut ipse deprehenderet, et vir et mulier adulterii crimine tenentur ex senatus consulto de ea re factio*

e con il ragionamento che si svolge ancora in

Ulp. 8 disp. D. 48.5.2.4: *Qui hoc dicit lenocinio mariti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est huiusmodi compensatio admissa. ideo si maritum velit reus adulterii lenocinii reum facere, semel delatus non audietur. [5] Si publico iudicio maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accusatione? et putem non repellere: lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat. [6] Unde quaeri potest, an is, qui de adulterio cognoscit, statuere in maritum ob lenocinium possit? et puto posse. Nam Claudius Gorgus vir*

⁵⁷ C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 22 s. e nt. 51.

⁵⁸ J. DE CHURRUCA, *Un rescrit de Caracalla utilisé par Ulpian et interprété par Saint Augustine*, in *Collatio Iuris Romani, Études dédiées à H. Ankenum*, Amsterdam, 1995, 71 ss.

⁵⁹ G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 71 ss.

⁶⁰ Che G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 102 ss., con buone ragioni e per la logica stessa della sua ricostruzione, crede essere Marco Aurelio. All'inverso, la tradizionale lettura del rescritto che ne imputa la paternità a Caracalla (per risalente tradizione), è esposta, sin dal titolo del suo contributo, da J. DE CHURRUCA, *Un rescrit de Caracalla*, cit., *passim*.

⁶¹ F. BOTTA, *Ecl. 17.21*, cit., 69 nt. 4.

clarissimus uxorem accusans cum detectus est uxorem in adulterio deprehensam retinuisse, et sine accusatore lenocinio damnatus est a divo Severo,

convincentemente spiega la *damnatio* irrogabile al marito, presentatosi al processo come accusatore *iure viri*, quale possibile risultato dell'accertamento svolto dall'organo giudicante, nel corso del medesimo procedimento, di condotte dello stesso sussumibili sotto le fattispecie concretanti lenocinio, così che la divorziata/ripudiata, una volta chiamata in giudizio dal marito, gli avesse opposto la *praescriptio lenocinii*⁶². In tal caso - e solo in tal caso -, secondo l'A., la *praescriptio* non svolgerebbe la sua normale funzione di mezzo processuale paralizzante l'accusa ma, pur non ostacolando il normale svolgimento del processo per adulterio nei confronti della donna (e quindi non impedendo la sua naturale condanna), autorizzerebbe il giudice 'inquirente' a valutare la condotta del marito alla stregua dei criteri esposti nella legge Giulia e conseguentemente a condannarlo 'sine accusatore' per lenocinio⁶³. Che sia questo o meno l'effetto innovativo introdotto dal rescritto di cui al passo agostiniano o dal senatoconsulto di cui ci parla Scevola (dimodoché in precedenza la *praescriptio lenocinii* sollevata dalla donna avrebbe, come sempre accade quando opposta dal terzo complice, impedito il compiersi dei *sollemnia accusationis* del processo per adulterio)⁶⁴, è in ogni caso indubbio che non si sarebbe comunque avuta una *compensatio mutui*

⁶² Dubbi, reputandosi interpolata la proposizione *lenocinium - excusat* in chiusa del § 5, in S. SOLAZZI, *Note sparse al Digesto* (1950-51), in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 311 s. L'A., per vero, dubita anche del § 6 «profondamente rimaneggiato», anche sulla scorta delle perplessità sull'attribuzione ad Ulpiano dei *libri disputationum*, conformemente a F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana (History of Roman Legal Science* [1946/rist. agg. 1953]), trad. it., Firenze, 1968, 433 ss.: «non vi è ragione sufficiente per dubitare della sua autenticità, ma il testo classico giunse ai compilatori molto alterato da mano postclassica». Sul punto diffusamente A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003, 52 ss. e E. STOLFI, I "libri disputationum" di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani, in *Riv. Dir. Rom.*, 3, 2003, 1 ss. (dell'estratto online).

⁶³ V. altresì A. MATTHAEUS, *De criminibus*, I, Neapoli 1772, 294 nt. *.

⁶⁴ G. RIZZELLI, *Agostino*, cit., 116 ss. *Contra* J.-C. NABER, 'Observatiunculae de iure romano', in *Mnemosyne*, 27, 1899, 254.

criminis, come infatti afferma il passo ulpiano, ma invece - col verificare il *index adulterii* carenti sotto questo profilo i *boni mores* e la *pudicitia* dell'accusatore - la sottoposizione di entrambi i coniugi alla pena *ex lege Iulia de adulteriis*. E ciò, però, per crimini diversi: la donna per il suo proprio adulterio; il marito per il lenocinio relativo all'adulterio della moglie e non quindi per la propria condotta sessuale extramatrimoniale.

Se, però, tutto ciò è vero, poiché sarebbe perciò rimesso al *index adulterii* di accertare senza un'esplicita e formale accusa la condotta maritale sussumibile sotto fattispecie previste da quella legge, deve valutarsi la plausibilità di ciò che affermano, come sopra si è detto, Russo Ruggeri e, prima, Venturini, e cioè se le condotte del marito tenute in osservazione 'd'ufficio' dall'organo giudicante potessero consistere anche nello stesso adulterio da lui commesso⁶⁵.

Deve dirsi, intanto, che se anche così fosse, non si supererebbe comunque il limite di legittimazione posto dalla *lex Iulia* a carico della donna: contro il proprio marito essa si trasformerebbe, nel caso, in mera delatrice della *notitia criminis* dell'uomo e, pertanto, si vedrebbe perseguito - vieppiù se, come ipotizzato dagli studiosi succitati⁶⁶, ciò avvenisse in un giudizio 'autonomo' - in via strettamente inquisitoria un *crimen* 'maschile' (quello consistente nella complicità nell'adulterio commesso dalla sposa altrui) la cui repressione è però, in ogni altra fonte da noi conosciuta, sistematicamente rimessa all'accusa privata. E ciò non perché manchi del tutto una casistica di repressione del *crimen adulterii* a iniziativa d'ufficio, ma perché, nelle rare e peculiari testimonianze pervenuteci in tal senso, si persegue sempre la condotta femminile, in surroga al mancato esercizio dell'accusa da parte del marito⁶⁷.

In realtà, a me sembra che nessun elemento ricavabile delle fonti finora considerate faccia presumere che sia stato configurato un

⁶⁵ Sopra, nt. 56. Adde, J.-C. NABER, '*Observatiunculae*', cit., 254 nt. 7.

⁶⁶ C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica*, cit., 341; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., 152.

⁶⁷ Tac. *ann.* 2.85; Plin., *Ep.* 6.31.4-6, su cui tra i molti altri, con particolare accuratezza, C. VENTURINI, '*Accusatio adulterii*' e politica costantiniana (per un riesame di *CTh.* 9.7.2) (1988), in *Studi di diritto*, cit., 61 ss. Ricognitivo del problema il punto di vista di S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, 1996, 44.

‘autonomo’ giudizio inquisitorio destinato all’accertamento di qualsiasi comportamento *contra bonos mores* del marito (ad esclusione del lenocinio, come ora visto). Anzi, il ripetuto richiamo, presente sia nella costituzione citata da Agostino sia nella sua versione massimata da Ulpiano, alla mancata mutua compensazione tra i crimini di marito e moglie suggerisce che la cognizione degli stessi avvenga contestualmente, in un unico giudizio. Se tale giudizio fosse, come sembrerebbe leggendo il frammento ulpiano (in questo diverso dal testo della costituzione riportata da Agostino), un *iudicium publicum adulterii*, viste le formalità di tale procedimento nella fase di *causae cognitio*, nella quale viene a definirsi l’oggetto della successiva fase dibattimentale, non v’è altro rimedio processuale a disposizione della *rea* per introdurre in causa un addebito a carico dell’accusatore (e ciò solo per la specifica innovazione normativa sopra delineata, ché, in caso diverso, si avrebbe solo l’allegazione di un fatto a discarico del soggetto accusato⁶⁸) che non sia una *praescriptio*, oggetto della quale, per la natura stessa del rimedio, non può che essere, quindi, un fatto che si connoti negativamente rispetto alla pretesa punitiva fatta valere dall’accusatore, perché rispetto a questa ostativo o impeditivo, e che dunque presenti idonei caratteri di connessione con la condotta che sostanzia siffatta pretesa: tale fatto, per logica, dunque, rafforzando le conclusioni di Rizzelli, come sottolineava già Matthaëus a commento del passo ulpiano, «non est adulterium, sed lenocinium eadem lege Iulia punitum»⁶⁹. In tal caso, pertanto, anche senza una formale *accusatio* ma non perciò in un autonomo processo inquisitorio, bensì in via incidentale nel corso del processo per adulterio da lui stesso introdotto, il marito ben potrebbe essere condannato per lenocinio dal *iudex adulterii*, competente a conoscere *sine accusatore* anche di quel fatto di reato in quanto a ciò autorizzato dalle innovazioni normative su ricordate.

⁶⁸ Per tutti, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di 'adulterium', 'lenocinium', 'stuprum'*, Lecce, 1997, 83 e nt. 53.

⁶⁹ A. MATTHAEUS, *De criminibus*, I, cit., 294.

7. Una proposta di nuova lettura

In forza dell'interpretazione finora proposta si raggiungerebbe, pertanto, perlomeno il risultato di togliere ulteriore spazio all'ipotesi per la quale, per crimini riguardanti la *lex de adulteriis*, un uomo potesse essere perseguito su iniziativa della propria ex moglie, rimettendosi invece sempre quelle imputazioni o all'accusa dei legittimati in via privilegiata o, nei casi previsti, a quella del *quivis de populo*, oppure infine, come appunto nell'ipotesi affrontata e risolta da Ulpiano in Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14(13).5 nello specchio di Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2.4, per lenocinio, su iniziativa d'ufficio e in via incidentale nel processo dal marito stesso introdotto per l'adulterio della propria *uxor*.

Né, a mio avviso, può dirsi che quanto v'è in più nella costituzione ricordata da Agostino rispetto alla sua probabile massima in Ulpiano possa fuorviare la lettura appena data se è vero che il rapporto, prospettato probabilmente come ipoteticamente causale dallo stesso richiedente il rescritto, tra ragione del divorzio - a fortiori perché imputabile al marito - efficacia dello stesso e adulterio della moglie Eupasia, resta intenzionalmente ed esplicitamente impregiudicato nella risposta imperiale, nella quale, invece, si rimette all'organo giudicante nel merito l'accertamento del *crimen* commesso da quest'ultima e la condanna conseguente.

Quanto segue, nel rescritto, è ciò che è riprodotto quasi pedissequamente nel frammento ulpiano e dunque si presta ad essere interpretato alla stregua di quanto a riguardo di questo si è sopra detto. Ciò che, però, è estratto dalla costituzione, con valore di massima, dal giurista di Tiro, sembra svolgere, nella pronuncia imperiale, funzione di *caveat* rivolto al richiedente circa le conseguenze in cui potrebbe incorrere nell'esercizio delle diverse azioni a sua disposizione in cui volesse far valere l'adulterio della moglie, avvertendolo di tener conto delle condotte, vigente il matrimonio, che potrebbero, di volta in volta, essergli imputate, per le quali (o per alcune delle quali), appunto, un giudice '*potest et virum damnare*'.

Se, infatti, volesse aderirsi - almeno in ordine ai suoi fondamenti - alla lettura del testo agostiniano proposta dal compianto amico Carlo

Venturini⁷⁰, secondo la quale il rescritto riportato dal padre della Chiesa sarebbe intervenuto «nel corso di un contenzioso incentrato sulla riferibilità all'uno o all'altro coniuge della *culpa ... ut matrimonium solveretur*, ossia della *culpa divortii*, al cui esito favorevole all'ex marito era subordinata la possibilità per lui di operare sulla dote le *retentiones*», si potrebbe ipotizzare (anche in parziale disaccordo con la ricognizione di Venturini) che contro le pretese mosse con l'esercizio dell'*actio rei uxoriae* da parte dell'ex moglie (o di chi legittimato a ciò) che seguisse il *divortium* operato dalla stessa - perciò esplicitamente o implicitamente imputando la rottura del matrimonio al marito⁷¹ - quest'ultimo ben potesse porre all'imperatore un quesito relativo alla rilevanza eziologica dell'accertamento di siffatta *culpa* circa l'esito di azioni, a lui solo spettanti, finalizzate al riscontro dell'adulterio della moglie, utile a orientare a suo vantaggio la pronuncia dell'organo chiamato a giudicare della sorte dei beni dotali, legittimando le *retentiones* che egli intendesse eventualmente operare.

A tale scopo il marito - che pure potrebbe dimostrare (ma in posizione di convenuto) la consumazione dell'adulterio della moglie nello svolgimento dell'*arbitrium rei uxoriae*⁷² - possiede certo l'*accusatio adulterii (iure viri)*, ma altresì (con finalità diverse dall'irrogazione di una pena criminale) egli solo parrebbe legittimato a introdurre - quale che sia la sua funzione rispetto all'azione esercitata dalla donna per la restituzione della dote - il *iudicium de moribus*⁷³, che, per quanto oscuro sia alle nostre conoscenze, non può non dirsi indirizzato al medesimo scopo

⁷⁰ C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica*, cit., 340 ss.

⁷¹ Cic., *Top.* 4.19: *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet*; Vat. Fragm. 121 *Papinianus libro III responsorum. Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui discidium necessitatem inducit*. Sul rapporto tra iniziativa del divorzio e imputazione della *culpa discidii*, v., tra gli altri, E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, 80 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons in the later Roman Republic*, Oxford, 1967, 71; H. STIEGLER, 'Divortium', 'culpa' und 'retentio propter liberos' (*Ulp. ep. 6.10 und Cic., Top. 4.19*), in *Mélanges F. Sturm*, I, Liège, 1999, 436 ss.

⁷² V. oltre ntt. 75; 79; 93.

⁷³ V. oltre ntt. 93-96.

di attribuire alla *mulier* la *culpa discidii*. A supporto dell'una o dell'altra azione mi sembra possano ascriversi i dubbi nutriti dal marito, a leggere il rescritto, circa l'efficacia del *repudium* (che, quindi, parrebbe ancor più evidentemente inviato dalla moglie) e la conseguente validità *ex lege* del nuovo matrimonio da quest'ultima contratto, onde, se accertati tali dubbi, siffatto legame sarebbe suscettibile di essere valutato alla stregua di un adulterio⁷⁴.

Quale sia stata la procedura che il richiedente intendesse effettivamente attivare (e addirittura se l'avesse esplicitata nel suo libello) risulta difficilmente decifrabile dalla lettera del rescritto imperiale: a favore dell'azione civile (così sembra, come s'è visto, anche a Venturini) pare militare il timore del richiedente, esposto in premessa, che gli potesse essere ascritta la *culpa divortii*⁷⁵, la quale non risulta avere effetto (e ciò traspare anche nell'interpretazione del *casus* che sembra essere stata della cancelleria) sull'imputabilità del *crimen adulterii* alla donna (semmai varrebbe la deduzione opposta); all'inverso, la proposizione conclusiva del rescritto, che reputa punibili tanto il *crimen* commesso dalla moglie quanto quello imputabile al marito, inevitabilmente conduce a connettere la costituzione con un *iudicium publicum adulterii* (come continua a sembrare a Rizzelli⁷⁶), cosa che, d'altronde, rende la pronuncia imperiale perfettamente utilizzabile da Ulpiano nel suo trattato *de adulteriis* e dallo stesso Agostino per dimostrare esistente, anche nel diritto 'pagano', una norma che punisca, a fronte di un'*accusatio adulterii* esercitata dal marito, l'impudicizia di entrambi i coniugi.

⁷⁴ Per tutti, v. G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., 63 nt. 200; C. FAYER, *La 'familia' romana. Parte terza*, cit., 116 ss. e nt. 239. Ivi completa ricognizione di fonti e letteratura.

⁷⁵ V. nt. precedente. *Adde* Boeth., *ad Cic.*, *Top.* 4.19 (Orelli, p. 303 s.); 17.65-66 (Orelli, p. 378). Sul riflesso dell'accertamento della *culpa viri* sulle *retentiones propter liberos* e *propter mores* e sulle differenze di regime tra le due tipologie, v. da ultimo, H. STIEGLER, *'Divortium'*, cit., 433 ss., ove esaustiva ricognizione della letteratura precedente sul punto.

⁷⁶ Così l'A. in un saggio (a me pervenuto per sua gentilezza), dal titolo *Il fr. 3 Stramaglia delle Declamazioni maggiori e la circolazione di temi fra retori e giuristi*, di cui annuncia la prossima pubblicazione.

Mi domando se vi è allora spazio per sostenere una tesi alternativa sia all'una che all'altra delle ipotesi di lettura del testo ora viste⁷⁷, che veda nel plurale *'habebunt'*⁷⁸ del rescritto 'agostiniano' - per la differenza con il singolare *'iudex adulterii ... habere debet'* poi usato nella sua massimazione da Ulpiano - il segno che la cancelleria reputasse che della *littera* si sarebbe potuto far uso tanto innanzi al giudice criminale quanto al civile, entrambi tenuti a valutare i *mores* del richiedente, mettendo al contempo sull'avviso quest'ultimo che, proprio in forza di tale necessaria valutazione, qualora scegliesse di perseguire per via criminale l'ex moglie, egli sarebbe potuto anche incorrere in una condanna, dato che innanzi al competente *iudex adulterii* non poteva avvenire la *'compensatio mutui criminis'* (implicitamente considerando che, all'opposto, il *'rem inter utrumque componere'* poteva essere l'esito della pronuncia del *iudex privatus* sulla *causa repudii*⁷⁹).

⁷⁷ Anche sulla scorta di alcune suggestioni ricavabili dalla lettura di J.H. BÖHMER, *Exercitationes ad Pandectas in quibus praecipua Digestorum capita explicantur*, I, Hannoverae, 1745, 246 ss. Sulla tesi del quale v., tuttavia, G. Rizzelli, *Agostino*, cit., 82 s. nt. 36.

⁷⁸ Per G. Rizzelli, *Agostino*, cit., 109, invece da riferirsi ai «giurati della *quaestio perpetua*».

⁷⁹ Pap. 11 *quaest. D. 24.3.39: Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.* Il passo è certo in tema di giudizio dotale. Che sia nel contesto dell'*arbitrium rei uxoriae* (v. oltre ntt. 93 ss.) è opinione di O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³ (1927), rist. Aalen, 1985 (= *EP*³), 310 nt. 9; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950, 210 ss.; A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, Köln - Wien, 1969, 118. H. STIEGLER, *'Divortium'*, cit., 438 e nt. 29, è in dubbio sulla sua collocazione, invece, nell'ambito del *iudicium de moribus*. B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 251 ss., reputa, inoltre, che il passo contempra «gli effetti civili dell'adulterio» (anche se sempre in tema di restituzione della dote) mostrando il principio classico poi modificato (nel senso di Ulp. *D. 48.5.15(13).5* che, dunque, egli non cita perché suppone completamente interpolato) da Giustiniano. Opina quest'A., infatti, - che non tiene altresì conto della costituzione citata da Agostino - che «nel sistema della compilazione la compensazione riguarda lo stesso delitto di adulterio, in guisa che i coniugi, qualora siano entrambi colpevoli di adulterio, debbano essere esenti dalla pena stabilita dalla legge per tale delitto».

8. *La restituzione della dote, ambito di rilevanza giuridica dell'infedeltà maschile (e l'oscuro 'iudicium de moribus')*

Al termine della veloce analisi delle fonti da ultimo trattate - tra le più esplicite tra quelle a nostra disposizione circa la rilevanza giuridica dei *mali mores* palesati durante il proprio matrimonio da un uomo -, pur senza nascondere i molti dubbi e le molte perplessità che senza dubbio è difficile affermare fugati, credo sia possibile trarre qualche conclusione in ordine al tema che ha dato avvio a queste note.

Le fonti considerate, infatti, sembrano sorreggere la lettura che s'è data della costituzione severiana da cui si son prese le mosse: alle già esposte ragioni per le quali C. 9.9.1 non può essere utilizzata per dare fondamento alla tesi che dichiara possibile l'esercizio dell'*accusatio adulterii*, seppure *iure extranei*, da parte della *mulier*, seppure sposata e motivata dall'*iniuria* patita per mezzo dell'adulterio del proprio marito, si aggiungono, difatti, quelle ricavabili dalla più probabile lettura del frammento ulpiano in Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14(13).5 e della costituzione riprodotta da Agostino per le quali, per coerenza interna del sistema processuale dei *publica iudicia* (e tenendo conto proprio delle specificità del *iudicium adulterii*), i *mali mores* del marito vengono in rilievo nel giudizio criminale - non su iniziativa della moglie ma esclusivamente da questa utilizzando un rimedio 'eccettorio' - solo sotto forma di lenocinio, quale unico contenuto possibile dell'apposita *praescriptio*: dunque solo in reazione all'*accusatio adulterii* mossa dall'ex marito nei suoi confronti e innescando una procedura repressiva d'ufficio. Ne discende in definitiva che, per le testimonianze in nostro possesso, non risulta che la donna abbia mai azione criminale diretta nei confronti del marito fondata sui *mali mores* di questo.

Quanto all'inefficacia pratica della *praescriptio lenocinii* esercitata dall'accusata, rispetto al suo normale scopo assolutorio, fissata per il caso da norme speciali modificative delle disposizioni della *lex Iulia*, deve dirsi che essa non è, tuttavia, assoluta, poiché l'esercizio della *praescriptio* da parte della moglie, potendo provocare - per via mediata - la condanna *ex lege de adulteriis* anche per il marito accusatore, avrebbe comunque potuto produrre l'effetto di profondamente incidere sulla sorte dei beni dotali,

togliendo all'uomo il vantaggio strumentale che, al momento della restituzione degli stessi conseguente allo scioglimento del matrimonio, egli, con la proposizione dell'*accusatio iure viri*, avrebbe potuto proporsi del tutto iniquamente di lucrare - dimostrando così legittime le *retentiones ex lege propter mores* e *propter liberos*⁸⁰ - dalla condanna della moglie; esito al quale anzi avrebbe potuto essere probabilmente finalizzato anche lo stesso suo doloso favoreggiamento di quel rapporto adulterino⁸¹.

Si dimostra anche così, pertanto, che terreno elettivo dell'esercizio da parte della donna di recriminazioni, giuridicamente rilevanti, connesse ai comportamenti (sessuali e non solo) eticamente riprovevoli imputabili al marito nella vigenza del matrimonio, sia il processo civile *de dote restituenda*, nel quale anzi, assai probabilmente, tali recriminazioni sottostanno a minori limiti di contenuto.

⁸⁰ Tit. Ulp. 6.9 *Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* [10] *Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt non in petitione* [12] *Morum nomine graviorum quidem sextae retinetur, leviorum autem octava. Graviore mores sunt adulterium tantum; leviores omnes reliqui.* [13] *Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae annua die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit.* V. anche Vat. Fragm. 106-108. V., per tutti, C. VENTURINI, *La ripudianda (in margine a CTb. 3,16,1)* (1988), in *Studi di diritto*, cit., 85 e ntt. (ove ampio corredo di fonti e letteratura) che, in particolare, nota che «l'applicazione delle *retentiones propter liberos* presupponeva in via generale che lo scioglimento dell'unione fosse stato prodotto da *culpa mulieris aut patris eius cuius in potestate est*». Cfr. H. STIEGLER, *'Divortium'*, cit., *passim*.

⁸¹ Si legga, infatti, in connessione con Scaev. D. 48.5.15, ancora Scaev. 19 *quaest. D.* 24.3.47: *Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur: cur enim improbat maritus mores, quos ipse aut ante corrupit aut postea probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori praeberit, audiendus est.* V. C. FAYER, *La 'familia' romana. Parte terza*, cit., 369 nt. 587. Del passo delle *Quaestiones* esegesi non del tutto condivisibile in T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones publice tractatae' di Cervidio Scevola*, Bari, 2003, 147. Qui infatti non si tratta di impedire al marito *leno* la *postulatio criminis* ma di considerare che costui non vedrebbe completati i *sollemnia accusationis* a causa dell'opposizione della *praescriptio lenocinii*.

Si torna così al saggio di Terreni che ha dato spunto a queste osservazioni, nel quale, non forse nella sua parte più perspicua ma altresì in quella che sembra maggiormente stimolante per la discussione, si afferma che anche l'adulterio del marito avesse rilevanza giuridica, incidendo notevolmente «in sede di giudizio sulla *culpa divortii*»⁸², dipendendo dal suo accertamento la sorte dei beni dotali e le modalità di restituzione degli stessi, come dimostra, in aggiunta ai frammenti finora utilizzati, e forse molto più esplicitamente di questi, Tit. Ulp. 6.13, se si accetta il parallelo tra i *maiores mores* maritali, che vi si dicono punibili, e i *graviore mores* femminili del § 12⁸³ (nei quali è ricompreso l'adulterio). Anche accettando questo parallelo, e cioè pur considerando la possibile imprecisione della fonte, i sospetti sulla sua 'classicità' e, nel merito, il fatto che non vi è altra testimonianza, né nella letteratura giuridica né in quella retorica in tema di processo finalizzato alla restituzione della dote dalla quale sia chiaramente ricavabile un addebito diretto di 'adulterio' da parte dell'ex moglie all'ex marito, qualora quel processo fosse introdotto con l'*actio rei uxoriae* dalla donna ripudiata o divorziata (o da chi ne avesse diritto), data la natura *in aequum et bonum* di quel *iudicium*⁸⁴, la prova dei *mali mores* dell'uno e dell'altro coniuge, sia che fossero causa unica del *discidium* sia che ne fossero concausa (attraverso una *comparatio morum* svolta dal *iudex*), poteva ben essere diversamente articolata per l'una e per l'altra parte della controversia, dipendendo dalle specifiche modalità e regole di formazione della stessa: se al marito, infatti, la preconstituzione della prova dell'addebito alla moglie della *culpa discidii* in

⁸² C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 14.

⁸³ V. sopra nt. 80. Va notato comunque che il termine *adulterium* non compare esplicitamente nel § 13 circa gli addebiti formulabili nei confronti del marito. Sul significato possibile di *adulteria* che è «im ehgüterrechtlichen Kontext [...] nicht deckungsgleich mit demjenigen den die *lex Iulia de adulteriis* voraussetzt», v. H. STIEGLER, '*Divortium*', cit., 437 nt. 25.

⁸⁴ La vasta letteratura sulla natura dell'*actio rei uxoriae* (Cic., *de off.* 3.17.70; Boeth., in *Cic. Top.* 17.66, cit.) ottimamente richiamata ora da F. GIUMETTI, *Prime riflessioni sulla 'culpa discidii' e sul regime giuridico delle retentiones*, in *TSDP* 11, 2018 (http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Giumetti2.pdf), 2 ss., e *adde*, oltre nt. 93.

sede di giudizio dotale⁸⁵ - attraverso la condanna della moglie adultera ottenuta in un processo criminale introdotto con propria *accusatio* -, era certo possibile, ciò era perché effettiva era la sua legittimazione ad agire per quell'illecito nel processo pubblico; all'inverso, contrariamente a quanto sembra trapelare dal ragionamento di Terreni⁸⁶, da quanto detto per il marito non è logicamente deducibile che, in quanto chiamata anch'essa a provare i *mali mores* dell'uomo nel giudizio sulla restituzione della dote, l'ordinamento dovesse permettere alla donna di superare la propria incapacità all'accusa per ottenere, su propria iniziativa, la certificazione dell'adulterio del marito attraverso una sentenza criminale di condanna.

D'altra parte, benché certo assai utile per sostenere le sue buone ragioni, la condanna dell'ex moglie per adulterio poteva non risultare necessaria al marito, potendo egli dimostrare altrimenti, alla stregua cioè del sistema delle prove nel processo privato, le condotte rimproverabili alla moglie in conseguenza delle quali gli sarebbe stato permesso di esercitare le *retentiones*, o di avvalersi del beneficio di restituire le cose fungibili appartenenti alla dote nei termini e nei modi previsti per il caso⁸⁷. Di converso, se la pretesa della donna (o di chi per essa) era, con l'*actio rei uxoriae*, quella alla restituzione per l'intero della dote⁸⁸, poiché il

⁸⁵ Ma v. sul punto le notazioni di C. VENTURINI, *La ripudianda*, cit., 96 s.

⁸⁶ Per la quale, infatti, (C. TERRENI, *Le ragioni*, cit., 14) C. 9.9.1 «doveva fare implicito riferimento alla contestazione dell'adulterio (maschile) che poteva insorgere in sede di giudizio sulla *culpa divortii*».

⁸⁷ Tenendo comunque sempre presente che il regime di Tit. Ulp. 6.8 (come, d'altra parte tutta la trattazione dell'operetta riguardo i rapporti patrimoniali tra coniugi) potrebbe rappresentare una sistemazione tarda, in guisa di norma generale, di assetti precedentemente invece più elastici e lasciati all'autonomia delle parti nella stipulazione dei patti dotali. V., da ultima, M. MAGAGNA, *D.23.4.19: in tema di patti dotali*, in *Index*, 27, 1999, 487 nt. 31. *Contra*, sulla classicità dei contenuti del Titolo 6 dell'epitome, H. STIEGLER, *Divortium*, cit., 434; 447.

⁸⁸ A. SÖLLNER, *Zur Vorgesichte*, cit., 85 nt. 8; C. VENTURINI, *La ripudianda*, cit., 85; H. STIEGLER, *Divortium*, cit., 435.

iudex dovrà condannare a *'quod eius melius aequius erit'*⁸⁹, essendo, pertanto, demandata alla fase *in iudicio* di quella procedura l'individuazione della *culpa divortii*, all'attrice non poteva che essere riconosciuta ampia facoltà di argomentazione e persuasione (come risulta dalle fonti, specie retoriche, a nostra disposizione), ma, ancora una volta, alla stregua del sistema delle prove nel processo privato: essa, cioè, poteva far accertare al *iudex* i *mali mores* del marito (compreso, nel caso, l'adulterio) - tenuta sempre in conto la natura di quel giudizio - pur senza addurre di necessità una sentenza di condanna per quegli addebiti da lei stessa 'pregiudizialmente' sollecitata innanzi al giudice del *crimen*, cosa della quale, infatti, non è traccia nelle fonti.

⁸⁹ La formula dell'*actio rei uxoriae* (riporto solo quella esercitabile direttamente dalla *uxor* per la dote *adventicia*), proposta da O. LENEL (*EP*³, 305) e perlopiù accettata dalla dottrina successiva (v., per tutti, A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, cit., 137 ss.; cfr. ora D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 2007, 60) reciterebbe: *C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulae Ageriae dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit eius C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulae Ageriae condemnato; si non paret absolvito*. Diversamente M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 273, propone: *C. Aquilius iudex esto. Quod uxoris pater Numerio Negidio marito vel patri eius rem uxoriam dedit, quod eius melius aequius erit Numerium Negidium Aulae Ageriae reddere oportere, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium maritum Aulae Ageriae (dumtaxat sestertium tot milia) condemnato; si non paret absolvito*, considerando la necessità di far precedere l'*intentio incerta* da una *demonstratio* riferentesi all'atto costitutivo della dote e, soprattutto, per ciò che riguarda anche quanto oggetto del presente lavoro, che le parole *'quod eius melius aequius erit'* fossero presenti non nella *condemnatio* ma nell'*intentio*, ove rappresentano l'oggetto della pretesa dell'attrice, da Lenel invece espressa con *'dotem partemve eius'* (tutti i tentativi di ricostruzione della formula in M. VARVARO, *Studi*, cit., 23 ss.). Ciò consentirebbe di ricondurre più agevolmente il procedimento nell'ambito degli *arbitria* dei quali è caratteristica «un accertamento di tipo valutativo» rimesso all'*arbitr* cui sono altresì riconosciute, appunto, «una discrezionalità e un'ampiezza di poteri che, invece, non gli sarebbero stati consentiti da un programma di giudizio munito di *intentio certa*» (M. VARVARO, *Studi*, cit., 86 s. e ntt.). Accettata la restituzione di Varvaro, tuttavia, si dovrebbe perciò negare quanto afferma A. WATSON, *The Law of Persons*, cit., 68, circa le modalità di *aestimatio litis* riferite al *iudex*. Altre valutazioni ora in GIUMETTI, *Prime riflessioni*, cit., 4 ss.

Di quanto ora detto credo si abbia *a fortiori* riscontro, anche se non soprattutto, tenendo in conto quel poco che si è riuscito a ricostruire circa il 'misterioso'⁹⁰ *iudicium de moribus*, certamente connesso, sin dall'età repubblicana⁹¹, al giudizio dotale⁹²: sia, infatti, qualora si accettasse quanto recentissimamente affermato su quel giudizio e cioè che, sulla scorta di quelle stesse fonti retoriche sopra richiamate, esso troverebbe spazio proprio - *incidenter tantum* - nel procedimento introdotto dall'esercizio dell'*actio rei uxoriae* (dunque, nella fase *in iudicio?*)⁹³, sia

⁹⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1978, 457 nt. 1.

⁹¹ Gell., 10.23.4, su cui v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia* (1925), rist. Milano, 1963, 471 s., E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano* (1948), in *Studi giuridici*, II, Napoli, 1991, 127 ss.; W. KUNKEL, *Das Konsilium in Hausgericht* (1966), in *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, 117 ss.; A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, cit., 71. Più di recente sul tema C. RUSSO RUGGERI, '*Iudicium domesticum*' e '*iudicium publicum*' in *Cic. de fin.* 1,7,24, in *SDHI*, 75, 2009, 515 ss.; N. DONADIO, '*Iudicium domesticum*', *riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas*, in *Index*, 40, 2012, 175 ss.; F. GIUMETTI, *Prime riflessioni*, cit., 2 ss. e ntt. (ove altra precedente letteratura).

⁹² Per tutti, E. VOLTERRA, voce *Iudicium de moribus*, in *Noviss. dig. it.*, 9, Torino, 1963, 344. Ma già S. SOLAZZI, *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello, 1899, 253 s., intorno a Val. Max., 8.2.3, rispetto al quale, da ultimi, anche R. FIORI, '*Ea res agatur*'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 16 s.; P. GIUNTI, '*Consortes vitae*'. *Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, 93 s. e nt. 24.

⁹³ Soppresso da Giustiniano con C. 5.17.11.2b, poche notizie certe residuano del *iudicium de moribus* in età imperiale (le possibili fonti a questo riferibili sono collazionate, con tutti i dubbi del caso, da F. GIUMETTI, *Prime riflessioni*, cit., 9 s. e nt. 27), esso è, per l'A. ora citato, finalizzato alla decisione sulla *culpa discidium* preordinata alla valutazione equitativa dell'entità della condanna del marito alla restituzione della dote. Avrebbe, pertanto, «natura comparativa tra la condotta tenuta dal marito e quella della moglie in costanza di matrimonio» (p. 11) - ma, io aggiungerei, solo per conseguenza, essendo comunque azione alla cui introduzione è legittimato solo il marito (v. nt. seguente) - e rappresenterebbe, pertanto, la 'reazione' del marito all'*actio rei uxoriae* introdotta dalla donna (riprendendo, in tal modo, una lettura consolidata dell'istituto). Esso verrebbe pertanto a «inserirsi in via incidentale» in quel giudizio, per «paralizzare parzialmente la pretesa della donna di una restituzione integrale della dote, qualora il *discidium* fosse stato causa dei costumi di lei» (p. 18). L'unitarietà del giudizio (e dunque «l'accessorietà» del *iudicium de moribus* a quello introdotto con l'*actio rei uxoriae*) è dedotto da Val. Max. 8.2.3 (e Plut., *Mar.* 38) e, soprattutto, da Quint. *Inst. or.*, 7.4.10; 11 e 38, dai quali può ricavarsi, a parere dell'A., una qualche forma di corrispondenza, fino alla sinonimia, di

qualora si restasse aderenti a ipotesi più risalenti che vogliono le *retentiones propter mores* strettamente connesse con quell'autonomo giudizio⁹⁴ - che, essendo destinato a imputare la *culpa discidii* alla donna (e a cui pertanto

quei *iudicia* che il retore chiama *malae tractationis* (presenti nei primi due passi) e *iniusti repudii* (presente nel terzo), tra loro e con il *iudicium de moribus* (ma si consideri, circa l'*iniustum ripudium*, che, per [Quint.] *Decl. min.* 262.3, l'azione corrispondente *spectat utramque personam*, e circa la *mala tractatio*, che ne sarebbe legittimata all'azione solo la donna. Così F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, I, Milano, 1938, 238 s.). Di talché Giumetti conclude - specie riferendosi all'assunto presente nell'ultimo dei passi quintiliani citati: *quod a parte accusantis defensio est et defendentis accusatio* - che qui «la *uxor* ingiustamente ripudiata si sarebbe trovata nella posizione di attrice processuale dovendosi difendere dalla richiesta di imputabilità del ripudio avanzata dal marito», e, dunque, che «la *mala tractatio* non corrispondeva alla causa giustificativa del ripudio ma era piuttosto l'esimente che la difesa della donna avrebbe dovuto offrire al giudice avverso il *iudicium de moribus* radicato dal marito» (p. 35). Si consideri, inoltre, che per l'A. sia il *iudicium de moribus* che l'*actio rei uxoriae* erano azioni «entrambe [...] volte a conseguire una pena lasciata all'arbitrio del giudice» (p. 25; v. sopra nt. 75). Non so, però, come tutto ciò si coniughi con l'ipotesi che vuole il marito 'attore' (e non la *mulier* convenuta) tenuto alla *satisfactio* ricordata da Gai 4.102 *Quod si proprio nomine aliquis iudicium aliquid accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet, quas ipse praetor significat. quarum satisfactio duplex causa est; nam aut propter genus actionis satisfactur aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis, velut indicati depensive aut cum de moribus mulieris agitur et rell.*

⁹⁴ F. KLINGMÜLLER, voce *iudicium de moribus*, in *RE IX/2*, Stuttgart, 1916, 2483 («eine Klage des Ehemannes gegen seine Ehefrau, um bei der durch die Frau verschuldeten Ehescheidung die vermögensrechtlichen Folgen bezüglich der *dos* festzusetzen»); H.J. WOLFF, *Das 'iudicium de moribus' und sein Verhältnis zur 'actio rei uxoriae'*, in *ZSS*, 54, 1934, 315 ss. (che vede alternativi l'esercizio del *iudicium de moribus* a quello delle *retentiones* da parte del marito). Diversamente, A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, cit., 80 ss. (con argomentazioni però censurate da H.J. WOLFF, *Recensione a A. SÖLLNER, Zur Vorgeschichte*, cit., in *Gnomon* 44, 1972, 53). Ora, M. VARVARO, *Studi*, cit., 120 e nt. 304, che lo vede come «giudizio separato» con il quale far valere alcune «contropretese» (parimenti – sulla scorta, tra gli altri, di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, cit. 472, per il quale, però, «l'*iudicium de moribus* non [ha] propriamente nulla a che fare con l'*actio rei uxoriae*», e di O. LENEL, *EP*³, 310 – all'*actio rerum amotarum* o alla *condictio* per le *res amotae*, la *condictio* per le *impensae*, la stessa *condictio* e la *reivindicatio* per le *donatae* [contra, sul punto, A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978, 63 s.]) all'esercizio dell'*actio rei uxoriae* da parte di colui che è convenuto in quest'ultimo procedimento.

risulta legittimato solo il marito)⁹⁵, può anche prescindere da una previa condanna di costei ottenuta in sede criminale (e, anzi, potendo configurarsi come procedura alternativa *de eadem re* al *iudicium adulterii*)⁹⁶ - alla ex moglie sarebbe stato probabilmente riconosciuto il diritto di resistere o replicare lamentando a proprio vantaggio le condotte dell'ex marito⁹⁷ senza essere, altresì, al pari di quest'ultimo, necessitata a provarne i *maiores (mali) mores* per mezzo di un giudicato per adulterio ottenuto a seguito di propria iniziativa⁹⁸.

⁹⁵ Il che, sulla base di Gai 4.102: '*cum de moribus mulieris agitur*', risulta certo a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, cit., 471 s.; O. LENEL, *EP*³, 310 nt. 9.; P.E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, (1930), rist. Aalen, 1979, 133; E. VOLTERRA, voce *Iudicium de moribus*, cit., 344. All'inverso, all'interno della sua originale ricostruzione della storia dei giudizi dotali, A. ESMEIN, *Le délit d'adultère a Rome et la loi Julia de adulteriis*, in *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris, 1886, 79 (che non considera Gaio), vede legittimata anche la donna all'*actio de moribus*, concessale dalla *lex Iulia* quasi a compensazione di non averle riconosciuto «aucune action pénale [...] pour poursuivre l'adultère du mari» (p. 106); tesi che, però, risulta poco convincente non solo per il dato letterale ricavabile dalle *Institutiones*, ma anche per la stessa logica del giurista francese che la intende come azione penale, contraria a quella *rei uxoriae*, e insieme a quella rimessa alla cognizione del medesimo giudice, e pertanto come «utile au mari, soit que sur l'action *rei uxoriae* il n'eût pas pu faire valoir des faits qu'il ignorait alors, soit qu'ayant rassemblé ses preuves, il voulût prendre les devants, sans attendre d'être poursuivi par la femme». (p. 78 s. e nt. 4). V. comunque ottimamente riassunte le posizioni della dottrina in C. VENTURINI, *La ripudianda*, cit., 85 nt. 12.

⁹⁶ L'alternatività finalizzata «al recupero dei beni dotali» tra *accusatio adulterii* e *iudicium de moribus* è sostenuta da G. RIZZELLI, *Agostino*, cit. 115 e nt. 128. Ma v. anche F. KLINGMÜLLER, voce *iudicium de moribus*, cit., col. 2484; e A. ESMEIN, *Le délit d'adultère*, cit., 152, che addirittura dubita che possa cumularsi l'esercizio dell'*actio de moribus* con quello dell'*accusatio adulterii*. Una certa assimilazione tra i due strumenti processuali, ma sotto il profilo solo della «Zuchtgewalt über die sittenlose Frau», anche in M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971, 323.

⁹⁷ *Contra*, tuttavia, P.E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, cit., 133, secondo il quale «the husband's *mores* only came under examination in the *actio rei uxoriae*», escludendo che possano essere stati oggetto del *iudicium de moribus*.

⁹⁸ Deve altresì notarsi, comunque, che anche nelle fonti retoriche mai esplicitamente è riferita quale causa di imputazione delle azioni *malae tractationis* e *iniusti repudiū* quella dell'adulterio del marito. Forse essa è ricavabile per implicito, come in [Quint.] *Decl. mai.* 10.9 (*uxorias in forum querelas [...] nec relictum torum desertumque genialem velut contempta vilitas uxoris ulciscitur: alia longe, alia de noctibus cura est*). Ma, ivi il retore afferma anche che

Abstract

Nel saggio sono ribadite le ragioni che non permettono di condividere la tesi, recentemente sostenuta, secondo la quale la donna potrebbe esercitare l'*accusatio adulterii* tanto nei confronti del proprio marito, quanto nei confronti della sua complice nel crimine. Pur senza produrre responsabilità nel campo del diritto criminale, l'adulterio maschile ottiene tuttavia rilevanza nell'ambito del processo civile di restituzione della dote con il quale è connesso anche l'«oscuro» *iudicium de moribus*.

quella donna, che sta agendo per *mala tractatio*, '*ne pelicis quidem doloris compellitur*') e soprattutto come in [Quint.] *Decl. mai.* 18.5 (ove le *matrimoniorum iniuriae* e le *nuptiarum querelae* sono solo così richiamate in una *declamatio* intitolata ad altra causa di *mala tractatio*). Ancor più significativamente, in [Quint.] *Decl. min.* 262, la causa dell'adulterio maritale non compare tra le argomentazioni con le quali si sostengono le ragioni dell'*iniustum repudium* sofferto dalla moglie dalla quale il marito aveva divorziato per poter sposare una *virgo* da lui stesso rapita a fine di libidine durante il matrimonio. Sui rapporti tra *actio malae tractationis* e *actio rei uxoriae*, dal punto di vista della retorica di età imperiale, alla luce anche di Quint., *Inst. or.* 7.4.11, v. N. HÖMKE, *Gesetzt den Fall, ein Geist erscheint: Komposition und Motivik der ps-quintilianischen Declamationes maiores X, XIV und XV*, Heidelberg, 2002, 176 ss.; B. BREIJ, *Pseudo-Quintilian's Major Declamations 18 and 19: two controversiae figuratae*, in *Rhetorica*, 24, 2006, 92 ss. Sull'*actio iniusti repudii*, nel medesimo contesto, v., oltre al classico lavoro di F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, cit., 238 ss. (che la allaccia all'*actio malae tractationis*), anche J. DINGEL, *Scholastica materia. Untersuchungen zu den Declamationes minores und der Institutio oratoria Quintilians*, Berlin/New York, 1988, 122 e, più recentemente, V. I. LANGER, *'Declamatio Romanorum': Dokument juristischer Argumentationstechnik, Fenster in die Gesellschaft ihrer Zeit und Quelle des Rechts?*, Frankfurt am Main, 2007, 77 ss.; 185 ss.; T. WYCISK, *'Quidquid in foro fieri potest'. Studien zum römischem Recht bei Quintilian*, Berlin, 2008, 125 ss. e - in relazione a Sen., *Contr.* 2.5.17 - E. BERTI, *Le controversiae della raccolta di Seneca il Vecchio e la dottrina degli 'status'*, in *Rhetorica* 32, 2014, 143 s. Quanto, invece, alle connessioni tra quest'ultima 'azione' e l'*actio rei uxoriae*, tra gli storici del diritto, soprattutto A. ESMEIN, *La nature originelle de l'action rei uxoriae*, in *RHD*, 17, 1893, 151 ss.; S. SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., 166 ss.

The essay concerns the reasons that do not agree with the thesis, that has been recently supported by part of the doctrine, according to which, the woman may use the *accusatio adulterii* towards her husband and his partner in crime. Therefore, if male adultery does not involve any criminal liability, It gains relevance within the civil responsibility related to the restitution of the dowry, even connected to the 'mysterious' *iudicium de moribus*.

Parole chiave

adulterium - *accusatio adulterii* - incapacità della donna - obblighi coniugali - *lenocinium* - *actio rei uxoriae* - *iudicium de moribus*.

FABIO BOTTA

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Romano

Università degli Studi di Cagliari

Email: botta@unica.it

